

**PENSJONSRETTIGHETERS STILLING VED  
VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE**

-

**Omfang og rettsvirkninger av arbeidsmiljøloven § 16-2  
tredje ledd**

Kandidatnummer: 521 og 527

Veileder: Professor Henning Jakhell

Leveringsfrist: 27.11.2006

Til sammen 26 960 ord

08.06.2007

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Bakgrunn	1
1.2	Begrepsavklaringer og definisjoner	2
1.3	Rettskildebildet	3
1.3.1	Arbeidsmiljøloven	3
1.3.2	EF-direktiver	4
1.3.3	EFTA-domstolen	6
1.4	Reelle hensyn	6
1.5	Videre fremstilling	9
<b><u>2</u></b>	<b><u>TJENESTEPENSJONSORDNINGER I NORGE</u></b>	<b><u>10</u></b>
2.1	Hovedtrekk i reglene om pensjonsordninger i privat sektor.	10
2.1.1	Foretakspensjon og innskuddspensjon	10
2.1.2	Lov om obligatorisk tjenstepensjon (otpl.)	12
2.1.3	Andre pensjonsordninger	13
2.2	Kort om videreføring mellom sektorer	14
<b><u>3</u></b>	<b><u>GJENSTANDEN FOR OVERFØRING. RETTIGHETSBEGREPET</u></b>	<b><u>16</u></b>
3.1	Innledning	16
3.2	Pensjonsrettigheter med grunnlag i lov	17
3.3	Pensjonsrettigheter med grunnlag i tariffavtale	17
3.4	Pensjonsrettigheter med grunnlag i arbeidsavtale	18
3.4.1	Utgangspunkter	18
3.4.2	Bestemmelser i den skriftlige arbeidsavtale	20

3.4.3	Bakgrunnen for opprettelsen av pensjonsordningen	23
3.4.4	Arbeidsgivers forbehold	24
3.4.5	Finansiering av ordningen	25
3.4.6	Kommunikasjon mellom partene	26
3.4.7	Ordningen har vært tema i drøftelser eller forhandlinger	28
3.4.8	Rekruttering og nyansettelser	29
3.4.9	Utsagn overfor enkelte eller grupper av arbeidstakere	30
3.4.10	Varigheten av pensjonsordningen	31
3.4.11	Avveiningen mellom de ulike momenter	32
<b>3.5</b>	<b>Innhold og omfang av en pensjonsrettighet</b>	<b>33</b>
<b>3.6</b>	<b>Individuelle og kollektive rettigheter</b>	<b>35</b>
<b>3.7</b>	<b>Hva er én pensjonsordning?</b>	<b>35</b>
<b>4</b>	<b><u>OMFANGET AV PENSJONSUNNTAKET</u></b>	<b>37</b>
<b>4.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>37</b>
<b>4.2</b>	<b>Hvilke plikter vedrørende pensjonsordningen omfattes?</b>	<b>38</b>
4.2.1	Innledning	38
4.2.2	Opptjente pensjonsrettigheter	39
4.2.3	Premieinnbetalingsplikten tilknyttet pensjonsordningen	44
4.2.4	Inkorporeringen av direktivet i norsk rett	45
4.2.5	Feiltolking av direktivet	47
<b>4.3</b>	<b>Krav til ytelsesens art</b>	<b>48</b>
4.3.1	Innledning	48
4.3.2	Ytelser ved alderdom	48
4.3.3	Ytelser ved uførhet og til etterlatte	52
4.3.4	Skal ordningen vurderes som en helhet?	55
4.3.5	Årsakssammenheng og formålet med ytelsen	57
4.3.6	Utbetalingens art	60
<b>4.4</b>	<b>Krav til pensjonsordningens art</b>	<b>64</b>
4.4.1	Innledning	64

4.4.2	De sikre tilfellene	65
4.4.3	De mer usikre tilfellene	66
<b>4.5</b>	<b>Forholdet mellom aml.§16-2(2) og (3)</b>	<b>77</b>
4.5.1	Innledning	77
4.5.2	Motstrid etter direktivet	78
4.5.3	Motstrid i norsk rett	80
4.5.4	Erverver velger å tre inn i tariffavtalen	82
<b>5</b>	<b><u>RETTSVIRKNINGENE AV AT PENSJONSUNNTAKET KOMMER TIL ANVENDELSE</u></b>	<b>83</b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>83</b>
<b>5.2</b>	<b>Nærmere om videreføring etter pensjonslovene</b>	<b>84</b>
5.2.1	Reglens virkeområde	84
5.2.2	Hvordan videreføring kan skje	86
<b>5.3</b>	<b>Betydningen av obligatorisk tjenestepensjon</b>	<b>87</b>
<b>5.4</b>	<b>Situasjonen der erverver ikke har pensjonsordning</b>	<b>88</b>
<b>5.5</b>	<b>Aml.§16-2(3)2.pkt.: Erverver har allerede eksisterende pensjonsordninger</b>	<b>89</b>
5.5.1	Unntaksbestemmelsens anvendelsesområde	89
5.5.2	Erververs endringsadgang	92
<b>5.6</b>	<b>Aml.§16-2(3)3.pkt.: Ordningene kan ikke videreføres etter overdragelsen</b>	<b>93</b>
5.6.1	Unntaksbestemmelsens anvendelsesområde	93
5.6.2	Erververs endringsadgang	95
<b>5.7</b>	<b>Forholdet mellom unntaksbestemmelsene</b>	<b>95</b>
<b>5.8</b>	<b>Ulovfestet gjennomskjæringsregel?</b>	<b>97</b>
<b>6</b>	<b><u>FUSJON- SÆRSKILT OVERFØRINGSGRUNNLAG?</u></b>	<b>100</b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>100</b>

<b>6.2</b>	<b>Rettskildebilde</b>	<b>101</b>
<b>6.3</b>	<b>Lex specialis-prinsippet og vurderings tema</b>	<b>101</b>
<b>6.4</b>	<b>Lovgivers intensjoner bak pensjonsunntaket</b>	<b>102</b>
<b>6.5</b>	<b>Lovgivers intensjoner bak fusjonsreglene</b>	<b>103</b>
6.5.1	Intensjoner bak direktivet	103
6.5.2	Intensjoner bak norsk rett	105
<b>6.6</b>	<b>Tolkningsprinsippenes betydning</b>	<b>106</b>
<b>6.7</b>	<b>Reglenes formål og karakter</b>	<b>107</b>
<b>7</b>	<b><u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u></b>	<b><u>109</u></b>
<b>8</b>	<b><u>REGISTRE</u></b>	<b><u>111</u></b>
<b>9</b>	<b><u>VEDLEGG</u></b>	<b><u>A</u></b>

## 1 Innledning

### 1.1 Bakgrunn

Denne oppgaven behandler *pensjonsrettigheters stilling ved virksomhetsoverdragelse*. Det vi nærmere skal drøfte, er omfang og rettsvirkninger av arbeidsmiljøloven(aml.) §16-2(3), som omhandler kollektive tjenstepensjonsordninger. Dette vil være spørsmål av stor betydning for både overdrager, erverver og ikke minst arbeidstakerne.

Spørsmål om pensjon har fått økt oppmerksomhet de senere år. En vesentlig årsak til dette er den lenge bebudede pensjonsreformen. Gjennom et bredt politisk pensjonsforlik har Stortinget vedtatt hovedlinjer for en såkalt modernisert folketrygd, som skal tre i kraft fra 2010.<sup>1</sup> Ett av leddene i denne reformen er innføring av lov om obligatorisk tjenstepensjon (otpl.), som trådte i kraft 1.1.2006 og sikrer nær sagt alle arbeidstakere rett til pensjonsopptjening etter visse minstekrav. Mange ser for seg en gradvis nedbygging av ytelsene i folketrygden for å holde denne bærekraftig. Økende fokus på pensjonsrettigheter i arbeidsforhold er en naturlig konsekvens av dette.

Arbeidslivet har samtidig lenge vært preget av økende krav til omstilling, også på tvers av landegrenser. Reglene om virksomhetsoverdragelse spiller således en viktig rolle i dagens arbeidsliv. Problemstillinger knyttet til overføring av pensjonsrettigheter i slike situasjoner har mange fasetter, og aktualiteten av slike spørsmål vil trolig bare øke i årene som kommer.

---

<sup>1</sup> Se Pensjonskomisjonens innstilling i NOU-2004:1 og Pensjonsmeldingen i St.meld.nr.5(2006-2007).

Spørsmålene berører mange rettsområder. Vi befinner oss her i et skjæringspunkt mellom arbeidsrett, pensjons- og forsikringsrett, skatterett og selskapsrett. Det er viktig å ha et øye til alle disse rettsområder – og de utfordringer dette kan by på – når rettstilstanden skal fastlegges.

## 1.2 Begrepsavklaringer og definisjoner

*Pensjonsbegrepet*s innhold er ikke innlysende. I dagligtalen brukes gjerne begrepene pensjon og forsikring om hverandre om det fenomen at man betaler en premie for å bygge opp et økonomisk sikkerhetsnett som utløses når eller hvis visse begivenheter inntreffer. Pensjon forstås nok likevel gjennomgående som et mer grunnleggende sikkerhetsnett enn forsikring, og kjernen i begrepet er nok for mange alderspensjon.

Denne oppgaven omhandler *pensjonsrettigheter*, uten at terminologien nødvendigvis er det avgjørende. Det sentrale er at det fokuseres på rettigheter som skal sikre fremtidige utbetalinger gitt visse omstendigheter.

Begrepet *tjenstepensjon* benyttes flere steder i lovverket, uten å ha noe helt fastlagt innhold. I denne oppgaven benyttes begrepet om *pensjonsordninger i arbeidsforhold*. Andre kontraktsrelasjoner faller følgelig utenfor. Videre benyttes begrepet bare der arbeidsgiver helt eller delvis bidrar til ordningen. Ordninger som arbeidstakerne fullt ut dekker selv, som ulike former for pensjonssparing, behandles ikke.

*Virksomhetsoverdragelse* er et arbeidsrettslig koblingsbegrep som utløser en rekke rettsvirkninger, jf. arbeidsmiljøloven(aml.)§16-1flg. Kjernen i begrepet er at en virksomhet eller en del av denne overdras fra én arbeidsgiver til en annen, men gjennom en omfattende rettspraksis er det fastslått at en rekke ulike situasjoner omfattes. I denne oppgaven

forutsettes at det foreligger en virksomhetsoverdragelse i lovens forstand, og begrepet behandles ikke nærmere.<sup>2</sup>

### 1.3 Rettskildebildet

#### 1.3.1 Arbeidsmiljøloven

Aml. trådte i kraft 1.1.2006, og avløste den tidligere lov av 1977(aml.1977). I stor grad videreføres tidligere rett, men med endringer på visse punkter, deriblant reglene om rettighetsoverføring ved virksomhetsoverdragelse. Disse reglene ble opprinnelig innført med virkning fra 1994, og man må forholde seg til to sett med forarbeider ved fortolkningen av dem.<sup>3</sup>

Rettighetsoverføring ved virksomhetsoverdragelse er regulert av aml.§16-2. Bestemmelsen har tre ledd. 1.ledd fastslår at arbeidstakernes rettigheter overføres fra overdrager til erverver i og med overdragelsen. Ordlyden omfatter også pensjonsrettigheter. Det er dessuten gitt en solidaransvarsregel som innebærer at krav som foreligger på overdragelsestidspunktet kan rettes både mot overdrager og erverver. Bestemmelsen regulerer imidlertid ikke forholdet mellom overdrager og erverver; dette beror på overdragelsesavtalen.

I 2.ledd oppstilles særregler for rettigheter nedfelt i tariffavtaler. Tariffavtalen som sådan overføres etter 1.pkt., men erverver står etter 2.pkt. fritt til å erklære seg ubundet dersom dette skjer skriftlig innen tre uker. I tilfelle overføres uansett de individuelle arbeidsvilkår, og gjelder med den tidsbegrensning som følger av overdragers tariffavtale eller til det eventuelt tidligere tidspunkt det inngås ny bindende tariffavtale, jf.3. og 4.pkt.

---

<sup>2</sup> For nærmere behandling, se Fougner/Holo(2006)s.880flg., Jakhelln(2006)s.496flg.

<sup>3</sup> Forarbeidene til aml.§16-2 er særlig NOU-2004:5(Arbeidslivslovutvalgets innstilling) og Ot.prp.nr.49(2004-2005). Forarbeider til innføring av reglene om virksomhetsoverdragelse: Ot.prp.nr.71(1991-1992). Reglene er dessuten senere endret, se Ot.prp.nr.79(2000-2001).



3.ledd oppstiller særregler for visse pensjonsrettigheter, nærmere bestemt ”rett til videre opptjening alders-, etterlatte- og uførepensjon i henhold til kollektiv tjenstepensjon”. Den videre fremstilling vil i stor grad konsentrere seg om denne bestemmelsen. Sammenhengen mellom reglene i aml.§16-2 nødvendiggjør imidlertid at også reglene i 1.og 2.ledd berøres.

### 1.3.2 EF-direktiver

Aml.kap.16 gjennomfører Rådsdirektiv 2001/23/EF(direktivet).<sup>4</sup> Direktivet avløser sine to forløpere, 77/187/EØF og 98/50/EF, og er en kodifisering av tidligere rettstilstand.<sup>5</sup> Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å gjennomføre direktiver, men velger selv formen og midlene, jf.art.8. Ved tolking av norske lovbestemmelser som gjennomfører EF-rett, oppstår særlige rettskildespørsmål. Disse behandles i fremstillingen der de oppstår, men enkelte hovedtrekk skal gjennomgås her.<sup>6</sup>

Rt-2006-71(SAS) er illustrerende for hvordan norske domstoler benytter EF-rettslige rettskildedefaktorer. Hovedspørsmålet i saken var om det forelå en virksomhetsoverdragelse. Etter å ha redegjort for direktivene og deres forhistorie, gikk retten direkte inn i EF-domstolens praksis for å tolke den norske lovbestemmelsen (aml.§16-1).<sup>7</sup> Dommen viser at norske rettsanvendere må benytte EF-rettslig rettskildelære ved tolkingen av lovbestemmelser som bygger på EF-rett.

På enkelte punkter skiller denne rettskildelæren seg fra den norske. *Rettspraksis fra EF-domstolen* står sentralt i fellesskapsretten. Domstolen har inntatt en langt mer rettsskapende og dynamisk rolle enn eksempelvis Høyesterett. At EF-retten er autonom har ført til at

---

<sup>4</sup> NOU-2004:5-355flg.

<sup>5</sup> Se direktivets fortale (nr.1, 7,8), COM(2000)259 og C-232-233/04(Securicor).

<sup>6</sup> For en grundigere fremstilling, se EØS-rett(2004)s.44flg., Fougner/Holo(2006)s.872-880.

<sup>7</sup> Premiss 68flg.

domstolen har bygget opp sin egen tolkningslære.<sup>8</sup> Selv om EF-domstolen ikke i samme grad som Høyesterett anser seg bundet av sine tidligere avgjørelser, følges de som regel.

Foruten disse, er *formålet med reglene* en helt sentral rettskildefaktor. I direktiver fremgår formålet gjerne av fortalen, og kan slik sett sammenlignes med våre forarbeider. At formålet spiller en meget stor rolle i EF-domstolens rettskildebruk finnes det en rekke eksempler på, og må ses i sammenheng med EF-rettens behov for ensartet tolking i medlemslandene, homogenitetsprinsippet.<sup>9</sup>

*Ordlyden* er en annen sentral rettskildefaktor. Regelverket i EU er utformet i ulike språkversjoner, hvor alle medlemslandenes forskjellige språk er like autoritative. Dette fører til at ulike språkversjoner må holdes opp mot hverandre, og det legges normalt mindre vekt på den eksakte ordlyden enn etter norsk rettskildelære. *Forarbeidene til reglene*, slik vi benytter begrepet, er derimot av mindre betydning i EF-retten.

Når man trekker slutninger fra EF-domstolens praksis må man ha et øye til domstolens prosessuelle regler. *Generaladvokaten* bistår domstolen ved å utferdige forslag til avgjørelse i saken. Generaladvokatens innstilling gir en god oversikt over og vurdering av de relevante rettskildefaktorene i saken, og kan være et nyttig supplement til EF-domstolens begrunnelse. Den rettskildemessige betydningen av en slik innstilling er avhengig av hvor stort sammenfall det er mellom den og domstolens avgjørelse, både i begrunnelsen og konklusjonen.<sup>10</sup>

Ved domstolens behandling av saker har flere aktører som uttalelserrett. Medlemslandene og Kommisjonen kan komme med sine uttalelser og innstilling i alle saker.<sup>11</sup> Denne uttalelserretten er et ukjent fenomen i norsk prosessrett. Når det gjelder den retts-

---

<sup>8</sup> Se særlig sak-283/81(CILFIT)premiss 18-20.

<sup>9</sup> Se f.eks C-164/00(Beckmann) og C-4/01(Martin).

<sup>10</sup> Se Borgli(1993)s.154-156.

<sup>11</sup> Et eksempel på dette er sak C-164/00 (Katia Beckmann) som vi skal komme tilbake til, se premiss 22-26.

kildemessige vekt av uttalelsene, er det likevel kanskje mest naturlig å sammenligne dem med partenes anførsler. Gjennom å se om, og i tilfelle hvordan, domstolen tar stilling til dem, kan man klargjøre rettstilstanden ut over hva domspremissene isolert sett gir anvisning på.

Direktivet er et minimumsdirektiv, og Norge står fritt til å innføre regler som er mer fordelaktige for arbeidstakerne, jf.art.8. En annen ting er at der dette er gjort, er man utenfor direktivets område, noe som får betydning både for utvalget av relevante rettskildefaktorer og bruken av disse.

### 1.3.3 EFTA-domstolen

Ved tolkingen av regler inkorporert gjennom EØS-avtalen kan norske domstoler anmode EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse, jf.domstoloven (dl.)§51a og ODA-avtalen art.34. Norske domstoler legger vesentlig vekt på disse uttalelser, og det er oss bekjent ikke eksempler på at de ikke har blitt fulgt.<sup>12</sup>

### 1.4 Reelle hensyn

Til grunn for reglene om rettighetsoverføring ved virksomhetsoverdragelesene ligger og bør ligge avveininger mellom de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende. Disse gjenspeiler at alle involverte aktører har interesser i rettsstillingen. Også samfunnsmessige hensyn bør ivaretas.

*Hensynet til de overførte arbeidstakere* er et helt grunnleggende hensyn. Arbeidstakerne vil vanligvis ha interesse av at pensjonsrettigheter overføres på lik linje med andre rettigheter. Direktivet har til formål å sørge for at arbeidstakernes rettigheter blir ivaretatt ved skifte av arbeidsgiver.<sup>13</sup> Selskapsrettslige endringer skal ha minst mulig betydning for

---

<sup>12</sup> Om betydningen, se f.eks Rt-2000-1811(Finanger).

<sup>13</sup> Fortalen nr.3.

arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår. Dette er også et uttalt mål ved den norske gjennomføringen av bestemmelsene. I denne forbindelse er det også fremhevet at pensjon utgjør en relativt betydningsfull del av arbeids- og lønnsvilkårene, og at de bør likestilles med andre rettigheter med mindre andre tungtveiende hensyn tilsier noe annet.<sup>14</sup>

*Hensynet til erverver* er trukket frem som et slikt hensyn. Rent økonomisk vil vanligvis erverver være interessert i å overta minst mulig forpliktelser og kostnader. Vel så viktig vil det imidlertid ofte være å unngå tilpasningsproblemer knyttet til overføringen. Overføring av pensjonsrettigheter kan medføre administrative, juridiske, praktiske og økonomiske problemer, og erververs interesser vil typisk gå ut på mest mulig fleksibilitet i forhold til overførte arbeidstakers rettigheter. Disse problemene er uttrykkelig erkjent fra lovgiverhold.<sup>15</sup>

*Overdrager* vil også ha interesse i rettsstillingen, ettersom overføring av pensjonsforpliktelser vil spille inn på forhandlingene om overdragelsesbetingelsene.

For samtlige aktører vil det ha en betydelig egenverdi å sikre *forutberegnelighet* omkring pensjonsforholdene. Pensjonsrettigheter har en langsiktig karakter som gjør det spesielt viktig å kunne forutsi sin rettsstilling, både for den som skal motta ytelser og den som skal dekke forpliktelser.

Som en følge av dette bør *rettstekniske hensyn* spille en sentral rolle ved utforming av rettsstillingen. Dette hensynet tilsier bl.a at man unngår vanskelige sammenlignings spørsmål så langt det lar seg gjøre.

*Likhets- og rettsferdighetshensyn* står tradisjonelt sterkt i pensjonsrettslig tankegang. Det er ansett ønskelig at pensjonsrettigheter omfatter alle på en arbeidsplass, og at det ikke er uforholdsmessighet mellom arbeidstakernes rettigheter. Dette ønsket har en side mot det

---

<sup>14</sup> NOU-2004:5-379flg., Ot.prp.nr.79(2000-2001)pkt.3.1.

<sup>15</sup> NOU-2004:55-379flg.

som gjerne kalles *personalpolitiske hensyn*; store ulikheter kan utfordre arbeidsmiljøet. Ved virksomhetsoverdragelse vil hensynet komme i konflikt med det overordnede ønsket om rettighetsoverføring i størst mulig grad. Det er imidlertid fra lovgiverhold gitt uttrykk for at pensjonsrettigheter har mange fellestrekk med lønn, hvor individuell fremforhandling og forskjeller er anerkjent.<sup>16</sup> Det bør derfor vises tilbakeholdenhet med å legge vekt på dette hensynet.

Rettighetsoverføring ved virksomhetsoverdragelse har en side av mer samfunnsøkonomisk art. For det første bør man *unngå at reglene hindrer nødvendige og ellers ønskelige omstillinger* i næringslivet, noe som er ansett viktig fra lovgiverhold.<sup>17</sup> Hensynet tilsier naturligvis at man bør tilrettelegge forholdene for erverver. Men det er viktig å ha i bakhodet at også arbeidstakerne kan hindre omstilling, jf. reglene om reservasjonsrett i aml.§16-3. For det andre bør man ta i betraktning at mange virksomhetsoverdragelser skjer over landegrensene, noe som kan tilsi *minst mulig nasjonal særregulering*. De særlige problemer knyttet til internasjonale overdragelser går vi ikke nærmere inn på i denne fremstillingen.

Endelig bør reglene ses i sammenheng med utviklingstrekkene på området, og ut fra det som er sagt i punkt 1.1 kan dette tilsi *sikring av visse minsterettigheter*. Går tendensen mot nedbygging av offentlige pensjonsordninger, kan det være rimelig at dette oppveies på andre områder. Selv om ulike hensyn kan tale mot det overordnede ønsket om full rettighetsoverføring, er det mulig å finne løsninger hvor i alle fall visse minimum sikres. Det kan også argumenteres for at minimumsrettigheter for alle ivaretar rettferdighet.

---

<sup>16</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.262.

<sup>17</sup> NOU-2004:5-379flg.

## 1.5 Videre fremstilling

Reglene om overføring av pensjonsrettigheter må ses på bakgrunn av hvordan pensjonsordninger organiseres i praksis. I kapittel 2 gis en kortfattet fremstilling av *norske tjenestepensjonsordninger*.

Det er bare rettigheter som er gjenstand for overføring etter aml.§16-2. I kapittel 3 redegjøres for *rettighetsbegrepet*. Videre behandles i kapittel 4 hvilke pensjonsrettigheter som omfattes av det såkalte *pensjonsunntaket* i aml.§16-2(3). *Rettsvirkningene* av at bestemmelsen kommer til anvendelse behandles i kapittel 5.

Avslutningsvis tar vi i kapittel 6 opp et særlig spørsmål, nemlig om det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp ved *fusjon kan være et eget grunnlag for overføring* av pensjonsrettigheter.

## 2 Tjenestepensjonsordninger i Norge<sup>18</sup>

### 2.1 Hovedtrekk i reglene om pensjonsordninger i privat sektor.

#### 2.1.1 Foretakspensjon og innskuddspensjon

Det har i Norge lenge vært knyttet skattemessige virkninger til måten pensjonsordninger organiseres på. Dette skyldes at myndighetene har benyttet reglene om pensjonsordninger til å oppnå pensjonspolitiske målsetninger. Utslaget av dette er først og fremst at det gis fradragsrett for tilskudd til pensjonsordninger organisert etter lov om foretakspensjon(lof.) og lov om innskuddspensjon(loi.), jf.skatteloven(sktl.)§6-46.<sup>19</sup>

Foretakspensjon – eller *ytelsesbaserte pensjonsordninger* - var fram til 2001 eneste alternativ for gunstig skattemessig behandling, og er derfor den tradisjonelle norske pensjonsformen. Ytelsesbaserte ordninger er kjennetegnet ved at summen av utbetalinger fra ordningen og folketrygden er fiksert på forhånd. Størrelsen på premiebetalingen er derimot ikke fiksert, og avhenger av bl.a avkastning på pensjonskapitalen.

Med virkning fra 2001 ble det åpnet for at man kunne oppnå samme skattemessige behandling av *innskuddsbaserte pensjonsordninger*. Det ble også åpnet for at arbeidstakerne kunne bidra til finansiering av ordningen. Innskuddsbaserte ordninger skiller seg fra de ytelsesbaserte ved at det ikke er de fremtidige utbetalinger, men pensjonspremien/- innskuddet, som fikseres. Dette skjer ved fastsettelse av et bestemt beløp

---

<sup>18</sup> Grundigere fremstillinger finnes i Hammerich/Wiese-Hansen(2003)s.20-28. Se også NOU-2004:5-374flg. og St.meld.nr.5(2006-2007)kap.3.

<sup>19</sup> Reglene var tidligere gitt i forskrift etter skatteloven, de såkalte TPES-reglene.

eller en prosent av lønn. Pensjonsytelsen blir dermed en funksjon av samlet innbetaling og avkastning.

Fordelen ved en innskuddsbasert ordning, sett fra foretakets side, er at den skaper større forutberegnelighet med tanke på den økonomiske belastning ordningen vil medføre. Sett fra arbeidstakernes side knytter det seg imidlertid større usikkerhet til en innskuddsbasert ordning. Dermed er det ikke sagt at foretakspensjonsordning nødvendigvis gir de høyeste ytelser.

Både lof. og loi. er bygget etter samme mønster, og med de samme rådende trekk, som er utslag av de pensjonspolitiske mål som søkes oppnådd gjennom reglene. For å lette framstillingen skal det i denne oppgaven bare vises til lof., med mindre loi. unntaksvis inneholder avvikende bestemmelser. Når begge lover omtales, benyttes ofte uttrykket ”pensjonslovene”.

I pensjonslovene gjelder for det første et *forholdsmessighetsprinsipp*, jf.lof.§5-3. De samlede utbetalinger skal ikke utgjøre en større andel av lønnen for arbeidstakere med høyere lønn enn for de med lavere lønn. Prinsippet skal gjennomføre fordelingspolitiske målsetninger. Det er imidlertid ikke noe likhetsprinsipp, og utformet slik at høytlønte arbeidstakere vil kunne få høyere tjenestepensjon enn lavtlønte, både i nominelle kroner og forholdsmessig. Videre er det gjort unntak fra prinsippet ved reglene for videreføring av pensjonsordninger.<sup>20</sup>

For det andre gjelder et prinsipp om at ordningen skal omfatte samtlige arbeidstakere i foretaket (*kollektivprinsippet*), jf.lof.§3-3. Fra prinsippet gjelder visse modifikasjoner for bl.a yngre arbeidstakere og deltidsansatte, se §§ 3-3 til 3-8.

---

<sup>20</sup> Nærmere om forholdsmessighetsprinsippet Steen(2006)s.27-28.



Videre er det innført regler som skal *hindre for store pensjonsutbetalinger*. Lovene tillater ikke høyere pensjonsgrunnlag enn 12 ganger folketrygdens grunnbeløp(G), jf.lof.§5-7. Heller ikke åpnes det for førtidspensjonsytelser, jf.lof.§4-1 som fastslår at laveste pensjonsalder som hovedregel er 67 år.

Lovene åpner for flere ulike varianter av de respektive typer ordninger. Som eksempel kan nevnes at alderspensjon etter lof. kan være både ytelsesbasert og engangsbetalt, se lof.kap.9. Alderspensjon er den sentrale ytelse etter begge lover, men det gis også mulighet for å la ordningene omfatte uførepensjon og ytelser til etterlatte. Ved ordninger etter loi., må imidlertid uføre- og etterlattedelen tegnes som egen forsikring etter lof., jf.loi.§2-4.

Videre er det åpnet for både kombinasjoner av de to typene ordninger (kombinerte ordninger), og at man har både en ytelsesbasert og en innskuddsbasert ordning samtidig (parallele ordninger). Forutsetningen for å opprette parallele ordninger er at arbeidstakerne kan velge hvilken de vil være tilsluttet, og at alle arbeidstakere må være tilsluttet en av ordningene, jf. kollektivprinsippet. Arbeidsgiver kan velge å opprette ordningen gjennom avtale med et forsikringselskap, eller ved å opprette en egen pensjonskasse, jf.lof.§1-1(2).

### 2.1.2 Lov om obligatorisk tjenstepensjon (otpl.)

Tradisjonelt har arbeidsgivere i privat sektor stort sett ikke vært forpliktet til å opprette pensjonsordninger for sine ansatte. Slike forpliktelser har bare vært lovpålagt innenfor visse bransjer, som apotekere og apotekansatte, fiskere, sjømenn og sykepleiere.

Ved ikrafttredelsen av otpl. 1.1.2006 er bildet nå endret. Loven pålegger så godt som samtlige arbeidsgivere i privat sektor å opprette en pensjonsordning for sine arbeidstakere. De eneste som vil falle utenfor lovens virkeområde er svært små foretak, jf.§1. Nyopprettede foretak vil etter §2(2) få en 6 måneders frist til å opprette pensjonsordning.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Premie/innskudd må ikke etterbetales, Ot.prp.nr.10(2005-2006)s.62.

Arbeidsgiver må ha opprettet denne ordningen senest innen utløpet av 2006, men med økonomisk virkning fra 1.juli, jf.§9. Misligholdes denne plikten har arbeidstakerne et krav på oppfyllelse, jf.§3(2). Dessuten kan Kredittilsynet ilegge løpende mulkt, jf.§8.

Loven stiller minstekrav til den pensjonsordning som opprettes. Det skal opprettes en alderspensjonsordning etter pensjonslovene. Velger man å organisere ordningen etter loi., må innskuddet utgjøre minst 2% av lønnen mellom 1G og 12G, jf.§4. Dersom ordningen organiseres etter lof., må pensjonsplanen være utformet slik at den minst vil gi alderspensjon i samsvar med de minstekrav som stilles til en innskuddspensjonsordning, jf.§5. Uansett hvilken type ordning som velges, må den også omfatte premie- eller innskuddsfritak ved uførhet. Dette er en forsikring som sikrer at det innbetales premie/innskudd for arbeidstakeren også i perioder denne er ufør.

### 2.1.3 Andre pensjonsordninger

Det eksisterer en rekke pensjonsordninger som er organisert på andre måter enn etter pensjonslovene. Dette skyldes bl.a at arbeidsgiver og arbeidstaker i mange tilfeller har avtalt pensjon som ikke kan organiseres etter lovene, f.eks fordi ordningen ikke skal omfatte samtlige arbeidstakere i foretaket eller ha et høyere pensjonsgrunnlag enn 12G.

En praktisk viktig gruppe er de *kollektive livrenter*, som reguleres av forsikringsavtaleloven (fal.). For slike ordninger er det ikke oppstilt de samme krav som etter pensjonslovene. Det er imidlertid knyttet skattemessig gunstige virkninger til slik organisering. For å oppnå disse må ordningen omfatte en klart definert gruppe, og alle arbeidstakere som fyller de nærmere fastsatte vilkår må inkluderes i ordningen, jf.fal.§10-2g.<sup>22</sup>

Andre pensjonsforsikringsprodukter er *individuell livrente* (fal.§10-2e) og *IPA-produkter* (individuell pensjonssparing). Felles for disse er at avtalen inngås mellom arbeidstaker og

---

<sup>22</sup> I skrivende stund er det foreslått å fjerne denne skattefordelen, se Ot.prp.nr.1(2006-2007)kap.5.

forsikringsselskapet. Også til slike produkter er det knyttet skattemessige gunstige virkninger som er foreslått fjernet.

Enkelte arbeidsgivere velger i stedet for å inngå avtale med forsikringsselskap eller opprette en egen pensjonskasse, å dekke sine pensjonsforpliktelser over driften. Ytelsene utbetales ettersom de forfaller. Slike ordninger vil, i motsetning til de ovennevnte, være usikrede, slik at arbeidstakerne har risikoen for insolvens hos arbeidsgiver. For slike ordninger gjelder i utgangspunktet ingen regler utover de rent arbeidsrettslige, og de gis ingen særskilt skattemessig behandling.

Endelig bør nevnes ordningene med *Avtalefestet Pensjon* (AFP-ordningene). Dette er førtidspensjonsordninger, i den forstand at arbeidstakere som fyller de individuelle vilkår kan gå av med pensjon etter fylte 62 år. Pensjonen skal da tilsvare den alderspensjon man ville fått fra folketrygden ved avgang ved 67 år, samt et skattefritt AFP-tillegg. Ordningene er tariffestet, og det er et vilkår for rett til AFP at arbeidsgiver er bundet av tariffavtale med AFP-vedlegg. Retten til AFP bortfaller dersom arbeidsgiver opphører å være bundet av tariffavtalen. I tilfelle kan ikke arbeidstaker gjøre krav på noen form for opptjente rettigheter.<sup>23</sup>

## 2.2 Kort om videreføring mellom sektorer

Pensjonsbildet i offentlig sektor skiller seg fra privat sektor på flere punkter. For det første gjelder dette grunnlaget for pensjonsrettighetene. Disse er lovfestet for ansatte i statlig sektor, jf. lov om Statens Pensjonskasse (stpkl.), og tariffestet i kommunal og fylkeskommunal sektor.

I begge sektorer skiller ordningene seg fra pensjonsordninger i privat sektor ved at de kan karakteriseres som såkalte *bruttoordninger*. Dette innebærer at ordningen garanterer et

---

<sup>23</sup> Vedtektene til en av AFP-ordningene, de såkalte LO/NHO-ordningene, ligger vedlagt. Se også ordningenes hjemmeside: <http://www.lo-nho-ordningene.no/afp>.

framtidig ytelsesnivå, uavhengig av eventuelle endringer i folketrygden. Også ytelsesbaserte ordninger i privat sektor vil uttrykke et ambisjonsnivå om summen av ytelser fra ordningen og fra folketrygden, men uten garanti for at eventuelle endringer i folketrygden vil kompenseres av endringer i pensjonsordningen.<sup>24</sup>

Når det gjelder videreføring av offentlige ordninger ved endringer på arbeidsgiversiden, reguleres dette av den såkalte Overføringsavtalen. Overføringsavtalen er en avtale mellom Statens Pensjonskasse og de ulike pensjonsinretninger/kommunale pensjonskasser, jf.avtalens §3. I korte trekk muliggjør avtalen flytting av ordninger mellom kommunal, fylkeskommunal og statlig sektor.

Ingen arbeidsgivere i privat sektor kan være tilsluttet avtalen, jf.§4, og de offentlige pensjonsordninger kan derfor ikke videreføres ved virksomhetsoverdragelse til privat sektor.<sup>25</sup> Heller ikke kan privat arbeidsgiver opprette en tilsvarende ordning, noe som henger samme med den ovenfor nevnte bruttogaranti. En slik garanti vil ingen private arbeidsgivere kunne tegne forsikring på; det er en ”ikke forsikringsbar ytelse”.<sup>26</sup>

Ved virksomhetsoverdragelse fra privat til offentlig sektor vil heller ikke den private pensjonsordningen kunne videreføres, siden stpkl.§5 og tariffavtalene fastsetter at samtlige arbeidstakere må være medlem av de respektive ordninger.

---

<sup>24</sup> Se St.meld.nr.5(2006-2007)s.42(fotnote).

<sup>25</sup> NOU2004:5 s.379. Visse unntak gjelder for tidligere statlige virksomheter etter dispensasjon fra AAD.

<sup>26</sup> Nerdrum/Valen(2005)s.156, med videre henvisning til NOU2003:11 kap.7.3flg. og Ot.prp.nr.11(2003-2004)kap.5.

### 3 Gjenstanden for overføring. Rettighetsbegrepet

#### 3.1 Innledning

Aml.§16-2(1)1.pkt fastslår at tidligere arbeidsgivers ”rettigheter og plikter som følge av arbeidsavtale eller arbeidsforhold” som foreligger på overdragelsestidspunktet, overføres til ny arbeidsgiver. Bestemmelsen bygger på direktivet art.3nr.1. Det er ingen språklig motstrid mellom direktiv- og lovteksten på dette punkt, ut over at direktivet i større grad enn den norske bestemmelsen påpeker at rettigheter/plikter overføres i og med overdragelsen, og *som følge av denne*.

Det er følgelig sentralt å avgjøre hva som utgjør rettigheter og plikter. Det er naturlig å se på dette spørsmålet som inngangsvilkåret for at aml.§16-2 skal komme til anvendelse.<sup>27</sup>

Innholdet av direktivets begrep ”rettigheter og forpliktelser” må fastlegges etter nasjonal rett. Dette synes å være forutsatt i forarbeidene,<sup>28</sup> og må være i samsvar med direktivets formål. Formålet er kun å hindre svekkelse av arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse, ikke å gi arbeidstakerne *bedre* rettigheter som følge av overdragelsen.

Vilkårene i et arbeidsforhold vil regelmessig følge av den individuelle arbeidsavtale, men også av andre grunnlag, f.eks lov eller tariffavtale. I det følgende behandles ulike grunnlag for etablering av pensjonsrettigheter.

---

<sup>27</sup> Slik også Fougner/Holo(2006)s.965.

<sup>28</sup> Se NOU-2004:5-357 og 369-370.

### 3.2 Pensjonsrettigheter med grunnlag i lov

I den grad pensjonsrettigheter følger av lovbestemmelser, må den nærmere fastleggelse av rettighetene bero på en tolking av disse.

Som påpekt i punkt 2.1.2 etablerer otpl. en forpliktelse for de fleste arbeidsgivere i privat sektor til å opprette pensjonsordning for sine arbeidstakere, se §§2 og 3. Det nærmere innhold og omfang av pensjonsrettighetene vil bero på en tolking av de minimumskrav som oppstilles. Dersom arbeidsgiver ikke oppfylder disse har han misligholdt sin plikt, og arbeidstakers mulighet til å kreve oppfyllelse er fastsatt i §3 annet ledd.

Også for arbeidstakere i statlig sektor vil pensjonsrettigheter følge av lov, se stpkl.§21. Dette gjelder også for en rekke yrkesgrupper, se ovenfor 3.2. Det nærmere innhold i rettighetene beror på en tolking av de relevante bestemmelser, se f.eks stpkl.§23 om alderspensjon.

### 3.3 Pensjonsrettigheter med grunnlag i tariffavtale

En tariffavtale er ”en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold”, jf.arbeidstvistloven(arbtlv.)§1nr.8. Tariffbestemmelser om pensjon har ikke vært vanlig i privat sektor, men AFP-ordningene utgjør et unntak av stor praktisk betydning.<sup>29</sup> I kommunal og fylkeskommunal sektor er samtlige pensjonsordninger tariffestet.

I likhet med den individuelle arbeidsavtale, må en tariffavtale tolkes for å fastlegge det nærmere innhold i de rettigheter og plikter den oppstiller. Tariffavtalens særegne karakter

---

<sup>29</sup> Evju(2001)s.44.

gjør imidlertid at tolkingen av den vil skille seg fra tolkingen av en individuell avtale på flere punkter. Disse spesielle tolkingsspørsmål går vi ikke nærmere inn på her.<sup>30</sup>

Det kan reises spørsmål om visse rettigheter i tariffavtaler kan bestå etter avtalens opphør. Rt-1996-1218(Rogalandsmeieriet) synes å legge til grunn at vilkår som går inn som en del av den enkelte individuelle arbeidsavtale kan ha slike "residualvirkninger". Nærmere bestemt vil visse rettigheter dermed kunne opprettholdes selv etter at tariffavtalen som sådan ikke lenger gjelder. I teorien er det omtvistet om og i hvilken grad rettigheter kan etableres på denne måten.<sup>31</sup> Vi går ikke her nærmere inn på dette grunnlaget for rettighetsetablering.

### 3.4 Pensjonsrettigheter med grunnlag i arbeidsavtale

#### 3.4.1 Utgangspunkter

Det som behandles i det følgende, er etablering av pensjonsrettigheter på grunnlag av arbeidsavtale. Etter ikrafttredelsen av otpl. vil dette spørsmålet ha selvstendig betydning for pensjonsordninger i tillegg til de lovpålagte, og for ordninger som går utover lovens minstekrav.

Dette er et spørsmål av avtalerettslig karakter. Det som skal undersøkes, er om avtaleforholdet mellom partene tillater arbeidsgiver ensidig å endre eller oppheve den aktuelle pensjonsordning. I tilfelle kaller man gjerne ordningen en frivillig eller administrativ ordning. Kan han ikke det, foreligger en pensjonsrettighet.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> For en nærmere behandling, se Evju(2001)s.45-54.

<sup>31</sup> Evju(2001)s.50 tar til orde for at rettigheter kan etableres på denne måten. Motsatt Fougner(2004)s.247-250, som viser til Rt-1996-1696(Trondheim kommune).

<sup>32</sup> Se NOU-2004:5-369.

Dette siste må utdypes noe. Spørsmålet om det foreligger en pensjonsrettighet, må holdes prinsipielt atskilt fra spørsmålet om *innhold og omfang* av denne rettigheten, selv om det vil være nær sammenheng mellom spørsmålene. I pkt.3.5 til 3.7 skal noen utgangspunkter i denne forbindelse fastlegges. Videre kan arbeidsgiver ha en viss adgang til å endre en ordning selv om man har konstatert at den er å anse som en rettighet for arbeidstakerne. Dette er i seg selv et omfattende spørsmål, som det ikke går nærmere inn på i denne oppgaven.<sup>33</sup>

Når man skal fastlegge hva som følger av en avtale kan man ikke begrense seg til utelukkende å se på den skriftlige avtale. Aml.§16-2(1) kan ses som et utslag av dette, idet bestemmelsen presiserer at det er rettigheter/plikter som følger av arbeidsavtale *eller* arbeidsforhold som overføres. I uttrykket ”arbeidsforhold” ligger at man også må ta i betraktningen elementer i partenes avtalerelasjon som ikke er nedfelt skriftlig, f.eks regler som er muntlig bekreftet, kutyper og lignende underforståtte normer av avtalerettslig karakter.<sup>34</sup>

Et overordnet mål med avtaletolking i norsk rett er å finne fram til den objektivt sett rimelige og fornuftige mening i avtalens bestemmelser. Men tolkingen vil også ha et mål av mer subjektiv art. Særlig viktig vil det være å finne fram til en eventuell felles forståelse mellom partene om hvordan avtalen er å forstå. Kan en slik felles forståelse påvises, skal denne være utslagsgivende for tolkningsresultatet.<sup>35</sup> Dette gjelder for alle deler av et avtaleforhold, ikke bare den skriftlige avtale.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Nærmere: Evju(2001)s.55-62.

<sup>34</sup> NOU-2004:5-356.

<sup>35</sup> Se Woxholth(2005)s.436-437, Selvig(2004)s.250.

<sup>36</sup> Se LE-1993-1728(Ernst&Young). Saken gjaldt riktignok ikke pensjonsrettigheter, men rett til lønn under sykdom. Saken ble nektet fremmet for Høyesterett.



Som en følge av dette er partenes berettigede forventninger til avtalen et vesentlig tolkingsmoment. Det er viktig å avdekke hvilke forutsetninger parten har hatt for avtalen, og i hvilken grad disse har kommet til uttrykk overfor motparten.<sup>37</sup>

Det må foretas en helhetsvurdering hvor ulike omstendigheter tas med i betraktningen. I det følgende redegjøres for hvilke momenter som inngår i vurderingen av om arbeidsgiver og arbeidstaker har avtalt en pensjonsrettighet.

### 3.4.2 Bestemmelser i den skriftlige arbeidsavtale

Som ved all avtaletolking er ordlyden det klare utgangspunkt.<sup>38</sup> Dersom den skriftlige arbeidsavtale inneholder bestemmelser om pensjonsordninger, vil dette derfor ha stor betydning for vurderingen.

Aml.§14-5 fastslår at det skal inngås skriftlig arbeidsavtale i alle arbeidsforhold. Denne avtalen skal fylle kravene i §14-6. Av særlig interesse i vår sammenheng er bestemmelsens §14-6(1) i, som foreskriver at arbeidsavtalen blant annet skal inneholde opplysninger om lønn og ”... andre godtgjøringer som ikke inngår i lønnen, for eksempel pensjonsinnbetalinger...”. Endringer i arbeidsforholdet skal tas inn i arbeidsavtalen tidligst mulig og senest en måned etter at endringen trådte i kraft, jf.§14-8.

I den grad arbeidsavtalen inneholder bestemmelser om pensjonsordninger, beror rettighetsspørsmålet naturligvis på en tolking av formuleringen. Spørsmålet som må stilles, er om formuleringen er tilstrekkelig klar til å fastslå at partene har inngått avtale om en pensjonsrettighet.

---

<sup>37</sup> Woxholth(2005)s.443.

<sup>38</sup> Se f.eks Woxholth(2005)s.438flg.

I arbeidslivet er det trolig vanlig å benytte formuleringer som ”arbeidstakeren skal være medlem i virksomhetens til enhver tid gjeldende kollektive pensjonsordning”.<sup>39</sup> I denne formuleringen ligger et ikke uvesentlig forbehold fra arbeidsgivers side, slik at det er nærliggende å anta at denne i alle fall kan endre ordningen, og muligens også bringe den til opphør. I teorien er det uttalt at en slik formulering antakelig ikke medfører noen forpliktelse for arbeidsgiver, og at den kun peker på at arbeidstakeren skal behandles på lik linje med de andre.<sup>40</sup> Dersom avtalebestemmelsen kun peker på at arbeidsgiver ”har” pensjonsordning, uten noen slik reservasjon, taler dette på den annen side i for at det er etablert en rettighet.<sup>41</sup>

I denne sammenheng bør vises til den såkalte ukklarhetsregelen, som tilsier at i tvilstilfeller skal et avtalevilkår tolkes til ugunst for den som burde ha uttalt seg tydeligere.<sup>42</sup> Etter aml.§14-6 skal arbeidsgiver utforme utkast til arbeidsavtale, og vil således regelmessig være forfatter av de fleste avtalevilkår. Ukklarhetsregelen vil kunne lede til at uklare vilkår tolkes i favør av arbeidstakerne, slik at en rettighet anses etablert.

Den foreliggende rettspraksis illustrerer at avtalebestemmelser må ses i sammenheng med andre sider ved avtaleforholdet. Omstendighetene kan tilsi at det kreves mer eller mindre av formuleringen.

I Rt-2002-1576(Hakon) hadde alle som ble ansatt i regnskapsavdelingen i en fire års periode en henvisning til pensjonsordningen i sine arbeidsavtaler, gjennom formuleringen ”*Fri tilleggs pensjon etter bedriftens regler for kollektiv pensjon*”. Høyesterett ga uttrykk for at dette hadde skapt ”en viss usikkerhet”, men kom likevel til at det ikke kunne være

---

<sup>39</sup> Slik Hammerich/Wiese-Hansen(2004b)s.27(i fotnote).

<sup>40</sup> Nerdrum/Valen(2005)s.142.

<sup>41</sup> Slik også Evju(2001)s.55.

<sup>42</sup> Se nærmere Selvig(2004)s.253.

avgjørende, tatt i betraktning omstendighetene for øvrig. De ulike omstendigheter ved avtaleforholdet etablerte etter Høyesteretts mening ingen rettighet, og dette gjaldt alle arbeidstakerne. Arbeidsgiver hadde derfor adgang til å bringe ordningen til opphør.<sup>43</sup>

Heller ikke i LF-1998-715(Mørebil) fikk arbeidstakerne medhold i at det var etablert en pensjonsrettighet, til tross for at åtte av de 26 saksøkerne hadde inntatt formuleringen ”Pensjonsforsikring etter gjeldende regler 65-77 år” i sine arbeidsavtaler.

Avgjørelsene går relativt langt i å konstatere at det ikke er etablert rettigheter, til tross for nokså klare avtalebestemmelser. Dette må naturligvis ses i sammenheng med øvrige omstendigheter ved avtaleforholdet, og det var nok av vesentlig betydning at begge avtalebestemmelser kun gjaldt overfor et mindretall av arbeidstakerne.

Det kan også være at synet på hvordan avtalebestemmelser om pensjon i sin alminnelighet skal forstås, har gjennomgått en utvikling. Selv om avgjørelsene ikke er gamle, har det vært trekk ved samfunnsutviklingen de aller siste år som kan tilsi en økende bevissthet omkring pensjonsspørsmål. Pensjon blir i større grad enn tidligere ansett som en del av de sentrale arbeids- og lønnsvilkår.<sup>44</sup> Dette kan tilsi at den samme formulering forstås ulikt, avhengig av når den er avgitt. Avtalebestemmelsene i Hakon-saken var formulert på midten av 1990-tallet. Det er ikke gitt at Høyesterett vil komme til samme resultat dersom de forelegges tilsvarende formulering avgitt i dag.

Dersom avtalen fastsetter et bestemt nivå for ytelser/innskudd, eller en bestemt pensjonsstruktur, vil resultatet lett måtte bli at arbeidsgiver har forpliktet seg til å sørge for dette.<sup>45</sup> Man kan også tenke seg avtaleformuleringer som går ut på at ”NN har rett på

---

<sup>43</sup> En nærmere beskrivelse av faktum i Hakon-dommen finnes som vedlegg.

<sup>44</sup> Se NOU-2004:5-379flg. og Ot.prp.nr.49(2004-2005)261flg.

<sup>45</sup> I denne retning NOU-2004:5-369

pensjon” etter den og den ordning, som vanskelig kan forstås annerledes enn at det er etablert en rettighet. I mange tilfeller vil ordlyden ikke gi noen veiledning, og det vil da være andre sider ved avtaleforholdet som blir avgjørende.

Man kan spørre om det vil være et moment mot rettighetsetablering dersom arbeidsavtalen ikke inneholder bestemmelser om pensjon. Det kan anføres at når dette ikke er gjort tross i bestemmelsen i aml. §14-5, indikerer det at partene ikke har ansett den som en del av arbeidsvilkårene.

På den annen side er arbeidsgiver i samsvar med bestemmelsens system gitt initiativet i forhold til hva som skal inntas i arbeidsavtalen. Dersom man automatisk skulle tillegge manglende nedfellelse betydning, ville dette innebære at den ene av partene i stor grad er gitt kontroll med rettighetsspørsmålet. Det samsvarer dårlig med formålet med tolkingen, nemlig å finne fram til partenes felles forståelse av avtalen.

På denne bakgrunn bør man etter vårt syn vise tilbakeholdenhet med å tillegge dette for stor vekt i vurderingen av rettighetsspørsmålet.

### 3.4.3 Bakgrunnen for opprettelsen av pensjonsordningen

Arbeidslivslovutvalget legger til grunn at dersom pensjonsordningen er etablert ensidig av arbeidsgiver, er utgangspunktet at denne også kan endre eller avvikle ordningen ensidig. Mer enn et utgangspunkt kan imidlertid ikke dette være, og forarbeidene nevner at ”[m]ed tiden kan det ... tenkes at en ensidig etablert pensjonsordning utvikler seg til å bli en

Formatted: Bullets and Numbering

rettighet ...”<sup>46</sup> Omstendigheter av betydning for rettighetsspørsmålet vil også kunne foreligge på opprettelsestidspunktet.

I tjenestepensjonsforhold vil det nesten alltid være arbeidsgiver som inngår forsikringsavtale, oppretter pensjonskasse eller lignende. Dette kan imidlertid i større eller mindre grad være et resultat av drøftelser med arbeidstakerne eller representanter for disse. Det kan også være at arbeidstakerne har uttrykt et ønske om pensjonsordning. Slike forhold må, i den grad de lar seg klarlegge, få betydning ved vurderingen av rettighetsspørsmålet.

I Hakon-saken var partene enige om at opprettelsen ikke var resultat av noe uttrykt ønske om pensjonsordning. Retten poengterte at opprettelsen ikke ble drøftet med tillitsvalgte eller andre representanter for de ansatte, og at det heller ikke ble gitt informasjon om ordningen. Det er nærliggende å forstå Høyesteretts resonnement slik at dersom ordningen er opprettet som følge av en dialog, eller framstår som innfrielse av et ønske eller krav fra arbeidstakerne, vil dette trekke i retning av at det er etablert en pensjonsrettighet.

#### 3.4.4 Arbeidsgivers forbehold

Arbeidslivslovutvalget synes å legge stor vekt på arbeidsgivers forbehold om fremtidige endringer eller avvikling.<sup>47</sup> Juridisk teori går ikke like langt, men legger til grunn at arbeidsgivers forbehold må tillegges betydning.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> NOU-2004:5-370. Se også Jakhelln(2002)s.103-104, som påpeker at ”regulativsynspunktet” - at arbeidsgiver oppretter denne typen ordninger av veldedighetshensyn - i stor grad er forlatt som hovedsystem for lønns- og arbeidsforhold.

<sup>47</sup> NOU-2004:5-370.

<sup>48</sup> Se Evju(2001)s.55 og Nerdrum/Valen(2005)s.145. Sistnevnte påpeker at man ikke bør legge overdreven vekt på at forbehold *ikke* er tatt.

Forbehold kan tas i mange former og gis ulike formuleringer. Én ting er at en eventuell avtalebestemmelse som nevnt kan inneholde forbehold eller reservasjoner. Arbeidsgiver kan imidlertid også tenkes å gi uttrykk for en oppfatning om at han har adgang til å endre eller avvike ordningen på andre måter. Dette kan skje gjennom skriftlige/muntlige erklæringer, gjennom protokoller fra drøftelser eller forhandlinger, i arbeidsreglement/personalhåndbok eller annen informasjon til de ansatte.

Det er viktig å ha klart for seg at målet med vurderingen er å finne fram til partenes oppfatning av avtaleforholdet. Da er det innlysende at arbeidsgivers oppfatning, slik den kommer til uttrykk overfor arbeidstakerne, må tillegges vekt.

Et forbehold må imidlertid ses i sammenheng med andre omstendigheter ved avtaleforholdet. Ikke minst vil tidspunktet for forbeholdet ha betydning. Et forbehold som tas allerede ved opprettelsen av pensjonsordningen må klart nok ha større betydning enn et forbehold som kommer til uttrykk etter at det har gått noe tid og andre begivenheter har fått spille inn på partenes oppfatninger. Bordet fanger, sies det gjerne, og arbeidsgiver kan ikke ved et forbehold ”tilbakestille” en utvikling i avtaleforholdet. Det er imidlertid også slik at den som tier, samtykker. Dersom arbeidstakerne ved arbeidsgivers forbehold ikke gir uttrykk for at de oppfatter situasjonen annerledes, vil dette indikere at partene har en felles forståelse om at arbeidsgiver vil kunne endre eller avvike pensjonsordningen.

#### 3.4.5 Finansiering av ordningen

En pensjonsordning kan finansieres på ulike måter. I Norge er nok det vanlige at det er arbeidsgiver som står for innbetaling av premie/innskudd. Pensjonslovgivningen åpner imidlertid for at arbeidstakerne kan bidra til finansieringen, og slik sørge for økte ytelser.

I Hakon-dommen ble det forhold at pensjonsordningen i sin helhet ble finansiert av bedriften, uten noe pensjonstilskudd fra de ansatte, trukket fram som et forhold som talte

Formatted: Bullets and Numbering

mot at det var etablert en pensjonsrettighet. Umiddelbart skulle man ikke tro at dette har selvstendig vekt i denne sammenheng. Forholdet må imidlertid ses i sammenheng med partenes berettigede forventninger.

De rettslige konsekvenser knyttet til eiendomsrett til pensjonsordningens midler er én ting. En annen ting er at arbeidstakernes finansiering i stor grad vil skape forventning om senere ytelser. Arbeidsgiver vil på sin side ikke kunne legge til grunn den samme forutsetning om at han står fritt til å endre eller avvikle ordningen. Man vil stå overfor en helt annen situasjon enn der bare arbeidsgiver har stått for finansiering. Dersom arbeidstakerne har bidratt til finansiering, bør dette således tillegges stor betydning.

#### 3.4.6 Kommunikasjon mellom partene

Dersom pensjonsordningen har vært vist til i ulike former for kommunikasjon mellom arbeidsgiver og arbeidstakerne, vil omtalen av den bidra til å klarlegge hvordan partene har oppfattet avtaleforholdet. Dette må få betydning for bedømmelsen av rettighetsspørsmålet.

I Hakon-dommen ble ulike former for kommunikasjon fra arbeidsgiver trukket fram av Høyesterett. For det første pekes det på at ordningen ikke var omtalt i bedriftens personalhåndbok, noe som talte mot at det var etablert en rettighet. Dersom arbeidsgiver derimot har omtalt pensjonsordningen i personalhåndbøker, arbeidsreglementer eller lignende, vil dette kunne trekke i motsatt retning, avhengig av formuleringene.

Arbeidsgiver sirkulerer ofte informasjon per brev, på virksomhetens intranett e.l., til de ansatte med ulike opplysninger. Slik informasjon har en noe annen karakter enn reglementer og lignende, men må like fullt komme med i betraktningen. I Hakon-saken hadde personalsjefen sendt ut et informasjonsskriv til de ansatte hvor det blant annet ble vist til at ”*Hakon Nord AS [betaler] til en kollektiv pensjonsordning for sine ansatte*”.

Formatted: Bullets and Numbering

Arbeidsgiver forklarte at formuleringen kun var ment som informasjon. Høyesterett anså dette å trekke i retning av at det var etablert en rettighet, men det var altså ikke tilstrekkelig.

I teorien er det tatt til orde for at arbeidsgivers subjektive oppfatning av utsagnene ikke kan være utslagsgivende når man skal avgjøre hvilken betydning slik informasjon skal tillegges, slik Høyesteretts resonnement kan antyde. Det avgjørende må være en objektiv bedømmelse av hvilke berettigede forventninger de aktuelle utsagn vekker.<sup>49</sup> Denne presiseringen må ha mye for seg, sett på bakgrunn av betydningen av å finne frem til partenes berettigede forventninger. Dersom informasjonen objektivt sett gir arbeidstakerne grunn til forventning om fremtidige pensjonsytelser, må dette tale for rettighetsetablering.

Muligens kan man anlegge noe av det samme synspunkt som ligger til grunn for ukklarhetsregelen. Ut fra dette vil man ved et uklart utsagn fra arbeidsgiver velge det tolkingsalternativ som er til dennes ugunst. Man må imidlertid ha klart for seg at ukklarhetsregelen har sitt vesentligste virkeområde ved skriftlige avtalevilkår.<sup>50</sup>

En noe annen variant står vi overfor der kommunikasjonen mellom partene finner sted som ledd i en omstillingsprosess e.l. ved arbeidsplassen, f.eks i forbindelse med en forestående virksomhetsoverdragelse. Dette var tilfelle i *Adviso*-dommen, hvor arbeidsgiver i forkant av en planlagt fusjon hadde sendt individuelle brev til arbeidstakerne. I brevet hadde arbeidsgiver beskrevet innholdet i pensjonsordningen, og dessuten påtatt seg en rekke garantier for ytelser som ikke var forsikringsdekket. I sin drøftelse av rettighetsspørsmålet tok retten utgangspunkt i dette brevet når den skulle tolke avtaleforholdet mellom partene. Retten viste til at den naturlige språklige forståelse av utsagnene i brevet måtte være at

---

<sup>49</sup> Slik Nerdrum/Valen(2005)s.144.

<sup>50</sup> Woxholth(2005)s.456.



arbeidstakerne ble gitt en pensjonsrettighet. Spørsmålet ble ikke ansett tvilsomt, og dette partsutsagnet framstår som det helt sentrale og avgjørende moment i vurderingen.<sup>51</sup>

Ytterligere en variant ble anført i Hakon-saken. Arbeidstakerne hevdet at de årlige pensjonsoppgavene, som ble utarbeidet av forsikringsselskapet og distribuert av arbeidsgiver, måtte tale i retning av rettighetsetablering. Dette ble avvist av Høyesterett, med den begrunnelse at man er lovpålagt å gi de forsikrede slik informasjon i henhold til fal. Informasjonen kan derfor i utgangspunktet ikke ha betydning for avtaleforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstakerne. Annerledes kan dette stille seg dersom det i pensjonsoppgavene gis informasjon utover det som er lovpålagt.

#### 3.4.7 Ordningen har vært tema i drøftelser eller forhandlinger

I tidens løp avholdes gjerne drøftelser mellom partene i ulike former. I den grad den pensjonsordningen har vært fremme i slike drøftelser, vil det som har kommet til uttrykk kunne få betydning i vurderingen av om det er etablert en rettighet. Dette indikeres i Hakon-dommen, hvor det riktignok ikke var anført at ordningen hadde vært tema i slike situasjoner. Også Arbeidslivslovutvalget fremhever dette som et relevant moment.<sup>52</sup>

Av særlig betydning må det være dersom pensjonsordningen har vært tema i lønnsforhandlinger, enten lokalt ved bedriften eller sentralt. Dette vil regelmessig tyde på at partene har ansett ordningen for å være en del av de sentrale økonomiske arbeidsvilkår, og en god pensjonsordning kan framstå som et alternativ til lønnsvekst. Hvis det er sannsynlig

---

<sup>51</sup> Angående dommens rettskildemessige verdi må bemerkes at den er anket og følgelig ikke rettskraftig i skrivende stund. At det legges stor vekt på slike partsutsagn når et avtaleforhold skal fastlegges kan imidlertid ikke være kontroversielt, og dommen bør kunne tjene som illustrasjon.

<sup>52</sup> NOU-2004:5-370

at dette har vært tilfelle, må dette være et moment som taler sterkt for at det er etablert en rettighet.<sup>53</sup>

Kanskje kan man også legge til grunn at gode pensjonsordninger i sin alminnelighet er egnet til å påvirke lønnsforventninger, ut fra et ”typeforutsetnings-synspunkt”.<sup>54</sup> Dette vil i tilfelle henge sammen med økende fokus på pensjonsrettigheter som del av de sentrale arbeidsvilkår.

I Hakon-dommen ble det fremhevet at ordningen ikke kunne hatt innvirkning på lønnsforholdene, ettersom lønnen i sin helhet ble fastsatt gjennom sentrale forhandlinger. Dette talte mot at det var etablert en rettighet.

#### 3.4.8 Rekruttering og nyansettelser

I Hakon-dommen ble det vektlagt at arbeidsgiver ikke hadde vist til pensjonsordningen i rekrutteringsøyemed, og at det ikke ble gitt noen informasjon om ordningen ved nyansettelser. Dette trakk etter Høyesteretts oppfatning i retning av at det ikke var etablert noen rettighet.

Dersom arbeidsgiver derimot har trukket frem pensjonsordningen i slike sammenhenger, er dette et forhold som bør tale for rettighetsetablering. I likhet med der ordningen trekkes frem i lønnsforhandlinger, tyder nemlig dette på at arbeidsgiver anser den for å tilhøre de sentrale arbeidsvilkår. Dessuten vil slik informasjon til potensielle eller nye arbeidstakere kunne gi en berettiget forventning om at pensjonsordningen er noe man har krav på. Som

---

<sup>53</sup> Bergh(2004)s.203 framhever dette som et særlig sentralt moment i rettighetsvurderingen. NOU-2004:5-370 fremhever uttrykkelig betydningen av lønnsforhandlinger.

<sup>54</sup> Adviso-dommen synes å gå i denne retning, men det er etter foreliggende rettspraksis uklart om dette er å strekke momentet for langt.

ved andre utsagn fra partene må det imidlertid understrekes at betydningen av dem avhenger av hvilke formuleringen.

#### 3.4.9 Utsagn overfor enkelte eller grupper av arbeidstakere

Formatted: Bullets and Numbering

Ovenfor har vi sett på betydningen av kommunikasjon mellom arbeidsgiver og arbeidstakerne som en enhet. Ofte vil imidlertid arbeidsgiver komme med utsagn bare overfor enkelte eller grupper av ansatte. I utgangspunktet vil disse utsagnene først og fremst få betydning for de arbeidstakere eller de grupper dette gjelder. Det vil imidlertid være en presumsjon for at rettighetsspørsmålet skal behandles likt for samtlige arbeidstakere.<sup>55</sup> På denne måten kan slike utsagn etter omstendighetene også få betydning for arbeidstakere som ikke er direkte berørt eller omfattet av dem.

Resonnementet er utslag av en grunnleggende oppfatning i arbeidsrettslig tenkning, og må dessuten ses i sammenheng med de prinsipper som gjelder i pensjonslovgivningen. I pkt.2.1.1 er det redegjort for kollektiv- og forholdsmessighetsprinsippet i pensjonslovene.

Likebehandlingspresumsjonen vil etter omstendighetene kunne tale både for og mot rettighetsetablering. Som nevnt kan forpliktende utsagn fra arbeidsgiver nok gjøres gjeldende av andre enn dem de direkte er avgitt overfor. I Hakon-saken fant på den annen side Høyesterett at det ikke var etablert en rettighet for noen av arbeidstakerne, til tross for at enkelte arbeidstakere kunne vise til relativt klare avtalebestemmelser.

I teorien er det påpekt at presumsjonen for likebehandling ikke nødvendigvis slår til dersom det kan påvises konkrete, objektive grunner for at enkelte eller grupper av ansatte skal stilles forskjellig.<sup>56</sup> For eksempel kan omstendighetene føre til at en eventuell rettighet

---

<sup>55</sup> Se Evju(2001)s.55.

<sup>56</sup> Evju(2001)s.55.

anses etablert bare for de ansatte ved enkelte avdelinger eller enkelte stillingsgrupper ved samme arbeidsplass. Dette vil måtte bero på utsagnets form og innhold, samt hva slags pensjonsordning det er snakk om. Ikke minst vil det også ha betydning hvor mange og hvilke arbeidstakere utsagnet er framsatt overfor.

#### 3.4.10 Varigheten av pensjonsordningen

Verken i Hakon-dommen eller i annen rettspraksis er pensjonsordningens varighet trukket fram i vurderingen av rettighetsspørsmålet, i alle fall ikke eksplisitt. På den annen side har de tilfellene hvor spørsmålet har blitt bedømt som tvilsomt av domstolene, dreid seg om ordninger av relativ lang varighet. I Hakon-dommen hadde ordningen fungert i over 20 år, og arbeidstakerne i Adviso-dommen hadde vært tilknyttet ordningen i mellom 25 og 40 år. I Mørebil-dommen hadde pensjonsordningen bare eksistert i om lag to år. Avgjørelsen legger ikke eksplisitt vekt på den korte varigheten, men framstår som meget klar på at det ikke var etablert noen rettighet til tross for at det forelå en del momenter som kunne tale i motsatt retning.

Arbeidslivslovutvalget synes å gå langt i å tillegge tidsmomentet betydning. Det uttales at selv om en ordning opprinnelig ikke var en rettighet, kan den gjennomgå en utvikling over tid. Forarbeidene inneholder også uttalelser om at det faktisk er *”etablert en ordning som faktisk innebærer et gode for arbeidstakerne, og at den er blitt anvendt i praksis, vil kunne lede til at arbeidsgiveren anses forpliktet av den.”*<sup>57</sup>

Som påpekt i etterfølgende teori gir ikke uttalelsen særlig mening, i alle fall ikke lest isolert.<sup>58</sup> En hver pensjonsordning vil jo innebære et gode sammenlignet med ingen pensjonsordning, og det at en ordning anvendes i praksis innebærer ikke i seg selv noe

---

<sup>57</sup> NOU-2004:5-370.

<sup>58</sup> Nerdrum/Valen(2005)s.145.

dispositivt utsagn. For at uttalelsen skal bli meningsbærende må den leses slik at forarbeidene oppstiller som forutsetning for rettighetsetablering at pensjonsordningen har fungert i praksis over noe tid, og at det slik sett har vært en utvikling i avtaleforholdet mellom partene.

Det er dog grunn til å understreke at det viktigste må være hvilke begivenheter som har funnet sted og hvilke partsutsagn som er avgitt i det aktuelle tidsrom, og ikke lengden av tidsrommet i seg selv. Men vekten av andre omstendigheter vil naturligvis øke dersom det kan påvises at de har virket over lenge tid. Har det f.eks over lengre tid blitt vist til pensjonsordningen ved rekruttering vil dette momentet forsterkes, og særlig må dette gjelde hvis det er gjennomført konsekvent.

#### 3.4.11 Avveiningen mellom de ulike momenter

Som den foregående drøftelse viser, vil enkelte momenter kunne bli utslagsgivende dersom de med tilstrekkelig styrke taler for at det er etablert en rettighet. En klar avtalebestemmelse uten forbehold er vanskelig å fortolke annerledes. Har ordningen regelmessig vært et uttrykkelig tema ved lønnsforhandlinger, kanskje slik at arbeidstakerne har avstått fra høye lønnskrav under forutsetning av at ordningen består, vil det samme gjelde. Likedan er det vanskelig å komme utenom at arbeidstakerne er tilstått en rettighet når de selv har deltatt i finansiering av ordningen.

Felles for disse situasjonene er at partene vil ha dannet seg berettigede forventninger. Arbeidstakerne vil ha en klar forventning om utbetaling av ytelser når dette blir aktuelt, samtidig som arbeidsgiver i slike tilfelle vanskelig kan hevde at han hele tiden har hatt adgang til å endre eller avvikle ordningen.

Formatted: Bullets and Numbering

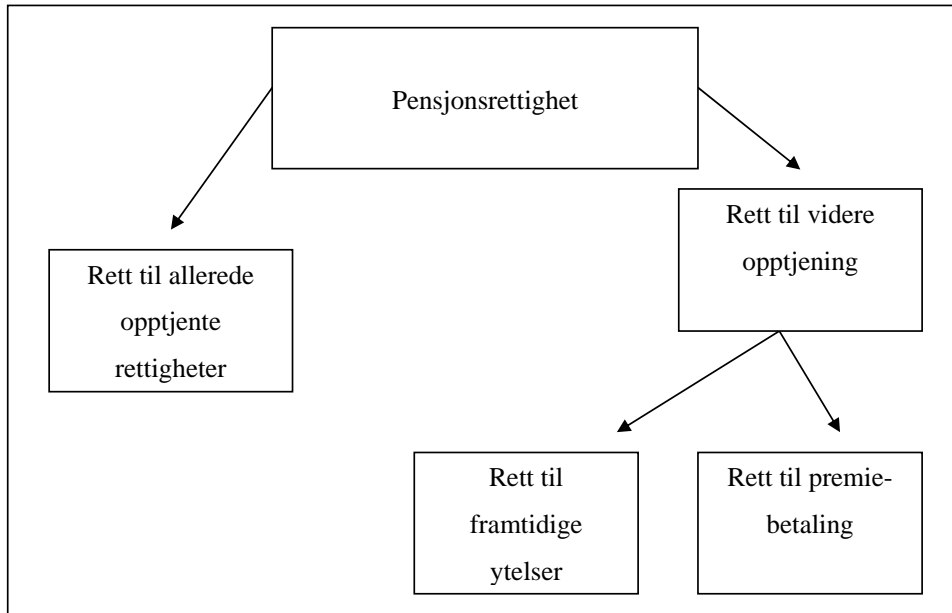
Betydningen av partenes forutsetninger henger sammen med hensynet til forutberegnelighet og innrettelse, noe som må gjøre seg sterkt gjeldende ved rettigheter av såpass langsiktig karakter som pensjonsrettigheter er.

Det har naturligvis også stor, ofte avgjørende, betydning hvordan disse forventninger og forutsetninger er kommunisert overfor den annen part. Den arbeidsgiver som mener seg berettiget til endring eller avvikling, men unnlater å gjøre dette gjeldende til tross for at omstendighetene gir oppfordring til det, vil lett anses forpliktet. Tilsvarende er det lengre vei for å bli hørt med at det etablert en pensjonsrettighet for arbeidstakere som "sitter på gjerdet" til tross for at arbeidsgivers utsagn og opptreden gir inntrykk av å ha slik endrings-/avviklingsrett.

### 3.5 Innhold og omfang av en pensjonsrettighet

Som nevnt, må dette spørsmålet i prinsippet holdes atskilt fra spørsmålet om det er etablert (en eller annen) rettighet. Mange tolkingsfaktorer vil imidlertid være felles ved løsningen av de to spørsmålene.

En pensjonsrettighet kan brytes opp i ulike elementer. For det første går det et skille mellom allerede opptjente rettigheter og retten til videre opptjening. Og når det gjelder retten til videre opptjening må det skilles mellom retten til utbetaling av pensjonsytelser i framtiden, og retten til premie-/innskuddsbetaling.



**Figur 1: Elementer i en pensjonsrettighet**

Det må poengteres at rett til allerede opptjente rettigheter vil kunne oppstå selv der opptjeningen ikke har skjedd på grunnlag av en pensjonsrettighet. Har ordningen vært frivillig eller administrativ, vil arbeidstaker likevel kunne være berettiget til opptjent kapital når opptjeningen først har skjedd.

Spørsmålet om hvorvidt en pensjonsrettighet omfatter de ulike elementer nevnt ovenfor, beror i prinsippet på en tolking av det enkelte avtaleforhold. Det må fremheves at det ikke kan settes noe likhetstegn mellom pensjonsrettigheten og den eller de aktuelle pensjonsordninger. En ordning kan noe forenklet sies å være et middel til oppfyllelse av en pensjonsforpliktelse.

Siden spørsmålet om pensjonsrettigheters nærmere innhold må avgjøres konkret, skal vi ikke gå nærmere inn på dem. Bevissthet om ulike elementer i en pensjonsrettighet er likevel en forutsetning for den videre drøftelse.

### 3.6 Individuelle og kollektive rettigheter

Det bør knyttes noen bemerkninger til forståelsen av begrepene individuell og kollektiv pensjons*rettighet* i denne oppgaven. Sondringen bør ikke forveksles med begrepene individuell og kollektiv pensjons*ordning*.

Om en rettighet er av individuell eller kollektiv art, beror i første rekke på hvem som kan gjøre krav på den. Dersom den enkelte arbeidstaker kan kreve oppfyllelse av en rett, er den individuell. Typiske individuelle rettigheter er rett til lønn, ansiennitet, permisjon og ferie.<sup>59</sup> Etter vårt syn vil også rett til pensjon omfattes av denne kategorien, og vi legger dette til grunn i den videre drøftelse. Er det derimot kun arbeidstakerne i fellesskap – etter en nærmere definisjon – som kan kreve oppfyllelse, er rettigheten kollektiv. Typiske kollektive rettigheter er forhandlingsrett, streikerett og lignende.

Rt-1987-98(Vinmonopolet) gir en god illustrasjon på dette. En tillitsvalgt som påberopte seg det særskilte, tariffestede oppsigelsesvern for tillitsvalgte, fikk ikke fremme saken for Arbeidsretten. Dette oppsigelsesvernet var begrunnet i kollektivets interesser, og ikke den enkelte tillitsvalgtes. Saksøkeren måtte påberope seg det alminnelige stillingsvernet, som er en individuell rettighet.

Hvorvidt en pensjons*ordning* er individuell eller kollektiv, beror på sin side av en vurdering av ordningens art. Det sentrale element i vurderingen er hvor mange som kan utlede (individuelle) rettigheter av ordningen, se nærmere 4.4 nedenfor.<sup>60</sup>

### 3.7 Hva er én pensjonsordning?

Begrepet ”pensjonsordning” er brukt flere steder i ulike lover, og det får derfor betydning å fastlegge dets nærmere innhold. Et spørsmål som får betydning i ulike relasjoner er når

---

<sup>59</sup> NOU-2004:5-399.

<sup>60</sup> Slik også Arbeidsrett.no(2006)s.1084, Bergh(2004)s.203-204. Annerledes Hammerich/Wiese-Hansen(2004)s.26-29.



man står overfor én ordning, og når det er snakk om flere. Spørsmålet oppstår særlig der ordninger har ulikt grunnlag og regelverk.

For det første er det ikke uvanlig at et foretak har en ”grunnordning” etter pensjonslovene som alle ansatte er medlem av, og samtidig har en ”tilleggsordning” for en eller flere nærmere definerte grupper. Ett eksempel er en ”top hat-ordning” som sikrer pensjonsberegning av grunnlag over 12 G.

For det andre kan pensjonsordninger ha ulikt rettsgrunnlag. I en virksomhet kan det f.eks være en ordning etter pensjonslovene, samtidig som arbeidsgiver er tilsluttet en tariffavtale med AFP-vedlegg.

I begge disse tilfellene tilsier en naturlig språklig forståelse av begrepet pensjonsordning at vi står overfor to ordninger. Pensjonslovenes system synes også å bygge på et slikt syn, se f.eks lof.§3-10(2) som fastslår at man kan være medlem av en ordning etter pensjonslovene og samtidig gå av med AFP. Bestemmelsen synes å forutsette at AFP er en egen pensjonsordning.

Prinsipielt må spørsmålet bero på en konkret tolking av begrepet pensjonsordning i den sammenheng det er brukt. I den grad det kan sies noe generelt om hva som er én pensjonsordning, må dette være at ulikheter i grunnlag og regelverk tilsier at det er snakk om flere ordninger. Videre vil det naturligvis ha betydning hvordan pensjonskapitalen er forbundet med ordningen. I den følgende fremstilling vil det legges til grunn at det i begge eksemplene nevnt ovenfor foreligger to ulike pensjonsordninger.

## 4 Omfanget av pensjonsunntaket

### 4.1 Innledning

Her forutsettes at det foreligger en pensjonsrettighet på arbeidstakernes hånd. Fra hovedregelen om at alle eksisterende plikter/rettigheter overføres til erververen er det gjort unntak for visse pensjonsrettigheter i tredje ledd (heretter pensjonsunntaket). Etter direktivet og aml.§73Bnr.3 ble slike pensjonsrettigheter ikke overført til erverver. I dagens aml.§16-2(3) ble pensjonsunntaket snudd slik at den formelle hovedregelen nå er at disse pensjonsrettighetene overføres. Aml.§16-2(2) 2-3pkt. oppstiller imidlertid unntak fra denne hovedregelen om overføring. Derfor er det viktig å klargjøre omfanget av pensjonsunntaket.

Det fremkommer klart av forarbeidene at lovgiver på dette punkt ikke ønsket å endre rettstilstanden.<sup>61</sup> Avgrensningen av pensjonsunntaket i direktivet og aml.§73Bnr.3, slik den har utviklet seg bl.a. gjennom norsk rettspraksis og gjennom praksis fra EF- og EFTA-domstolen, er derfor av betydning når rekkevidden av særregelen i aml.§16-2(3) skal fastlegges.

Begrunnelsen for å oppstille et pensjonsunntak i direktivet var at de ulike pensjonsordningene i medlemslandene gjorde det vanskelig å gi en enhetlig regulering på det fellesskapsrettslige plan.<sup>62</sup> Dette gjør seg ikke nødvendigvis gjeldende i norsk rett. Her må andre forklaringer på rettstilstanden finnes.

---

<sup>61</sup> NOU-2004:5-382 og Ot.prp. nr.49(2004-2005)s.263

<sup>62</sup> COM(75)429s.8

Ved forståelsen av bestemmelsen vil direktivets verneformål være en sentral tolkningsfaktor. Dette er bakgrunnen for at EF-domstolen ved flere anledninger har uttalt at unntaket skal forstås snevert og kun omfatter de ytelser som er uttømmende angitt i bestemmelsen.<sup>63</sup>

Det bør presiseres at det bare er arbeidstakere som er ansatt på overdragelsestidspunktet, og i den overdratte del av virksomheten, som omfattes av aml.§16-2.<sup>64</sup> Rettigheter til tidligere ansatte og pensjonister omfattes ikke.

Bestemmelsen reiser flere rettslige problemstillinger. For det første hvilke rettigheter/plikter vedrørende pensjonsordningen som omfattes (pkt.4.2). Videre er det kun *"alders-, etterlatte-, og uførepensjon"* som omfattes (pkt.4.3), og det må være en *"kollektiv tjenstepensjon"* (pkt.4.4). Bestemmelsen stiller mao. krav til både pensjonsytelsens og pensjonsordningens art. Endelig må bestemmelsen ses i sammenheng med annet ledd vedrørende tariffavtaler. I forhold til pensjonsordninger nedfelt i tariffavtaler oppstår spørsmålet om hvilken av bestemmelsene ordningen faller inn under (pkt.4.5).

## 4.2 Hvilke plikter vedrørende pensjonsordningen omfattes?

### 4.2.1 Innledning

Aml.§16-2(3) taler om *"arbeidstakernes rett til videre opptjening..."*. Etter ordlyden omfattes derimot ikke allerede opptjente rettigheter. Hvordan disse blir ivaretatt i pensjonsordningen kan likevel få betydning for pensjonsunntakets rekkevidde (pkt.4.2.2). Videre har det vært reist tvil om unntaket omfatter arbeidsgivers plikt til å betale pensjonspremie. Vi skal se på om premieinnbetalingsplikten er omfattet av bestemmelsen

---

<sup>63</sup> Se C-164/00(Beckmann)premiss 29-30.

<sup>64</sup> Nærmere: Fougner/Holo(2006)s.942-949.

(pkt.4.2.3). Deretter drøftes enkelte forhold ved inkorporeringen av direktivet (pkt.4.2.4 og 4.2.5), noe som får betydning i flere relasjoner.

#### 4.2.2 Opptjente pensjonsrettigheter

Pensjonsunntaket i direktivet omfatter tilsynelatende alle elementer i en pensjonsrettighet (se pkt.3.5). Direktivet art.3nr.4b oppstiller imidlertid en plikt for medlemsstatene til å vedta nødvendige tiltak for å ivareta interessene vedrørende helt eller delvis ervervede rettigheter til alderspensjon, herunder etterlattepensjon.<sup>65</sup> Det er nærliggende å tolke direktivet slik at medlemsstatene må sørge for at allerede opptjente rettigheter ikke går tapt ved virksomhetsoverdragelser, til tross for den manglende overføring av pensjonsordninger. Det er imidlertid tvilsomt om de opptjente pensjonsrettighetene må ivaretas fullt ut, jf.uttrykket ”ivareta interessene”. Mindre endringer i rettighetene må trolig anses å oppfylle direktivets krav.

##### 4.2.2.1 Fripolisesystemet som sikring av opptjente pensjonsrettigheter

For å sikre opptjente pensjonsrettigheter er det innført et system med såkalte fripoliser/pensjonskapitalbevis, se lof.§§4-6 til 4-15 og loi.kap.6. Etter ikrafttredelsen av otpl. vil svært mange pensjonsordninger omfattes av fripolisesystemet. Kollektive livrenter kan også sikres på denne måten; dette beror på regelverket i forsikringsordningen. Offentlige pensjonsordninger har egne sikringssystemer etter Overføringsavtalen. Det følgende gjelder kun for pensjonsordninger etter pensjonslovene.

Et viktig utgangspunkt for å forstå systemet med fripoliser, er at fripolisen utgjør et eget rettsforhold mellom den som har mottatt den på den ene siden, og forsikringsinnretningen på den annen, jf.lof.§4-9(1). Fripolisen skal sikre opptjent pensjon og tilhørende premiereserve, se §4-6(2) og §4-7. Et vilkår for rett til fripolise er at man har vært ansatt i foretaket i minst 12 måneder, se §4-6(3).

---

<sup>65</sup> Se også EFTA-domstolens avgjørelse i E-3/95(Fabricom)premiss 34.

Det bør skilles mellom sikring av allerede opptjent pensjon på den ene side, og medregning av tjenestetid og opptjent pensjon i den nye pensjonsordning på den annen. Selv om de allerede opptjente rettigheter ikke forringes, og man får med seg en forsikringsteknisk riktig beregnet premiereserve, er det ikke dermed gitt at denne fullt ut lar seg nyttiggjøre i den nye pensjonsordning man blir medlem av. Dette beror på den enkelte ordnings medregningsregler, jf.lof.§4-11. Flere forhold spiller inn, men i denne sammenhengen er det nok å peke på at arbeidstaker i de aller fleste tilfeller vil være tjent med å bli stående i en ordning framfor å få utstedt fripolise.<sup>66</sup>

Det er likevel antatt at fripolisesystemet ivaretar Norges forpliktelser etter direktivet.<sup>67</sup>

#### 4.2.2.2 Pensjonsordninger utenfor fripolisesystemet

Ikke alle pensjonsordninger sikrer opptjente rettigheter gjennom fripolisesystemet. Det kan spørres om dette får betydning for tolkingen av pensjonsunntaket i norsk rett.

Underutvalget antar at driftspensjonsordninger ikke omfattes av pensjonsunntaket. Det forhold at det i *"norsk rett ikke finnes system for vern av opptjent rett til driftspensjon, kan være et argument for at driftspensjoner faller utenfor § 73 B nr 3"*.<sup>68</sup> Problemstillingen er også aktuell for AFP-ordningene, der rettighetene avhenger av om virksomheten er part i tariffavtale med AFP-vedlegg.<sup>69</sup> Det bør skilles mellom ulike ordninger.

#### i) Der opptjente rettigheter ikke går tapt p.g.a. overdragelsen

---

<sup>66</sup> St.meld.nr.5(2006-2007)s.45.

<sup>67</sup> Se Ot.prp.nr.71(1991-1992)s.22. og AID-22-3-2002(Underutvalget)s.2.

<sup>68</sup> AID-22-3-2003(sluttnote 18).

<sup>69</sup> For kollektive livrenter kan problemstillingen også være aktuell, avhengig av regelverket i ordningen.

Det foreligger ikke formelle hindringer for overføring av en driftspensjon fra overdrager.<sup>70</sup> Blir en virksomhet med driftspensjonsordning overdratt, vil erverver etter hovedregelen overta de forpliktelsene som allerede er opptjent i ordningen, ettersom aml.§16-2(3) kun omfatter ”rett til videre opptjening”. Arbeidstakerne har da krav på disse rettighetene av erverver, men kan også rette kravet mot overdrager etter solidaransvarsregelen i aml.§16-2(1)2pkt. De opptjente rettighetene i en driftspensjonsordning må derfor antas å være tilstrekkelig ivaretatt i direktivets forstand, selv om medlemmene av en driftspensjonsordning ikke kan forholde seg til en premiereserve hos en forsikringsinnretning. En annen sak er at det kan by på problemer å beregne hvilke forpliktelser som foreligger på overdragelsestidspunktet. Vi forutsetter i det følgende at driftspensjonsordninger i prinsippet omfattes av pensjonsunntaket.

ii) Der opptjente rettigheter går tapt p.g.a. overdragelsen

Retten til førtidspensjonering etter AFP-ordninger faller bort dersom erverver ikke er part i en tariffavtale med AFP-vedlegg. Arbeidstakerne gis da ingen rettigheter etter ordningen. Det samme kan naturligvis gjelde for andre pensjonsordninger.

Problemstillingen blir om pensjonsunntaket i norsk rett må tolkes slik at det ikke bryter med direktivforpliktelsene. Det er i rettspraksis og teori lagt til grunn at det foreligger et sterkt presumsjonsprinsipp for at norsk rett er i samsvar med våre EØS-rettslige forpliktelser.<sup>71</sup> Et forsterket presumsjonsprinsipp er forankret i lojalitetsplikten og i avtalens sentrale formål om rettsenhet og likebehandling.<sup>72</sup>

I lovforarbeidene til EØS-loven uttales at norske domstoler på bakgrunn av presumsjonsprinsippet ”*må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig*

---

<sup>70</sup> NOU-2004:5-379

<sup>71</sup> Se Rt-2000-1811(Finanger) og EØS-rett(2004)s.241flg.

<sup>72</sup> EØS-avt.art.3 og fortalen 4./15. betraktning

*resultat.*”<sup>73</sup> For å unngå direktivbrudd må derfor det tolkningsalternativet som er forenlig med direktivet velges, og de norske rettskildene kan strekkes langt for å søke å finne et forenlig alternativ.

Når lovgiver forsøkte å oppfylle forpliktelsene etter direktivet er det i tråd med presumsjonsprinsippet å tolke den norske bestemmelsen slik at man unngår brudd på direktivforpliktelsene. For å unngå dette må aml.§16-2(3) tolkes slik at ordninger der opptjente rettigheter går tapt ved virksomhetsoverdragelser, ikke omfattes.

Presumsjonsprinsippet strekker seg likevel ikke så langt at en klar norsk lovbestemmelse kan tolkes bort til skade for private parter, se Rt-2000-1811(Finanger). Spørsmålet blir derfor om aml.§16-2(3) er å forstå som en klar regel. Klar vil lovbestemmelsen være dersom den etter norsk rettskildelære ikke lar seg forene med direktivforpliktelsene. Hensynet til forutberegnlighet og innrettelse tilsier at man ikke kan komme til et resultat som er uten forankring i norske rettskilder.

Spørsmålet blir om rettskildene ved tolkningen av aml.§16-2(3) kan gi grunnlag for en tolklingsløsning som harmonerer med direktivforpliktelsen.

Lovbestemmelsen viser til ”*rett til videre opptjening...i henhold til kollektive tjenestepensjonsordninger*”. Spørsmålet er ikke uttrykkelig drøftet i forarbeidene. Men forholdet til opptjente pensjonsrettigheter berøres av Arbeidslivslovutvalget vedrørende AFP-ordningen, hvor dette fremheves som et argument mot at ordningen ikke omfattes av pensjonsunntaket.<sup>74</sup>

Bestemmelsen synes å bygge på en forutsetning om at allerede opptjente rettigheter er sikret. Ved inkorporeringen av direktivet i aml.§73nr.3 antok departementet at slike rettigheter var sikret gjennom utbetaling eller fripolisesystemet. Videre uttales det:

---

<sup>73</sup> Ot.prp.nr.79(1991-1992)s.4.

<sup>74</sup> NOU-2004:5-372.

*”Uansett vil arbeidstakerne ha sine opptjente rettigheter i behold.”*<sup>75</sup> Uttalelsen kan tale for at pensjonsordninger, der opptjente rettigheter går tapt ved virksomhetsoverdragelser, følger hovedregelen og overføres til erverver.

Formålet med bestemmelsen støtter også et slikt tolkningsresultat. Lovgiver har søkt å verne pensjonsrettighetene i overdragelsestilfellene. De unntak som er gjort er bl.a begrunnet med erververs tilpasningsproblemer, og under forutsetning av at arbeidstakerne sikres en annen pensjonsordning.<sup>76</sup> Dersom arbeidstakerne mister sine allerede opptjente rettigheter vil dette endre forutsetningen som ligger til grunn for lovgivers avveining.

Reelle hensyn taler sterkt for dette tolkningsalternativet. Det vil ha betydelige negative konsekvenser for arbeidstakernes pensjonsrettigheter dersom de mister sine opptjente rettigheter. F.eks. vil arbeidstakere som nærmere seg pensjonsalder og har lang opptjening i ordningen, kunne ende opp med svært lav pensjonsutbetaling. Bortfall av AFP-rettigheter vil kunne føre til at en planlagt førtidspensjonering må utsettes med flere år.

Etter vår mening er det rettskildemessig grunnlag for et tolkningsalternativ der aml.§16-2(3) ikke omfatter pensjonsordninger der allerede opptjente rettigheter går tapt ved virksomhetsoverdragelser. Presumsjonsprinsippet taler med tyngde for å velge dette alternativet for å unngå direktivbrudd. Vi har derfor kommet til at aml.§16-2(3) ikke omfatter slike ordninger.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> Ot.prp.nr.71(1991-1992)s.22.

<sup>76</sup> NOU-2004:5-379.

<sup>77</sup> For det tilfelle at man kommer til det motsatte resultat, vil arbeidstakerne på visse vilkår kunne kreve erstatning av staten for tap pga. manglende direktivgjennomføring., se E-9/97(Sveinbjørnsdottir) og Rt-2005-1365(Finanger II). Vi går ikke nærmere inn på dette.



#### 4.2.3 Premieinnbetalingsplikten tilknyttet pensjonsordningen

Usikkerheten omkring spørsmålet skyldes uklare og delvis motstridende uttalelser i forarbeidene ved inkorporeringen av direktivet i norsk rett. Spørsmålet var oppe for Høyesterett i Rt-1997-1964(Eidesund), og ble i saken forelagt for EFTA-domstolen(E-2/95) for rådgivende uttalelse.

EFTA-domstolen vurderte spørsmålet opp mot direktivet og konkluderte med at pensjonsunntaket også omfattet erververens plikt til å innbetale de løpende pensjonspremiene. Selv om verneformålet taler for å tolke unntaket snevert, pekte EFTA-domstolen på at: *"Dette tolkningsprinsippet kan imidlertid ikke lede til en situasjon der unntaksbestemmelsen blir fratatt ethvert fornuftig innhold eller i realiteten blir opphevet."*<sup>78</sup>

Etter domstolens tolkning av pensjonsunntaket var erverver ikke forpliktet til å opprettholde den videre opptjeningen av rettighetene etter overdragelsestidspunktet, og da ville det være uten enhver økonomisk mening å kreve at erververen skulle betale premien.<sup>79</sup> Høyesterett sluttet seg til denne forståelsen av direktivet. Samme forståelse av direktivet er lagt til grunn i engelsk rettpraksis.<sup>80</sup> Det må etter dette legges til grunn at pensjonsunntaket i direktivet også omfatter erververs plikt til å innbetale premien.

Direktivet er et minimumsdirektiv og er ikke til hinder for at norsk rett kan gi arbeidstakerne et videre vern. Her skal vi se på Høyesteretts forståelse av bestemmelsen, særlig gjennom rettens slutning fra forarbeidene.

I odelstingsproposisjonens generelle merknader var det, i følge Høyesterett, ingen særlige holdepunkter for at norsk rett skulle gi et videre vern for arbeidstakerne enn direktivet. I spesialmerknedene til bestemmelsen uttaler departementet:

---

<sup>78</sup> Premiss 63.

<sup>79</sup> Premiss 66.

<sup>80</sup> Dom avsagt 15.7.1997 av Court of Appeal.

*”Den nye innehaveren vil derimot være ansvarlig for innbetaling av bidrag (forsikringspremie) til pensjonsordninger, hvis slike forpliktelser følger av tariffavtaler eller individuelle arbeidsavtaler som han forøvrig trer inn i.”*

Førstvoterende fant det klart at den noe uklare forarbeidsuttalelsen i på ett punkt i spesialmerknedene ikke kunne føre til at norsk rett ga et videre vern enn direktivet. Til støtte for dette resultatet viste Høyesterett til de reelle hensynene som ble fremhevet av EFTA-domstolen. Uttalelsen skyldtes, etter førstvoterendes synspunkt, at lovgiver hadde hatt en uriktig forståelse av at direktivet videreførte plikten til å innbetale premie.

Dommen er klar og fastslår at plikten til premieinnbetaling ikke videreføres ved virksomhetsoverdragelse etter aml.§73B.nr3. Dette er også lagt til grunn i senere teori.<sup>81</sup> I forarbeidene til aml.§16-2(3) konkluderes det med at unntaket også omfatter premieinnbetalingsplikten. Det må derfor anses som lite tvilsomt at den norske bestemmelsen også omfatter plikten til premieinnbetaling.

#### 4.2.4 Inkorporeringen av direktivet i norsk rett

Behovet for å tilpasse norsk rett skyldtes at direktivet ga et bedre vern for arbeidstakerne ved virksomhetsoverdragelser. Norsk rett skulle bringes i samsvar med EF-retten på området.<sup>82</sup>

I forbindelsen med beskrivelsen av gjeldende rett for arbeidstakernes rettigheter og plikter ved virksomhetsoverdragelser viser departementet til at de ikke finnes noen generell bestemmelse. Videre uttales at *”[d]en nye arbeidsgiveren kan likevel ikke ensidig endre arbeidsvilkårene ut over det som en arbeidstaker alltid må finne seg i som følge av*

---

<sup>81</sup> Bergh(2004)s.206, Nerdrum/Valen(2005)s.149-150, Fougner/Holo(2006)s.964 og Evju(2001)s.52.

<sup>82</sup> Ot.prp.nr.71(1991-1992)s.15(pkt.4.1.4)

*arbeidsgivers styringsrett.*” Det påpekes også at større endringer i arbeidsavtalen uten samtykke vil måtte anses som endringsoppsigelse.<sup>83</sup>

Det er naturlig å forstå departementet slik at arbeidstakernes rettigheter, herunder pensjonsrettigheter, var vernet mot ensidige endringer fra erverver i samme utstrekning som hos overdrageren.

Det kan derfor virke selvmotsigende når departementet i de generelle merknadene konstaterer at *”[v]ed skifte av innehaver innebærer direktivet at plikten til å betale pensjonsytelser ikke samtidig overføres. I norsk rett gjelder den samme regel. En ny innehaver vil ikke være ansvarlig for pensjonsytelsen.”*<sup>84</sup>

Når det uttales i spesialmerknadene at plikten til premieinnbetaling overføres dersom dette følger av tariff- eller arbeidsavtale, så viser det at departementet må ha feiltolket direktivet. Inkorporeringen var ledd i den massive tilpassningen til EF-rett som fulgte av EØS-avtalen, noe som førte til et sterkt tidspress. Dette bærer forarbeidene preg av.

Det kan derfor stilles spørsmål ved om lovgiver ved inkorporering virkelig ønsket å svekke vernet av pensjonsrettighetene ved inkorporering. At dette ikke var intensjonen styrkes ytterligere av uttalelser under komitébehandlingen.<sup>85</sup> Kommunalkomiteens flertall påpekte at de hadde merket at direktivet hadde et bedre vern av arbeidstakerne enn norske arbeidsrettslige regler bl.a. ved at direktivet omfattet flere overdragelsessituasjoner. Videre ble det uttalt: *”Flertallet er enig med departementet i at lovreglene må innebære at rettigheter og plikter som påhviler den tidlige eier etter arbeidsavtalen, må overføres til den nye eieren.”* Mindretallet trakk også frem *”at en slik lovendring er fornuftig uavhengig av EØS-avtalen fordi det er behov for å sikre arbeidstakerne bedre rettigheter ved virksomhetsoverdragelser”*.

---

<sup>83</sup> Ot.prp.nr.71(1991-1992)s.14-15.

<sup>84</sup> Ot.prp.nr.71(1991-1992)s.22.

<sup>85</sup> Se Innst.O.nr.5(1992-1993)s.6-7.

Det må etter dette kunne legges til grunn at lovgiver ikke ønsket å svekke pensjonsrettighetene ved virksomhetsoverdragelser ved vedtagelsen av aml.§73B.nr3.<sup>86</sup>

#### 4.2.5 Feiltolking av direktivet

Vi skal knytte noen kommentarer til hvordan departementet kan ha feiltolket direktivet. Høyesteretts slutninger fra forarbeidene om at direktivet ble feiltolket vedrørende plikten til premieinnbetalingen, kan virke noe kunstig. Etter vår mening gir uttalelsene i spesialmerknedene mer mening dersom departementet forsto direktivet slik at pensjonsunntaket kun omfattet ordninger som ikke var en rettighet for arbeidstakerne (nærmere om rettighetsetablering i pkt.3.4). Da blir uttalelsen i spesialmerknedene om at plikten til premieinnbetalingen overføres dersom dette følger av tariffavtale eller arbeidsavtale, en mer logisk kommentar til de generelle merknedene. Videre vil en slik forståelse ikke medføre endringer i departementets oppfatning av gjeldende rett.<sup>87</sup>

Denne forståelsen av direktivet kan neppe forsvares, men forklarer i tilfelle sammenhengen mellom ønsket om å gi arbeidstakerne bedre vern og vedtagelsen av aml.§73Bnr.3. Skulle norsk rett vært videreført, i den grad pensjonsrettigheter hadde et slikt vern, ville man ikke hatt noe pensjonsunntak. Om gjeldende rettskildelære tillater at en klar lovbestemmelse tolkes bort på bakgrunn av så uklare forarbeider synes imidlertid usikkert. Etter Høyesteretts avgjørelse i Eidesund-saken er spørsmålet avklart. Det er et pensjonsunntak i norsk rett, som også omfatter plikten til premieinnbetalingen.

---

<sup>86</sup> Slik forstår vi også Arbeidslivslovutvalget, se NOU-2004:5-374.

<sup>87</sup> En slik feiltolkning fremheves også av Hammerich/Wiese-Hansen(2004)s.23-29.

## 4.3 Krav til ytelsen art

### 4.3.1 Innledning

Aml.§16-2(3)1pkt. beskriver de pensjonsordningene unntaket omfatter. Det gjelder kun pensjonsordninger hvor utbetalingsplikten oppstår ved at arbeidstaker når en viss alder, blir ufør eller dør. Forarbeidene til aml.2005 går ikke nærmere inn på hva som ligger i begrepene alder-, etterlatte- og uførepensjon. Vi skal nedenfor se nærmere på hva som ligger i alderskravet(pkt.4.3.2) og i begrepene ufør- og etterlatte(pkt.4.3.3). Deretter behandles spørsmålet om ordning med ulike ytelser må vurderes som en helhet(pkt.4.3.4). Videre skal vi se på om det kan oppstilles krav til årsakssammenheng og formålet med ytelsen(pkt.4.3.5), og til utbetalingens art(pkt.4.3.6).

### 4.3.2 Ytelser ved alderdom

Problemstillingen er hvilke krav til alder som må være oppfylt for at ytelsen skal omfattes av pensjonsunntaket. Klart nok må kravet være oppfylt dersom ytelsen utløses ved at arbeidstakeren oppnår den alder som gir rett til alderspensjon etter folketrygdloven(ftrl.). Direktivet viser til pensjonsordninger ”utenfor de lovfestede trygdeordningene i medlemsstatene”. Formuleringen synes å peke på ordninger som supplerer de lovfestede trygdeordningene, noe som trekker i retning av at det ikke kan oppstilles strengere krav enn det som følger av disse. I Norge er få, om noen, pensjonsordninger som opererer med en høyere pensjonsalder enn 67 år. Skulle et strengere alderskrav oppstilles, ville pensjonsunntaket dermed vært uten betydning.

Mer usikkert er det om en ordning med lavere pensjonsalder omfattes av unntaket. Et eksempel på en slik ordning er AFP-ordningene, hvor medlemmene kan gå av med pensjon fra fylte 62 år.

Spørsmålet om førtidspensjon har vært oppe for EF-domstolen i to saker som får betydning for fastleggelsen av den norske bestemmelsen, Beckmann-dommen(C-164/00) og Martin-dommen(C-4/01). En kortfattet beskrivelse av sakenes faktum ligger vedlagt. Vi skal først se på hva som ligger i kravet til alder (pkt.4.3.2.1) og tilslutt på avgjørelsens betydning for norske førtidspensjonsordninger (pkt.4.3.2.2).

#### 4.3.2.1 Alderskravet

I Beckmann-dommen uttaler domstolen at det kun er der arbeidstakeren på normalt vis avslutter sitt arbeidsliv som kvalifiserer som ytelse ved alderdom. Dette utdypes i Martin-dommen hvor det avgjørende for Domstolen var når ” *arbejdstageren på normal vis afslutter sit professionelle arbejdsliv, således som det er fastsat ved den generelle opbygning af den pensionsordning, som arbejdstageren er tilsluttet.* ” Den svenske oversettelsen viser til ” *den normala pensionsåldern inom sitt yrke enligt det pensionssystem till vilket arbetstagaren hör* ”.

Det synes nærliggende å slutte fra uttalelsene at det avgjørende for om pensjonsunntakets alderskrav er oppfylt, er om arbeidstakeren på normal måte avslutter sitt arbeidsliv.

Et første spørsmål er hvilken krets av arbeidstakere vurderingen skal foretas opp mot. Ett alternativ kan være å vurdere ”normal” opp mot den lovfestede pensjonsalderen for den aktuelle yrkesgruppe. Uttalelsene fra Martin-dommen synes imidlertid å indikere at rammen for vurderingen er den aktuelle ”yrkes- eller fleryrkesbaserte” pensjonsordning arbeidstakeren er medlem av. Dette understøttes av at direktivteksten taler om ordninger ”som supplerer de lovfestede pensjonsordningene”, og synes lagt til grunn i generaladvokatens innstilling(Martin-saken)premiss 61. Både konklusjonen og begrunnelsen i innstillingen ble fulgt opp av domstolene.

Legger vi dette til grunn, blir det neste spørsmål hva som menes med den ”normale pensjonsalder” i en ordning. At alderskravet kan være lavere enn den lovfestede pensjonsalder er nærliggende å anta. Verken i dommene eller i generaladvokatens

innstillinger berøres forholdet til den lovfestede pensjonsalder i England. Derimot ser det avgjørende ut til å være hvor mange arbeidstakere i pensjonsordningen som hadde mulighet til å gå av med alderpensjon ved en slik alder. Hva som språklig ligger i uttrykket ”normal” er det ikke enkelt å si noe om. Det kan stilles spørsmål ved om alle arbeidstakerne må ha mulighet for pensjonering ved den aktuelle alder, og om alderen ikke kan være ”normal pensjonsalder” dersom enkelte arbeidstakere ikke kan gå av før et senere tidspunkt.<sup>88</sup>

Verken i Beckmann- eller Martin-dommen skjedde fratreden ved ”den normale pensjonsalder”. Dommene synes å legge vekt på at fratredelsestidspunktet var avhengig av arbeidsgivers avgjørelse. Det bør kunne sluttet av dette at ”den normale pensjonsalder” er en alder hvor arbeidstakeren selv kan velge å gå av med pensjon.

Derimot er det tvilsomt om det kan oppstilles et krav om at arbeidstaker må gå av på det gitte tidspunkt. Etter ftrl. oppstilles ikke noe krav om pliktig fratreden ved 67 år, jf.ftrl.§19-4. Det er likevel ikke tvilsomt at 67 år er den normale pensjonsalder etter loven.<sup>89</sup>

Vi har på denne bakgrunn kommet til at alderspensjon er ytelser som utbetales når arbeidstaker fratrer ”ved den normale pensjonsalder” i vedkommende pensjonsordning. ”Den normale pensjonsalder” er det tidspunkt da alle eller de fleste av ordningens medlemmer selv kan velge å gå av med pensjon. I hvilken grad enkelte avvik hindrer at pensjonsalderen anses som normal, må bero på en konkret vurdering.

#### 4.3.2.2 Forholdet til norske førtidpensjonsordninger

På bakgrunn av uttalelsene i Beckmann- og Martin-dommene har det vært antydnet i norsk juridisk teori og forarbeidene til aml. at norske førtidpensjonsordninger ikke omfattes av

---

<sup>88</sup> Et slikt synspunkt synes understøttet av generaladvokatens innstilling(Beckmann)premiss 74.

<sup>89</sup> Noe annet er at pensjonsytelsen reduseres i forhold til den arbeidsinntekt som arbeidstakeren fortsatt oppholder frem til fylte 70 år, se ftrl.§19-6.

pensjonsunntaket.<sup>90</sup> Med norske førtidspensjonsordninger forstår vi ordninger der arbeidstakeren selv kan velge å gå av med pensjon etter en bestemt alder og hvor pensjonen ytes frem til vanlig pensjonsalder er nådd. AFP-ordningen er et eksempel på slike ordninger.

En iøynefallende forskjell mellom de norske og engelske førtidspensjonsordninger, er hvilken part og hvilke forhold som utløser ytelsen. Etter den engelske ordningen ble førtidspensjonen utløst ved ulike typer av oppsigelser fra bedriften. I Martin-dommen var det riktignok en avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som utløste førtidspensjon, men det skyldtes at arbeidsgiver tilbød førtidspensjon og at avtalen var begrunnet i behovet for nedbemanning. Det var forhold ved bedriften som utløste pensjonen og ikke alder, selv om arbeidstakeren måtte ha oppnådd en bestemt alder.<sup>91</sup> Årsakssammenheng mellom alder og pensjon var ikke klart nok tilstede i disse tilfellene, se pkt.4.3.5. De norske førtidspensjonsordningene gir derimot, i likhet med vanlig alderspensjon, arbeidstakeren selv en rett til å gå av med pensjon når avtalt pensjonsalder er oppnådd. Sammenhengen mellom alder og pensjon kommer derfor klarere frem.

På bakgrunn av forskjellene mellom engelske og norske førtidspensjonsordninger, kan det vanskelig sluttes fra disse dommene at norske førtidspensjonsordninger *generelt* ikke omfattes av pensjonsunntaket.

Hvorvidt norske førtidspensjonsordninger faller innenfor pensjonsunntaket kan derfor ikke anses avgjort i rettspraksis. Ved vurderingen av spørsmålet bør man se på ulike særtrekk ved førtidspensjonsordningene, i forhold til ordinære tjenstepensjonsordninger. Her skal særlig tre forhold påpekes.

---

<sup>90</sup> Se Nerdrum/Valen(2005)s.147, NOU-2004:5-371, Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.259.

<sup>91</sup> Se også McMullen(2006)s.131.



For det første kan arbeidstakere i en førtidspensjonsordning også være tilknyttet en annen tjenestepensjonsordning med pensjonsalder fra 67 år, se lof. §3-10(2). Dermed oppstår spørsmålet om hvilken av disse ordningene som alderskravet skal vurderes opp mot.

For det andre kan utbetalingsperioden i førtidspensjonsordningen skille seg fra vanlig tjenestepensjonsordninger. AFP-ytelser er f.eks. midlertidige og løper frem til de blir avløst av alderspensjon etter frtl. og tjenestepensjonsordninger. I generaladvokatens innstilling (Beckmann) premiss 79 ble dette fremhevet som et moment som talte mot at ordningen var omfattet av pensjonsunntaket.

For det tredje kan førtidspensjonsordningens ivaretagelse av allerede opptjente rettighetene ved en overdragelse, som tidligere påpekt, ha betydning for hvorvidt de omfattes av pensjonsunntaket.

Disse forskjellene kan tilsi at domstolene vil anse norske førtidspensjonsordninger for å falle utenfor pensjonsunntaket.

### 4.3.3 Ytelser ved uførhet og til etterlatte

#### 4.3.3.1 Innledning

Hva som menes med ”ufør” og ”etterlatte” blir et spørsmål om hvilke krav som kan stilles til sykdommen/skaden/lidelsen for at denne skal defineres som uførhet og hvilke krav som kan stilles til de pårørende for at de kan defineres som etterlatte. Vi kjenner ikke til rettspraksis som nærmere definerer disse begrepene. Begrepene er heller ikke nærmere drøftet i juridisk teori. Vi kan bevege oss fra de sikre til de mer usikre tilfellene.

#### 4.3.3.2 De sikre tilfellene

Det må også i denne sammenheng være tilstrekkelig dersom vilkåret til uførhet og etterlatt etter frtl. er oppfylt, jf. direktivteksten. Videre er begrepene ufør og samboer

gjennomtolkede uttrykk i velferdsretten og hensynet til språklig konsekvens kan tale for at like begreper i forskjellige lover tolkes likt.<sup>92</sup> I forhold til uførepensjon vil pensjonsunntaket være uten praktisk betydning dersom et strengere vilkår til uføregrad oppstilles etter aml.16-2(3) enn etter ftrl. Dette fordi pensjonslovene ikke tillater at det oppstilles vilkår om høyere enn 50% uførhet for å få uførepensjon.

#### 4.3.3.3 De mer usikre tilfellene

Spørsmålet blir deretter om pensjonsordninger som utvider personkretsen for etterlatte eller utvider uførebegrepet i forhold til ftrl., faller inn under aml.§16-2(3). EF-domstolens standpunkt i forhold til alderskravet, der det avgjørende var hva som var det normale i ordningen, kan indikere at den vil innta det samme synspunktet i forhold til uføre- og etterlattepensjon. I tilfelle vil det avgjørende være hva som er det normale for medlemmene i ordningen.<sup>93</sup> Dette legges til grunn i det følgende.

Dermed oppstår spørsmål om det kan oppstilles en absolutt nedre grense utover at det må være det normale i ordningen. Særlig begrepet ”uføre” peker språklig sett på en nedre grense for hva som kan ansees å være uførhet. Dette kan kanskje være vanskeligere for det vagere begrepet ”etterlatte”. Alle personer med en relasjon til vedkommende kan språklig sett falle inn under begrepet ”etterlatte”, selv om begrepet i den daglige språkbruken ofte sikter til den nærmeste familien. Vi skal først se på begrepet ”ufør” før vi tilslutt knytter noen kommentarer til begrepet ”etterlatte”.

---

<sup>92</sup> Eckhoff(2001)s.336-337.

<sup>93</sup> Et slikt standpunkt synes inntatt i Borgerud(note 618).

#### 4.3.3.4 Nedre grense for uførhet

Ftrl. og pensjonslovene legger til grunn samme beregningsmåte for uførhet, jf.lof§6-2(1)2.pkt.<sup>94</sup> Pensjonslovene åpner imidlertid for at det kan fastsettes en lavere uføregrad, nedad begrenset til 20%, se lof.§6-1.

Forarbeidene til aml. tilsier at uførepensjon etter pensjonslovene også er uførepensjon etter aml.§16-2(3). Her er det tatt til orde for at ordninger opprettet etter lovene faller inn under pensjonsunntaket.<sup>95</sup> Det kan dog anføres at det siktes til ordningens art, og ikke nødvendigvis til hvilke ytelser pensjonslovene omfatter.

Hensynet til sammenheng i regelverket taler etter vårt syn for samme løsning. Siden pensjonslovene tillater uføregrader mellom 50% og 20% må det trolig legges til grunn at uføregraden vil variere i de ulike pensjonsordningene. Å trekke en grense som fører til at bare noen av disse faller utenfor begrepet, synes inkonsekvent og kan virke tilfeldig.

Derimot vil en uføregrad under 20% vanskelig kunne sies å falle inn en naturlig språklig forståelse av uførhetsbegrepet. Ved å oppstille en klar nedre grense for uføregraden på 20% oppnås også retts tekniske fordeler.

På den annen side er ikke definisjonen i nasjonalstatenes velferds- eller pensjonslovgivning avgjørende når en fellesskapsrettslig regel skal fortolkes. På bakgrunn av den foranstående drøftelse har vi likevel kommet til at pensjonslovenes nedre grense for uførhet utgjør den nedre grense for begrepet i aml.§16-2(3).

---

<sup>94</sup> Ot.prp.nr.47(1998-1999)s.127-128.

<sup>95</sup> NOU-2004:5-371 og Ot.prp.nr.49(2004-2005)pkt.259flg.

#### 4.3.3.5 Nedre grense for etterlatte

Pensjonslovene åpner for en beskjeden utvidelse av personkretsen som kan gis ytelser som etterlatt etter pensjonslovene i forhold til ftrl., se lof.§1-2f).<sup>96</sup> Derimot åpner fal.§19-12, som gjelder kollektivforsikring, for at medlemmer av en kollektiv forsikring kan oppnevne den begunstigede som medlemmet selv ønsker. Det oppstilles ikke krav til hvem dette er.<sup>97</sup> Slike selvoppnevnte begunstigede vil variere fra person til person. Av den grunn vil det være vanskelig å anse slike etterlatte som det ”normale” i ordningen.

Deleted: forsikringsavtaleloven (

Deleted: )

De rettskildemessige betraktninger som ble anført i forhold til uførepensjon taler også her for at etterlattepensjoner som oppfyller vilkårene i pensjonslovene omfattes av pensjonsunntaket i aml.§16-2(3). Vi har på denne bakgrunn kommet til at den nedre grense for begrepet ”etterlatte” i aml.§16-2(3) tilsvarer pensjonslovenes nedre grense.

#### 4.3.4 Skal ordningen vurderes som en helhet?

En pensjonsordning kan gi rett til alderspensjon, uførepensjon og etterlattepensjon.

En problemstilling som reises er hva som skjer med ordninger der bare enkelte av pensjonsytelsene faller inn under pensjonsunntaket. Direktivformålet taler for at enhver pensjonsytelse som ikke omfattes av pensjonsunntaket blir overført til ny arbeidsgiver. Den sentrale ytelse etter pensjonslovene er imidlertid alderspensjon, jf.lof.§2-1(2), og dette kan tale for at de andre ytelsene følger løsningen mht. hvorvidt denne ytelsen omfattes av pensjonsunntaket. Etter vår mening må direktivformålet her slå igjennom, slik at enhver ytelse som ikke omfattes av pensjonsunntaket overføres, uavhengig av alderspensjonens videre skjebne.

Spørsmålet blir dermed om ordningen i tilfelle må vurderes som en helhet, eller om kun de ytelsene som faller utenfor pensjonsunntaket overføres. Dersom bare en del av ordningen

---

<sup>96</sup> Ot.prp.nr.47(1998-1999)s.131flg.

<sup>97</sup> Noe annet er at den kan settes til side dersom dette skulle virke urimelig ovenfor ektefelle eller livsarving som arbeidstakeren forsørget eller hadde plikt til å forsørge, se fal.§15-6 jf.§19-12.

overføres til erverver, oppstilles en retts teknisk vanskelig regel. De ulike pensjonstypene henger til en viss grad sammen, som en pensjonspakke som skal sikre en viss levestandard ved bortfall av arbeidsinntekt. Premiefritak ved uførhet viser hvordan disse ytelsene supplerer hverandre. Mens uførhet er betingelsen for at ytelsen skal utløses, så kommer ytelsen først medlemmet til gode i forbindelse med alderspensjonen. Hensynet til erververs tilpasningsproblemer trekker ikke i motsatt retning, siden ulempene vil være like store dersom kun en del av ordningen overføres.

Løsningen synes usikker. Vi har lagt avgjørende vekt på de retts tekniske hensyn, og kommet til at ordningen må vurderes som en helhet, slik at hele ordningen må overføres dersom en ytelse ikke omfattes av pensjonsunntaket.

Det kan spørres om løsningen blir annerledes der ytelsene er sikret gjennom ulike forsikringer. Dette vil f.eks. være aktuelt for innskuddspensjonsordninger. Loi. har ikke egne regler for uføre- og etterlattepensjon, slik at det for disse må tegnes særskilt forsikring etter lof., se loi.§2-4. Det kan spørres om det i slike tilfelle dreier seg om to ulike ordninger, eller om begge forsikringer kan underlegges en helhetsvurdering. Det vil her være tale om ulike forsikringer og pensjonsplaner. Som vi har sett ovenfor i pkt.3.7 vil det forhold at det er snakk om ulike regelverk tale med styrke for at det foreligger to ulike ordninger.

På denne bakgrunn har vi kommet til at det i slike tilfeller foreligger to ulike pensjonsordninger som må vurderes separat. Løsningen synes imidlertid usikker.

#### 4.3.5 Årsakssammenheng og formålet med ytelsen

##### 4.3.5.1 Innledning

Det kan spørres om det må oppstilles ytterligere krav til ytelsenes art, for at de skal falle inn under pensjonsunntaket. I det følgende skal vi drøfte hvorvidt det kan oppstilles et krav om årsakssammenheng mellom ytelsen og den utløsende årsak. Videre må det spørres om det oppstilles krav til ytelsens formål.

##### 4.3.5.2 Krav til årsakssammenheng

Problemstillingen i det følgende er om det må oppstilles et krav om årsakssammenheng mellom ytelsen og den begivenhet som utløser utbetaling av den, for at ytelsen etter sin art faller inn under pensjonsunntaket.

Et slikt krav har bedre forankring i enkelte av direktivets språkversjoner enn den norske. Den norske oversettelsen av direktivet taler om "*arbeidstakernes rett til ytelser ved alder..*", mens den danske og engelske oversettelsen bruker ordene "*arbejdstagerens ret til ydelser i forbindelse med alderdom...*" og "*in relation to employees' rights to old-age...*" (våre uthevinger). Selv om de ulike språkversjoner på dette punkt er noe ulike, er alle like autoritative og skal tillegges samme innhold. Som nevnt tillegges den eksakte ordlyd mindre vekt i EF-retten enn i norsk rett.

Uttalelser i Beckmann-dommen kan tas til inntekt for et krav om årsakssammenheng. Saken dreide seg som nevnt om ytelser ved førtidspensjon. EF-kommisjonen hadde i saken anført at spørsmålet om de ulike ytelser omfattes av pensjonsunntaket, beror på en helhetsvurdering. Momenter i denne vurdering var etter kommisjonens mening ytelsenes finansieringsmåte, ytelsens art og formål, betingelsene for tildeling av ytelsen og beregningsmåten. Ved den konkrete bedømmelsen lot kommisjonen til å legge avgjørende

vekt på at ytelsenes formål og beregningsmåte hadde store likhetstrekk med den aktuelle ordningens mer ”normale” alderspensjonsytelser.<sup>98</sup>

Domstolen tok ikke uttrykkelig stilling til samtlige momenter oppstilt av kommisjonen. Verken beregningsmåte eller finansiering synes å tillegges særlig betydning. Derimot framgår det klart av domspremissene at ytelser som utbetales under andre omstendigheter enn alderdom, f.eks. pga. personalinnskrenking, ikke omfattes av pensjonsunntaket, se premiss 31. Dette gjelder selv om ytelsen har til formål å forbedre arbeidstakers forhold ved pensjoneringen, og selv om det oppstilles krav til at arbeidstaker har nådd en bestemt alder, se premiss 32. Avgjørende syntes i denne saken å være at det var andre årsaker enn alderdom som utløste utbetaling av ytelsen.<sup>99</sup>

Uttalelsene må ses på bakgrunn av direktivets verneformål, som må lede til en snever fortolking av unntaksbestemmelsen, jf. premiss 29-30. Synspunktet synes også å ha fått oppslutning i engelsk teori.<sup>100</sup>

Reelle hensyn taler etter vårt syn for samme løsning. Oppstilles ikke et slikt krav ville unntaksbestemmelsen favne videre enn begrunnelsen for den tilsier, og faren for omgåelse ville også kunne øke. På denne bakgrunn har vi kommet til at det må foreligge årsaks-sammenheng mellom ytelsen og den begivenhet som utløser utbetaling av den, for at ytelsen etter sin art skal falle inn under pensjonsunntaket.

Praktiske konsekvenser av et slikt krav vil være at ytelser i forbindelse med stillingsfratredden som skyldes andre forhold enn alder i seg selv, må følge hovedregelen om rettighetsoverføring. Ett eksempel på en slik ytelse vil være sluttpakker og andre

---

<sup>98</sup> Premiss 22-26.

<sup>99</sup> Poenget kommer klarere frem sett i sammenheng med generaladvokatens innstilling(Beckmann)premiss 74.

<sup>100</sup> McMullen(2006)s.131.

godtgjørelser i forbindelse med oppsigelse.<sup>101</sup> Det samme må gjelde ytelser hvor alder er ett av vilkårene for utbetaling, men hvor det også er oppstilt andre vilkår.

#### 4.3.5.3 Krav til formålet med ytelsen

En del ytelser utløses når pensjonsalderen er nådd, uten at det fremtredende formål er å sikre levestandarden ved pensjonering. Som eksempel kan nevnes ulike former for ”gavepensjon”, som gis til alle ansatte med en viss ansettelsestid, i tillegg til vanlig alderspensjon. Slike ytelser vil bære mer preg av påskjønnelse enn sikring av levestandard. Ytelsen vil imidlertid utbetales ved den normale pensjonsalder i ordningen, og det vil foreligge årsakssammenheng mellom alder og ytelse. Spørsmålet i det følgende er om slike ytelser faller inn under pensjonsunntaket, eller om det kan oppstilles krav til formålet med ytelsen for at den skal falle inn under pensjonsunntaket.

Ingen av direktivets språkversjoner gir særlig veiledning i denne sammenheng. Heller ikke ser EF-domstolens praksis ut til å ha behandlet spørsmålet uttrykkelig. I Beckmann-dommen unnlot domstolen å drøfte problemstillingen i premissene, til tross for at kommisjonens anførsler ga klar foranledning til det. I domsslutningens punkt 1 synes det imidlertid å være forutsatt at ytelsene må ha til formål å forbedre forholdene ved pensjoneringen, for at de skal omfattes av pensjonsunntaket. Den samme formulering er benyttet i Serene Martin-dommens domsslutning punkt 2.

Direktivets formål tilsier en snever fortolking av pensjonsunntaket, og et krav til formålet med ytelsen er utvilsomt i tråd med dette. Oppstilles ikke et slikt krav vil dette innebære en risiko for at ytelser som har et klart preg av påskjønnelse kunne bortfalle ved virksomhetsoverdragelse, og pensjonsunntaket vil også i denne sammenheng favne videre enn begrunnelsen for det tilsier. Dessuten vil sluttpakker i tilfelle underlegges ulik behandling avhengig av om utløsende årsak er oppsigelse eller alder, noe som kan virke u hensiktsmessig.

---

<sup>101</sup> Slik også Fougner/Holo(2006)s.969.



På denne bakgrunn har vi kommet til at det i tillegg til kravet om årsakssammenheng må oppstilles et krav om at formålet med den aktuelle ytelse er å forbedre forholdene ved pensjoneringen, for at den skal omfattes av pensjonsunntaket. Hva som er ytelsens formål, må avgjøres konkret i den enkelte sak.

#### 4.3.6 Utbetalingens art

##### 4.3.6.1 Innledning

Vi skal her se på om det ved siden av krav til årsakssammenheng og formål med ytelsen kan oppstilles et ytterligere krav til hvordan ytelsen erlegges, for at den skal omfattes av pensjonsunntaket. Vi skal først se på om det kan oppstilles et skille mellom løpende ytelser og engangsutbetalinger. Deretter behandles to eksempler på ytelser som kan volde tvil, nemlig premiefritak ved uførhet og naturalytelser.

##### 4.3.6.2 Utbetalingsform- Løpende ytelser/engangsutbetaling

Direktivteksten taler om ”ytelser”, som ikke språklig oppstiller noen krav til utbetalingsformen. Aml.§16-2(3) viser til rettigheter etter en ”tjenestepensjon”, noe som kan lede tanken hen til at det gjelder løpende ytelser og ikke engangsutbetalinger.

EF-domstolen har ikke eksplisitt tatt stilling til spørsmålet om engangsutbetalinger omfattes av pensjonsunntaket. Men verken i Beckmann-dommen (domslutningens nr.1) eller i Martin-dommen (domslutningens nr.2) skilte EF-domstolen mellom førtidspensjonen og engangsytelsen, som hadde til formål å forbedre forholdene ved alderspensjonen. Domstolen så i stedet hen til årsaken til at disse rettighetene ble utløst, noe som taler for at utbetalingsformen ikke er avgjørende dersom de øvrige krav til ytelsens art er oppfylt.

Derimot er det i norsk rett diskutert om det kan oppstilles et skille mellom forsikringsordningers såkalte risiko- og alderspensjonsdeler.<sup>102</sup> Diskusjonen har sin bakgrunn i lagmannsrettens avgjørelse i Eidesund-saken, hvor det ble lagt til grunn at forsikringsordningen besto av en risiko- og en alderspensjonsdel. Risikodelen besto av *”uføreforsikring, en ektefelleforsikring ved død samt en forsikring som gjaldt tillegg pr barn som var under 18 år.”* Retten konkluderte med at risikodelen ikke falt inn under pensjonsunntaket. Standpunktet er ikke nærmere begrunnet.<sup>103</sup>

Det er ikke innlysende hva retten mente med ”risikodel”. En nærliggende forklaring er at man siktet til kapitalforsikringer. Slike forsikringer omtales i forsikringsrettslig terminologi ikke som pensjonsforsikring, i motsetning til skattefaviserte livrenter.<sup>104</sup>

Kapitalforsikring er et forhåndsbestemt beløp som vanligvis utbetales som engangssum, mens livrenteforsikring utbetales terminvis og hvor samlet utbetaling er avhengig av den forsikredes levealder.<sup>105</sup> Skillet er altså oppstilt bl.a. på bakgrunn av utbetalingsformen.

Diskusjonen i teorien er særlig knyttet til hvorvidt Høyesterett tok stilling til ”risikodelen”, ettersom premissene utelukkende behandler ”tjenestepensjonsordningene”.<sup>106</sup> Etter vårt syn må premissene ses på bakgrunn av saksøkers påstand, som gikk ut på stadfestelse av lagmannsrettsdommen, hvor alle forpliktelsene vedrørende pensjonsordningen ble overført til erverver. Høyesterett kom til motsatt konklusjon. Samtlige forpliktelser ble ansett omfattet av pensjonsunntaket, og det er derfor nærliggende å anse ”risikodelen” som rettskraftig avgjort ved Høyesteretts avgjørelse.

---

<sup>102</sup> Se Fougner/Holo(2006)s.966-967, Nerdrum/Valen(2005)s.148.

<sup>103</sup> LG-1995-672.

<sup>104</sup> Se Brynhildsen(2001)s.264. Begge forsikringstypene omfattes dog av personforsikringsdefinisjonen i fal.§10-2f).

<sup>105</sup> Nærmere om forskjellene se Brynhildsen(2001)s.264 og Selmer(1990)s.334-335.

<sup>106</sup> Fougner/Holo(2006)s.966-967.

Pensjonslovene åpner for pensjonsordninger med både løpende utbetalinger og engangsutbetalinger, se pkt.2.1.1. Forarbeidene til aml. og juridisk teori, synes å legge til grunn at ordninger etter pensjonslovene omfattes av aml.§16-2(3).<sup>107</sup> Dette taler for å ikke oppstille et skille på bakgrunn av utbetalingsformen.

Formålet med direktivet tilsier en streng fortolkning og en snever forståelse av pensjonsunntaket. Dette må imidlertid ses i sammenheng med kravene til årsakssammenheng og formålet med ytelsen. Så lenge disse krav er oppfylt, er det vanskelig å se tungtveiende grunner for at måten ytelsen utbetales på skal ha selvstendig betydning.

Vi har derfor kommet til at det ikke kan oppstilles noe krav til utbetalingsform etter aml.§16-2(3).

#### 4.3.6.3 Premiefritak ved uførhet

Innskudds-/premiefritak ved uførhet er en separat forsikringsdekning som bedriften betaler en egen premie for. Blir arbeidstakeren ufør vil derfor forsikringsinnretningen årlig måtte godskrive medlemmet opptjent pensjon, uten at bedriften kan kreves for den sedvanlige premie som følger med en slik opptjening.

Formålet med forsikringen er å hindre at medlemmer som blir tidlig ufør må nøye seg med en lav fremtidig alderspensjon. På den annen side vil ikke uføre arbeidstakere få oppjustert pensjonsgrunnlaget i samsvar med den alminnelig lønnsutvikling. I forarbeidene til lof. påpekes at et slikt fritak *”innebærer at en alderspensjon basert på den lønn medlemmet hadde da det ble ufør, vil bli fullfinansiert ved pensjonsalder.”*<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Se NOU-2004:5-371 og Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.259flg.

<sup>108</sup> Ot.prp.nr.47(1998-1999)s.129.

Selv om forsikringen ikke i seg selv innebærer utbetalinger av ytelser, utgjør den en fordel for medlemmene i form av høyere fremtidig alderspensjon. Sett på bakgrunn av det som er sagt om utbetalingsformens betydning, ville det således være lite konsekvent å behandle premie-/innskuddsfritak ved uførhet annerledes enn andre ytelser. Vi har kommet til at også dette er en yttelse som omfattes av pensjonsunntaket.<sup>109</sup>

#### 4.3.6.4 Naturalytelser

Spørsmålet er her om naturalytelser også omfattes av bestemmelsen i aml.§16-2(3). Et eksempel kan være rett til fri bruk av jernbanen for ansatte i NSB, en rett som arbeidstakerne har i behold selv om de går av med pensjon.

Om slike ytelser etter sin art omfattes av pensjonsunntaket kan synes usikkert. Begrepet ”ytelser” i direktivet kan språklig sies å omfatte både pengeytelser og naturalytelser. Det er ingen holdepunkter for at fordelene skal ytes i penger og ikke i natura. Med de krav som stilles til årsakssammenheng og til formålet med ytelsen er det, som allerede nevnt, mindre behov for å oppstille krav til erleggelsesmåten.

På den annen side fremstår det som høyst usikkert om direktivkonsipistene hadde naturalytelser i tankene ved utformingen av pensjonsunntaket. Direktivets formål taler for å tolke unntaket snevert.

Med avgjørende vekt på at erleggelsesmåten ikke synes avgjørende, har vi kommet til at naturalytelser etter sin art omfattes av pensjonsunntaket.

---

<sup>109</sup> Det kan oppstå spørsmål om premie-/innskuddsfritak skal ses i sammenheng med alderspensjonsytelser eller uføreytelser. Nærmere om problemstillingen, se Steen(2006)s.59.

## 4.4 Krav til pensjonsordningens art

### 4.4.1 Innledning

Spørsmålet her er hvilke krav bestemmelsen oppstiller for at pensjonsordningen skal falle inn under begrepet ”kollektiv tjenstepensjon”. Det vi skal se på er *ordningens*, og ikke pensjonsrettighetens art.

Begrepet ”kollektiv tjenstepensjon” erstattet det tidligere begrep ”pensjonsordninger”, som etter forarbeidene var for vidt etter gjeldende rett. For å klargjøre hvilke ordninger som omfattes av direktivets pensjonsunntak ble ordet ”kollektive” tatt inn i loven. Endringen var kun ment som en presisering av gjeldende rett og hadde ikke til hensikt å endre rettstilstanden.<sup>110</sup>

Direktivteksten viser til ” *yrkesbaserte eller fleryrkesbaserte pensjonsordninger*”, noe som er lite brukte begreper i norsk terminologi. Den danske og franske språkversjonen av direktivet har en lignende tekst. I europeisk sammenheng er det mer vanlig med pensjonsordninger tilknyttet et eller flere yrker og ikke pensjonsordning tilknyttet den enkelte bedrift, som i Norge. Men det er også land i EU som har pensjonsordninger med likhetstrekk med de norske ordninger. Den svenske, engelske og tyske språkversjonen av direktivet knytter unntaket til ordninger i den enkelte bedrift eller mellom bedrifter - ” *company or intercompany pension schemes*”.

Ordlyden peker på pensjonsordninger med kollektivt preg i motsetning til ordninger som er fremforhandlet individuelt. Det avgjørende er følgelig å trekke grensen mot de individuelle pensjonsordninger. Denne grensedragningen er vanskelig å foreta ut fra ordlyden alene.

Vi skal bevege oss fra de sikre (pkt.4.4.2) til de mer usikre tilfellene (pkt.4.4.3).

---

<sup>110</sup> NOU-2004:5-382, Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.263.

#### 4.4.2 De sikre tilfellene

##### 4.4.2.1 De klare kollektive ordningene

Forarbeidene til aml. forutsetter at de ordninger som ”kommer inn under foretakspensjonsloven og innskuddspensjonsloven” omfattes av pensjonsunntaket.<sup>111</sup> Synspunktet er lagt til grunn i en samlet teori og må anses utvilsomt. Bakgrunnen for dette er kollektiv- og forholdsmessighetsprinsippet som slike ordninger må ivareta, se pkt.2.1.1 ovenfor.

Et spørsmål som dog oppstår er om parallelle ordninger etter pensjonslovene omfattes. Allerede det forhold at lovene åpner for slike løsninger, taler for at de gjør det. Videre vil kollektivprinsippet og forholdsmessighetsprinsippet ivaretas også ved slike ordninger, jf.lof.§2-9 og §2-10. Vi legger derfor til grunn at også parallelle ordninger vil omfattes av pensjonsunntaket.

Otpl.§2(1) pålegger så godt som alle arbeidsgivere i privat sektor å ha en ordning etter pensjonslovene. Det er grunn til å påpeke at tilnærmet alle private arbeidsgivere etter dette vil ha en pensjonsordning som med sikkerhet kan sies å være ”kollektiv tjenstepensjon”. Den nærmere fastleggelse av begrepet ”kollektiv tjenstepensjon” vil hovedsakelig knytte seg til de ulike typer ordninger som finnes i tillegg til disse.

Det synes forutsatt i forarbeidene at også de offentlige pensjonsordninger omfattes, og dette er fulgt opp i teorien.<sup>112 113</sup> Disse ordningene karakteriseres ved at arbeidstakerne - med visse unntak - har kollektivt og obligatorisk medlemskap.

---

<sup>111</sup> NOU-2004:5-371, Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.259.

<sup>112</sup> NOU-2004:5-377flg.

<sup>113</sup> Borgerud(note 616), Kjeldsberg(2006)s.1083.

#### 4.4.2.2 De klare individuelle ordningene

Begrepet individuelle ordninger er ikke nærmere definert i forarbeidene, men det påpekes at slike avtaler i mange tilfeller vil være et rent supplement til virksomhetens øvrige pensjonsordninger.<sup>114</sup> For å holde oss innenfor det sikre sonderer vi her mellom ordninger som bygger på objektive vilkår og subjektive vilkår. Med subjektive vilkår menes ordninger som gir rettigheter til bestemte personer. Der pensjonsrettigheten er fremforhandlet individuelt mellom arbeidsgiver og den enkelte arbeidstaker og gir vedkommende en rett til nærmere definert pensjon, foreligger det utvilsomt en individuell ordning. Det samme må gjelde der ordningen er tilknyttet en stilling som bare en bestemt person kan inneha.

#### 4.4.3 De mer usikre tilfellene

##### 4.4.3.1 Innledning

Som vi har sett bygger de pensjonsordninger som med sikkerhet kan sies å være ”kollektiv tjenestepensjon”, på kollektiv- og forholdsmessighetsprinsippet. Det gjøres imidlertid unntak fra prinsippene. F.eks. oppstiller ikke pensjonslovene noe krav om at absolutt alle arbeidstakere i foretaket må være medlem av ordningen, se pkt.2.1.1.

Pensjonsordninger som i tilstrekkelig grad er bygget på disse prinsippene, må etter sin art antas å være kollektive. Dette må gjelde selv om ordningen av andre grunner ikke kan sies å komme inn under pensjonslovene. Det synes forutsatt i forarbeidene at også ordninger utenfor pensjonslovene vil kunne omfattes.<sup>115</sup> Verken direktiv- eller lovtekst gir noen holdepunkter for at pensjonsunntakets omfang avhenger av skattemessig behandling, eller den nærmere organisering av den aktuelle ordning. I teorien er det tatt til orde for at det

---

<sup>114</sup> NOU-2004:5-371 og Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.259

<sup>115</sup> NOU-2004:5-371, Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.259.

ikke er noen slik sammenheng.<sup>116</sup> Etter dette vil f.eks driftspensjonsordninger i prinsippet kunne anses som ”kollektiv tjenstepensjon”.

De tvilsomme grensedragningsspørsmålene oppstår der ordningene skiller seg fra de sikre tilfellene også på andre måter. Vi har innledningsvis fastslått at dersom vilkårene for medlemskap er subjektive, er pensjonsordningen individuell. Dermed er det ikke sagt at ordninger med objektive vilkår nødvendigvis er kollektive. I det følgende skal vi se nærmere på noen grupper av ordninger som volder tvil i praksis.

#### 4.4.3.2 Ordninger som omfatter kun en bestemt gruppe arbeidstakere i bedriften

Disse ordningene karakteriseres ved at vilkårene for å bli medlem kun oppfylles av en gruppe arbeidstakere. Vilråene er imidlertid objektive i den forstand at alle som oppfyller dem, blir medlem. Eksempler på slike ordninger er egne tilleggsordninger for ”lederguppen”, ”sekretårene” eller lignende. De kan ikke organiseres etter pensjonslovene, jf. kollektivprinsippet, men organiseres i praksis enten som driftspensjonsordninger eller kollektive livrenter. Problemstillingen i det følgende er om slike pensjonsordninger etter sin art kan sies å være ”kollektiv tjenstepensjon”.

Verken direktiv- eller lovttekst gir særlig veiledning. Ordet ”kollektiv” peker bare på at flere personer må ha tilgang til ordningen, men bidrar ikke til den nærmere grensedragnin. Det samme kan sies om uttrykket ”yrkesbaserte eller fleryrkesbaserte pensjonsordninger”. Forarbeidene omtaler ikke denne typen ordninger eksplisitt, men synes generelt å forutsette at driftspensjonsordninger og kollektive livrenter er supplerende i forhold til ordninger etter pensjonslovene.<sup>117</sup> Klare slutninger kan imidlertid ikke trekkes fra dette.

Spørsmålet har ikke vært oppe for Høyesterett, men er berørt i underrettspraksis. I Mørebildommen uttalte lagmannsretten i et obiter dictum at en ”kollektiv tjenstepensjonsforsikring

---

<sup>116</sup> Kjeldsberg(2006)s.1083, Nerdrum/Valen(2005)s.147.

<sup>117</sup> NOU-2004:5-376



*for de ansatte i en bedrift ville miste sitt kollektive preg dersom den ble gjort bindende bare i forhold til noen ansatte (...)*". Dommen ble ikke anket til Høyesterett. Adviso-dommen synes å gå i motsatt retning, siden retten her kom til at en pensjonsordning som bare gjaldt for en gruppe ansatte ble ansett kollektiv. Ingen av disse avgjørelser kan tillegges særlig rettskildemessig vekt.

I teorien er det tatt til orde for at pensjonsordninger som oppstiller objektive vilkår for medlemskap vil være en kollektiv ordning.<sup>118</sup>

Det kan argumenteres for at andre lovregler som regulerer denne typen kollektive pensjonsordninger kan trekkes inn ved avgrensningen av pensjonsunntaket. Enten pensjonsordningen er organisert som en egen pensjonskasse eller som en kollektive pensjonsforsikringer med et forsikringsselskap, vil den omfattes av fal.<sup>119</sup> Fal.§10-2g) definerer en kollektiv forsikring som *"forsikring som omfatter personer i en nærmere angitt gruppe, og eventuelt deres ektefelle, barn eller lignende."* Det avgjørende etter denne bestemmelsen er om gruppen angis etter objektive vilkår, og ikke hvor mange medlemmer som er i den enkelte gruppe.<sup>120</sup> Bestemmelsen inkluderer følgelig slike ordninger vi her drøfter i begrepet kollektive forsikringer. En annen sak er at det i forsikringsrettslig praksis er etablert gjennomskjæringssynspunkter, se nedenfor pkt.4.4.3.4.

Det må påpekes at det ikke nødvendigvis er samsvar mellom definisjonen av "kollektiv" i fal.§10-2g) og aml.§16-2(3). Mens fal.kap.19 regulerer trepartsforholdet som karakteriserer forsikringer tegnet av forsikringstaker til fordel for medlemmene, regulerer aml.§16-2 trepartsforholdet der rettigheter og plikter mellom arbeidstakerne og arbeidsgiver skal overføres til ny arbeidsgiver. Formålet med fal.kap.19 er bl.a. å regulere informasjonsstrømmen mellom partene i avtalen slik at denne også kommer til medlemmenes kunnskap,

---

<sup>118</sup> Se Kjeldsberg(2006)s.1083, Se også Nerdrum/Valen(2005)s.147. Borgerud(note 616) er noe usikker.

<sup>119</sup> Ot.prp.nr.49(1988-1989)s.101-103.

<sup>120</sup> Brynhildsen(2001)s.479.

ettersom forsikringsavtalen kan opphøre uten at forsikrede selv har innflytelse.<sup>121</sup> Formålet med aml.§16-2 er derimot å hindre at avtalen mellom overdrager og erverver får betydning for arbeidstakernes rettigheter.

Likevel kan det virke inkonsekvent å tillegge begrepene ulikt innhold i ulike lover. Hensynet til språklig konsekvens tillegges riktignok særlig vekt der et sentralt og gjennomtolket uttrykk i en lov blir brukt i en annen.<sup>122</sup> Bestemmelsen i fal. kan ikke sies å være et slikt gjennomtolket uttrykk, og hensynet kan derfor ikke uten videre være avgjørende.<sup>123</sup> I mangel av andre holdepunkter kan det etter vår mening likevel gi veiledning å se hen til reguleringen i fal. Dette ble gjort i Adviso-dommen.

Siden problemstillingen ikke har vært forelagt Høyesterett, må rettstillingen anses uavklart. De reelle hensyn har ofte vist seg å være avgjørende når rettskildefaktorene trekker i forskjellige retninger.

Formålet med direktivet tilsier at de pensjonsordningene som er uttømmende regulert i pensjonsunntaket skal forstås snevert. Hensynet til at virksomhetsoverdragelse ikke skal føre til svekkelse av rettigheter vil være et tungtveiende moment for en snever fortolkning av unntaket.

Rettstekniske hensyn trekker på den annen side i retning av at ordninger med objektive vilkår for medlemskap omfattes av pensjonsunntaket. En regel der kriteriet er om ordningen har objektive vilkår for medlemskap, fremstår som det klareste alternativ. Særlig vil dette gjelde ved fortolkningen av en fellesskapsrettslig regel som er gitt nettopp med den begrunnelse at pensjonsordninger i medlemslandene er utformet ulikt. Dette vil i sin tur kunne skape større forutberegnlighet, både for arbeidstakerne og arbeidsgiver.

---

<sup>121</sup> Se Brynhildsen(2001)s.483,Selmer(1990)s.334-335.

<sup>122</sup> Eckhoff(2001)s.337.

<sup>123</sup> Antallet tvister i kollektive personforsikringer har vært lite, se Selmer(1990)s.334.

Samfunnsøkonomiske hensyn og ønsket om minst mulig hindringer for nødvendige omstillinger i næringslivet, kan også tale for en retsteknisk klar regel. I forhold til virksomhetsoverdragelser over landegrensene, kan dette hensynet dog ikke strekkes lenger enn de særnorske virkninger tilsier. I forhold til land som ikke har gitt arbeidstakerne bedre vern enn det som følger av direktivet, vil aml.§16-2(3) medføre økonomiske byrder av særnorsk karakter.

Begrunnelsen i norsk rett for å unnta visse pensjonsordninger fra overføring er i følge forarbeidene særlig de administrative problemene og ulempene ved å ha flere kollektive pensjonsordninger i virksomheten.<sup>124</sup> Disse tilpasningsproblemene vil gjøre seg gjeldende i like stor grad for ordninger som bare omfatter en gruppe arbeidstakere, som for ordninger som omfatter (tilnærmet) alle.

På bakgrunn av den foregående drøftelse har vi under tvil kommet til at ordninger som kun omfatter en bestemt gruppe arbeidstakere, er å anse som ”kollektiv tjenstepensjon”. Vi har da lagt avgjørende vekt på de retstekniske fordeler en slik regel innebærer, samt at løsningen er i tråd med begrunnelsen for pensjonsunntaket i norsk rett.

#### 4.4.3.3 Ordninger som i prinsippet ikke ekskluderer noen arbeidstakere i bedriften

I det følgende behandles pensjonsordninger som tilsynelatende gjelder for alle arbeidstakere i virksomheten, men som på grunn av de faktiske omstendigheter i realiteten omfatter bare enkelte. Et eksempel er en ordning som gir pensjon etter et grunnlag på mer enn 12G, som er den øvre grense etter pensjonslovene. Med mindre alle arbeidstakere i virksomheten har inntekt over dette, vil de faktiske forhold føre til at det bare er de høytlønte som omfattes av ordningen. Vi skal i det følgende drøfte hvorvidt slike ordninger er ”kollektiv tjenstepensjon”.

---

<sup>124</sup>Se NOU-2004:5-379flg. og Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.261flg. Tilpasningsproblemer ser ut til å være det avgjørende argumentet for å unnta pensjonsordninger fra overføring.

Heller ikke her gir direktiv- eller lovtekst særlig veiledning. Forarbeidene tar ikke opp denne problemstillingen generelt, men det vises til et eksempel der en arbeidstaker gis pensjonsrettigheter av den inntekt som overstiger 12G.<sup>125</sup> Departementet antar at dette vil være en individuell rettighet, som overføres til erverver ved en overdragelse.

Eksempelet i seg selv viser til en avtale mellom kun én arbeidstaker og arbeidsgiver om en pensjonsrettighet, og en slik avtale vil utvilsomt være en individuell ordning. Det kan imidlertid se ut som forarbeidene deretter går lenger, og antar at denne type pensjonsrettigheter alltid vil følge hovedregelen om rettighetsovergang ved virksomhetsoverdragelse.

Det er vanskelig å lese ut av forarbeidene om bedømmelsen skyldes at inntekten ligger over den lønn det beregnes pensjon av etter ftrl. og pensjonslovene, at det rent faktisk bare vil være en bestemt gruppe som vil omfattes av ordningen, eller at slike ordninger presumptivt antas å være av individuell art. Det er ingen holdepunkter for å anta at beløpsgrenser etter de nasjonale trygdesystemer skal være avgjørende for bedømmelsen av om en pensjonsordning er ”kollektiv tjenstepensjon”. Heller ikke synes det som noen overbevisende begrunnelse at slike ordninger skal betegnes som individuelle uten nærmere undersøkelser. På denne bakgrunn antar vi at eksempelet i forarbeidene påpeker at slike ordninger ofte bare vil omfatte en liten gruppe arbeidstakere, og av denne grunn falle utenfor pensjonsunntaket.

Ut fra denne slutningen er det vanskelig å trekke ut av forarbeidene at denne type ordninger på generell basis vil være individuelle. Forarbeidene gir heller ikke uttrykk for noe sikkert standpunkt. De deler av forarbeider som beskriver gjeldende rett, bør tillegges rettskildemessig vekt som annen juridisk litteratur.<sup>126</sup> I teorien ellers er det tatt til orde for at slike ordninger omfattes av pensjonsunntaket.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Se NOU-2004:5-371 og Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.259.

<sup>126</sup> Eckhoff(2001)s.70.

<sup>127</sup> Kjeldsberg(2006)s.1083, Nerdrum/Valen(2005)s.147. I motsatt retning Borgerud(note 616).

De reelle hensyn som gjør seg gjeldende, vil i stor grad være de samme som for ordningene behandlet i forrige punkt. Selv om direktivformålet tilsier en snever fortolking av pensjonsunntaket, vil det være i tråd med begrunnelsen for unntaket i norsk rett å anse ordninger med objektive vilkår som kollektive. Rettstekniske hensyn taler med styrke for samme løsning. Det er vanskelig å se noen grunn til at ordninger med objektive vilkår skal bedømmes ulikt avhengig av de faktiske omstendigheter. Dette kunne lede til mer eller mindre tilfeldige løsninger.

På denne bakgrunn har vi kommet til at også denne typen pensjonsordninger er å anse som "kollektiv tjenestepensjon".

#### 4.4.3.4 Unntak fra utgangspunktet/hovedregelen

Dersom enhver pensjonsordning som har objektive kriterier for medlemskap karakteriseres som kollektiv, vil formen og ikke innholdet i ordningen være avgjørende. Derfor bør det presiseres at ordninger som i realiteten er individuelle ordninger faller utenfor begrepet "kollektiv tjenestepensjon".

Arbeidsgiver kan ha egeninteresse i å kle pensjonsordningen i en kollektiv drakt. Han kan ha et ønske om å skjule at enkelte arbeidstakere er gitt individuelle rettigheter, slik at han unngår krav om det samme fra andre. En arbeidsgiver kan også oppnå bedre pris for virksomheten ved en overdragelse dersom ordningen er å anse som kollektiv. Videre kan skattemessige vurderinger ligge bak. De skattemessige fordelene ved kollektive kontra individuelle livrenter er noe av bakgrunnen for at gjennomskjæringssynspunkter er etablert i forsikringsrettslig teori.<sup>128</sup>

---

<sup>128</sup> Se Brynhildsen(2001)s.479. Skattefordelene ved kollektive livrenter er foreslått opphevet i Ot.prp.nr.1(2006-2007)kap.5. Det gjenstår å se hva resultatet blir etter et evt. pensjonsforlik i Stortinget.

På bakgrunn av direktivets verneformål, bør slike gjennomskjæringssynspunkter også kunne anføres etter aml. Direktivformålet gjør seg imidlertid ikke gjeldende ved tolkingen av fal., noe som kan begrunne at gjennomskjæringssynspunktene strekkes lenger etter aml. Det kan likevel, som nevnt ovenfor, være fruktbart å se hen til forsikringsretten når man skal avgjøre hva som faller inn under begrepet ”kollektiv”. Dette ble gjort i Advisdommen.

I forsikringsretten anføres gjerne at ordninger som i realiteten er en forsikring tegnet på forutbestemte personer, og som det vanskelig kan tenkes at flere i bedriften vil kunne oppfylle medlemskapskriteriene for, er individuelle.<sup>129</sup> Et eksempel er kriterier som angir at ”alle med lønn over 12G og som var ansatt per 1.1.2000” omfattes av forsikringen.

Vurderingstemaet for grensedragningen kan kort sies å være om arbeidsgiver kun har ønsket å tilgodese bestemte arbeidstakere ved pensjonsordningen. Det må foretas en konkret vurdering av forholdene rundt ordningen. Det skal også presiseres at en ordning som i utgangspunktet omfattet en ubestemt krets av personer, senere kan endre karakter og bli individuell.

Vi skal i neste avsnitt peke på noen momenter som vi mener bør tillegges vekt ved denne grensedragningen. Det følgende tar ikke sikte på å oppstille en uttømmende liste over forhold som må tas i betraktning.

#### 4.4.3.5 Momenter i grensedragningen

##### i) Begrensning av medlemstilstrømmingen

Vi har konkludert med at ordninger som kun omfatter en bestemt gruppe av arbeidstakere i utgangspunktet er kollektive, selv om det er få medlemmer i ordningen. Det følger av dette at inntaket av nye medlemmer på en eller annen måte må begrenses for at en ordning skal

---

<sup>129</sup> Se Brynhildsen(2001)s.479

anses som individuell. Et eksempel vil være ”lukking” i forbindelse med videreføring av en ordning etter pensjonslovene. Også begrensninger i medlemsadgangen som reelt sett gjør det vanskelig for nye å komme inn under ordningen kan tenkes, f.eks. lang ansiennitet i pensjonsordningen.

#### ii) Begrenset antall arbeidstakere som omfattes av ordningen

Et annet moment er om ordningen på et eller annet tidspunkt omfatter en begrenset gruppe arbeidstakere. Skal ordningen sies å tilgodese bestemte personer, må antallet medlemmer være begrenset. Antall arbeidstakere som er medlemmer av pensjonsordningen må også ses i forhold til antallet øvrige ansatte.

#### iii) Arbeidstakers påvirkning på innholdet i ordningen

Ser vi hen til forsikringsretten, er en viktig forskjell mellom individuelle og kollektive forsikringer påvirkningsmuligheten den enkelte har med hensyn til innholdet i avtalen.<sup>130</sup>

En kollektiv pensjonsordning inngås av arbeidsgiver, og arbeidstakerne må i stor grad ta avtalen ”som den er”. Det må presiseres at det alltid vil være arbeidsgiver som er avtalepart i de forsikringsordningene vi her tar for oss. En forsikringsavtale hvor arbeidstakeren er part vil utvilsomt være en individuell ordning, selv om arbeidsgiver betaler premien.

Har arbeidstaker vært med på å utforme eller har han påvirket innholdet taler dette for at ordningen er individuell. Her må det skilles mellom den enkelte arbeidstaker og arbeidstakerne som et fellesskap, f.eks. representert av en fagforening. Det at arbeidsgiver har etterkommet eller tatt hensyn til ønsker fra fagforeninger vedrørende pensjonsordningen vil ikke kunne tillegges betydning. Påvirkningen må komme fra den enkelte arbeidstaker og dennes individuelle ønsker og behov. Dette kan tenkes å fremkomme gjennom forhandlinger arbeidstakeren har hatt med arbeidsgiver, eller gjennom utformingen av kriteriene for medlemskap i ordningen.

---

<sup>130</sup> Se Brynhildsen(2001)s.480

#### iv) Arbeidstakers muligheter til å velge pensjonsordning

Det er forskjellige typer kollektivforsikringer, og ett skille går mellom obligatoriske og frivillige (tilslutnings-) ordninger. Det er i forsikringsrettslig teori påpekt at frivillige kollektivforsikringer har mange likhetstrekk med individuelle forsikringer.<sup>131</sup>

Kan arbeidstakerne velge om de i det hele tatt skal være tilsluttet en pensjonsordning eller ikke, taler dette for at ordningen er individuell. Her trer det klarere frem at det er arbeidstakerens individuelle behov som står i sentrum. Ved slike tilslutningsordninger vil som regel arbeidstakerne selv måtte bidra med en betydelig del av premieinnbetalingen.<sup>132</sup> Alternativet til ikke å tilslutte seg ordningen er at arbeidstakeren selv inngår en avtale med et forsikringsselskap som bedre oppfyller de individuelle behovene.

#### v) Foreligger det subjektive elementer ved fastsettelsen av vilkårene?

Har arbeidsgiver lagt vekt på individuelle forhold ved fastsettelsen av vilkårene for medlemskap i ordningen, taler dette for å anse den som individuell. Det kan antyde at arbeidsgiver ved kriteriefastsettelsen har sett særlig hen til hvilke personer som skal omfattes. I tilfelle taler dette for at det er søkt å tegne pensjonsforsikringen på bestemte personer.

#### vi) Supplerende rettigheter

Med supplerende rettigheter siktes det til ordninger som supplerer bedriftens mer ordinære pensjonsordning. Der bedriften har en pensjonsordning for de ansatte med en dekningsgrad på 66% og pensjonsalder på 67 år, så vil en ordning der noen ansatte gis en bedre dekningsgrad enn 66% eller tidligere pensjonsalder enn 67 år, være supplerende rettigheter. En slik tilleggsdekning bærer preg av at individuelle behov har spilt en rolle ved utformingen av ordningen, noe som kan trekke i retning av å anse den som individuell.

---

<sup>131</sup> Se Brynhildsen (2001)s.480, Selmer(1990)s.334.

<sup>132</sup> Se Selmer(1990)s.334.



#### 4.4.3.6 Pensjonsordninger nedfelt i tariffavtaler

Formatted: Bullets and Numbering

Uavhengig av den foregående drøftelse, vil vurderingen av om en pensjonsordning er kollektiv kunne falle ulikt ut på bakgrunn av ordningens rettsgrunnlag. Dersom en ordning er nedfelt i tariffavtale, kan det være grunn til å iakttå visse særtrekk.

En pensjonsordning nedfelt i en tariffavtale kan omfatte kun en bestemt gruppe ansatte. For det første kan tariffavtalen selv ha bestemmelser som om hvem som omfattes av avtalen og hvilket arbeid som reguleres, f.eks. begrenset til personer i bestemte stillinger eller som utfører bestemte arbeidsoppgaver.<sup>133</sup>

For det andre er det bare tariffpartene og deres medlemmer som blir bundet av tariffavtalen. Uorganiserte og medlemmer av andre arbeidstakerorganisasjoner blir ikke bundet og kan ikke utlede noen rettigheter eller plikter fra tariffavtalen, jf. ARD-1922-22(Moss Verft). Noe annet er at den kan ha en indirekte betydning for deres rettstilling.<sup>134</sup> For denne fremstillingen er det tilstrekkelig å påpeke at en pensjonsordning for en bestemt gruppe ansatte kan være nedfelt i en tariffavtale.

Slike pensjonsordninger basert på tariffavtale kan stå i en annen stilling enn ordninger som kun er bedriftsbaserte. Tariffavtaler er utpreget kollektive, ofte fremforhandlet sentralt og omfatter gjerne mange i et yrke eller profesjon. Tariffestede ordninger kan ha en side utover selve bedriften som ikke kommer med i vurderingen der kun bedriften er i sentrum. Slike ordninger passer bedre inn i begrepet ”yrkes- og fleryrkesbaserte” i direktivteksten. Pensjonsordninger som er basert på tariffavtaler vil etter vår mening kunne være yrkesbaserte pensjonsordninger i direktivets forstand, uavhengig av den foregående drøftelse.

---

<sup>133</sup> Se Fougner(2004)s.231

<sup>134</sup> Dette skyldes tariffestede ufravikelighetsnormer. Nærmere Fougner(2004)kap.10 og Jakhelln(2000)s.226 flg.

## 4.5 Forholdet mellom aml.§16-2(2) og (3)

### 4.5.1 Innledning

Bestemmelsene har i utgangspunktet et overlappende virkeområde, siden rettigheter etter tariffestede kollektive tjenestepensjon isolert sett omfattes av begge. Bestemmelsenes øvrige virkeområde er ikke overlappende. Følgelig står vi overfor et tilfelle av det som i rettskildelæren kalles partiell motstrid. Slik motstrid kan løses ved at den ene eller begge bestemmelsene tolkes innskrenkende.<sup>135</sup>

Selv ved overlappende virkeområde, er det først ved uforenlige rettsfølger at det oppstår en rettslig motstrid. De to bestemmelsenes rettsvirkninger er derfor avgjørende for motstrids-spørsmålet.

Tariffestede rettigheters rettsstilling er – både etter direktivet og etter norsk rett - avhengig av om det dreier seg om kollektive eller individuelle rettigheter. Se nærmere om sontringen i pkt.3.6. I korte trekk vil erverver kunne unnlate å overføre de kollektive rettigheter, mens individuelle rettigheter vil overføres med den tidsbegrensning som følger av aml.§16-2(2)4.pkt.

Etter direktivet forpliktes ikke erverver til å videreføre rettigheter som omfattes av pensjonsunntaket. Det foreligger motstrid når denne friheten som pensjonsunntaket gir, ikke kan utnyttes uten at plikten i forhold til de tariffestede individuelle rettigheter brytes.<sup>136</sup> I norsk rett er derimot hovedregelen at slike rettigheter overføres, på lik linje med andre rettigheter. Erverver er imidlertid gitt en utvidet endringsadgang gjennom omfattende unntaksbestemmelser i bestemmelsens 2.-3.pkt., se nærmere kap.5. Forskjellen etter aml.§16-2(3) kan mer defineres som et fritak fra størrelsen på de økonomiske pensjonsforpliktelsene som aml.§16-2(2) påbyr.

---

<sup>135</sup> Eckhoff(2001)s.346-347.

<sup>136</sup> Eckhoff(2001)s.343.

Det er etter dette nødvendig å avgjøre hvordan motstriden skal løses. I det følgende skal vi først behandle løsningen etter direktivet, for deretter å drøfte om den norske rettstilstand gir arbeidstakerne vern utover dette.

#### 4.5.2 Motstrid etter direktivet

Forholdet mellom de relevante direktivbestemmelsene har ikke direkte vært behandlet av EF-domstolen. Både Beckmann- og Martin-dommen gjaldt imidlertid pensjonsrettigheter som var nedfelt i kollektive avtaler mellom fagforening og arbeidsgiver. Som nevnt kom domstolen til at de rettigheter det var snakk om etter sin art ikke falt inn under pensjonsunntaket, og løste saken på dette grunnlag. Domspremissene gir likevel nyttig veiledning i motstridsspørsmålet.

Domstolen vurderte i begge saker om førtidspensjonsordningen var omfattet av pensjonsunntaket, uten å berøre det forhold at den var nedfelt i en tariffavtale, se Martin-dommens premiss 18 flg. Dersom domstolen hadde ment at tariffestede rettigheter skulle følge tariffavtalebestemmelsen i da gjeldende direktiv art.3nr.2, ville det ikke vært nødvendig å gå inn i denne vurderingen.

Mot dette kan innvendes at domstolen så behov for avklaring av pensjonsunntakets omfang med tanke på førtidspensjonsordninger. Hadde dette vært tilfelle, ville det imidlertid vært naturlig å presisere at drøftelsen kun gjaldt tilfeller der ordningen ikke var tariffestet. Når dette ikke ble gjort, er det nærliggende å ta tausheten til inntekt for at domstolen anså pensjonsunntaket for å omfatte alle rettigheter som etter sin art faller inn under det, uavhengig av grunnlag. Domstolen kommenterte heller ikke den engelske bestemmelsen som hadde løst motstriden slik at pensjonsunntaket omfattet enhver pensjonsordning uansett rettsgrunnlag.<sup>137</sup> Dette trekker i samme retning.

---

<sup>137</sup> Se Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 (TUPE) art.7(1), gjengitt i premiss 6 i Beckmann-dommen.

Etter å ha kommet til at førtidspensjonsordningen ikke var omfattet av pensjonsunntaket, tok domstolen stilling til om den ble overført etter det da gjeldende direktiv art.3nr.1 og/eller nr.2. Dette ble besvart bekreftende, og i premiss 37 uttalte domstolen at det måtte slutes ut fra den omstendighet at det finnes en *”sådan speciel regel”* som pensjonsunntaket er, *” at artikkel 3, stk. 1, og 2, omfatter alle de rettigheter for arbeidstagerne, der er nævnt deri, og som ikke er omfattet af disse undtagelser”*

Det er nærliggende å forstå uttalelsen slik at den berører forholdet mellom art.3nr.1 og nr.2 på den ene side og pensjonsunntaket på den annen, og da slik at alle ytelser som faller inn under pensjonsunntaket følger denne bestemmelsen. Domstolen foretok en slags lex specialis-vurdering, hvor unntaket ble ansett som den mest spesielle regelen. Uttalelsen er klar og generell. Den bygger videre på tidligere EF-praksis, nærmere bestemt Abelsdommen(sak-135/83), som berørte forholdet mellom art.3nr.1 og pensjonsunntaket. Dette taler for å tillegge den større vekt ved løsningen av motstridsspørsmålet.

På den annen side kan det hevdes at uttalelsen ikke var nødvendig for resultatet i dette tilfellet (obiter dictum), og at meningen kun var å knesette hovedregelen om rettighetsoverføring. Den generelle utformingen av domspremissene gjør det imidlertid vanskelig for domstolen å komme til en annen forståelse av forholdet mellom bestemmelsene dersom den skulle få til behandling spørsmålet om overgang for tariffestede rettigheter som faller inn under pensjonsunntaket. Dette må gjelde selv om EF-domstolens avgjørelser er konkret begrunnet.

Det er usikkert hvilken vekt direktivformålet her kan tillegges. På den ene side tilsier verneformålet at pensjonsunntaket skal fortolkes snevert. Men dette gir ikke den samme veiledning i tilfeller der en rettighet klart nok faller inn under unntaket, selv om den også faller inn under en annen bestemmelse.

Begrunnelsen for pensjonsunntaket er de ulike pensjonsordningene i Europa som vanskeliggjør en enhetlig regulering av spørsmålet. Dette vil gjøre seg gjeldende uavhengig

av grunnlaget for pensjonsordningene. Begrunnelsen for unntaket kan således ikke tilsi at tariffestede kollektive pensjonsordninger ikke omfattes. Også reelle hensyn kan tale for en slik løsning. Vi kan ikke se noen gode begrunnelser for å behandle arbeidstakernes pensjonsordninger forskjellig på bakgrunn av rettsgrunnlaget for ordningen.

Vi har etter dette kommet til at tariffavtalebestemmelsen i direktivet må tolkes innskrenkende slik at den ikke omfatter pensjonsrettigheter av den art som faller inn under pensjonsunntaket, selv om de er nedfelt i tariffavtale. Slike ordninger omfattes av direktivets pensjonsunntak.

#### 4.5.3 Motstrid i norsk rett

Etter at løsningen etter direktivet er avklart må det ses hen til gjennomføringen av direktivet i norsk rett. Spørsmålet blir om lovgiver tilsiktet å gi arbeidstakerne rettighetsvern utover det som følger av direktivet. Dette vil være tilfelle dersom lovgiver har ønsket å løse motstriden slik at disse pensjonsrettighetene går over til erverver som individuelle rettigheter i en tariffavtale, og ikke omfattes av pensjonsunntaket.

Forarbeidene ved inkorporeringen gir ingen holdepunkter for å anta at dette var lovgivers intensjon, verken ved behandlingen av tariffavtalers stilling eller pensjonsunntaket.<sup>138</sup> Derimot framgår det klart at norsk rett skulle bringes i samsvar med EF-retten på området.<sup>139</sup>

Rettspraksis etter aml.1977 kan også belyse spørsmålet. I Eidesund-saken avgjorde lagmannsretten spørsmålet om overføring av plikten til fortsatt premieinnbetaling etter en vurdering av om ordningen var underlagt tidsbegrensing etter aml.§73Bnr.2, eller om den ble overført etter nr.1. Høyesterett kom imidlertid som nevnt til at også premieinnbetalingsplikten var omfattet av pensjonsunntaket i §73Bnr.3, og unnlot deretter

---

<sup>138</sup> Ot.prp.nr.71(1991-1992)s.20-22.

<sup>139</sup> Ot.prp.nr.71(1991-1992)s.15.

å ta stilling til spørsmålet om tidsbegrensning. Det er vanskelig å forstå Høyesterett på annen måte enn at pensjonsunntaket kommer til anvendelse uavhengig av om den aktuelle rettighet er tariffestet.

Under forberedelsen til aml.(2005) ble det ikke gitt uttrykk for at omfanget av pensjonsunntaket skulle endres. I sin redegjørelse av gjeldende rett vedrørende pensjonsunntak etter aml.§73Bnr.3 berørte riktignok Arbeidslivslovutvalget forholdet mellom unntaket og AFP-ordninger. Den usikkerhet det gis uttrykk for synes imidlertid å knytte seg til uklarheter omkring Beckmann-dommens rekkevidde for norske førtidspensjonsordninger, og ikke den omstendighet at AFP-ordninger er tariffestet.<sup>140</sup>

Under sin behandling av individuelle rettigheter nedfelt i tariffavtale, uttaler Arbeidslivslovutvalget at selv om disse regnes som individuelle rettigheter, ”overføres ikke disse til ny arbeidsgiver, jf. arbeidsmiljøloven § 73 B nr.3. Utvalget foreslår imidlertid at også pensjonsrettigheter skal overføres under visse vilkår (...)”. Deretter vises (dog med en feilhenviing) til det punkt hvor man drøfter endringer i rettsfølgene av at pensjonsunntaket kommer til anvendelse.<sup>141</sup>

Disse uttalelser antyder at lovgiver har vært bevisst på forholdet til pensjonsordninger nedfelt i tariffavtaler, og at slike ordninger skal omfattes av pensjonsunntaket også i norsk rett. Utvalget foreslo ingen endringer for bestemmelsens virkeområde, kun rettsfølgene. Departementet berørte ikke forholdet mellom tariffavtaler og pensjonsordning spesielt, men gikk inn for utvalgets forslag på dette punkt.

Det kan som et ytterligere argument vises til løsningen i engelsk rett. Direktivet er gjennomført i TUPE(1981) som ble endret ved TUPE(2006). Også etter den nye loven omfatter pensjonsunntaket både pensjonsordninger nedfelt i arbeidskontrakter og i kollektive overenskomster, se TUPE(2006)art.10(1)a). Engelske myndigheter har med

---

<sup>140</sup> Se NOU-2004:5-372.

<sup>141</sup> NOU-2004:5-399.

andre ord tolket pensjonsunntaket slik at det omfatter enhver pensjonsrettighet uavhengig av rettsgrunnlag. Hensynet til rettshomogenitet tolking taler for å løse spørsmålet på samme måte i norsk rett.

I teorien er det tilsynelatende tatt til orde for at rettigheter etter AFP-ordninger overføres til erverver etter reglene i aml.§16-2(2).<sup>142</sup> Det later imidlertid ikke til at de aktuelle forfattere har tatt eksplisitt stilling til motstridsspørsmålet.

På denne bakgrunn må det kunne legges til grunn at motstridsspørsmålet i norsk rett er løst på samme måte som etter direktivet, og at aml.§16-2(3) omfatter alle pensjonsrettigheter som etter sin art faller inn under bestemmelsen, uavhengig av om de er tariffestet.

#### 4.5.4 Erverver velger å tre inn i tariffavtalen

Etter aml.§16-2(2)1.og 2.pkt kan erverver velge å tre inn i overdragerens tariffavtale. Arbeidstakerne som omfattes av tariffavtalen vil da kunne kreve rett til den pensjonsordningen som måtte følge av denne. Tidsbegrensningen i tariffavtalen vil selvfølgelig fortsatt gjelde mellom de nye partene.

---

<sup>142</sup>Se Kjeldsberg(2006)s.1084 og Fougner/Holo(2006)s.969-970.

## 5 Rettsvirkningene av at pensjonsunntaket kommer til anvendelse

### 5.1 Innledning

Forutsetningen for dette kapitlet er at det foreligger en pensjonsrettighet som omfattes av pensjonsunntaket i aml.§16-2(3).

Som et utgangspunkt skal en virksomhetsoverdragelse ikke ha noen betydning for arbeidsgivers endringsadgang, heller ikke for disse pensjonsrettighetene. Erverver har den samme endringsadgang som overdrager, noe som følger av hovedregelen i aml.§16-2(3)1.pkt. I 2.og 3.pkt. gis imidlertid to unntaksbestemmelser som utvider erververs endringsadgang.

Unntaksbestemmelsene gjelder kun ved virksomhetsoverdragelse. Utenfor overdragesituasjonen kan den utvidede endringsadgang ikke påberopes. En annen ting er at det ikke nødvendigvis er gitt i hvilke situasjoner en endring kan sies å skje i forbindelse med overdragelsen.<sup>143</sup>

Nedenfor under 5.2 er det redegjort for adgangen til å videreføre pensjonsordninger etter pensjonslovene. Svært mange ordninger må antas å være organisert etter disse, særlig etter ikrafttreddelsen av otpl.(nærmere 5.3). Pensjonslovene bestemmer ikke *at* videreføring skal

---

<sup>143</sup> Martin-dommen indikerer at verneformålet under gitte omstendigheter kan lede til at avtaler som inngås tidsmessig lenge etter overdragelsestidspunktet, kan anses å skje i forbindelse med overdragelsen. Se særlig dommens premiss 44. Aml.§1-9 om ufravikelighet må definitivt tolkes på bakgrunn av EF-domstolens praksis hva angår de individuelle rettigheter, mens rettsstillingen vil kunne være annerledes for de rettigheter som faller innenfor aml.§16-2(3) og dermed utenfor vernet etter direktivet. Se nærmere Arbeidsrett.no(2006)s.1080flg. og McMullen(2006)s.125flg.



skje, men legger på gitte vilkår til rette for dette. Det oppstår dermed nær sammenheng mellom den arbeidsrettslige plikt til å videreføre pensjonsrettigheter, og det regelverk som regulerer adgangen til videreføring. Dersom pensjonslovene ikke åpner for at erverver disponerer slik arbeidsrettslige regler pålegger ham å gjøre, kan løsningen bli at disse forpliktelsene må dekkes på annen måte.

Dette vil erverver regelmessig være lite interessert i, siden konsekvensen vil være at man ikke oppnår den skattemessig gunstige behandling som følger av pensjonslovene. Det vil derfor være av stor betydning å iakttas begge regelsett. I pkt.5.4 til 5.6 skal vi sammenholde den utvidede endringsadgang etter aml.§16-2(3) med pensjonslovenes regler om videreføring. Problemstillingene blir naturligvis bare aktuelle der de overførte arbeidstakere har pensjonsordninger fra før. I pkt.5.7 til 5.8 drøftes to særskilte grensedragnings spørsmål.

## 5.2 Nærmere om videreføring etter pensjonslovene

### 5.2.1 Reglens virkeområde

Forutsetningen for dette avsnittet er at overdrager, erverver eller begge har hatt ordning etter pensjonslovene. Videre forutsettes at erverver etter overdragelsen skal ha slik ordning, noe som tilnærmet alltid vil være tilfelle etter ikrafttreddelsen av otpl.

Pensjonslovene har regler om videreføring av ordninger, se lof.kap.13-14 og loi.kap.11-12.<sup>144</sup> Reglene kommer for det første til anvendelse ved sammenslåing av foretak, jf. lof.§13-1(1). Videre gjelder de ved deling av foretak, ved utskillelse av virksomhet til nytt eller annet foretak, og ved delvis avvikling/innskrenking av virksomhet, jf.lof.§§14-1 til 14-3.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> Om hvilken lov som skal velges der det er involvert ordninger etter begge, vises til lof.§13-1, loi.§11-1 og Ot.prp.nr.71(1999-2000)s.15-16.

<sup>145</sup> Se også Ot.prp.nr.47(1998-1999)s.290.

Etter omstendighetene vil alle disse situasjoner omfattes av begrepet virksomhetsoverdragelse i aml.§16-1. Det må imidlertid spørres om virksomhetsoverdragelsesbegrepet rekker videre enn virkeområdet for pensjonslovenes videreføringsregler. Dette skyldes først og fremst at de begreper som benyttes i pensjonslovene språklig sett ikke dekker alle situasjoner som omfattes av begrepet. Overdragelse av leiekontrakt og skifte av oppdragstaker etter anbudskonkurranse er to eksempler på dette.<sup>146</sup>

I forarbeidene til lof. uttales det at begrepet ”sammenslåing” ikke er begrenset til fusjoner i aksjerettslig forstand, uten at det går nærmere inn i hvilke andre situasjoner som omfattes.<sup>147</sup> Underutvalget antar at pensjonslovenes sammenslåingsregler kommer til anvendelse i alle tilfeller der det foreligger virksomhetsoverdragelse.<sup>148</sup> Synspunktet begrunnes imidlertid ikke nærmere, og ble ikke gjentatt i NOU-2004:5.

Hensynet til sammenheng og konsekvens mellom regelsettene kan tilsi at begrepene gis det samme innhold. Det er utvilsomt nær sammenheng mellom reglene; mens aml. tar sikte på å verne overføring av rettigheter ved virksomhetsoverdragelse, skal pensjonslovene legge til rette for at slik overføring kan skje. Begge regelsett er utformet for at selskapsrettslige disposisjoner skal ha minst mulige virkninger for arbeidstakernes pensjonsforhold. Dette har også lovgiver lagt til grunn under forberedelsen til aml.<sup>149</sup>

På den annen side må det bemerkes at spørsmålet ikke er drøftet og uttrykkelig løst, til tross for at lovgiver må sies å ha hatt slik oppfordring. Med avgjørende vekt på ordlyden, og at visse former for virksomhetsoverdragelse ikke språklig kan sies å falle inn under pensjonslovenes begreper, har vi kommet til at det ikke er fullt samsvar mellom

---

<sup>146</sup> Jf. EF-domstolens avgjørelse i sak 324/86 (Daddy’s Dance Hall), Rt.1997s.1965 (Eidesund).

<sup>147</sup> Ot.prp.nr.47(1998-1999)s.190.

<sup>148</sup> AID-22-3-2002-11. Slik også Bergh(2004)s.207-208.

<sup>149</sup> NOU-2004:5-378

anvendelsesområdet for de to regelsettene. Det kan følgelig være virksomhetsoverdragelser som ikke omfattes av pensjonslovenes videreføringsregler.

Det kan stilles spørsmål ved hvilke regler som gjelder for videreføring av pensjonsordninger ved virksomhetsoverdragelser som faller utenfor virkeområdet for pensjonslovenes videreføringsregler. Det er nærliggende å anta at reglene i slike tilfeller ikke oppstiller skranker. Samtidig vil det ofte være ønskelig – og etter otpl. lovpålagt - at ordningen også etter virksomhetsoverdragelsen organiseres etter pensjonslovene. Løsningen må i slike tilfeller bli at de eksisterende ordninger avvikles og den/de nye ordninger opprettes etter de regler pensjonslovene oppstiller for dette, jf. begge lovers kap.2. De regler om videreføring som behandles nedenfor får imidlertid ikke anvendelse.

### 5.2.2 Hvordan videreføring kan skje

Et grunnleggende trekk ved pensjonslovenes regler ved sammenslåing av foretak der det nye foretaket skal ha ordning etter loven, er at det må opprettes en ny egen pensjonsordning, jf.lof.§13-2(1). I den sammenheng må skillet mellom begrepene pensjons*ordning* og pensjons*plan* (etter loi.: innskuddsplan) berøres. En pensjonsplan er den del av en pensjonsordnings regelverk som gjelder fastsettelsen av pensjonsytelsene, se lof.§1-1(1)c. En pensjonsordning kan administrere flere pensjonsplaner.

Videreføring av tidligere pensjonsordninger kan skje ved at disse ordningenes pensjonsplaner lukkes og videreføres for de som var medlemmer av ordningen på lukkingstidspunktet, se lof.§13-3(1)2.pkt. Lukking innebærer at ordningen opprettholdes for de som var medlem på overdragelsestidspunktet, men at det ikke tas opp nye medlemmer. Det følger av dette at det kan oppstå ulikheter mellom arbeidstakerne mht pensjonsforholdene. På denne bakgrunn er det naturlig å se reglene om videreføring som et unntak fra forholdsmessighetsprinsippet som pensjonslovene ellers er bygget på. Dette er også direkte uttalt i forarbeidene til lof.<sup>150</sup>

---

<sup>150</sup> Ot.prp.nr.47(1998-1999)s.193.

Videreføring kan bare skje dersom samtlige tidligere ordninger i de berørte foretak videreføres, jf.lof.§13-3(1)1.pkt. Videre fastslår lof.§13-2(3) at den tidligere pensjonsplanen kan videreføres dersom den nye pensjonsordningen fastsetter lavere ytelser enn denne. Skal bestemmelsen ha noen selvstendig mening må den tolkes antitetisk, slik at en tidligere ordning ikke kan videreføres dersom den fastsetter like eller lavere ytelser enn den nye.<sup>151</sup> På bakgrunn av at videreføring av pensjonsplaner skjer etter et alle eller ingen-prinsipp, er det følgelig et vilkår for videreføring at samtlige tidligere pensjonsplaner fastsetter høyere ytelser enn den nye pensjonsordning.

Dersom ordningen er opprettet senere enn tre år før sammenslåingstidspunktet, kreves samtykke fra Kredittilsynet for å videreføre pensjonsplanen, jf.lof.§13-3(2).

### 5.3 Betydningen av obligatorisk tjenstepensjon

Otpl. oppstiller minstekrav til de pensjonsordninger arbeidsgivere skal opprette for sine arbeidstakere. Disse gjelder også der erverver benytter seg av den utvidede endringsadgang ved virksomhetsoverdragelse, slik at loven i realiteten oppstiller minstekrav til den ordning som gjøres gjeldende overfor de overførte arbeidstakere. Som vi skal komme tilbake til, reduserer dette den praktiske betydning av flere uavklarte grensespørsmål.

Forhistorien til otpl. kan gi bidrag til tolkingen av aml.§16-2(3). Under store deler av lovforberedelsen til aml. var man uvitende om at det skulle bli innført en slik lov. Prosessen med otpl. gikk imidlertid svært raskt, noe som førte til at den ble vedtatt samme dag som den endelige aml., 21.12.2005. Da komiteen behandlet aml. for annen gang var man klar over at otpl. ville bli vedtatt, og man var også klar over hvilke minstekrav den ville oppstille. Komiteen uttalte at faren for svekkelse av pensjonsrettigheter var ”*en svakhet*

---

<sup>151</sup> Slik også Steen(2006)s.144.

med Regjeringens forslag”, men viste til at ”alle fra 1.januar 2006 skal ha en tjenstepensjon”.<sup>152</sup>

Det kan synes nærliggende å slutte fra disse uttalelsene at målsetningen om fullt vern av pensjonsrettigheter ved virksomhetsoverdragelse er fraveket under forutsetning av at arbeidstakerne uansett er sikret rett til opptjening i en kollektiv pensjonsordning, og en forutsetning om at denne fyller de minstekrav som følger av otpl.

Denne balanseringen av de ulike hensyn må ligge til grunn for den nærmere fastlegging av unntaksbestemmelsenes omfang og innhold.

#### 5.4 Situasjonen der erverver ikke har pensjonsordning

Dette alternativet er i realiteten kun aktuelt der erverver er et nyopprettet foretak som ikke har etablert pensjonsordning på virksomhetsoverdragelsestidspunktet, samt for foretak som misligholder sine forpliktelser etter otpl. Etter ordlyden har ikke erverver uten allerede eksisterende pensjonsordninger annen mulighet enn å overta overdragerens forpliktelser overfor de overførte arbeidstakere, jf.aml.§16-2(3)1.pkt. Forutsetningen er at pensjonsordning(e) lar seg videreføre. Da vil ikke noen av unntaksbestemmelsene komme til anvendelse.

Formatted: Normal

Forutsetter vi at erverver etter overdragelsen ønsker å ha en ordning etter pensjonslovene, må ny egen ordning opprettes, jf.lof.§13-2(1). Videreføring av de overførte arbeidstakernes pensjons-/innskuddsplan(er) kan skje som lukket ordning. Dette kan imidlertid bare skje dersom den/de tidligere ordning(er) fastsetter høyere ytelser enn den nyopprettede, jf.lof.§13-2(3).

Det kan spørres om erverver kan opprette en ny ordning med bedre ytelser/innskudd enn de overførte arbeidstakerne har, og gjøre denne gjeldende for dem. Løsningen er strengt tatt i

---

<sup>152</sup> Vedtaksnr.354, jf.Innst.S.nr.195(2004-2005), samt Innst.O.nr.100(2004-2005)pkt.21.2.

strid med ordlyden i aml.§16-2(3)1.pkt. Likevel skulle man umiddelbart anse det uproblematisk at arbeidstakerne gis rett til opptjening etter en bedre ordning enn de har hatt tidligere. Et slikt syn tar imidlertid ikke opp i seg at fripolisesystemet ikke nødvendigvis gir full uttelling for de allerede opptjente rettigheter, og at det derfor er en viss fare for at arbeidstakerne totalt sett kommer dårligere ut selv om den nye ordning isolert sett gir bedre ytelser/innskudd. På den annen side ville det ikke være noen heldig løsning dersom erverver skulle forhindres fra å opprette bedre ordninger for samtlige ansatte.

Vi har etter dette kommet til at erverver kan gjøre en bedre ordning gjeldende for de overførte arbeidstakerne.

## 5.5 Aml.§16-2(3)2.pkt.: Erverver har allerede eksisterende pensjonsordninger

### 5.5.1 Unntaksbestemmelsens anvendelsesområde

Det kan spørres om det må oppstilles krav til erververs pensjonsordning, for at denne skal kunne gjøres gjeldende overfor de overførte arbeidstakere. Dette følger i tilfelle ikke av ordlyden, men uttalelser i forarbeidene indikerer at denne ordningen må være kollektiv.<sup>153</sup> Videre taler de forutsetninger unntaksbestemmelsen bygger på, for at det må oppstilles krav til hvilke ytelser ordningen sikrer rett til, se ovenfor i 5.3. Det må uansett kunne legges til grunn at en pensjonsordning som oppfyller otpl. sine minstekrav, også vil oppfylle disse kravene. Siden dette i stor grad vil redusere den selvstendige interesse av spørsmålene, går vi ikke nærmere inn på dem.<sup>154</sup>

Derimot vil det ha større nytteverdi å avgjøre rettsstillingen der de overførte arbeidstakere har rett til opptjening etter mer enn én kollektiv pensjonsordning. I slike tilfeller kan det spørres om man ved vurderingen av om erverver har ”allerede eksisterende pensjons-

---

<sup>153</sup> NOU-2004:5-383, Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.339.

<sup>154</sup> Spørsmålet er ikke behandlet nærmere i teorien, men vi viser til analyse 1, inntatt som vedlegg.

ordninger”, må oppstille et krav om at hver enkelt av de tidligere ordninger har sitt motstykke i en eksisterende ordning.

Lovens ordlyd kan tas til inntekt for en slik løsning, ettersom den benytter flertallsformen ”pensjonsordninger”. På den annen side oppstiller ikke ordlyden noen eksplisitte krav til disse ordningene, noe som taler for at det skulle være tilstrekkelig for erverver å ha en eller annen form for ordning. Forarbeidene synes heller ikke å legge noen forutsetninger til grunn på dette punkt, men på den annen side er ikke problemstillingen uttrykkelig drøftet. Heller ikke kan vi se at det er tatt stilling til den i den foreliggende teori.

Spørsmålet må ses på bakgrunn av de avveininger lovgiver synes å ha gjort. Lovgiver synes å ha skjøvet hensynet til erverver og dennes tilpasningsproblemer i forgrunnen, under den forutsetning at arbeidstakerne uansett skal sikres visse rettigheter. Ut fra denne tankegangen kan det hevdes at ordninger utover det som følger av otpl. står i en annen stilling.

Det springer en i øynene at dette kan gi urimelige utslag i det enkelte tilfelle. Dersom arbeidstakerne har gode kollektive pensjonsordninger som ikke overføres ved virksomhetsoverdragelsen, og i stedet må nøye seg med en ordning som tilsvarende otplovens minstekrav, vil hensynet til arbeidstakerne måtte sies å ha veket betraktelig. Dette gjelder i særlig grad der arbeidstakernes opptjente rettigheter etter ikke videreførte ordninger, ikke sikres.<sup>155</sup>

Det må imidlertid også ses hen til konsekvensene av de ulike løsninger. Dersom man oppstiller et krav om at hver enkelt pensjonsordning må ha sitt motstykke blant de ”allerede eksisterende pensjonsordninger”, legges det opp til sammenligninger mellom ulike ordninger. Dette vil kunne by på problemer, særlig ettersom ordningene dette vil dreie seg om sjelden vil være organisert etter pensjonslovene. Man må også spørre hva som kreves

---

<sup>155</sup> Men se pkt.4.2.2.

av ny arbeidsgivers ordning for at den skal kunne sies å være motstykke til den tidligere ordning. Samlet sett ville disse forholdene lede til en retsteknisk meget vanskelig regel.

Både ordlyden og reelle hensyn kan tale for begge løsninger. Etter vårt syn må det imidlertid legges avgjørende vekt på å unngå kompliserte sammenligningsspørsmål som bestemmelsen ellers tar sikte på å unngå. Vi har etter dette kommet til at det i tilfeller hvor de overførte arbeidstakere har mer enn en pensjonsordning, ikke kan oppstilles noe krav om at hver av disse har sitt motstykke blant de ”allerede eksisterende pensjonsordninger”.

En noe annen variant oppstår der de overførte arbeidstakernes pensjonsordning omfatter rett til flere typer ytelser. Ordningen har f.eks sikret rett til ytelser ved både alderdom, uførhet og til etterlatte ved død. Spørsmålet er om det må oppstilles [et krav om at ny arbeidsgivers pensjonsordning sikrer](#) den eller de samme typer ytelser som arbeidstakerne hadde under denne ordningen.<sup>156</sup>

En slik løsning synes vanskelig å forene med lovens ordlyd og de betraktninger som er lagt til grunn i forarbeidene. På den annen side vil løsningen være i tråd med den overordnede målsetningen om å hindre svekkelse av pensjonsrettigheter som følge av virksomhetsoverdragelsen. Siden norsk rett på dette punkt gir rettigheter ut over minimumsdirektivet, kan imidlertid ikke formålsbetraktninger tillegges samme vekt som i EF-retten.

Med avgjørende vekt på lovens ordlyd har vi kommet til at det ikke kan oppstilles noe krav om at ”allerede eksisterende ordninger” omfatter samtlige ytelser som de overførte arbeidstakernes tidligere pensjonsordning omfatter.

---

<sup>156</sup> Problemstillingen berøres av Steen(2006)s.120, som antar at arbeidstakerne ikke kan kreve at erververen viderefører uføre- og etterlattepensjonsordninger.



## 5.5.2 Erververs endringsadgang

Dersom unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse, kan erververen etter ordlyden velge om han vil gjøre allerede eksisterende pensjonsordninger gjeldende, eller videreføre de overførte arbeidstakernes tidligere ordning(er). Det siste alternativ kan være aktuelt der ulempene med videreføring ikke anses særlig store, eller der erverver og de overførte arbeidstakere etter drøftinger har blitt enige om en slik løsning. Vi forutsetter at erververs allerede eksisterende pensjonsordning(er) er organisert etter pensjonslovene, og at dette skal være tilfelle også etter overdragelsen.

Ønsker erverver å gjøre allerede eksisterende ordninger gjeldende for de overførte arbeidstakere, er pensjonslovenes løsning at det må opprettes en ny egen pensjonsordning. Siden ikke alle tidligere pensjonsplaner skal videreføres, må samtlige ordninger avvikles. De overførte arbeidstakere kan ikke under noen omstendighet bli medlem av den ordning som eksisterer på overdragelsestidspunktet, men må bli medlem av den nyopprettede ordning.

Spørsmålet blir dermed om erverver kan sies å gjøre allerede eksisterende ordninger gjeldende, når arbeidstakerne strengt tatt ikke meldes inn i denne ordningen. Forarbeidene til aml. synes å legge til grunn at pensjonslovenes system skal være retningsgivende for endringsadgangen.<sup>157</sup> Unntaksbestemmelsen ville heller ikke hatt noen praktisk realitet uten en slik forståelse.

Dersom avtaleforholdet mellom erverver og de øvrige (ikke overførte) arbeidstakere ikke er til hinder for det, kan erverver tenkes å ville fastsette lavere ytelser/innskudd for den nyopprettede ordningen. En senking av ordningens nivå vil imidlertid være i strid med begrunnelsen i unntaksbestemmelsen, som er at erverver skal ha adgang til å *”tilpasse ordningen for de overførte arbeidstakere til den ordningen som gjelder de øvrige ansatte”*.<sup>158</sup> På denne bakgrunn må det etter vårt syn være en forutsetning at den

---

<sup>157</sup> NOU2004:5-382flg., Ot.prp.nr.49(2994-2005)s.259-260.

<sup>158</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.263.

nyopprettede ordning i disse tilfellene fastsetter minst like gode ytelser/innskudd som den/de avviklede ordninger.

Dersom erverver ikke benytter seg av endringsadgangen, må rettighetene overføres, noe som forutsetter en videreføring av de overførte arbeidstakernes pensjonsplan(er). Dette kan skje som en lukket ordning, men forutsetningen er at samtlige tidligere pensjonsplaner videreføres, jf. lof.§13-3(1). Dessuten kan ikke den nyopprettede pensjonsordning fastsette høyere ytelser/innskudd enn noen av de videreførte pensjonsplaner, lof.§13-2(3). At erverver ikke benytter seg av endringsadgangen etter aml.§16-2(3)2.pkt., er følgelig til hinder for opprettelse av en ordning med høyere ytelser/innskudd enn de overførte pensjonsplaner fastsetter.

## 5.6 Aml.§16-2(3)3.pkt.: Ordningene kan ikke videreføres etter overdragelsen

### 5.6.1 Unntaksbestemmelsens anvendelsesområde

Vilkåret for at unntaksbestemmelsen skal få anvendelse, er at [arbeidstakernes tidligere pensjonsordninger](#), ”*ikke kan videreføres etter overdragelsen*”. [Ordlyden legger tilsynelatende opp til at det må være umulig å overføre ordningen](#). Hadde dette vært meningen, ville imidlertid regelen vært overflødig. At umulighet fritar, må være en selvfølge.<sup>159</sup> Skal bestemmelsen ha selvstendig betydning, må meningen være at dersom det foreligger hindringer for overføring, plikter ikke ny arbeidsgiver å holde arbeidstakerne økonomisk skadesløse.<sup>160</sup>

Formatted: Font: Italic

Formatted: Font: Italic

Problemstillingen blir om det er tilstrekkelig at *vedkommende* pensjonsordning ikke lar seg overføre, eller om vilkåret kun er oppfylt der erverver heller ikke kan opprette en ordning *tilsvarende* den de overførte arbeidstakerne har hatt.

---

<sup>159</sup> Se Fougner/Holo(2006)s.953 om rettigheter som ikke er overførbare.

<sup>160</sup> Slik Nerdrum/Valen(2005)s.152-153.

Forarbeidene uttaler at bestemmelsen ”i første rekke” gjelder ved overdragelser fra offentlig til privat sektor.<sup>161</sup> I disse tilfellene vil det ikke la seg gjøre å overføre vedkommende ordning, fordi ingen private arbeidsgivere kan være tilsluttet Overføringsavtalen. Heller ikke vil det være mulig for private arbeidsgivere å opprette en tilsvarende ordning. Offentlige ordninger vil nemlig, p.g.a sin bruttogaranti, regnes som ”ikke forsikringsbare ytelser”, som arbeidsgivere i det private marked ikke kan skaffe seg.<sup>162</sup> Det samme vil gjelde ved overdragelse fra privat til offentlig sektor. Her vil stpkl. og de kommunale og fylkeskommunale tariffavtaler være til hinder for videreføring, og medlemskap i den offentlige ordning vil være obligatorisk for samtlige arbeidstakere.

Kjerneområdet for unntaksbestemmelsen er således overføring mellom offentlig og privat sektor. Det kan ikke utelukkes at vilkåret ”ikke lar seg videreføre” vil være oppfylt også i andre tilfeller, f.eks der pensjonsordningen følger av en tariffavtale som erverver velger å ikke tre inn i, og der videreføring ikke kan skje p.g.a den manglende inntreden.

Den selvstendige interesse av dette spørsmål blir imidlertid marginal. Otpl. medfører at den første unntaksbestemmelse vil komme til anvendelse ved de aller fleste overdragelser innen privat sektor. Og p.g.a forholdet mellom unntaksbestemmelsene (se pkt.5.7) vil disse grensedragningsproblemer ikke komme på spissen. Det avgrenses derfor mot en nærmere behandling av dem.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.263.

<sup>162</sup> Nerdrum/Valen(2005)s.156, med videre henvisning til NOU-2003:11 kap.7.3flg. og Ot.prp.nr.11(2003-2004)kap.5.

<sup>163</sup> Spørsmålet er ikke behandlet i teorien, men det vises til analyse 2, inntatt som vedlegg.

## 5.6.2 Erververs endringsadgang

Kommer unntaksbestemmelsen til anvendelse, skal erververen sørge for at de overførte arbeidstakerne sikres rett til videre opptjening etter en annen kollektiv pensjonsordning. Ut over at ordningen må være kollektiv, oppstilles følgelig ingen minstekrav.<sup>164</sup>

Dersom erververs ordning(er) er organisert etter pensjonslovene, og dette skal være tilfelle også etter overdragelsen, må det opprettes ny egen pensjonsordning, jf.lof.§13-2(1). Videreføring av allerede eksisterende pensjonsplaner kan imidlertid ikke skje. De overførte arbeidstakernes pensjonsplan(er) kan nemlig ikke videreføres, og alle eller ingen-prinsippet i lof.§13-3(1) må gjelde også i slike tilfeller. Følgelig må den nyopprettede pensjonsordning gjøres gjeldende for samtlige arbeidstakere etter overføringen. Hvorvidt denne kan fastsette lavere ytelser/innskudd enn før overdragelsen, beror på endringsadgangen i avtaleforholdet mellom erverver og de ikke overførte arbeidstakere. I alle tilfelle vil otpl. oppstille ufravikelige minstekrav.

## 5.7 Forholdet mellom unntaksbestemmelsene

Problemstillingen vi skal behandle her, er hva som blir rettsstillingen dersom begge unntaksbestemmelsene isolert sett kommer til anvendelse. Situasjonen vi har for øye er altså at erverver har allerede eksisterende pensjonsordninger, og at de overførte arbeidstakernes pensjonsordninger ikke lar seg videreføre. Spørsmålet er om erverver i tilfelle er forpliktet til å gjøre sin allerede eksisterende ordning gjeldende.

Dersom erververs allerede eksisterende ordning fastsetter ytelser/innskudd utover minstekravene i otpl., vil endringsadgangen etter 3.pkt. være større enn etter 2.pkt. Sagt med andre ord fritar 3.pkt. erverver fra forpliktelsen til å gjøre sin allerede eksisterende ordning gjeldende. Vi står derfor overfor bestemmelser med et delvis overlappende anvendelsesområde, men uforenlige rettsfølger. Spørsmålet kan derfor ses som et

---

<sup>164</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.339.

motstridsspørsmål. Motstriden kan elimineres ved at den ene eller begge bestemmelser tolkes innskrenkende.<sup>165</sup>

Ordlyden i bestemmelsen regulerer ikke forholdet, og dette kan tas til inntekt for at 2.pkt. i slike tilfelle må tolkes innskrenkende. Hadde lovgiver ønsket å innsnevre erververs endringsadgang i situasjoner som nevnt, kan det argumenteres for at dette ville vært gjort uttrykkelig.

Det er imidlertid ingenting i forarbeidene som tyder på at lovgiver på noe tidspunkt har tenkt på denne problemstillingen. Riktignok uttaler Arbeidslivslovutvalget at aml.§16-2(3)2.pkt ”*retter seg mot tilfeller der arbeidstakerne har rett til en pensjonsordning, pensjonsordningen kan overføres, og den nye arbeidsgiveren har en kollektiv pensjonsordning*”(vår utheving). Uttalelsen er imidlertid ikke fulgt opp under den videre lovbehandling.

Forarbeidene inneholder derimot flere steder uttalelser om at man ønsket å snu hovedregelen hva gjelder overføring av pensjonsrettigheter, og at man derfor ville oppheve det såkalte pensjonsunntaket. De unntak som er gjort, er gjort ut fra en erkjennelse av at erverver i de to aktuelle situasjonene vil ha et velbegrunnet behov for en utvidet endringsadgang. Men begrunnelsen rekker neppe lenger enn til å innrømme erververen adgang til å tilpasse de overførte arbeidstakerne til den allerede eksisterende ordning.

Det bør dessuten pekes på uttalelser i forarbeidene om at en virksomhetsoverdragelse ikke bør være en grunn for arbeidsgiver til å fri seg fra forpliktelser, heller ikke pensjonsforpliktelser med mindre gode grunner taler for det.<sup>166</sup> Under Stortingets behandling av arbeidsmiljøloven ble det gitt uttrykk for at unntaksbestemmelsene var en svakhet ved

---

<sup>165</sup> Se Eckhoff(2001)s.347.

<sup>166</sup> NOU2004:5-381.

lovforslaget.<sup>167</sup> Dette taler i retning av en innskrenking av erververs handlefrihet der endringsadgangen uansett er utvidet i forhold til hovedregelen.

På bakgrunn av den foranstående drøftelse har vi kommet til at 3.pkt. må tolkes innskrenkende i de tilfeller der også 2.pkt. isolert sett kommer til anvendelse. I en slik situasjon må erverver gjøre gjeldende sin allerede eksisterende ordning.

### 5.8 Ulovfestet gjennomskjæringsregel?

Det kan tenkes at en virksomhetsoverdragelse er motivert av et ønske om å komme fri fra dyre pensjonsforpliktelser. Problemstillingen kan oppstå ved begge unntaksbestemmelser, men er vel mest aktuell der erverver har allerede eksisterende ordninger. Det kan f.eks tenkes at erverver har opprettet en ordning som akkurat oppfyller minstekravene i otpl. i forbindelse med overdragelsen, med det siktemål å gjøre den gjeldende for overførte arbeidstakere med bedre ordninger. Særlig framtreddende blir omgåelseelementet hvis det kan påvises at eierstrukturen før og etter virksomhetsoverdragelsen er tilnærmet den samme.

Arbeidsretten har anlagt et gjennomskjærings synspunkt overfor tariffavtalers rettsstilling ved virksomhetsoverdragelse. Gjennom en rekke avgjørelser er det slått fast at dersom overdragelsen ikke er reell, og et av formålene er å fri seg fra tariffavtalen, videreføres tariffavtalen, selv om hovedregelen tilsier det motsatte.<sup>168</sup>

Begrunnelsen for gjennomskjæringsregelen er at tariffavtaler er inngått og regulerer forholdet mellom to forholdsvis jevnbyrdige parter, en arbeidstakerforening og arbeidsgiver eller -forening. Det ville forrykke forholdet mellom partene og grunnlaget for

---

<sup>167</sup> Innst.O.nr.100(2004-2005)pkt.21.2.

<sup>168</sup> Jf.ARD-1988-38(Securitas) og ARD-1920-341(Saugbruksforeningen). Se også NOU-2004:5-392flg. og Fougner(2004)s.149-152, begge med videre henvisninger til ARD-praksis. Hovedregelen angående tariffavtaler er nå snudd, likevel slik at erverver står fritt til å erklære seg ubundet, jf.aml.§16-2(2).

tariffavtalen dersom den ene parten kunne fri seg fra tariffoppliktelse kun ved å foreta organisatoriske endringer. Derfor er det viktig å avgjøre om formålet med endringene var nettopp dette. Dersom det er andre økonomiske forhold som begrunner endringer, har Arbeidsretten lettere akseptert denne ensidige ”opphørsadgangen”.

Ved individuelle, ikke tariffestede rettigheter vil styrkeforholdet regelmessig være mer i favør av arbeidsgiver. Denne forskjellen er noe av bakgrunnen for at individuelle rettigheter gjennom preseptoriske regler er gitt sterkere vern enn tariffestede rettigheter. Partene i en tariffavtale må sikre sine rettigheter gjennom sin forhandlingsstyrke, noe som taler for en ulovfestet gjennomskjæringsregel dersom den ene part forrykker balansen ved egne organisatoriske endringer. Individuelle rettigheter er i stedet vernet gjennom lovgivningen, og når lovgiver har gjort et bevisst valg ved å unnta en bestemt type rettigheter, kan det anføres som et argument mot å oppstille en gjennomskjæringsregel.

Spørsmålet er ikke reist i forarbeidene. Det framgår imidlertid at man ønsket å sikre en så betydelig del av arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår som pensjonsrettigheter er, og at hensynet til arbeidsgivernes økonomi ikke kunne begrunne manglende overføring. Man valgte derfor å fjerne pensjonsunntaket, i alle fall formelt.<sup>169</sup> Unntaksbestemmelsen der ny arbeidsgiver har ”allerede eksisterende pensjonsordninger” er som nevnt hovedsaklig begrunnet i samfunnsøkonomiske hensyn og erververs tilpasningsproblemer.

Disse hensynene gjør seg ikke nødvendigvis gjeldende der det i realiteten er den samme arbeidsgiver som er overdrager og erverver. Selv om det kan være nødvendig med omorganiseringer, er ikke dette alltid tilfelle. Kan det påvises at overdragelsen er gjort av omgåelsesgrunner, vil arbeidsgiver dessuten være nærmest til å bære de økonomiske/administrative konsekvenser av den. Når de legislative hensynene for unntaket ikke lenger er til stede, bortfaller etter vårt syn begrunnelsen for unntaksbestemmelsene.

---

<sup>169</sup> Se særlig Innst.O.nr.100(2004-2005)pkt.21.2.

Det må kunne anføres at lovgiver har hatt andre tilfeller enn disse i tankene når reglene er utformet. Følgelig vil det være mest lojalt overfor lovgiver å velge en løsning som ikke tillater omgåelse av reglene, ut fra en tanke om at lovgiver ville oppstilt en slik regel dersom man hadde tenkt på tilfellene. En slik løsning må utvilsomt også sies å være i tråd med ønsket om å oppnå et godt og rettferdig resultat.<sup>170</sup> Ut fra disse betraktninger kan det tenkes at domstolene oppstiller en gjennomskjæringsregel for pensjonsrettigheter etter aml.§16-2(3). Vilkåret må være at man etter en konkret vurdering kommer til at formålet med overdragelsen var å komme unna pensjonsforpliktelser man ellers ville hatt.

Når det gjelder overdragelser til en virksomhet med en annen eier eller eierstruktur, vil begrunnelsen for unntaksbestemmelsene i større grad gjøre seg gjeldende. Formålet ved slike overføringer vil heller ikke bare være å fri seg fra pensjonsforpliktelsene. Den tidligere eier gir samtidig fra seg rådigheten over virksomheten ved overdragelsen. En eventuell gjennomskjæringsregel bør derfor ikke kunne gjøres gjeldende der det foreligger et reelt eierskifte.

Det kan godt være at faren for slike omgåelser ikke er særlig store etter ikrafttreddelsen av otpl., som medfører at arbeidsgiver uansett må oppfylle visse minstekrav til pensjonsordninger. Det koster tid og penger å gjennomføre organisatoriske endringer. Det vil også være en fare for å skape misnøye blant arbeidsstokken dersom arbeidsgiver skulle velge en slik fremgangsmåte. Den praktiske betydning av en eventuell gjennomskjæringsregel kan derfor vise seg å bli liten.

---

<sup>170</sup> Se til dette Eckhoff(2001)s.149-150 som drøfter begrepet *hypotetisk lovgivervilje*.



## 6 Fusjon- særskilt overføringsgrunnlag?

### 6.1 Innledning

Her behandles situasjonen der overdragelsen er en fusjon mellom virksomhetene. Fusjon reguleres i aksjeselskapsloven (heretter asl.) og allmennaksjeselskapsloven (heretter asal.) kap.13. Det er knyttet gunstige skattemessige virkninger til fusjon som overdragelsesform. Samtidig bygger reglene om fusjon på kontinuitetsprinsippet. Alle rettigheter og forpliktelser til det overdragende selskapet blir overtatt som helhet av det overtakende selskapet, se asl./asal. §13-2(1). Det overtakende selskapet skal komme i samme kontraktsrettslige posisjon som det overdragende selskapet.<sup>171</sup>

Kontinuitetsprinsippet medfører i utgangspunktet at også pensjonsrettigheter blir overført. Fusjon er en virksomhetsoverdragelse etter aml. §16-1. Det er mao. motstrid mellom prinsippet og pensjonsunntaket vedrørende de pensjonsrettigheter som omfattes av unntaket. Løsningen av motstridsspørsmålet vil få avgjørende betydning for rettstillingen til slike pensjonsrettigheter ved fusjon.

Fusjonsavtalen kan inneholde bestemmelser som regulerer pensjonsspørsmålet. Har erverver i fusjonsavtalen, eller annen avtale, påtatt seg å overta pensjonsforpliktelsene så har arbeidstakerne en rett til disse i kraft av denne. Motstridsspørsmålet kommer bare opp der intet er avtalt om pensjonsrettighetene, eller det er avtalt at de ikke overføres.

---

<sup>171</sup> Nærmere om vilkårene, Giertsen(2000)

## 6.2 Rettskildebilde

Hakon-dommen og Mørebil-dommen gjaldt begge arbeidstakernes pensjonsrettigheter ved fusjon. I begge sakene kom imidlertid retten til at det ikke forelå noen rettighet og avgjorde tvisten på dette grunnlag uten å ta stilling til motstridsspørsmålet. I Adviso-dommen ble aml.§73Bnr.3 tolket innskrenkende til fordel for kontinuitetsprinsippet ved fusjoner.

I forarbeidenes beskrivelse av gjeldende rett berøres forholdet til kontinuitetsprinsippet ved fusjon, men verken Arbeidslivslovutvalget eller departementet konkluderer. Spørsmålet er omtvistet i teorien.<sup>172</sup> Fougner(2003) løser spørsmålet på bakgrunn av lovgivers intensjoner ved inkorporeringen av pensjonsunntaket i aml.§73Bnr.3. Avgjørende for forfatterne synes å være at lovgiver har foretatt en konkret avveining der *”hensynet til vern av arbeidstakerne ikke gjorde seg gjeldende med særlig tyngde i pensjonsytelser”*.<sup>173</sup> Etter vårt syn kan det imidlertid stilles spørsmål ved om en slik slutning fra lovgivers intensjoner kan foretas.

## 6.3 Lex specialis-prinsippet og vurderings tema

I teori og forarbeider er det tatt til orde for at lex specialis-prinsippet kan være et tolkningsmoment for å løse motstriden.<sup>174</sup> Problemene som anføres ved anvendelsen av dette prinsippet, er vanskelighetene med å avgjøre hvilken av de to regelsettene som er den mest spesielle. Ser vi på overdragelsestypen og selskapsformen vil kontinuitetsprinsippet være den mest spesielle. Det omfatter bare fusjon, og de involverte selskapene må være aksje- eller allmennaksjeselskaper, mens aml.§16-2(3) også omfatter mange andre overdragelsestilfeller og selskapsformer.<sup>175</sup> Skifter vi perspektiv og ser på rettighetstypen,

---

<sup>172</sup> Se Giertsen(2000)s.242 og Fougner(2003)s.141-144 konkludere med at arbeidsrettslige reguleringen slår gjennom ovenfor kontinuitetsprinsippet. Motsatt en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling (jnr.3877-/95-E) som Aarbakke(2000)s.644 og Steen(2006)s.121-122 synes å slutte seg til.

<sup>173</sup> Op.cit.s.143-144

<sup>174</sup> NOU-2004:5-.373flg., Giertsen(2000)s.242 og Fougner(2003)s.143.

<sup>175</sup> Se asal./asl.§13-1.

vil aml.§16-2(3) være den mest spesielle. Unntaket omfatter bare pensjonsrettigheter, mens kontinuitetsprinsippet gjelder enhver rettighet og forpliktelse. Siden det er vanskelig å avgjøre hvilken regel som er den mest generelle, så taler det i seg selv for ikke å tillegge prinsippet særlig vekt som tolkningsmoment.<sup>176</sup>

Etter vårt syn kan det spørres om *lex specialis*-prinsippet i det hele tatt kan anvendes ved løsningen av dette motstridsspørsmålet. Bakgrunnen for prinsippet er at det er vanlig i rettstenkningen å operere med hovedregler og unntak fra disse. En unntaksregel innebærer både at denne er mer spesiell enn hovedregelen og at den går foran den. Der det ikke foreligger holdepunkter i forarbeidene om lovgivers intensjon og andre tolkningsmomenter heller ikke gir tilstrekkelige holdepunkter, velger man den løsning som svarer til det man oftest kommer frem til når man har slik veiledning.<sup>177</sup> Tanken synes å være at det er en presumsjon for at lovgiver ved vedtagelsen av en unntaksregel ønsker å la denne gå foran hovedregelen. Er det holdepunkter for at lovgiver ikke har ment at den spesielle regel skulle gå foran, faller begrunnelsen for prinsippet bort.

Lovgivers intensjoner vil derfor ha stor betydning for løsningen av motstriden. Vi skal i det følgende se nærmere på lovgivers intensjoner først ved innføringen av pensjonsunntaket, og deretter ved fusjonsreglene.

#### 6.4 Lovgivers intensjoner bak pensjonsunntaket

I pkt.4.2.4 er det påpekt at lovgiver ikke hadde intensjoner om å svekke pensjonsrettighetenes stilling ved inkorporeringen av direktivet. Det synes videre klart at rettstilstanden ved fusjon *før* inkorporeringen var at enhver rettighet i arbeidsavtaler, også pensjonsrettigheter, gikk over til ervervende virksomhet etter kontinuitetsprinsippet.<sup>178</sup> Det er med andre ord holdepunkter for at lovgiver ikke ønsket å gjøre unntak fra regelen om

---

<sup>176</sup> Eckhoff(2001)s.357-358.

<sup>177</sup> Eckhoff(2001)s.357.

<sup>178</sup> Se forarbeidene til aksjeloven 1976(asl.1976), Ot.prp.nr.19(1974-1975)s.201 og s.204.

overføring av pensjonsrettigheter ved fusjon. Også det forhold at spørsmålet til kontinuitetsprinsippet ikke er berørt i forarbeidene trekker i samme retning. Dersom lovgiver ønsket å svekke pensjonsrettighetene ved fusjon, ville det vært naturlig at dette spørsmålet ble tatt opp under lovforberedelsene.

Vi må deretter ta stilling til om lovgivers intensjon var en annen når aml.§16-2(3) ble vedtatt. Rettstilstanden ble endret ved innføringen av de "særnorske" virkninger av at en ordning omfattes av pensjonsunntaket, se kap.5. De hensynene som begrunner denne regelen gjør seg også gjeldende dersom overdragelsen er en fusjon. Spørsmålet blir om man fra denne endringen kan slutte at lovgiver mente at den nye regelen skulle gjelde ved alle typer overdragelser, herunder fusjoner. I forarbeidenes beskrivelse av gjeldende rett anses forholdet til kontinuitetsprinsippet uavklart, og lovarbeidet tilsikter ikke å endre rettstilstanden. Av den grunn faller det ikke naturlig å slutte at lovgiver mente å utvide anvendelsesområdet for regelen i forhold til tidligere.<sup>179</sup>

Etter vår mening kan derfor ikke den arbeidsrettlige reguleringen tale for at lovgiver mente at pensjonsunntaksbestemmelsen skulle gå foran kontinuitetsprinsippet ved fusjoner.

## 6.5 Lovgivers intensjoner bak fusjonsreglene

### 6.5.1 Intensjoner bak direktivet

Den EF-rettslige selskapsregulering er gjort gjennom en rekke såkalte selskapsdirektiver. Fusjonsspørsmålet er regulert i Rådskdirektiv 78/855/EØF (tredje selskapsdirektiv). I forhold til arbeidstakernes rettigheter ved fusjon er det vist til virksomhetsoverdragelsesdirektivet, se direktivets forale og art.12:

*"Vern av arbeidstakernes rettigheter i hvert av de fusjonerende selskapene skal reguleres i samsvar med direktiv 77/187/EØF".*

---

<sup>179</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.259. Se også Fougner/Holo(2006)s.912 og NOU-2004:5-373.

Henvisningen må forstås slik at det vernet arbeidstakerne har etter den arbeidsrettslige reguleringen ikke svekkes i kraft av den selskapsrettslige reguleringen.

Virksomhetsoverdragelsesdirektivet gir arbeidstakerne bedre rettigheter enn det som følger av fusjonsreglene, blant annet sterkere informasjons- og drøftelsesrett.

Spørsmålet er om vi må gå et skritt videre og tolke henvisningen som et generelt unntak fra det vernet fusjonsreglene gir slike tredjemannsinteresser, slik at hensynet til arbeidstakerne anses uttømmende regulert i dette direktivet. Forstås henvisningen slik, vil den beskyttelse som fusjonsreglene gir arbeidstakernes rettigheter, falle bort der virksomhetsoverdragelsesdirektivet tilsier noe annet. Slik at kollektive pensjonsrettigheter ikke overføres ved virksomhetsoverdragelser.

Et blick på forhistorien til direktivet kan være nyttig. Arbeidet med selskapsdirektivet ble påbegynt en god stund før virksomhetsoverdragelsesdirektivet. EF-parlamentet ønsket å gi arbeidstakerne bedre vern ved fusjoner, bl.a. gjennom omfattende informasjons- og drøftelsesplikt, enn det Rådet greide å enes om. Dette førte til at det gikk lang tid før direktivet ble vedtatt. I mellomtiden hadde virksomhetsoverdragelsesdirektivet blitt vedtatt. I Rådets sluttbehandling av selskapsdirektivet kom så spørsmålet opp om dette direktivet skulle sikre arbeidstakerne mer vidtgående rettigheter enn virksomhetsoverdragelsesdirektivet gjorde. Dette ble besvart benektende. Det kan derfor se ut som direktivkonsipistene her tok stilling til pensjonsunntaket ved fusjoner.<sup>180</sup> Fougner/Holo(2006) inntar også dette standpunkt, men med en annen begrunnelse.<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> Den svenske Aktiebolagslagskommiteen redegjør for denne forhistorien, se SOU(1992:83)s.333-334. Slik også Giertsen(2000)s.236.

<sup>181</sup> Se s.913. Det kan synes som forfatterne begrunner standpunktet med at virksomhetsoverdragelsesdirektivet, i motsetning til selskapsdirektivet, inneholder en detaljert regulering slik at hensynet til arbeidstakerne er nøye vurdert i dette direktivet. Forhistorien til selskapsdirektivet viser at en slik regulering var søkt inntatt her, men behovet falt bort når virksomhetsoverdragelsesdirektivet ble vedtatt.

Mot en slik forståelse kan det anføres at forarbeidene og forhistorien tillegges mindre vekt i den EF-rettslige rettskildelære enn i den norske. Selskapsdirektivet viser både i fortalen og bestemmelsen uttrykkelig kun til vernet av arbeidstakernes rettigheter. Videre kan selskapsdirektivets alder få betydning. Med en slik dynamisk utvikling som EF-domstolens praksis i denne 30 års perioden viser, særlig med sikte på å utvide vernet av arbeidstakernes rettigheter, kan det anføres at domstolen i dag trolig vil tolke selskapsdirektivet i favør av et styrket arbeidsrettlig vern.<sup>182</sup> Forholdet til fusjonsreglene berøres ikke i de to arbeidsdirektivene av 1998 og 2001.

### 6.5.2 Intensjoner bak norsk rett

Det avgjørende blir om lovgiver mente å endre den norske rettsstilstanden vedrørende kollektive pensjonsrettigheters stilling ved fusjoner ved inkorporeringen av selskapsdirektivet i asl.1976. I de generelle merknadene i kapittelet om fusjon viser departementet til at Virksomhetsoverdragelsesdirektivet, der formålet *”er å beskytte arbeidstakernes rettigheter og interesser når virksomheten overføres til en ny innehaver”*, allerede er inkorporert i norsk rett gjennom aml.§73Bnr.3.<sup>183</sup> Forholdet til pensjonsrettigheter berøres ikke av departementet. Henvisning til virksomhetsoverdragelsesdirektivet er igjen inntatt i spesialmerknadene til asl.§14-5 vedrørende informasjonsplikten ovenfor de ansatte/bedriftsforsamlingen.

Forarbeidene til dagens aksjelover berører forholdet til vernebestemmelsene i aml. ved virksomhetsoverdragelser.<sup>184</sup> I høringsuttalelsen pekte Landsorganisasjonen (LO) på at vernet av de ansatte gjennom virksomhetsoverdragelsesdirektivet også får anvendelse ved fusjoner, noe departementet sluttet seg til. Etter høringsforslaget fra LO ble så bestemmelsen i asl./asal.§13-11 foreslått og senere vedtatt. Bestemmelsen informerer om at

---

<sup>182</sup> Det kan vises til de avgjørelser i denne perioden som skapte behovet for å kodifisere denne praksis i direktiv 2001/23/EF.

<sup>183</sup> Ot.prp.nr.36(1993-1994)s.128.

<sup>184</sup> Ot.prp.nr.23(1996-1997)s.169-170.

aml. §73E (nå aml. §16-5) om informasjon og konsultasjon med de tillitsvalgte også gjelder ved fusjon. Forholdet til pensjonsunntaket tas heller ikke opp her.

De samme alternativene som for forståelsen av EF-direktivet kan også anføres her. Fougner/Holo(2006) anfører at lovgiver her forutsetter at arbeidsmiljøloven uttømmende regulerer rettighetene til arbeidstakerne ved fusjon.<sup>185</sup> Det er mulig at også Arbeidslivslovutvalgets slutning fra disse forarbeidene kan forstås slik.<sup>186</sup> Norge må, for ikke å handle i strid med sine forpliktelser, verne arbeidstakernes rettigheter i samme utstrekning som virksomhetsoverdragelsesdirektivet. Men om lovgiver her ønsket å svekke arbeidstakernes rettigheter ved fusjon er det grunn til å tro at dette ville blitt trukket frem i forarbeidene.

Etter vår mening kan det vanskelig slutes på bakgrunn av et innspill fra LO, om at arbeidstakerne har *bedre rettigheter* enn det som følger av fusjonsreglene, at lovgiver også tilsiktet å svekke vernet av pensjonsrettighetene. Dette understøttes av at lovgiver anså spørsmålet uklart ved lovforberedelsene i 2005.

Vi har etter dette kommet til at lovgiver ikke har hatt noen intensjon om at asl./asal. skal vike for pensjonsunntaket i aml. gjennom disse endringene i fusjonsreglene.

## 6.6 Tolkingsprinsippenes betydning

På bakgrunn av lovgivers intensjoner bak reglene kan det vanskelig hevdes at *lex specialis*-prinsippet, som et alminnelig prinsipp basert på erfaringsmessige begrunnelser for en unntaksregel, kan tillegges særlig, om noen, vekt når det foreligger holdepunkter for det motsatte, nemlig at lovgiver ikke ønsket å fravike hovedregelen om rettighetsovergang. Av den grunn har det etter vår oppfatning liten betydning å avgjøre hvem av de to reglene som er den mest spesielle.

---

<sup>185</sup> Op.cit.s.913

<sup>186</sup> NOU-2004:5-373flg.

Den samme kan anføres mot å tillegge lex posterior-prinsippet særlig vekt. Et kontinuitetsprinsippet har eksistert i norsk rett i lang tid.<sup>187</sup> Pensjonsunntaket er det yngste av disse to reglene, noe som etter tolkningsprinsippet kunne trekke i retning av unntaket får anvendelse ved fusjoner. Men prinsippet slår ikke til når det er holdepunkter for at lovgiver ikke ønsket å gi den yngre regel forrang fremfor den eldre.<sup>188</sup>

## 6.7 Reglens formål og karakter

I mangel av veiledning fra tolkningsprinsippene bør andre omstendigheter ved de motstridende reglene undersøkes. Formålet med virksomhetsoverdragelsesdirektivet er å verne arbeidstakernes rettigheter dersom bedriften blir overdratt. Dette direktivet er en minstestandard som nasjonalstatene forplikter seg til å innføre, men det er ingenting i veien for at det innføres bedre vern for arbeidstakerne enn det direktivet gir anvisning på, jf.art.8. Det kan også gjøres ved annen lovgivning enn gjennom arbeidsrettslovgivningen. At et bedre vern for arbeidstakernes pensjonsrettigheter er nedfelt i selskapslovgivningen støter ikke mot direktivet, men kan snarere sies å trekke i samme retning som formålet med det.

Hensikten med kontinuitetsprinsippet er å sikre kontinuitet ved fusjoner. Begrunnelsen er beskyttelse av tredjemannsinteresser, særlig viktig er hensynet til kreditorene og aksjeeierne i det overdragende selskapet.<sup>189</sup> Av den grunn er det viktig at enhver rettighet, forpliktelse og eiendel går over til det overtakende selskap. Dette er den klare hovedregel, og unntak herfra bør kun aksepteres dersom gode grunner tilsier det.<sup>190</sup>

Behandlingen av tariffavtaler kan illustrere kontinuitetsprinsippets formål og gjennomslagskraft. I ARD-2001-1(Hakon-dommen) kom Arbeidsretten til at tariffavtaler

---

<sup>187</sup> For en historisk gjennomgang av prinsippet, se Giertsen(2000)kap.3.

<sup>188</sup> Eckhoff(2001)s.356.

<sup>189</sup> Se Giertsen(1998)s.802.

<sup>190</sup> Nærmere om forhold som kan tilsi unntak fra kontinuitetsprinsippet, se Giertsen(2000)s.30.



ble overført ved en fusjon, til tross for at den ulovfestede hovedregel var den motsatte ved virksomhetsoverdragelser. Arbeidsretten la til grunn at ordlyden i asl.§13-2 og §13-6, forarbeidene og forhistorien til bestemmelsene og juridisk teori ga støtte for at rettigheter og plikter etter en tariffavtale ble overført i kraft av fusjonen. Deretter uttalte domstolen:

*”Det forhold at anvendelsen av aksjelovens kontinuitetsprinsipp etter omstendighetene kan medføre vanskelige spørsmål av praktisk, materiellrettslig eller prosessuell karakter, kan imidlertid ikke medføre at prinsippet uten videre forkastes på dette felt.”*

Det legges tilsynelatende til grunn at utgangspunktet ved fusjoner vil være at tariffavtaler som sådanne blir overført.<sup>191</sup> Arbeidsretten poengterte at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Dette må ses på bakgrunn av de særskilte problemer en automatisk overføring av tariffavtaler kan medføre, noe som ikke kan anføres mot en automatisk overgang for pensjonsrettigheter.<sup>192</sup> Problemene som oppstår ved overgang for tariffavtaler er av en annen art og karakter enn de som gjøres gjeldende ved overgang for pensjonsrettigheter. Gode grunner kan derfor tale for å legge Arbeidsrettens standpunkt til grunn også for slike rettigheter.

Formålet med kontinuitetsprinsippet må kunne sies å stritte imot at pensjonsforpliktelser ikke overføres ved fusjoner. På den annen siden kan formålet bak direktivet ikke sies å trekke i motsatt retning. På denne bakgrunn er det nærliggende å tolke aml.§16-2(3) innskrenkende når det gjelder fusjoner.

Vi har kommet til at kontinuitetsprinsippet ved fusjoner også får anvendelse overfor rettigheter som omfattes av pensjonsunntaket.

---

<sup>191</sup> Samme konklusjon i Fougner(2003)s.154 og i NOU(2004:5)s.394.

<sup>192</sup> NOU-2004:5-396flg.

## 7 Avsluttende bemerkninger

I denne oppgaven har vi behandlet pensjonsrettigheters stilling ved virksomhetsoverdragelse. Rettstilstanden på dette området illustrerer etter vårt syn noen av de problemer som kan oppstå i skjæringspunktene mellom ulike regelsett.

Dette gjelder for det første i *forholdet mellom norsk rett og fellesskapsrett*. I den grad rett til kollektiv tjenestepensjon tidligere ble overført ved virksomhetsoverdragelser i norsk rett, falt dette bort ved implementeringen av det første EF-direktivet i aml.1977. Denne innskrenkning av arbeidstakers rettigheter ble innført i norsk rett på tross av lovgivers intensjoner. Mye kan tyde på at misforståelser omkring fellesskapsretten og manglende oversikt over implikasjonene spilte en vesentlig rolle.

Rettstilstanden er senere endret slik at den er mer i tråd med lovgivers intensjoner. Gjennom vedtakelsen av aml.2005 er arbeidstakerne sikret opptjening av pensjonsrettigheter *i en eller annen form*. Det er likevel klart at de rettigheter som faller inn under pensjonsunntaket, er svakere vernet enn andre rettigheter i overdragelsessituasjonen. *Nivået* på pensjonsordningen er etter aml. avhengig av arbeidsgivers disposisjoner.

Ved vedtakelsen av otpl. har man imidlertid innført minstekrav til pensjonsordninger som gjøres gjeldende overfor arbeidstakerne. Lovbehandlingen har ikke vært samordnet med arbeidsrettslig lovgivning. Likevel tyder mye på at lovgiver har lagt disse minstekrav til grunn når aml. har fått sin endelige utforming.

Dermed er vi inne på et annet problematisk skjæringspunkt, nemlig spennet som oppstår mellom *lovgivning som tar sikte på å ivareta ulike formål*. På den ene side bygger lovgiver i stor grad de arbeidsrettslige løsninger på pensjonslovgivningen. Den formelle opphevelse

av pensjonsunntaket begrunnes med at hindringer for videreføring av ordninger er fjernet. Gjennom vedtakelsen av otpl. har denne koblingen blitt ytterligere forsterket, og det legges opp til en større grad av ensartethet i pensjonsfloraen.

På den annen side søker pensjonslovgivningen også å ivareta andre formål, og er blitt brukt aktivt i fordelingspolitikken. I den grad denne lovgivningen ikke åpner for de løsninger som er ønsket i arbeidslivet, vil man oppleve at pensjonsforholdene ordnes på alternative måter.

De pensjonsordninger som organiseres annerledes, vil kunne falle utenfor de systemer lovgiver legger opp til. Men dermed faller de også utenfor reguleringen av kollektiv tjenestepensjon ved virksomhetsoverdragelse. Følgen av dette blir etter dagens rettsstilstand at tilleggsordningene ved virksomhetsoverdragelser er bedre vernet enn hovedordningene. Dette er et paradoks som lovgiver muligens ikke har forutsett.

Den uklare rettsstilstanden omkring pensjonsrettigheters stilling ved fusjoner illustrerer problemer som oppstår ved *overlappende lovregulering*. Lovgiver har på slike områder et særlig ansvar for uttrykkelig å ta stilling til rettsspørsmål, slik at borgernes forutberegnelighet sikres.

## 8 Registre

### Litteratur:

- Aarbakke(2000) Magnus Aarbakke og Asle Aarbakke, *Ansvarlige selskaper og indre selskaper*. 5 utgave, Oslo 2000.
- Bergh(2004) Espen Bergh: *Pensjonsrettigheter ved virksomhetsoverdragelse – hvilke forpliktelser påhviler ny arbeidsgiver?* Artikkel inntatt i *Arbeidsrett* nr. 3 2004 (200-209).
- Borgerud Ingeborg Moen Borgerud, Tron Dalheim og Rune Ytre-Arna: *Kommentar til Arbeidsmiljøloven*, i *Karnov Norsk Lovkommentar* (online), note 608-620.
- Brynhildsen(2001) Claus Brynhildsen, Børre Lid og Truls Nygård: *Forsikringsavtaleloven med kommentarer*, 1. utgave, Oslo 2001.
- Eckhoff(2001) Torstein Eckhoff: *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan Helgesen, Oslo 2001.
- Evju(2001) Stein Evju: *Endring av tjenstepensjon m.v. Noen arbeidsrettslige spørsmål*. Artikkel inntatt i *Moderne Forretningsjus*, Tore Bråthen (red.), Oslo 2001.

- EØS-rett(2004) Fredrik Sejersted m.fl.: *EØS-rett*, 2 utgave, Oslo 2004
- Fougner(2003) Jan Fougner m.fl.: *Omstilling og nedbemanning*, Oslo 2003.
- Fougner(2004) Jan Fougner m.fl.: *Kollektiv arbeidsrett*, Oslo 2004.
- Fougner/Holo(2006) Jan Fougner og Lars Holo: *Arbeidsmiljøloven, Kommentartutgave*, Oslo 2006.
- Giertsen(1998) Johan Giertsen: *Fusjon som avtaetype*. Inntatt i Stat, politikk og folkestyre: Festskrift til Per Stavang, 1998.
- Giertsen(2000) Johan Giertsen: *Fusjon og fisjon*. 2.utgave, Bergen 2000.
- Hammerich/Wiese-Hansen(2003) Peter Hammerich og Klaus Wiese-Hansen: *Kollektive og individuelle pensjonsavtaler*, Oslo 2003
- Hammerich/Wiese-Hansen(2004) Peter Hammerich og Klaus Wiese-Hansen: *Individuelle pensjonsrettigheter i virksomhetsoverdragelser – arbeidsmiljøloven § 73 B nr. 1 og 3*. Artikkel inntatt i *Arbeidsrett nr. 2* 2004 (16-34).
- Jakhelln(2000) Henning Jakhelln: *Motstridende tariffavtaler*, i *Arbeidsrettslige studier*, bind I, Oslo 2000.

- Jakhelln(2002) Henning Jakhelln: *Den rettslige karakter av en sykekasseordning – Jernbanens Sykekasse*. Inntatt i Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 1/2002.
- Jakhelln(2006) Henning Jakhelln: *Oversikt over arbeidsretten*, Oslo 2006.
- Kjeldsberg Liv Torill Kjeldsberg: *Arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse*, i *Arbeidsrett.no.*, Oslo 2006 (1047-1103).
- McMullen(2006) John McMullen: *An Analysis of the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006*. Artikkel inntatt i *Industrial Law Journal*, Vol. 35, No.2, June 2006.
- Nerdrum/Valen(2005) Per Kaare Nerdrum og Svein Inge Valen: *Virksomhetsoverdragelse og pensjon*. Artikkel inntatt i *Arbeidsrett* nr. 3 2005 (140-158).
- Selmer(1990) Knut S. Selmer: *Forsikringsavtaleloven med forarbeider*, 1990.
- Selvig(2004) Erling Selvig: *Kontraktsrettens rettskildelære*, i Knophs oversikt over Norges rett, 12. utgave, Oslo 2004 (243-273).
- Steen(2006) Sven Iver Steen, Ingeborg Moen Borgerud og Rune Njøs Jacobsen: *Obligatorisk tjenstepensjon*, Oslo 2006.

Woxholth(2005)	Geir Woxholth: <i>Avtalerett</i> , 5. utgave, Oslo 2003.
Lover:	
Aml.	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17.juni 2005 nr.62.
Aml.1977	Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (arbeidsmiljøloven) av 4.februar 1977 nr.4 (opphøvet).
Arbtl.	Lov om arbeidstvist (arbeidstvistloven) av 5.mai 1927 nr.1.
Asl.	Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13.juni 1997 nr. 44.
Asal.	Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeselskapsloven) av 13.juni 1997 nr. 45.
Asl.1976	Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 4.juni 1976 nr.59 (opphøvet).
Fal.	Lov om forsikringsavtaler av 16.juni 1989 nr.69.
Ftrl.	Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28.februar 1997 nr.19.

Lof.	Lov om foretakspensjon (foretakspensjonsloven) av 24.mars 2000 nr.16.
Loi.	Lov om innskuddspensjon i arbeidsforhold (innskuddspensjonsloven) av 24.november 2000 nr.81.
Otpl.	Lov om obligatorisk tjenestepensjon av 21.desember 2005 nr.124.
Sktl.	Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26.mars 1999 nr.14.
Stpkl.	Lov om Statens Pensjonskasse av 28.juli 1949 nr.26.

#### EU-rettskilder:

##### Direktiver:

Rådsdirektiv 77/187/EØF	(ophevet)
Rådsdirektiv 78/855/EØF	Tredje selskapsrettsdirektiv
Rådsdirektiv 98/50/EF	(ophevet)
Rådsdirektiv 2001/23/EF	Virksomhetsoverdragelsesdirektivet

##### Innstillinger fra generaladvokaten:

Sak-C-164/00	Beckmann
Sak-C-4/01	Serene Martin

##### Kommisjonsdokumenter:

COM (75) 429 final



Offentlige dokumenter:

Delutredninger:

AID-22-3-2002 Pensjonsrettigheter ved virksomhetsoverdragelse

NOU:

NOU-2004:5 Arbeidslivslovutvalget – Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

NOU-2004:1 Modernisert folketrygd – Bærekraftig pensjon for framtida.

NOU-2003:11 Konkurransen i kollektiv livsforsikring

Ot.prp.:

Ot.prp.nr.1(2006-2007) Skatte- og avgiftsopplegget 2007 – lovendringer

Ot.prp.nr.10(2005-2006) Obligatorisk tjenstepensjon

Ot.prp.nr.49(2004-2005) Arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp.nr.11(2003-2004) Forsikringsvirksomhet mv. (kommunale pensjonsordninger mv.)

Ot.prp.nr.79(2000-2001) Arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (virksomhetsoverdragelse m.m.)

Ot.prp.nr.71(1999-2000) Innskuddspensjon i arbeidsforhold

Ot.prp.nr.47(1998-1999) Lov om foretakspensjon

Ot.prp.nr.23(1996-1997) Aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Ot.prp.nr.36(1993-1994) Aksjeselskaper (aksjeloven)

Ot.prp.nr.71(1991-1992) Lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale

Ot.prp.nr.19(1974-1975) Om lov om aksjeselskaper

Innst.O.:

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

St.meld:

St.meld.nr.5.(2006-2007)      Opptjening og uttak av alderspensjon i folketrygden

Utenlandske dokumenter:

SOU-1992:83      Aktiebolagslagen och EG, En anpassning av den svenske lagen til EG:s bolagsdirektiv 1,2,3 och 12, Delbetänkande av Aktiebolagskommiteen.

**Rettspraksis:**

Høyesteretts praksis:

Rt-2005-1365	Finanger II
Rt-2002-1576	Hakon
Rt-2000-1811	Finanger
Rt-1997-1965	Eidesund
Rt-1996-1696	Trondheim kommune
Rt-1996-1218	Rogalandsmeieriet
Rt-1987-98	Vinmonopolet

Underrettspraksis:

LF-1998-715	Mørebil
LG-1995-672	Eidesund

LE-1993-1728 Ernst & Young

TOSLO-2005-26013 Adviso

Arbeidsretten:

ARD-2001-1 Hakon  
ARD-1988-38 Securitas  
ARD-1922-22 Moss Verft  
ARD-1920-341 Saugbruksforeningen

Avgjørelser fra EFTA-domstolen:

E-2/95 Eidesund  
E-3/95 Fabricom  
E-9/97 Sveinbjörnsdottir  
E-2/04 Rasmussen

Praksis fra EF-domstolen:

Forente saker C-233/04 og C-234/04 Securicor  
Sak-C-4/01 Martin  
Sak-C-164/00 Beckmann  
Sak-324/86 Daddy's Dance Hall  
Sak-283/81 CILFIT

Uttalelser:

*Forholdet mellom aksjelovens fusjonsregler og arbeidsmiljøloven § 73B nr. 3, 18.august 1995(jnr.3877-/95-E)*

Websider:

<http://www.lo-nho-ordningene.no/afp>.

## 9 Vedlegg

### 1) Sammendrag av faktum i relevante rettsavgjørelser:

*Det følgende er korte sammendrag av faktum i sentrale avgjørelser som er anvendt i drøftelsene i oppgaven.*

#### Rt-2002-1576 (Hakon-dommen):

Faktum i Hakon-saken var i korte trekk at de ansatte i Hakon Nord siden 1978 hadde hatt en kollektiv tjenstepensjonsordning. Ved en fusjon som dannet det nye selskapet Hakon Detalj, sa arbeidsgiver opp tjenstepensjonsavtalen med forsikringsselskapet. Allerede opptjente pensjonsrettigheter ble sikret ved fripoliser, og de overførte arbeidstakere fikk tilbud om å videreføre ordningen for egen regi og regning.

Dette ble avslått, og arbeidstakerne tok i stedet ut søksmål med påstand om at arbeidsgiver ikke var berettiget til å avvikle tjenstepensjonsordningen. Saksøkernes prinsipale grunnlag var at pensjonsordningen var del av de individuelle arbeidsavtaler.

Etter et lengre resonnement om ulike omstendigheter ved partenes avtaleforhold kom imidlertid en enstemmig Høyesterett til at de individuelle arbeidsavtalene ikke avskar arbeidsgiver fra å bringe ordningen til opphør, noe som gjaldt overfor alle arbeidstakere.

C-164/00 (Beckmann-dommen):

EF-domstolen ble anmodet av High Court of Justice (England/Wales) om en prejudisiell avgjørelse av fortolkning av direktiv 77/187/EØF art.3. Spørsmålet kom opp i søksmålet Katia Beckmann anla mot sin arbeidsgiver Dynamco Whicheloe Macfarlane Ltd (heretter DWM) vedrørende førtidspensjonsrettigheter. Den enhet som Beckmann arbeidet i, ble ved en overdragelse i direktivets forstand, overført fra National Health Service (heretter NHS) til DWM den 1/6-1995. I sitt arbeidsforhold til NSH hadde Beckmann pensjonsrettigheter i henhold General Whitley Councils ansettelsesvilkår (heretter GWCs ansettelsesvilkår). GWC-systemet er et system hvor ansettelsesvilkårene i offentlig sektor fastsettes i forbindelse med kollektivavtaler mellom arbeidsgivere og arbeidstagere. Den nye arbeidsgiveren DWM anførte at disse rettighetene falt inn under pensjonsunntaket i art.3nr.3.

For å fastlegge rekkevidden av dommen må vi se nærmere på den engelske førtidspensjonsordningen. Section 46 i GWCs ansettelsesvilkår var en kollektiv avtale mellom de ulike arbeidsgivere i NHS og arbeidstakerorganisasjoner. Den gav arbeidstakerne rett til å gå ut i førtidspensjon ved oppsigelse fra bedriften på nærmere bestemte vilkår. Det var tre typer av oppsigelser som utløser denne retten, nemlig der oppsigelsen fra arbeidsgiver skyldes behovet for personalinnskrenkninger, for å effektivisere tjenesten eller organisatoriske endringer. Videre måtte arbeidstakeren oppfylle visse vilkår for at ytelsen til førtidspensjonering skulle tilstås. Vedkommende måtte minst være 50 år og tilknyttet NHS' pensjonsordning i minst fem år. Ved en slik førtidspensjonering hadde arbeidstakeren krav på fire ulike typer ytelser:

- En førtidspensjon basert på faktiske antall arbeidsår, som utbetales frem til alminnelig pensjonsalder.
- En førtidig utbetaling av engangssum ved pensjonering.
- En løpende ytelse som har til formål å forøke førtidspensjonen.
- Et engangsbeløp i kompensasjon.

Beckmann ble sagt opp på grunn av personalinnskrenkninger. Selv om hun oppfylte vilkårene for førtidspensjon, alders- og tilknytningskravet, så mottok hun ingen ytelser fra førtidspensjonsordninger av DWM.

Det første spørsmålet som ble lagt fram for EF-domstolen var om denne pensjonsordningen var en ytelser som falt inn under pensjonsunntaket.

Når det gjelder den førtidspensjon som saken omhandlet, uttalte domstolen i premiss 31:

*”På denne baggrund er det kun ydelser, der udbetales med virkning fra det tidspunkt, hvor arbejdstageren på normal vis afslutter sit arbejdsliv, således som det er tilfældet for så vidt angår den i sagen omhandlede generelle pensionsordning, der kan kvalificeres som ydelser ved alderdom, og ikke ydelser, der udbetales under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen, dvs. i tilfælde af afskedigelse på grund af personaleindskrænkning, selv om der for så vidt angår beregningen af disse henvises til metoden for beregning af de normale pensionsydelse.*”

C-4/01 (Martin-dommen):

Faktum i saken ligner mye på Beckmann-dommen, med den forskjell at førtidspensjonen kom i stand etter en avtale mellom parten og ikke gjennom en oppsigelse. Serene Martin var ansatt som lærer innen helse og omsorg i Redwood College of Health Studies (heretter Redwood) som var tilknyttet NHS. Retten til førtidspensjon var knyttet opp til de samme vilkårene i GWC ansettelsesvilkår section 46 som i Beckmann-dommen. Redwood ble ved en overdragelse i direktivets forstand overført til South Bank University (heretter SBU). Etter overdragelsen fra NHS til SBU så kunne de ansatte ved Redwood ikke lenger være tilknyttet NHS' pensjonsordning. Førtidspensjonsytelsene hos SBU var noe forskjellig fra NHS.

Serene Martin godtok ikke SBUs vilkår og knyttet seg til en annen pensjonsordning. SBU tilbød jevnlig sine ansatte førtidspensjon for å tilpasse arbeidsstyrken til sine behov. Etter en tid informerte SBU sine ansatte om at de av økonomiske grunner ikke lenger kunne tilby førtidspensjon. En siste mulighet for førtidspensjon ble tilbudt de ansatte og Serene Martin

tok dette tilbudet. En engelsk domstol (Employment tribunal) hadde konkludert med at avtalen var å anse som en oppsigelse på grunn av arbeidsgivers forhold etter section 46 i GWCs ansettelsesvilkår. Dette var en avtale som kom i stand etter virksomhetsoverdragelsen. Striden sto om det var SBUs eller NHS' vilkår som skulle legges til grunn ved førtidspensjoneringen.

Et av spørsmålene som ble reist var om denne førtidspensjonsordning var omfattet pensjonsunntaket i art.3nr.3. Domstolen viste til uttalelsene i Beckmann dommen og uttalte at det ikke var grunn til å behandle sakene forskjellig siden videre at det i premiss 34:

*”Når henses til de præmisser i Beckmann-dommen, der er gengivet i denne doms præmis 5, er der ingen grund til at behandle sådanne ydelser forskelligt, alt efter, om kravet på ydelserne gøres gældende i forbindelse med en afskedigelse på grund af personaleindskrænkninger eller i forbindelse med en mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren aftalt førtidig pensionering, som ikke er udtryk for, at arbejdstageren på normal vis afslutter sit professionelle arbejdsliv, således som det er fastsat ved den generelle opbygning af den pensionsordning, som arbejdstageren er tilsluttet.”*



## 2) Analyser:

*Det følgende er nærmere analyser av rettsspørsmål som det er avgrenset mot i oppgaven. Avgrensningene er foretatt på grunn av spørsmålenes manglende praktiske betydning. Etter samråd med veileder er de likevel inntatt som vedlegg. Det understrekes at oppgaven fullt ut står på egne bein, og at disse analyser ikke er en del av oppgaven som sådan.*

### **Analyse 1: Krav til pensjonsordningens og/eller ytelsenes art?**

Det følgende er en analyse av om det kan oppstilles krav til pensjonsordningens og/eller ytelsenes art for at unntaksbestemmelsen i aml. § 16-2(3)2.pkt. skal komme til anvendelse.

#### Krav til pensjonsordningens art?

Problemstillingen i det følgende er om det kan oppstilles noen krav til pensjonsordningens art. Forarbeidene synes ikke å gi noe klart svar på hva som var forutsetningen for ny arbeidsgivers endringsadgang. I Arbeidslivslovutvalgets merknader til bestemmelsen uttales det at den ”*retter seg mot tilfeller der arbeidstakerne har rett til en pensjonsordning, pensjonsordningen kan overføres, og den nye arbeidsgiveren har en kollektiv pensjonsordning for sine ansatte*”.<sup>193</sup> Departementet henviste under sin behandling imidlertid bare til at arbeidsgiver ”*allerede har andre pensjonsordninger*”.<sup>194</sup> Uttalelsene kan tas til inntekt for at lovgiver ikke har hatt noe bevisst forhold til hvorvidt den allerede eksisterende ordning må være kollektiv.

Det må påpekes at den pensjonsordning som må tilbys de overførte arbeidstakere etter den andre unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd tredje punktum, må være kollektiv. Betydningen av at dette er et uttrykkelig krav etter denne bestemmelsen,

---

<sup>193</sup> NOU 2004:5 side 383

<sup>194</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 263

men ikke etter den andre, er imidlertid ikke innlysende. På den ene side kan det anføres at lovgiver må ha ment at alle arbeidstakere skal være sikret pensjonsrettigheter, og at en grunnleggende forutsetning er at disse skal være av kollektiv art, slik de vil være etter de krav som oppstilles i OTP- loven. På den annen side kan det hevdes at når ordet ”kollektiv” er med i både første og tredje punktum i tredje ledd, men ikke i annet punktum, må dette være tale om et bevisst valg fra lovgivers side. Avgjørende må etter vårt syn være de reelle hensyn som gjør seg gjeldende, og det er da naturlig å ta utgangspunkt i de faktiske implikasjoner av de ulike alternativer.

Man må ta i betraktning hva som er virkeområdet for arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd. Den eneste typen rettigheter som ikke overføres automatisk og i kraft av virksomhetsoverdragelsen er rett til videre opptjening av kollektiv tjenstepensjon. Da kan det hevdes å gi lite mening om ikke den ordning som tilbys de overførte arbeidstakerne hos ny arbeidsgiver skulle være av samme art. Videre kan en slik løsning hevdes å gi arbeidstakerne best mulig vern for sine rettigheter ved en overdragelse, og slik være i tråd med reglens formål. Dersom det stilles krav til pensjonsordningen hos ny arbeidsgiver, øker muligheten for at vilkåret ”allerede eksisterende pensjonsordninger” ikke er oppfylt, og i tilfelle har jo arbeidstakerne krav på å få overført sin nåværende pensjonsplan.

Det må imidlertid spørres hva som egentlig gir arbeidstakerne best vern for sine pensjonsrettigheter. Det sentrale for arbeidstakerne er at de sikres rett til opptjening av pensjon. Om dette skjer etter en ordning som etter en nærmere vurdering – hvor særlig antallet omfattede arbeidstakere er et sentralt element - karakteriseres som individuell eller kollektiv, er av underordnet betydning. Det grunnleggende krav som må oppstilles til den allerede eksisterende ordningen, må være at alle overførte arbeidstakere er sikret rett til opptjening etter den. En annen sak er at dette ofte vil være ensbetydende med at det dreier seg om en kollektiv pensjonsordning.

Med virkning fra 1. juli 2006 har svært mange foretak en lovbestemt plikt til å opprette en pensjonsordning som tilfredsstillende visse minstekrav, jf. OTP- loven §§ 4 og 5. Det er neppe

tvilsomt at de ordninger som er i samsvar med disse bestemmelsene, er å regne som en kollektiv tjenstepensjonsordning etter arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd annet punktum. Spørsmålet om hvorvidt den allerede eksisterende ordning må være kollektiv vil derfor ikke lenger ha særlig praktisk interesse.

#### Krav til ytelsenes art?

I det følgende skal vi behandle spørsmålet om det kan oppstilles krav til *ytelsenes* art. Når unntaket i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd er avgrenset til å omfatte alders-, uføre- og etterlattepensjon, skulle man anta at også den allerede eksisterende pensjonsordning som gjøres gjeldende for arbeidstakerne, må inneholde slike ytelser. Noe slikt krav følger imidlertid ikke av lovens ordlyd, som altså bare oppstiller som vilkår at ny arbeidsgiver har ”pensjonsordninger”.

Det er grunn til å påpeke at den sentrale ytelse etter pensjonslovene er alderspensjon. Selv om det er vanskelig å si noe sikkert om hvor mange ordninger som også innebærer uføre- og etterlattepensjon, er det også på det rene at en pensjonsordning kan møte de lovfestede minstekrav som OTP- loven oppstiller til en kollektiv pensjonsordning uten å omfatte slike ytelser.

OTP- loven §§ 4 og 5 [oppstiller bare som minstekrav at pensjonsordningen skal sikre ytelser ved alderdom](#), samt premiefritak ved uførhet. Det kan dermed være nærliggende å spørre [hva som blir rettsstillingen dersom arbeidstakerne har hatt en ordning som også har sikret etterlatte- og/eller uføreytelser hos tidligere arbeidsgiver](#).<sup>195</sup> Dette kan også formuleres som et spørsmål om hvorvidt uttrykket ”allerede eksisterende pensjonsordninger” må underlegges en konkret vurdering i forhold til den pensjonsordning arbeidstakerne hadde hos tidligere arbeidsgiver, og om det må oppstilles [et krav om at ny arbeidsgivers pensjonsordning sikrer](#) den eller de samme typer ytelser som arbeidstakerne hadde under denne ordningen.

---

<sup>195</sup> Problemstillingen berøres kort av Steen m.fl. op.cit. side 120, hvor det antas at arbeidstakerne ikke kan kreve at erververen viderefører uføre- og etterlattepensjonsordninger.

Et slikt krav synes vanskelig å forene med lovens ordlyd og de betraktninger som er lagt til grunn i forarbeidene. For så vidt kan anføres de samme synspunkter som i foregående punkt. Derimot synes det nærliggende å kreve at ”allerede eksisterende pensjonsordninger” omfatter rett til alderspensjon.

### **Analyse 2: Aml.§16-2(3)3.pkt. – Nærmere om erververs manglende inntreden i tariffavtale.**

#### **Problemstillingen:**

Det bør gås noe nærmere inn i hva som skal til for at en pensjonsordning kan sies å ikke rettslig la seg overføre til den nye arbeidsgiver. Spørsmålet vil på mange måter komme på spissen der pensjonsordningen følger av en tariffavtale som ny arbeidsgiver velger å ikke tre inn i, i medhold av og etter de regler som følger av aml.§16-2(2). Dersom tariffavtalen oppstiller et krav om at arbeidsgiver må være tilsluttet for at pensjonsordningen skal kunne videreføres, foreligger det i tilfelle isolert sett en hindring for overføring.<sup>196</sup> Problemstillingen i det følgende er om pensjonsordningen i en slik situasjon kan sies å rettslig la seg overføre til ny arbeidsgiver, eller sagt på en annen måte: om arbeidsgivers manglende inntreden er tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret om at pensjonsordningen ”ikke lar seg overføre etter overdragelsen”.

#### **Arbeidsmiljølovens regler om inntreden i tariffavtale:**

Det er hensiktsmessig med en kort gjennomgang av de regler aml.§16-2(2) oppstiller for ny arbeidsgivers inntreden i tariffavtale. Bestemmelsens første og annet punktum lyder:

---

<sup>196</sup> Dette vil f. eks være tilfelle ved AFP- ordninger. Et vilkår for at arbeidstakerne skal ha rett til AFP, er at arbeidsgiver er part i en tariffavtale med AFP- vedlegg. Videreføres ikke slik avtale ved overdragelsen, og ny arbeidsgiver heller ikke allerede er part i en slik avtale, vil det ikke være mulig for arbeidstakerne å opptjene rett til AFP.

*”Ny arbeidsgiver blir bundet av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av. Dette gjelder ikke hvis ny arbeidsgiver senest innen tre uker etter overdragelsestidspunktet skriftlig erklærer overfor fagforeningen at ny arbeidsgiver ikke ønsker å bli bundet.”*

Deretter slår annet og tredje punktum fast at individuelle arbeidsvilkår overføres uavhengig av dette, og at disse gjelder inntil tariffavtalen utløper eller det inngås ny, bindende tariffavtale.

Hovedregelen om at arbeidsgiver blir bundet dersom han ikke gir erklæring om det motsatte, er ny i forhold til den tidligere rettstilstand.<sup>197</sup> Slik bestemmelsen er utformet, er det likevel klart at det ikke stilles andre krav til ny arbeidsgiver for å erklære seg ubundet, enn at dette gjøres skriftlig innen tre uker fra overdragelsestidspunktet. Unntak gjelder, som etter den tidligere rettstilstand, for individuelle arbeidsvilkår. Arbeidsretten har også åpnet for unntak ved omgåelsestilfeller og i visse andre situasjoner.<sup>198</sup> Det er likevel på det rene at ny arbeidsgiver *ut fra denne bestemmelsen* står fritt til å avgjøre spørsmålet om inntreden. Hovedregelen ble først og fremst snudd for å framtvinge et bevisst valg i forhold til hvordan tariffavtaleforholdene i virksomheten skal ordnes.<sup>199</sup>

Under lovforberedelsen ble det vurdert om man skulle lovfeste automatisk overgang av tariffavtale, uten mulighet for ny arbeidsgiver til å erklære seg ubundet. Etter innspill fra høringsinstanser på arbeidsgiversiden uttalte imidlertid departementet i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) på side 270:

*”[D]et (vil) ikke uten videre være enkelt å skulle bli bundet av avtalevilkår man ikke frivillig har valgt å slutte seg til. Departementet har også forståelse for at enkelte arbeidsgivere på prinsipielt grunnlag ikke ønsker å være bundet av tariffavtale. Det ville være uheldig hvis en regel om at ny arbeidsgiver må overta tidligere*

---

<sup>197</sup> Se NOU-2004:5-392flg., Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.268flg.

<sup>198</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.271.

<sup>199</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.270.

*arbeidsgivers tariffavtale, begrunnet i slike innvendinger skulle stå i veien for ellers hensiktsmessige restruktureringer i næringslivet.”*

Det ble videre påpekt at regler utenfor aml. kunne være til hinder for inntreden i tariffavtalen. Således uttales samme sted:

*”Det kan også oppstå andre både formelle og praktiske vanskeligheter ved en automatisk overgang av tariffavtalen. For eksempel finnes regler og vilkår for å sette en tariffavtale i kraft, tilsvarende Hovedavtalen LO - NHO § 3-7 følgende, i store deler av privat sektor. Disse reglene innebærer at det ikke er noen automatikk i at en tariffavtale kommer til anvendelse i en virksomhet, selv ikke i de tilfellene der overdrager og erverver er medlemmer i samme arbeidsgiverforening. I norsk rett vil en regel om automatisk overgang muligens bare være helt uproblematisk i de tilfellene ny arbeidsgiver er uorganisert og ikke bundet av tariffavtale fra før.”*

Det ble også pekt på problemet med såkalte konkurrerende tariffavtaler:

*”Ved en automatisk avtaleovergang kan den nye arbeidsgiveren ved lov bli bundet av en ”konkurrerende tariffavtale”, kanskje også i strid med uttrykkelige klausuler i den tariffavtalen ny arbeidsgiver allerede er bundet av som forbyr slike konkurrerende avtaler.”*

Departementets vurderinger viser at spørsmålet om ny arbeidsgivers inntreden i tariffavtale er sammensatt. Det er ikke nødvendigvis et spørsmål om motvillighet eller ikke; et ønske om ikke å bli bundet kan ha høyst legitime begrunnelser, og det kan foreligge hindringer av rettslig eller faktisk art. Til dette kommer at det ikke er mulig å velge å tre inn i enkelte vilkår i en tariffavtale, men ikke i andre. En slik adgang for arbeidsgiver ville forrykke den balansen et tariffavtaleforhold bygger på.

Er reglene om inntreden i tariffavtale uttømmende regulert i annet ledd?

Det kan anføres at spørsmålet om hvorvidt ny arbeidsgiver plikter å tre inn i tariffavtale, er løst i aml.§16-2(2). Lovgiver har uttømmende regulert arbeidsgiver plikt til inntreden i denne bestemmelsen. En konsekvens av synet vil være at ny arbeidsgiver ikke under noen omstendighet kan pålegges å tre inn i tariffavtalen som sådan etter reglene i §16-2(3).

Mot dette kan det innvendes at det prinsipielt er snakk om to ulike spørsmål. Mens annet ledd regulerer plikten til å tre inn i tariffavtalen *som sådan*, regulerer tredje ledd plikten til å overta pensjonsforpliktelser. Unntaksbestemmelsene i annet og tredje punktum oppstiller vilkår for når ny arbeidsgiver kan påberope seg utvidet endringsadgang. Spørsmålet er følgelig når disse vilkårene anses oppfylt.

Den avveining som ligger til grunn for bestemmelsen i annet ledd, gir på den ene side ny arbeidsgiver en valgtrett i forhold til inntreden. På den annen side følger det også av bestemmelsen at individuelle vilkår som følger av tariffavtale – herunder pensjonsrettigheter – må videreføres inntil avtalen utløper eller det inngås en ny tariffavtale. Som vi har sett, taler mye for at tariffestede pensjonsrettigheter av den art som faller inn under tredje ledd, behandles etter tredje og ikke annet ledd.

Forarbeidenes uttalelser om annet ledd kan ikke sies å tale mot en slik løsning. Fokus er her rettet mot hvilke omstendigheter som taler for og mot å pålegge ny arbeidsgiver plikt til å tre inn i tariffavtale. Situasjonen der videreføring av pensjonsrettigheter avhenger av slik inntreden, er ikke berørt. Derimot synes forarbeidene, som tidligere påpekt, å forutsette at pensjonsrettigheter behandles etter tredje ledd, uavhengig av grunnlag.<sup>200</sup>

Spørsmålet tas ikke uttrykkelig opp i den foreliggende litteratur. Kjeldsberg(2006) synes imidlertid å legge til grunn at AFP-ordninger trolig må følge bestemmelsen i aml.§16-2(3)3.pkt. i tilfeller der AFP er en individuell rettighet som i utgangspunktet skal overføres ved virksomhetsoverdragelse, se s.1084.

På denne bakgrunn har vi lagt til grunn at vilkårene for unntaksbestemmelsene i tredje ledd må vurderes ut fra hvilken mulighet ny arbeidsgiver har til å velge inntreden i tariffavtale, og ikke anse spørsmålet løst ene og alene ved annet ledd.

---

<sup>200</sup> NOU-2004:5-399.

### Den nærmere vurdering:

Går vi tilbake til problemstillingen som ble formulert innledningsvis i dette avsnittet, er det i stor grad de samme motstridende reelle hensyn som gjør seg gjeldende ved dette spørsmålet, som for andre spørsmål om når ny arbeidsgiver bør ha en utvidet endringsadgang. Hensynet til den nye arbeidsgiver vil med styrke tale for en utvidet endringsadgang der en plikt til å overta pensjonsforpliktelser vil medføre økte kostnader eller ulemper. Isolert sett vil ny arbeidsgivers interesse tilsi at denne stilles mest mulig fritt til å velge om han ønsker å tre inn i tidligere arbeidsgivers tariffavtale. I denne forbindelse vil det også være en nær sammenheng til samfunnsmessige hensyn, ved at det ikke er ønskelig å hindre ellers ønskede omstruktureringer. Hensynet til de overførte arbeidstakerne vil, på den annen side, tilsi at pensjonsrettigheter overføres i størst mulig grad. Arbeidstakernes interesse tilsier således at mulighetene for ny arbeidsgiver til å erklære seg ubundet av tariffavtalen er minst mulig.

Reglene om rettighetsoverføring tar som flere ganger nevnt sikte på å balansere disse hensynene på best mulig måte. I denne forbindelse bør det fremheves at det på mange måter er hensynet til ny arbeidsgiver som utgjør den største variabelen. Hvor store ulemper som er knyttet til inntreden i en tariffavtale vil, som vi har vært inne på, etter omstendighetene kunne variere mye. Arbeidstakernes interesse i at ny arbeidsgiver trer inn i tariffavtalen vil naturligvis også variere i styrkegrad, alt etter som hvilke vilkår den inneholder og hvilke pensjonsordninger og eventuelle tariffavtaler som finnes hos den nye arbeidsgiver fra før. Men det kan nok legges til grunn at hensynet til de overførte arbeidstakerne alltid vil tilsi at ny arbeidsgiver trer inn i en tariffavtale som er en nødvendig forutsetning for videreføring av deres pensjonsordning.

På denne bakgrunn er det vanskelig å oppstille noen helt generell regel om hvorvidt ny arbeidsgivers manglende inntreden i tidligere arbeidsgivers tariffavtale kan sies å oppfylle vilkåret om at en pensjonsordning "ikke kan videreføres etter overdragelsen". Etter vårt syn må det være mest hensiktsmessig å foreta en konkret helhetsvurdering, hvor særlig hensynet til ny arbeidsgiver veies opp mot hensynet til de overførte arbeidstakerne.



I denne vurderingen vil *ny arbeidsgivers ulemper ved inntreden i tariffavtalen* være det helt sentrale moment. Dersom inntreden vil innebære at ny arbeidsgiver bryter andre, eksisterende tariffoppliktelser, vil dette tale med styrke for at manglende inntreden er tilstrekkelig til at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse. Det samme må naturligvis være tilfelle dersom det foreligger rettslige hindringer for inntreden. Dersom disse hindringene kan overvinnes, f. eks ved at ny arbeidsgiver melder seg inn i en ny arbeidsgiverorganisasjon, må man nødvendigvis se nærmere på hvor store ulemper som er knyttet til dette.

I tilfeller hvor det ikke foreligger slike hindringer, vil man i utgangspunktet kunne si at ny arbeidsgiver står fritt til å velge om han vil tre inn eller ikke. Isolert sett vil det da kunne hevdes at spørsmålet om hvorvidt arbeidstakerne skal få overført sine pensjonsrettigheter, ligger i arbeidsgivers hender. Også i slike situasjoner er det imidlertid lagt til grunn i forarbeidene at arbeidsgiver kan ha legitime begrunnelser for å erklære seg ubundet, se ovenfor. Dessuten er det ikke særegent for denne situasjonen at arbeidsgivers disposisjoner kan ha innvirkning på arbeidstakernes rettsstilling ved en virksomhetsoverdragelse. I den vurdering som etter vårt syn må foretas, må man se nærmere på hvor tungtveiende argumenter ny arbeidsgiver har for ikke å tre inn. I denne forbindelse er ett element hvilke andre forhold tariffavtalen regulerer i tillegg til pensjonsrettigheter. Ser man for seg en tariffavtale som utelukkende gjelder pensjon, vil arbeidsgiver vanskeligere kunne påberope seg gode begrunnelser for manglende inntreden, enn der avtalen også regulerer mange og/eller sentrale sider ved arbeidsforholdene. Det bør som et generelt utgangspunkt allikevel kunne sies at disse tilfellene står i en prinsipielt annen stilling enn der det foreligger konkrete hindringer eller fare for brudd på andre forpliktelser.

Ny arbeidsgivers ulemper må naturligvis først og fremst ses opp mot *arbeidstakernes interesse i å få videreført sin pensjonsordning*, og dermed i at ny arbeidsgiver trer inn i tariffavtalen. Det må ses hen til den ordning arbeidstakerne har hatt hos tidligere arbeidsgiver, og hvilke ordninger som kan antas å bli tilbudt hos ny arbeidsgiver. Dette må ses på bakgrunn av at et overordnet formål med reglene er å unngå svekkelse av rettigheter som

følge av virksomhetsoverdragelsen. Vurderingen kan dessuten tenkes å ha en side til forholdet mellom unntaksbestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 16-2(3).

Dersom det er stor forskjell – i negativ forstand sett fra arbeidstakernes synsvinkel – mellom ordningen de har hatt hos tidligere arbeidsgiver og den de kan antas å få hos ny arbeidsgiver, må dette innebære at det stilles større krav til de begrunnelser ny arbeidsgiver påberoper seg for ikke å tre inn i tariffavtalen. En slik sammenligning må naturligvis ta utgangspunkt i nivå på ytelses- eller innskuddsplan, men må også ha for øye andre ulikheter. Et eksempel på hvor sammenligningen kan by på problemer er ved de såkalte AFP-ordninger. Disse ordningene innebærer en mulighet for arbeidstakerne til å velge å gå av med førtidspensjon. Ulempen for arbeidstakerne ved at en slik ordning ikke videreføres lar seg ikke fastslå ved en ren sammenligning mellom ytelses- eller innskuddsnivået.

Kanskje kan det også være grunn til å ta med i betraktningen *tariffavtalens art og innhold*. Dreier det seg om en omfattende, balansert avtale framforhandlet mellom sentrale, store aktører, kan det være at den står i en noe annen stilling enn en snevrere, lokal avtale. Som et generelt utgangspunkt må det imidlertid sies at hensynet til avtalens innhold og balanse mellom partene ivaretas av tariffinstituttet og de krav som stilles til en tariffavtale. Stor vekt kan det derfor ikke legges på dette momentet.

