

Arbeidstakers reservasjons- og valgrett ved virksomhetsoverdragelse

Kandidatnummer: 640

Leveringsfrist: 27. april 2009

Til sammen 17 729 ord

21.07.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Introduksjon av oppgavens tema	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Rettskildebildet	2
1.3.1	Arbeidsmiljøloven kap 16	2
1.3.2	Forarbeider	3
1.3.3	EF-direktiver	4
1.3.4	Rettspraksis	5
1.3.5	Relevans og vekt av EF-domstolens avgjørelser	5
1.4	Avgrensning mot virksomhetsoverdragelse	6
1.5	Beskrivelse av den videre fremstillingen	7
<u>2</u>	<u>REELLE HENSYN</u>	<u>7</u>
<u>3</u>	<u>RESERVASJONSRETT</u>	<u>12</u>
3.1	Innledende betraktninger	12
3.2	Rettslig grunnlag	14
3.3	Innhold og rettsvirkninger av reservasjonsretten	16
3.3.1	Innledning og hovedregel	16
3.3.2	Tidspunkt for opphør av arbeidsforholdet etter utøvd reservasjonsrett	18
3.3.3	Lønns- og arbeidsplikt	21
3.3.4	Konkurransesklausuler	21
3.4	Frist for å gjøre reservasjonsretten gjeldende – aml § 16-3 2. ledd	23

4	VALGRETTE	24
4.1	Innledning	24
4.2	Debatt rundt lovforslaget	24
4.3	Problemstilling	26
4.4	Historikk	26
4.5	Rettskildemessig betydning av forarbeidene	28
4.6	Domstolenes rettskapende virksomhet	29
4.7	Rettslig grunnlag	29
4.7.1	Innledning	29
4.7.2	Forarbeider	30
4.7.3	Rettspraksis	31
4.8	Vurderingskriteriet	38
4.9	Valgrettens omfang og rekkevidde	39
4.9.1	Innledning	39
4.9.2	Forholdet til styringsretten	40
4.9.3	Endret arbeidssted	41
4.9.4	Endring i arbeidstid	42
4.9.5	Endring i arbeidsoppgavene	44
4.9.6	Risiko for oppsigelser/overtallighet hos erverver	45
4.9.7	Overgang fra offentlig sektor til privat eierskap	47
4.9.8	Flere mindre endringer	48
4.10	Tidspunkt for bedømmelsen av om en valgrett foreligger	49
4.11	Konsekvensen av at valgrett foreligger	50
4.11.1	Innledning	50
4.11.2	Valgrettens betydning for utvelgelsen ved senere nedbemanning	51
4.12	Frist for utøvelse av valgretten	53

4.12.1	Innledning	53
4.12.2	Arbeidsgiver har satt en frist	54
4.12.3	Arbeidsgiver har ikke satt en frist	55
4.13	Rettsvirkninger av å oversitte fristen	56
<u>5</u>	<u>FORTRINNSRETT</u>	<u>57</u>
5.1	Innledning	57
5.2	Vilkårene	57
5.3	Forholdet til aml § 14-2	59
5.4	Konklusjon	59
<u>6</u>	<u>UFRAVIKELIGHET</u>	<u>60</u>
6.1	Innledning	60
6.2	Unntak	61
6.3	Når har situasjonen aktualisert seg?	62
6.4	Konklusjon	63
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>64</u>
<u>7</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Introduksjon av oppgavens tema

I dagens Norge er næringslivet og samfunnet for øvrig i stadig utvikling. Den enkelte virksomhet kan ha behov for omstilling og omstrukturering av så vel interne som eksterne årsaker. For arbeidstakerne kan dette innebære en betydelig omstillingsprosess i hverdagen. Arbeidsplassen er for mange det stedet man tilbringer flest av de våkne timene i døgnet, et sted man har mye sosial kontakt og i tillegg stedet man knytter sitt eksistensgrunnlag til pga. inntekten man får fra sitt arbeid. En utvikling i retning av større industrialisering med flere maskiner som tar over prosesser og færre manuelle stillinger for arbeidstakere kan få store konsekvenser for en stor gruppe mennesker. Spesielt er dette en problemstilling i mindre lokalsamfunn hvor stedet har en hjørnestensbedrift som sysselsetter en prosentvis meget stor mengde av befolkningen i lokalsamfunnet. Finanskrise og sviktende markeder kan i stor grad spille inn på om omstillings- og rasjonaliseringsprosesser blir satt i gang, og eventuelt hvor omfattende prosessene blir.

Oppgavens tema er reservasjons- og valgrett ved virksomhetsoverdragelse. Reservasjonsretten følger av lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62 (heretter aml) § 16-3. Valgretten er, som vi skal se senere i oppgaven, basert på rettspraksis. Disse rettighetene kan være helt avgjørende for den enkelte arbeidstaker da valget mellom å bruke retten eller ikke kan få konsekvenser for den enkeltes videre fremtid i arbeidslivet. Oppgaven vil berøre hjemmel for reservasjons- og valgretten, innholdet av retten og rekkevidden. Det vil også omtales hva som blir rettsvirkningene av en utøvelse av en reservasjons- og/eller valgrett. Dette er spørsmål som er av stor betydning ikke bare for den enkelte arbeidstaker, men også for både overdragende og ervervende virksomhet.

Som utgangspunkt for oppgaven forutsetter jeg at det foreligger en virksomhetsoverdragelse etter aml § 16-1.

1.2 Avgrensning

Oppgaven avgrensner seg til kun å omhandle områder som naturlig faller inn under reservasjons- og valgrett som følge av aml. og rettspraksis. Aksjeselskapslovgivningens regler om fusjon behandles ikke.¹ Spørsmål i anledning lov om statens tjenestemenn m.m. av 4. mars 1983 nr. 3 og dennes regler om overføring i statlig sektor behandles ikke.² Det gjør heller ikke eventuelle spørsmål i forbindelse med sjømannsloven av 30. mai 1975 nr. 18.

1.3 Rettskildebildet

1.3.1 Arbeidsmiljøloven kap 16

Aml trådte i kraft 1. januar 2006. Inntil denne dato regjerte den gamle arbeidsmiljølov av 1977. Regelsettet i 1977-loven ble i stor grad videreført i den nye loven, men det ble gjort noen endringer for å klargjøre rettstilstanden. En av disse endringene var å lovfeste en tidligere ulovfestet rett til å reservere seg mot å bli overført til ervervende arbeidsgiver ved virksomhetsoverdragelse.

Reservasjonsretten er nå lovfestet i aml § 16-3. Bestemmelsen består av 3 ledd. I 1. ledd slås det fast at arbeidstaker betingelsesløst kan motsette seg å bli overført til ny arbeidsgiver. Ordlyden setter ingen begrensninger ved retten til å utøve reservasjonsretten, men den må utøves innen visse frister og rammer.

2. ledd behandler formalkrav til utøvelsen av reservasjonsretten. Arbeidsgiver må underrettes skriftlig innen den frist som er satt, men fristen kan ikke være kortere enn to uker fra arbeidstakerne har fått informasjon om overdragelsen.

¹ Evju (2006) punkt 1

² NOU 2004:5 på s. 367-369.

3. ledd begrenser den alminnelige fortrinnsretten etter aml § 14-2 og regulerer hvem av arbeidstakerne ved virksomheten som har fortrinnsrett ved opprettelse av ny stilling ved virksomheten. Arbeidstaker som har arbeidet i virksomheten i 12 av de siste 24 måneder før overdragelsen og som har benyttet seg av reservasjonsretten, kan ha fortrinnsrett til ledig stilling ved virksomheten innen 1 år. En slik fortrinnsrett forutsetter at arbeidstakeren er kvalifisert for stillingen, og at man aksepterer tilbudet innen 14 dager fra tilbudet ble mottatt.

Valgretten er en ulovfestet rett, og det er derfor mer naturlig å behandle dennes rettskildebilde under punkt 1.3.4 om rettspraksis.

1.3.2 Forarbeider

Det foreligger en rekke relevante forarbeider til aml kap 16 om virksomhetsoverdragelse i aml 2005. Arbeidslivslovutvalget, som ble oppnevnt ved kongelig resolusjon av 30. august 2001³, avga NOU 2004:5 med tittelen ” Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst” til Arbeids- og administrasjonsdepartementet den 20. februar 2004.⁴ Utredningen førte til Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) som ble fremlagt i statsråd 25. februar 2005 og deretter oversendt Kommunalkomiteen 28. februar 2005.⁵

For aml kap 16 sitt spesifikke vedkommende var det, som det skal redegjøres for senere i oppgaven, noe omgjøring av bestemmelsene før loven trådte i kraft 1. januar 2006. Reservasjonsretten ble opprinnelig vedtatt med en slik bestemmelse at valgretten ble utelukket, men dette ble omgjort ved en lovendring av 21. desember 2005 gjennom Ot.prp. nr. 24 (2005-2006).

³ NOU 2004:5 s. 17

⁴ Holo (2006) s. 37

⁵ Holo (2006) s. 37

Tidligere lovforarbeider vil i noen utstrekning være relevant for spørsmålene oppgaven reiser, og da spesielt NOU 1996:6.

1.3.3 EF-direktiver

Gjennom aml kapittel 16 gjennomfører Norge Rådskonferansen 2001/23/EF (heretter direktivet). Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å lage rettsregler som fører til gjennomføring av direktiver.

Opprinnelig gjorde to forskjellige direktiver seg gjeldende; det første var Rådskonferansen 77/187/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter. Dette direktivet ble endret ved Rådskonferansen 98/59/EF. De to gamle direktivene ble oppløst og avløst av det någjeldende direktivet, som er et kodifiseringsdirektiv som skal konsolidere de tidligere direktiver.⁶ Det nye direktivet utgjorde en redigering, men innebar ingen materielle endringer.

Direktivet er et minimumsdirektiv. Dette innebærer at det stiller minstekrav til medlemslandenes regler om arbeidstakernes rettigheter. At direktivet er et minimumsdirektiv kommer frem av direktivets artikkel 8, hvor det stadfestes at direktivet ikke berører

”medlemsstatenes rett til å anvende eller innføre lover eller forskrifter som er mer fordelaktige for arbeidstakerne, eller til å fremme eller tillate tariffavtaler eller avtaler mellom parter i arbeidslivet som er mer fordelaktige for arbeidstakerne.”

I norsk rett har man gått lenger enn direktivets bestemmelser på flere punkter, bl.a. i aml kap 16. Når de norske bestemmelser gir arbeidstakerne sterkere rettigheter enn de rettigheter de har krav på etter direktivet, vil ikke direktivet ha den samme

⁶ Jf direktivets forale punkt 1.

rettskildemessige vekten som ved tolkning av de bestemmelser som kun viderefører den rettighet arbeidstakerne har etter direktivet. Ved tolkning av reservasjonsrettsbestemmelsen i aml § 16-3, vil ikke direktivet ha særlig rettskildemessig vekt da direktivet ikke direkte regulerer en reservasjonsrett for arbeidstakerne. Det samme vil gjelde for valgretten, da denne heller ikke er regulert direkte i direktivet.

1.3.4 Rettspraksis

På reservasjonsrettens område var det før aml § 16-3 trådte i kraft flere dommer avsagt av Høyesterett som stadfestet at man hadde en reservasjonsrett etter norsk ulovfestet rett. Disse dommene kommer jeg tilbake til senere, men da først og fremst som eksempler på en rettspraksis som erkjenner en valgrett. Utgangspunktet for de norske dommene var at arbeidstakerne mente seg berettiget en valgrett, men Høyesterett måtte kommentere reservasjonsretten da valgrett forutsetter at det foreligger en minst like omfattende reservasjonsrett.⁷ Reservasjonsretten har ved flere anledninger blitt anerkjent som en gjeldende regel basert på grunnleggende menneskerettigheter av EF-domstolen. Noen av sakene som kan nevnes er forenede saker C-132/91, C-138/91 og C-139/91 (Katsikas), forenede saker C-144/87 og 145/87 (Berg) og forenede saker C-171/94 og 172/94 (Merckx).

Adgangen til å ha en valgrett baseres i dag mye på rettspraksis og de tidligere avsagte høyesterettsdommer om spørsmålet. Det er fire dommer som har vært skjellsettende for utviklingen av adgangen til en valgrett etter norsk rett; Rt. 1999 s. 977 (Nemko), Rt. 1999 s. 989 (Vest-Ro), Rt. 2000 s. 2047 (Lovisenberg) og Rt. 2000 s. 2058 (Miljøtransport). Disse dommene vil jeg komme nærmere tilbake til i oppgavens punkt 4 om valgrett.

1.3.5 Relevans og vekt av EF-domstolens avgjørelser

EF-domstolens avgjørelser og vekten av disse har vært diskutert. I dag har vi flere høyesterettsavgjørelser å se hen til når vi skal bedømme vekten av uttalelsene. Høyesterett uttaler følgende i Rt. 1997 s. 1954:

⁷ Rt. 1999 s. 977 på side 984

”Direktivets bestemmelser har ved en rekke anledninger vært behandlet av EF-domstolen. Denne domstolen har i sine avgjørelser gitt anvisning på hvorledes direktivet skal fortolkes. Den konkrete rettsanvendelse overlates i hvert enkelt tilfelle til de nasjonale domstoler. Det følger av EØS-avtalens artikkel 6 at bestemmelsene i direktivet skal fortolkes i overensstemmelse med de rettsavgjørelser som EF-domstolen har truffet før avtalen ble undertegnet, altså før 2 mai 1992. Men også senere avgjørelser vil være sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet. I og med at arbeidsmiljøloven kap XII A er utformet med sikte på å implementere direktivet i norsk rett, vil disse rettsavgjørelser få direkte betydning for hva som er norsk rett på dette området.”

Høyesteretts uttalelser i denne dommen viser at dommer fra EF-domstolen er både relevante for tolkning av regler etter aml, og har en viss rettskildemessig vekt.

Når nasjonale regler går lenger enn hva EF-domstolen kan ta utgangspunkt i etter de gjeldende direktiver, er det naturlige utgangspunkt at dommene ikke kan tillegges like meget vekt som hvis spørsmålet domstolen behandler holder seg innenfor rammene av direktivene. Tolkningen begrenser seg til de minimumsbestemmelser som fremkommer av direktivene. Denne problemstillingen er aktuell ift reservasjonsrettsbestemmelsen i aml § 16-3 og den ulovfestede valgrett, da ingen av disse rettigheter følger av direktivet.

1.4 Avgrensning mot virksomhetsoverdragelse

Reglene i aml kapittel 16 kommer til anvendelse ved overdragelse av virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelse menes i denne sammenheng overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen. Dette følger av aml § 16-1.

På grunn av oppgavens omfang vil det ikke blir gitt noen videre redegjørelse for kriteriene for virksomhetsoverdragelse. Oppgaven forutsetter at det foreligger en virksomhetsoverdragelse etter reglene i aml kapittel 16.

1.5 Beskrivelse av den videre fremstillingen

Da oppgaven behandler to forskjellige spørsmål, velger jeg å behandle disse separat. Det kan anføres gode grunner for å behandle de fortløpende ved å se på likheter og forskjeller, men etter min mening kan dette komme til å virke noe uoversiktlig for leseren. Reservasjonsretten vil bli behandlet i punkt 3, valgretten i punkt 4, mens arbeidstakernes adgang til fortrinnsrett etter aml § 16-3 3. ledd vil bli behandlet i punkt 5. En drøftelse rundt adgangen til å avtale seg bort fra reservasjons- og valgrett er tema for oppgavens siste punkt. Før vi ser nærmere på hoveddelene og hovedtemaer, er det hensiktsmessig å se på hvilke hensyn som gjør seg gjeldende bak reglene om reservasjons- og valgrett.

2 Reelle hensyn

Reglene om virksomhetsoverdragelse skal ivareta flere hensyn. Det må tas hensyn til arbeidstakers rettsstilling ved virksomhetsoverdragelsen, arbeidsgivers ønsker og behov i tillegg til generelle samfunnshensyn som også gjør seg gjeldende. For å få en helhetlig og sammenhengende forståelse av disse hensynene vil det i dette punktet innledningsvis bli gitt en oversikt over hensynene bak virksomhetsoverdragelse på generell basis. Deretter vil de konkrete hensynene bak reservasjonsretten og valgretten som måtte komme i tillegg til de alminnelige bli behandlet. Da hensynene bak reservasjons- og valgretten stort sett er sammenfallende, velger jeg å behandle disse samlet.

Reglene om virksomhetsoverdragelse skal ta vare på interessene til partene ved virksomhetsoverdragelsen, men også samfunnsmessige hensyn skal ivaretas. I NOU 2004:5 uttales det på side 355 at reglene skal gi en

”rimelig balanse mellom arbeidstakernes behov for vern, de plikter dette påfører virksomhetene og andre samfunnsmessige hensyn”.

Bakgrunnen for reglene er likevel vern for arbeidstakerne. Hensikten er å påse at arbeidsforholdene fortsetter på tross av overføringen, og at arbeidstakernes arbeidsvilkår uendret opprettholdes. Bestemmelsene i aml kap 16 innebærer at arbeidsavtalene til arbeidstakerne som berøres av overdragelsen uendret skal overføres til den nye eier av virksomheten. Reglene i aml kap 16 søker å gi klare og forutsigbare rammer for både arbeidstaker og virksomhetene.⁸

I tillegg til lovens regler om virksomhetsoverdragelse, har direktivet et uttalt mål om å harmonisere medlemslandenes regler i størst mulig grad. Dette kommer frem gjennom punkt 4 i fortalen. Det foreligger ulikheter hos medlemslandene når det gjelder arbeidstakernes vern på virksomhetsoverdragelsens område, og EU ønsker gjennom direktivet å redusere disse forskjellene i størst mulig grad. De norske reglene om virksomhetsoverdragelse er en direkte følge av EØS-avtalen, som er gjort til norsk lov gjennom EØS-loven av 27. November 1992 nr. 109. Arbeidsmiljøloven har siden 1. januar 1994 hatt eget kapittel om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse.⁹

Direktivet har til *formål* å innføre bestemmelser om vern av arbeidstakere for å sikre at deres rettigheter blir ivaretatt ved skifte av arbeidsgiver.

Direktivet behandler ikke spørsmålet om arbeidstakerne har en reservasjons- eller valgrett ved virksomhetsoverdragelse. Det kan dermed ikke legges mye vekt på direktivet når man skal tolke bestemmelsene.¹⁰ EF-domstolen har i flere avgjørelser uttalt at rekkevidden av en reservasjons- og valgrett må avgjøres etter de respektive lands nasjonale rett, men den har ved flere anledninger fastlagt at det må ligge til grunn en alminnelig

⁸NOU 2004:5 s. 355.

⁹ Borgerud note 620

¹⁰ Jf punkt 1.3.3

reservasjonsrett basert på menneskerettighetene. Hensynene bak en reservasjonsrett er å sikre at arbeidstakerne ikke er forpliktet til å arbeide for en arbeidsgiver han/hun ikke kan tenke seg å arbeide for. EF-domstolen har ved flere anledninger ansett denne reservasjonsretten som en grunnleggende rettighet (se forenede saker C-132/91, C-138/91 og C-139/91 (Katsikas) og forenede saker C-171/94 og C-172/94 (Merckx)). Domstolen uttaler bl. a. at det vil stride mot grunnleggende rettigheter om en arbeidstaker blir påtvunget å arbeide for en arbeidsgiver arbeidstakeren ikke ved eget fritt valg har besluttet å jobbe hos. EF-domstolen uttaler bl. a. i forenede saker C-132/91, C-138/91 og C-139/91 (Katsikas) at

”en saadan forpligtelse ville tilsidesætte arbejdstagerens fundamentale rettigheder, idet denne skal være frit stillet ved valget af sin arbejdsgiver og ikke kan forpligtes til at arbejde for en arbejdsgiver, han ikke selv har valgt. Heraf følger, at direktivets artikel 3, stk. 1, ikke hindrer en arbejdstager i at rejse indsigelse mod overførslen af hans arbejdskontrakt eller arbejdsforhold og dermed give afkald paa den beskyttelse, direktivet yder ham.”¹¹

Reservasjonsretten gjelder for alle arbeidstakere som berøres av en virksomhetsoverdragelse. Dette følger av direktivet, som legger opp til at det er de respektive nasjonale definisjonene på arbeidstaker som er utgangspunktet for hvem direktivet skal gjelde for.¹²

Et annet hensyn som gjør seg gjeldende er hensynet til at det er overdragende arbeidsgiver arbeidstaker har inngått arbeidsavtale med. Retten til å velge sin egen arbeidsgiver må være fremtredende. Hvis arbeidstaker skal ha en plikt til å følge med til ny arbeidsgiver, vil det etableres et ansettelsesforhold som ikke baseres på avtale mellom arbeidstaker og ny arbeidsgiver, men på avtale mellom ervervende og overdragende virksomhet. Om

¹¹ forenede saker C-132/91, C-138/91 og C-139/91 (Katsikas) premiss 32-33.

¹² Jf. direktivet art. 2 nr. 1 d)

arbeidstaker ønsker å komme seg ut av arbeidsforholdet, kan det uansett skje ved oppsigelse på samme måte som en ordinær oppsigelse av arbeidsavtalen.¹³

Det er viktig, både for den ervervende og den overførende arbeidsgiver, å få avklart hvilke arbeidstakere som benytter seg av reservasjonsretten og hvem som vil bli med over til den nye arbeidsgiver. Hvem av arbeidstakerne som faktisk vil bli med over kan få store ringvirkninger for bl. a. prisen på virksomheten som skal overdras. Dette momentet vil ha varierende betydning, avhengig av hva slags type virksomhet det er tale om å overdra til ny eier. Er virksomheten en kunnskapsbedrift som i stor grad baserer sin virksomhet på den kompetansen de ansatte innehar, vil det være av stor betydning for prisen på virksomheten hvilke av arbeidstakerne som blir med til ny arbeidsgiver. Eksempel på dette kan være en spesialisert ingeniørbedrift som utfører arbeider for oljeindustrien. I et slikt tilfelle vil det være av stor betydning at de arbeidstakere som er i virksomheten fortsatt vil være med, da det er deres kunnskap om prosessene i produksjonen som er verdifull og som andre virksomheter kanskje ikke innehar i like stor grad.

I andre virksomhetsoverdragelser vil ikke hvem som blir med til ny arbeidsgiver ha like stor betydning. Dette vil være tilfelle i en del fabrikkindustri hvor arbeidskraften ikke i like stor grad som i eksempelet med ingeniørbedriften er basert på spesiell kunnskap. Det er mange som kan utføre det arbeidet som blir gjort i en del fabrikkindustrier, og rekrutteringsgrunnlaget er meget bredere. I tider med lav arbeidsledighet kan det være utfordrende nok å skaffe tilstrekkelig arbeidskraft også til industrien, men tradisjonelt sett er det enklere å skaffe til veie denne typen arbeidskraft.

For den overdragende arbeidsgiver er det viktig å få avklart reservasjonsretten på et så tidlig tidspunkt som mulig da det i enkelte tilfeller kan være aktuelt for arbeidstakerne som blir berørt av virksomhetsoverdragelsen å hevde en valgrett.

¹³ NOU 2004:5 s. 390.

I mange tilfeller vil ikke hvem som eier en arbeidsplass ha noe å si overhode for arbeidstakerne som jobber der. Etter overdragelsen vil arbeidsplassen bestå, og man vil ikke merke at en ny eier har tiltrådt. For enkelte arbeidstakere, spesielt ved små og mellomstore bedrifter, kan hvem som faktisk eier virksomheten ha betydning. Dette kom nok sterkere frem i tidligere tider ved små bedrifter der man i større grad enn i dagens samfunn var personlig knyttet til arbeidsgiveren, men det kan også forekomme i dag. En arbeidstaker ved en mindre fabrikk som daglig har kontakt med eier, som også arbeider ved bedriften, vil ha en sterkere interesse av å holde seg til denne enn til en ny eier. Eierens økonomiske styrke, fare for oppsigelse og lengre reisevei er også momenter bak hensynene som gjør seg gjeldende for valgretten.

Et klart argument mot valgrett er at de kan hindre nødvendige omstillinger i næringslivet. En generell valgrett vil kunne medføre uklarhet rundt hvilke arbeidstakere som blir overført til ny arbeidsgiver, og den kan potensielt også virke hemmende på omsetningslivet; for omsetning og annen overføring av virksomhet vil det være en viktig faktor at de ansatte med sin erfaring, innsikt og kunnskap blir overført til den ervervende virksomhet. Fra virksomhetenes side kan det ved innføring av en generell valgrett bli aktuelt å omstille virksomhetene på andre måter enn den tradisjonelle virksomhetsoverdragelsen.¹⁴ I tillegg taler hensynet for klare rettsregler mot valgretten slik den fremstår i dag. Vurderingskriteriet for om valgrett foreligger er ikke like lett tilgjengelig som det er for reservasjonsretten etter aml § 16-3.

De viktigste momentene som det, på bakgrunn av rettspraksis, bør legges vekt på ved vurderingen av om det foreligger en valgrett vil behandles under punkt 4.9.

¹⁴ NOU 1996:6 punkt 6.

3 Reservasjonsrett

3.1 Innledende betraktninger

Da den første alminnelige arbeidervernloven kom i 1936¹⁵ kan det synes som det var få, om noen, som vurderte å ta med en form for reservasjonsrett for arbeidstakere ved virksomhetsoverdragelse i lovverket. De store prinsipielle spørsmålene som ble avklart i arbeidervernloven av 1936 var bl. a. vern mot usaklig oppsigelse og om ferie.¹⁶ Grunnen til at det ikke ble rettet noe fokus mot virksomhetsoverdragelser og arbeidstakers reservasjonsrett ved vedtakelse av loven kan være at antall overdragelser som involverte ansatte ikke var det mest fremtredende juridiske problemstillingen på den tiden. Arbeiderne og deres representanter slet fortsatt med å rette fokus på lange arbeidsdager og andre rettigheter som vi i dag ser på som selvsagte og fundamentale.

Heller ikke ved vedtakelse av lov om arbeidervern av 7. desember 1956 ble det rettet fokus mot reservasjonsrett ved virksomhetsoverdragelse. Viktige tema som ble tatt opp og lovbestemt ved denne loven var bl. a. regler om utvidet ansvar for arbeidsgiveren ved arbeidsplasser med flere arbeidsgivere, adgang til å påby legekontroll og om oppsigelse av sykmeldt arbeider.¹⁷ Arbeidervernlovgivningen har nærmest til enhver tid etter 1936 vært gjenstand for revisjon, og det er ikke få endringer som har vært gjort selv om nye lover ikke har kommet like ofte som endringene.

Den arbeidervernlov som var gjeldende frem til ny arbeidsmiljølov av 2005 var lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø. Denne loven gikk lenger enn foregående lover hva angikk bl. a. reduksjon av arbeidstid, styrking av oppsigelsesvernet

¹⁵ Det ble tidligere enn 1936 laget lover som skulle beskytte arbeiderne, bl. a. lov av 27. juni 1892 om tilsyn med arbeid i fabrikker mv., men ingen av disse forsøkte i samme grad som arbeidervernloven av 1936 å dekke alle arbeidsforhold til lands. (Holo (2006) s. 23)

¹⁶ Holo (2006) s. 22.

¹⁷ Holo (2006) s. 23.

og rett til fri ved barns sykdom,¹⁸ men det kom ingen lovfesting av regler om virksomhetsoverdragelse i første omgang.

Da rådsdirektivet av 1977 ble vedtatt i EF, var Norge ikke en del av EØS-samarbeidet og dermed ikke forpliktet til å gjennomføre direktivet i arbeidsmiljøloven av 1977. Reglene om virksomhetsoverdragelse ble vedtatt i 1992 gjennom lov av 27. november 1992 nr. 115 og var en gjennomføring av EU's direktiv om virksomhetsoverdragelse. Reglene ble endret nok en gang i 2001 som følge av endringer i de EU-rettslige reglene, da gjennom lov av 15. juni 2001 nr. 33.¹⁹ Det fulgte likevel ikke med krav om regler om en reservasjonsrett ved virksomhetsoverdragelse for arbeidstakerne fra dette direktivet. Gjennom en rekke dommer²⁰ i EF-domstolen har man likevel fått en stadfestelse av at arbeidstakere ikke har en plikt, men utelukkende en rett til å følge med over til ny eier av virksomheten.

I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 21.4.1 beskrev Departementet på side 264 rettstilstanden før arbeidsmiljøloven av 2005 på følgende måte:

”Høyesterett har ikke tatt uttrykkelig stilling til om det foreligger en reservasjonsrett uavhengig av valgretten (Rt-1999-997 og Rt-1999-989). EF-domstolen har imidlertid i flere avgjørelser uttalt at direktivet om virksomhetsoverdragelse ikke skal fortolkes slik at arbeidstakeren har plikt til å fortsette arbeidsforholdet med den nye arbeidsgiveren. En slik plikt vil stride mot arbeidstakernes fundamentale rettigheter. Konsekvensene av å utøve reservasjonsrett følger av nasjonal rett.”

Også arbeidslivslovsutvalget mente det før aml 2005 ble vedtatt gjaldt en rett for arbeidstaker til å nekte å bli med over til ervervende virksomhet. Utvalget uttaler bl. a. at:

¹⁸ Holo (2006) s. 27-29.

¹⁹ NOU 2004:5 s. 355

²⁰ Bl.a. forenede saker C-132/91, C-138/91 og C-139/91 (Katsikas)

”Selv om spørsmålet om det foreligger en reservasjonsrett ikke er endelig avklart gjennom rettspraksis, legger utvalget til grunn at arbeidstaker etter gjeldende rett har rett til å nekte å bli med over til erverver. Utvalget legger særlig vekt på EF-domstolens praksis.”²¹

3.2 Rettslig grunnlag

Spørsmålet er hvilket rettslig grunnlag reservasjonsretten har.

Etter aml § 16-2 overføres tidligere arbeidsgivers plikter og rettigheter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på tidspunktet hvor virksomhetsoverdragelsen finner sted til den nye arbeidsgiver. Dette innebærer at selve arbeidsforholdet går over til erververen umiddelbart og på grunnlag av overføringen, uten at det kreves noe særskilt erklæring eller oppsigelse i forholdet mellom overdrageren og arbeidstakerne.²² Arbeidstakerne har likevel en alminnelig reservasjonsrett som er lovfestet i aml § 16-3.

Bestemmelsen i aml § 16-3 om en alminnelig reservasjonsrett for arbeidstakere ved en virksomhetsoverdragelse ble vedtatt i 2005-loven. Verken direktivet eller 1977-loven har/hadde noen bestemmelse om arbeidstakernes eventuelle rett til å motsette seg at ansettelsesforholdet skulle følge med virksomheten ved overdragelsen til den ervervende arbeidsgiver.²³ Direktivet gir derimot arbeidstakeren en rett til å fortsette sitt arbeidsforhold hos den nye arbeidsgiver på bedre eller tilsvarende vilkår som det arbeidstakeren hadde hos overdragende arbeidsgiver, jf. direktivets art 3 nr. 1 og aml § 16-2. Spørsmålet om arbeidstaker kan motsette seg å bli med over til ny arbeidsgiver er imidlertid behandlet av både norske domstoler og EF-domstolen ved flere anledninger.²⁴ EF-domstolen uttaler bl.

²¹ NOU 2004:5 s. 388

²² Borgerud note 629

²³ Holo (2006) s. 972

²⁴ Borgerud note 641.

a. i forenede saker C-132/91, C-138/91 og C-139/91 (Katsikas) premiss 32 at en plikt til å følge med over til ny arbeidsgiver

”ville tilsidesette arbeidstagerens fundamentale rettigheter, idet denne skal være frit stillet ved valget af sin arbeidsgiver og ikke kan forpligtes til at arbejde for en arbeidsgiver, han ikke selv har valgt.”

EF-domstolen supplerer her direktivtolkningen med anvendelse av ulovfestede grunnleggende rettigheter. Retten til fritt valg av arbeidsgiver, som EF-domstolen vektlegger som en grunnleggende rettighet, er bl. a. kommet til uttrykk i Det Sosiale Charter av 9. Desember 1989 ”Om arbeidstakernes grunnleggende arbeidsmarkedsmessige- og sosiale rettigheter”, hvor det i art. 4 fastslås at enhver har rett til fritt ”erhvervsvalg”.²⁵ Dette kan også utledes av FN’s menneskerettighetserklæring art. 23.1 som lyder:

”Enhver har rett til arbeid, til fritt valg av yrke, til rettferdige og gode arbeidsforhold og til beskyttelse mot arbeidsløshet.”

EF-domstolen stadfester ikke hvilke konsekvenser en utøvelse av denne reservasjonsretten får, og uttaler i forenede saker C-132/91, C-138/91 og C-139/91 (Katsikas) premiss 35 at

“direktivet forpligter følgelig ikke medlemsstaterne til at bestemme, at arbeidskontrakten eller arbeidsforholdet med overdrageren opretholdes i tilfælde, hvor arbeidstageren frit beslutter sig til ikke at videreføre arbeidskontrakten eller arbeidsforholdet med erhververen. Det tilkommer medlemsstaterne at bestemme, hvad der skal ske med arbeidskontrakten eller arbeidsforholdet i en sådan situation.”

²⁵ Borgerud note 641

Etter dette følger at alle som går inn under definisjonen av ”arbeidstakere” i aml § 1-8 1. ledd har reservasjonsrett ved virksomhetsoverdragelse etter aml § 16-3 1. ledd.

3.3 Innhold og rettsvirkninger av reservasjonsretten

3.3.1 Innledning og hovedregel

Reservasjonsretten er en lovfestet rettighet etter aml § 16-3 og gjelder for alle arbeidstakere som omfattes av arbeidsmiljøloven.²⁶ Den innebærer at man som arbeidstaker ikke behøver å si opp arbeidsavtalen sin for å unngå å bli overført til den ervervende virksomhet. Arbeidstaker slipper også å arbeide for erverver selv om overdragelsen skjer før utløpet av oppsigelsestiden.

I det følgende er spørsmålet hva som blir konsekvensen for rettsforholdet mellom overdragende arbeidsgiver og arbeidstaker som utøver sin reservasjonsrett er, som tidligere nevnt, ikke regulert i direktivet og må løses etter nasjonal rett. Dette er heller ikke regulert i norsk lov.

Arbeidslivslovutvalgets flertall ønsket å lovfeste et opphør av arbeidsforholdet mot overdragende arbeidsgiver om reservasjonsretten ble benyttet. Flertallet uttalte at:

”en opphørsregulering er den løsning som i de fleste tilfeller best ivaretar de ulike hensyn som gjør seg gjeldende.”²⁷

Dette gikk ikke regjeringen Stoltenberg II med på da den kom til makten høsten 2005. Regjeringen mente at et bortfall av valgretten var et for drastisk tiltak, og at det måtte være mulig å utsette avgjørelsen av om man skal ha en lovfestet valgrett eller ei i norsk rett til

²⁶ Jf punkt 3.2

²⁷ NOU 2004:5 s. 388.

etter en ytterligere utredning og ny vurdering av problemstillingen. Dette understrekes i ot.prp. nr. 24 (2005-2006) hvor departementet i punkt 7.3 uttaler at:

”Blant annet på bakgrunn av innspill fra arbeidstakerorganisasjonene, mener departementet at det er grunn til å foreta en ny vurdering av om arbeidstaker skal ha valgrett, om den i tilfelle skal lovfestes og i så fall hvilken rekkevidde den skal ha. Etter departementets oppfatning vil dette kreve ytterligere utredning og en alminnelig høring av et eventuelt nytt forslag.”

Som vi skal se er tidligere rettspraksis fortsatt avgjørende. Høyesterett har ved fire anledninger tatt stilling til spørsmålet om rettsvirkninger av utøvd reservasjonsrett og deretter påberopt valgrett, og det kan på bakgrunn av disse dommer sies å foreligge en hovedregel. Denne hovedregel går ut på at arbeidsforholdet mellom den overdragende arbeidsgiver og de arbeidstakere som arbeider ved den enhet som blir overdratt, opphører i kraft av og samtidig med selve overdragelsen. Dette synspunktet hevdes av Evju i artikkelen ”Reservasjonsrett og valgrett under et nytt regime” publisert i Arbeidsrett nr. 4 2006. Noen vil kanskje hevde at et arbeidsforhold ikke kan opphøre med mindre en av partene sier det opp og at arbeidsmiljøloven skal verne arbeidstakerne som den svake part i arbeidsforholdet, men et slikt resonnement kan ikke legges til grunn. Aml § 16-3 bygger på at arbeidstakeren kun har rett til å fortsette hos arbeidsgiveren om arbeidstaker har en valgrett. Dermed er det kun da det vil være aktuelt med oppsigelse fra en av partene for å bringe arbeidsforholdet til opphør. Overfor erververen i virksomhetsoverdragelsen er ikke noen oppsigelse nødvendig når reservasjonsretten blir utøvet. Samtidig er det klart at reservasjonsretten i seg selv ikke gir arbeidstaker rett til å opprettholde arbeidsforholdet med den overdragende virksomhet.²⁸

Hovedregelen er følgelig at arbeidsforholdet opphører i kraft av og samtidig med overdragelsen.

²⁸ Evju (2006) punkt 2.

3.3.2 Tidspunkt for opphør av arbeidsforholdet etter utøvd reservasjonsrett

Man kan skille mellom to tilfeller når det gjelder overdragelsestidspunktet. Det første tilfellet er hvor fristen for å gjøre gjeldende reservasjonsrett faller før overdragelsestidspunktet, mens det andre tilfellet er hvor fristen løper etter overdragelsestidspunktet.

I det første tilfellet har fristen gått ut før overdragelsestidspunktet. Spørsmålet blir da når arbeidsforholdet vil opphøre.

Dersom reservasjonsretten gjøres gjeldende lenger forut for overdragelsestidspunktet enn lengden av arbeidstakers oppsigelsesfrist, foreligger ingen grunn til å fastsette et tidligere opphørstidspunkt av arbeidsforholdet enn overdragelsestidspunktet. Utøvelse av reservasjonsrett er ikke en oppsigelse etter aml., da formålet med reservasjonsretten er å frita arbeidstaker for en forpliktelse til å følge med til ervervende virksomhet. Dette utgangspunkt taler for at opphørstidspunktet ikke skal settes tidligere enn overdragelsestidspunktet.

Det neste tilfellet foreligger når reservasjonsretten er gjort gjeldende og oppsigelsesfristen utløper etter overdragelsestidspunktet. Hadde annet punktum i aml § 16-3 blitt vedtatt slik det opprinnelig var tenkt, ville norsk rett hatt en regulering av dette spørsmålet. Det er imidlertid ikke lovregulert, og rettspraksis gir heller ikke svar da spørsmålet ikke har blitt avgjort av Høyesterett.

I kommentaren til aml § 16-3 i ot.prp. nr. 49 (2004-2005) uttaler departementet på side 339 at det alminnelige opphørstidspunktet er overdragelsestidspunktet. Departementet tar likevel forbehold om den nevnte situasjon hvor arbeidsforholdets oppsigelsestid utløper etter overdragelsestidspunktet og arbeidstaker har benyttet seg av reservasjonsretten. Arbeidsforholdet skal da opphøre på det tidspunkt som samsvarer med oppsigelsestiden. Dette gjelder uavhengig av om det er aml's oppsigelsesfrister som ligger til grunn eller individuelt avtalte oppsigelsesfrister. Arbeidsforholdet til den overdragende virksomhet vil

i disse tilfellene bestå også etter overdragelsestidspunktet, men om arbeidstaker skal utføre arbeid for virksomheten må bli bedømt i det konkrete tilfelle etter arbeidsforholdet og arbeidskontrakten. Om virksomheten fortsetter driften, vil arbeidstakers arbeidspplikt gjøre seg gjeldende ut oppsigelsestiden. Departementet påpeker at benyttelse av reservasjonsrett ikke er sidestilt med oppsigelse, og at arbeidstaker ikke kan gjøre gjeldende lovens oppsigelsesvern etter de enkelte bestemmelser som kan komme til anvendelse i aml kap. 15.

Evju hevder at det ikke kan legges til grunn at overdragelse av virksomheten er opphørsgrunn av arbeidsforholdet på overdragelsestidspunktet.²⁹ Som et klart utgangspunkt hevder Evju at påberopelsen av reservasjonsretten ikke kan legges til grunn som opphørsgrunnlag i det øyeblikk arbeidstaker gjør den gjeldende. Utøvelse av reservasjonsrett er ingen oppsigelse etter aml, og det er dermed ingenting som tilsier at den vil føre til en heving av arbeidsforholdet.

To forskjellige scenarier i en situasjon hvor reservasjonsretten blir utøvd må avklares. Det første scenariet er at arbeidsforholdet består frem til overdragelsestidspunktet, men ikke lenger enn dette. Det andre scenariet er at arbeidsforholdet består frem til utløpsdatoen på arbeidstakerens oppsigelsesperiode, slik at arbeidstakers ansettelsesforhold består som i en vanlig oppsigelsesperiode. Slik det annet scenariet er skissert ville situasjonen vært om det opprinnelige lovforslaget fra arbeidslivslovutvalget i NOU 2004:5 hadde blitt en realitet. Evju hevder at når dette likevel ikke ble gjeldende rett, kan det vanskelig legges til grunn at dette scenariet blir løsningen på spørsmålet. Han mener at det første scenariet må få gjennomslagskraft, slik at arbeidsforholdet består frem til, men ikke lenger enn overdragelsestidspunktet.³⁰ Dette vil gi best sammenheng i systemet, da det generelle utgangspunkt, som tidligere nevnt, vil være at arbeidsforholdet med overdragende arbeidsgiver opphører i kraft av og på tidspunktet for overdragelsen, med mindre en reservasjonsrett gjøres gjeldende etter aml § 16-3. Reservasjonsretten er en rett for

²⁹ Evju (2006) punkt 4.2

³⁰ Evju (2006) punkt 4.2

arbeidstaker til ikke å bli overført til ervervende virksomhet, men den gir ikke overdragende arbeidsgiver en plikt til å ”være arbeidsgiver” etter overdragelsestidspunktet hvor forpliktelsene i alminnelighet opphører overfor, i utgangspunktet, overført arbeidstaker. Da man ikke har andre holdepunkter som fremmer en annen løsning på spørsmålet, må overdragelsestidspunktet virke også som opphørstidspunkt for arbeidsforholdet.³¹

Et annet argument som kan føres mot en rett til å være ansatt utover overdragelsestidspunktet er hensynet til virksomheten og de kostnader og ubeleiligheter en slik rett for arbeidstakerne vil medføre for virksomheten. Enkelte arbeidstakere har avtalt meget lange oppsigelsesperioder. For arbeidstaker over 60 år som sammenhengende har vært ansatt i virksomheten 10 år, vil lovbestemt oppsigelsesfrist være 6 måneder etter aml § 15-3 3. ledd. Et spørsmål i slike tilfeller vil være om utøvelse av reservasjonsretten får virkning som en oppsigelse fra arbeidsgiver eller oppsigelse fra arbeidstaker, da det gjelder forskjellige frister for tilfellene. Om reservasjonsretten gjelder som oppsigelse fra arbeidstaker vil oppsigelsesfristen være 3 måneder. I det private næringsliv kan det forekomme oppsigelsesfrister som er lenger enn dette, men jeg har dessverre ingen konkrete tilfeller å peke på her, da dette er individuelle arbeidsavtaler almenheten i kun begrenset grad har tilgang til. Det vil likevel ikke være for dristig å påstå at slike avtaler forekommer. Hvis hele virksomheten blir overdratt og driften opphører, vil slike kostnader kunne utgjøre store innhugg i salgssummen. Dette er et argument som Einar Østerdahl Poulsson fremla mot, i utgangspunktet, valgt, men jeg mener overføringsverdien i eksempelet er stor. Jeg siterer fra Poulssons artikkel³²:

”En smed driver en smie med tre ansatte. Smeden nærmer seg 70 år, og selger smia som ”going concern”. Han skal bruke salgssummen som tilskudd til alderstrygden.”

³¹ Evju (2006) punkt 4.2

³² Poulsson (2001) s. 2

I et slikt tilfelle vil rimelighetsbetraktninger tilsi at en rett for arbeidstakerne å stå i stilling ut oppsigelsestiden vil være meget inngripende overfor opprinnelig arbeidsgiver.

Et motargument til Evju er at det neppe kan ha vært lovgiverviljen at arbeidstakers rettigheter etter benyttelse av reservasjonsretten skulle svekkes etter at bestemmelsen ble redigert. Hvis så var tilfelle, burde i det minste lovgiver eksplisitt forklart dette i forarbeidene til endringen av bestemmelsen. Et annet motargument kan være at prosessen rundt overdragelser som fører til at arbeidstaker ikke kan fullføre sin oppsigelsesfrist hos overdragende virksomhet sannsynligvis har gått fort.

Jeg mener motargumentene ikke kan føre frem, selv om de har gode grunner for seg. Jeg støtter Evju i hans resonnement, og har kommet til at ansettelsesforholdet til overdragende virksomhet må opphøre på overdragelsestidspunktet.

3.3.3 Lønns- og arbeidsplikt

Et spørsmål som kunne vært aktuelt om aml § 16-3 hadde blitt stående slik flertallet i utvalget ønsket, hadde vært om arbeidstaker hadde arbeidsplikt og arbeidsgiver hadde lønnsplikt i perioden mellom overdragelsestidspunktet og oppsigelsesfristen i de tilfeller hvor oppsigelsesfristen falt etter overdragelsestidspunktet. Når følgene av omgjørelsen av bestemmelsen er blitt at ansettelsesforholdet opphører ved overdragelsestidspunktet, vil arbeidstaker selvfølgelig ha en arbeidsplikt frem til overdragelsestidspunktet, og arbeidsgiver vil dertil ha en lønnsplikt.

3.3.4 Konkurransesklausuler

Et konkurranseforbud kan bli ugyldig som følge av lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4 (avtl.) § 38 3. ledd. Spørsmålet er hvordan en konkurranseklausul stiller seg etter utøvelse av reservasjonsrett ved virksomhetsoverdragelse.

Hvordan en konkurranseforbudsklausul i en arbeidsavtale vil stille seg ved utøvelse av reservasjonsrett er usikkert. For å avgjøre hvordan en konkurranseklausul stiller seg ved virksomhetsoverdragelsen må man først ta stilling til hvem av partene som rettslig sett er ansvarlig for opphøret av arbeidsforholdet. Verken Høyesterettsavgjørelser eller lovforarbeider til arbeidsmiljøloven og avtaleloven gir noe klart svar.³³

Det kan likevel oppstilles én skranke for problemstillingen. Det følger av direktivets art. 4 nr. 2 at dersom en virksomhetsoverdragelse medfører en "vesentlig endring"³⁴ for arbeidstakeren, vil opphøret av arbeidsforholdet belastes arbeidsgiveren.³⁵

I de tilfeller hvor overdragelsen ikke medfører en "vesentlig endring" for arbeidstakeren kan flere tilnæringsmåter være aktuelle. For det første kan det anføres at arbeidstakeren har mulighet for og rett til ansettelse i den ervervende virksomhet, og overdragelsen vil dermed ikke være oppsigelse i lovens forstand fra arbeidsgiver.³⁶ Dette kommer departementet frem til i ot. prp. nr. 49 (2004-2005), når de på side 267 uttaler at utøvelse av reservasjonsrett

"ikke skal utløse de rettsvirkninger en oppsigelse gjør".

Den andre tilnæringsmåten til spørsmålet kan være at overdragelse vil innebære en betydelig endring for arbeidstaker, og at det vil være urimelig å gjøre arbeidstaker ansvarlig for opphøret når arbeidsgiver gir han valget mellom å godta en slik betydelig endring eller avslutte arbeidsforholdet. Det er nettopp derfor arbeidstaker har rett til å motsette seg overdragelse til ervervende virksomhet. Arbeidsgiver vil dermed stilles ansvarlig for opphøret av arbeidsforholdet.

³³ Evju (2006) punkt 6.1

³⁴ Pga oppgavens omfang velger jeg å ikke gå inn på vurderingen av hva som ligger i "vesentlig endring".

³⁵ Evju (2006) punkt 6.1

³⁶ Evju (2006) punkt 6.1

For at en konkurranseklausul skal være ugyldig etter avtl § 38 3. ledd må enten arbeidsgiver si opp arbeidstaker uten rimelig grunn, eller så må arbeidstaker selv si opp avtalen som følge av at arbeidsgiver ikke oppfyller sine plikter. Spørsmålet blir da om utøvelse av reservasjonsrett rettslig betyr at arbeidsgiver sier opp avtalen med arbeidstaker, eller om arbeidstaker kan si opp pga manglende oppfyllelse av arbeidskontrakten fra arbeidsgivers side.

Spørsmålet er som sagt ikke behandlet i Høyesterettsavgjørelser eller i forarbeidene, og man må dermed fatte en konklusjon på grunnlag av de momenter og rimelighetsbetraktninger som foreligger. Slik jeg ser det kan nok ikke en konkurranseklausul gjøres ugyldig kun pga utøvd reservasjonsrett. Som departementet legger jeg til grunn at reservasjonsretten ikke utløser oppsigelsesvirkninger, og at det dermed ikke kan sies at arbeidsgiver ikke har oppfylt sine forpliktelser. Overdragende virksomhet har overført forpliktelsene til annen kreditor i form av ervervende virksomhet, men ikke unnlatt å oppfylle forpliktelsene slik kriteriet er etter avtl § 38 3. ledd.

Konklusjonen blir følgelig at en konkurranseklausul kan stå seg også etter utøvelse av reservasjonsrett.

3.4 Frist for å gjøre reservasjonsretten gjeldende – aml § 16-3 2. ledd

Etter aml § 16-3 2. ledd må påberopelsen av reservasjonsrett skje skriftlig til arbeidsgiver innen fristen arbeidsgiver har satt for når han vil ha underretning om arbeidstakeren vil benytte seg av reservasjonsretten eller ikke. Arbeidsgiver kan dog ikke sette en helt vilkårlig frist, da den etter loven ikke kan være kortere enn 14 dager etter at informasjon om overdragelsen er gitt etter aml § 16-6.

Regelen er begrunnet i hensynet til forutberegnelighet og klarhet for overdragende og ervervende virksomhet, men også av hensyn til at arbeidstakerne skal få de 14 dagene til å

vurdere situasjonen og ta stilling til om de vil benytte seg av reservasjonsretten eller ikke. Grunnen til at fristen ble lovbestemt, var hensynet til brukervennlighet.³⁷

4 Valgrett

4.1 Innledning

Valgretten kan defineres som arbeidstakers rett til å opprettholde arbeidsforholdet til opprinnelig arbeidsgiver og ikke få overført sitt arbeidsforhold til ervervende arbeidsgiver ved en virksomhetsoverdragelse. Dette til tross for at en virksomhetsoverdragelse i seg selv i utgangspunktet utgjør en overføring til den opprinnelige arbeidsgiver.³⁸ Arbeidstakers omplasseringsplikt vil bestå.³⁹

4.2 Debatt rundt lovforslaget

Da ny bestemmelse om reservasjons- og valgrett skulle vedtas, var det mange parter i arbeidslivet som hadde meninger om hvordan en regel skulle utformes. I tillegg til den sedvanlige debatten som oppstår når lovgiver skal vedta bestemmelser som får innvirkning på mange personers rettigheter, fikk Norge høsten 2005 et regjeringsskifte som skulle vise seg å ha avgjørende betydning for hvordan valgretten skulle se ut etter arbeidsmiljølovens ikrafttredelse 1. januar 2006.

Opprinnelig var arbeidslivslovutvalgets innstilling at den valgrett som hadde ”vokst” frem gjennom tidligere rettspraksis skulle avvikles, og man skulle lage en lovbestemmelse for reservasjonsretten som ikke åpnet for en valgrett ved visse situasjoner som fulgte av tidligere rettspraksis. Begrunnelsen for dette var bl. a. at flertallet anså forslaget om å

³⁷ NOU 2004:5 s. 389

³⁸ Holo (2006) s. 975

³⁹ NOU 2004:5 s. 391

innføre fortrinnsrett for arbeidstaker hos tidligere arbeidsgiver ved utøvelse av reservasjonsrett ville føre til en rimelig balanse mellom hensynet til arbeidstaker og hensynet til virksomhetene.⁴⁰ Mindretallet i utvalget mente derimot at det burde innføres en lovfestet valgrett ved overdragelse av del av virksomhet, men noen utførlig begrunnelse for standpunktet gir de dissenterende medlemmer ikke.⁴¹

Gjennom ot.prp. nr 49 (2004-2005) vurderte departementet det dithen at en generell valgrett ikke burde innføres, og at gjeldende rett med en valgrett i særlige situasjoner ikke skulle videreføres. Bakgrunnen for denne konklusjonen var at en valgrett kunne hindre nødvendige omstillinger i næringslivet,⁴² og at det kunne bety at flere arbeidstakere ville velge å bli værende hos overdragende arbeidsgiver i stedet for å bli med til ervervende virksomhet. Et annet argument var at det kunne virke uheldig for arbeidsmiljøet at noen arbeidstakere som har blitt tilbudt muligheten til nytt arbeide i en ny virksomhet gjør krav på andres arbeidsplasser i en omstillingsprosess hos tidligere arbeidsgiver.

Innstillingen fra arbeidslivslovutvalget og departementet skapte reaksjoner, og etter Stortingsvalget høsten 2005 tok regjeringen Stoltenberg II affære. Bakgrunnen var at man anså et bortfall av valgretten som et for inngripende tiltak i retning av å svekke arbeidstakeres rettigheter, og man ønsket å videreføre den tidligere ordning med en valgrett bygd på den foreliggende rettspraksis. Dette skjedde bl. a. med bakgrunn i innspill fra arbeidstakerorganisasjonene, og departementet mente dermed at man burde foreta en ny vurdering og ha en full offentlig høring rundt spørsmålet. Det ville være uheldig, mente departementet, å ta bort den ulovfestede valgrett før man hadde gjort seg opp en endelig mening om hvorvidt man skulle ha en valgrett eller avskjære denne muligheten for godt. Departementet foreslo derfor at man sløyfet bestemmelsen i den opprinnelige aml § 16-3 1. ledd andre punktum, slik at opphør av arbeidsavtalen ved utøvelse av reservasjonsretten

⁴⁰ NOU 2004:5 s. 391

⁴¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 21.4.4

⁴² Jf punkt 2 om reelle hensyn

ikke ble den automatiske løsningen, og en valgrett kunne videreføres slik den var etablert i rettspraksis.⁴³

Også i ot. prp. nr 91 (2005-2006), som var en endringslovsproposisjon, vurderte departementet valgrettens eksistens. Det ønsket ikke å foreslå en generell valgrett for alle arbeidstakere, siden dette ville kunne virke hindrende på omstillinger. Departementet foreslo derimot at den ulovfestede valgrett slik den kommer til uttrykk i rettspraksis ble videreført, slik at valgrett ville være mulig i særlige situasjoner. Denne ot.prp.'en uttaler nærmest det samme som ot.prp. nr. 24 (2005-2006). Myndighetene hadde snudd på helen, slik at man sikret arbeidstakerne like gode rettigheter etter den nye arbeidsmiljøloven som man hadde før loven trådte i kraft når det gjaldt valgretten.

4.3 Problemstilling

I den videre drøftelse vil jeg se på hvilke rettskilder valgretten kan utledes fra (det rettslige grunnlaget), omfanget av en valgrett etter norsk rett og virkninger av at valgretten blir utøvd. Forarbeidenes rettskildemessige betydning og en kort redegjørelse for domstolenes rettsskapende virksomhet vil også følge, da de generelle utgangspunkter vil ha betydning for forståelsen av den videre drøftelsen om hvordan regelen om valgrett oppstod og hvordan man skal tolke den.

4.4 Historikk

I NOU 1996:6 uttaler utvalget at man må se på tidligere arbeidsrettslige fremstillinger, og i 1996 var utgangspunktet at man ikke hadde noen avgjørende høyesterettsdom som ga arbeidstakere en alminnelig rett til å kreve arbeidsforholdet opprettholdt etter et eierskifte i virksomheten, men at det kunne tenkes unntak. Paal Berg hevdet dette allerede i 1930. Berg mente det ikke var likegyldig for arbeidstakeren hvem som hadde råderetten over arbeidstakers arbeidsforhold, og at det kunne ha formodningen mot seg at arbeidsgiver uvilkårlig kunne sette en annen arbeidsgiver i sitt sted, men han forsvarte også det syn at

⁴³ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) punkt 7.3

man som arbeidstaker måtte finne seg i å bli med over til ervervende arbeidsgiver om det ikke forelå en spesiell situasjon ved overdragelsen. Det siteres i det følgende fra Berg (s. 58-59):

”Det kan uttrykkelig eller stilltiende være avtaler eller forutsatt at retten til å kreve arbeidsydelsen skal kunne overføres til andre. Selve avtalen kan også fra først av være sluttet til fordel for en tredjemann, således at det er ham som blir den virkelige arbeidsgiver.

Det kan ligge nær å regne overdragelsesretten for stilltiende forutsatt, når arbeidsavtalen gjelder arbeid i en bedrift av en sådan art at arbeidsgiverens person ikke kan ha spilt nogen rolle for arbeidstageren da arbeidsavtalen blev sluttet. Den som har arbeid i en stor fabrikk, spør som regel ikke efter hvem det er som eier bedriften. Det er i første rekke arbeidets art, og ikke bedriftsinnehaverens person, som interesserer ham. Om derfor fabrikken blir solgt og overtatt av en ny eier, vil det som oftest være uten all betydning for arbeiderens arbeidsforhold.

I sådanne tilfelle vil det derfor være naturlig at arbeidsavtalen ikke regnes for å være knyttet til arbeidsgiverens person, men til bedriften. Arbeidsgiverens rett efter arbeidsavtalen skulde i så fall kunne overdrages sammen med bedriften til en kjøper av bedriften. Men arbeidstageren vil ha rett til å motsette sig at han flyttes over til en annen bedrift.”

Slik jeg tolker Berg er hans mening at overdragelsesretten kan være stilltiende forutsatt når arbeidsgiverens person ikke spiller særlig rolle for arbeidstakeren. I slike situasjoner vil det være nærliggende å anta at arbeidstakeren er mer knyttet til virksomheten og ikke til arbeidsgiverens person, men at arbeidstakeren likevel vil ha rett til å motsette seg overflytning til ervervende virksomhet. Tanken var nå sådd om en reservasjonsrett, og muligheten for å holde seg til overdragende arbeidsgiver var i teorien tilstede selv om Berg i dette utdraget kun nevner en reservasjonsrett slik vi kjenner den i dag.

Det har tidligere blitt anført forskjellige rettsgrunnlag for valgrett for Høyesterett. Ett av grunnlagene ble i Rt. 1999 s. 977 (Nemko) anført av arbeidstaker, som hevdet at en valgrett kunne utledes fra daværende aml § 73 B nr. 1 som nå tilsvarende aml § 16-2. Dette grunnlaget ble avvist av Høyesterett, og man kan med sikkerhet hevde at man ikke kan utlede valgretten fra noen lovbestemmelse etter norsk rett.

4.5 Rettskildemessig betydning av forarbeidene

Lovforarbeider blir i stor utstrekning brukt som tolkningsveiledning når rettsanvendere skal avgjøre i hvilken retning et rettsspørsmål skal avgjøres. Det er ikke lett å si noe om hvilken vekt forarbeider skal tillegges generelt, og ifølge Eckhoff lar det seg ikke besvares generelt hvor stor vekt forarbeider skal tillegges.⁴⁴ I forhold til behandlingen av valgrettsspørsmålet i forarbeidene til aml 2005, kan det sies at fremstillinger av hva som var gjeldende rett før loven trådte i kraft bør stilles i samme kategori som annen juridisk litteratur.⁴⁵ Eckhoff sier at slike fremstillinger kan ha stor faglig tyngde, for eksempel om de kommer fra en lovkomité bestående av fremtredende jurister. Det fremstår for meg som klart at dette utvalget bestod av dyktige jurister som kan faget sitt og som har veloverveide meninger om hvordan valgretten skulle fremstå etter den nye loven.

Rettsstilstanden ble ikke slik arbeidslivslovutvalget ønsket. Departementet, som omgjorde utvalgets forslag, var tydelige på at den tidligere rettsstilstanden ulovfestet skulle opprettholdes⁴⁶, så jeg anser det som uomtvistet at vi i dag skal avgjøre spørsmål om valgretten basert på tidligere rettspraksis om spørsmålet. Da departementet gikk så radikalt imot forslaget fra arbeidslivslovutvalget, vil det rettskildemessig ha formodningen mot seg å legge for mye vekt på uttalelsene. Redegjørelsen av gjeldende rett i punkt 16.6.2 i NOU 2004:5 vil likevel kunne brukes som tolkningsveiledning da dette punktet i forarbeidene går gjennom det utvalget mener var gjeldende rett før lovforslaget deres, og som derfor

⁴⁴ Eckhoff (2001) s. 70

⁴⁵ Eckhoff (2001) s. 70

⁴⁶ Ot.prp. nr. 91 (2005-2006)

forutsettes at skal legges til grunn for gjeldende rett i dag, med støtte i departementets uttalelser i ot.prp. nr. 91 (2005-2006).

4.6 Domstolenes rettskapende virksomhet

At domstoler og andre rettsinstitusjoner legger vekt på rettspraksis i sin rettsanvendelse innebærer at domstolene ikke bare er med på å anvende retten, men også til en viss grad skape den. Det skapes rett når domstolene, og da spesielt Høyesterett, tar stilling til spørsmål som ikke har blitt avgjort av domstolsapparatet tidligere. Hvor stor rettskildemessig vekt en avgjørelse har vil variere fra land til land og fra rettstradisjon til rettstradisjon. Det er alminnelig godtatt i teorien at rettspraksis er den rettskilden etter loven det tradisjonelt legges mest vekt på ved avveining av rettskilden. To eksempler som flittig brukes for å illustrere domstolenes rettskapende virksomhet er Rt. 1896 s. 530 (Aars-dommen) og Rt 1952 s. 1217 (To mistenkelige personer). I begge disse tilfellene stod Høyesterett overfor spørsmål de erkjente ikke hadde avgjort tidligere og som ikke var løst i loven eller prinsipper.⁴⁷ Innen valgrettens område hadde ikke Høyesterett på tidspunktet for de skjellsettende avgjørelser i 1999 verken lovt tekst eller andre høyesterettsavgjørelser å forholde seg til og bygge sine avgjørelser på. Som det skal pekes på i den senere redegjørelse for disse dommene baserer Høyesterett meget av sin avgjørelse på uttalelser i forarbeider og juridisk teori. Dette fordi disse rettskildene må tillegges større vekt der det ikke er en lovbestemmelse som regulerer forholdet.

4.7 Rettslig grunnlag

4.7.1 Innledning

I de senere år kan jeg ikke finne at spørsmålet om valgrett har vært oppe som hovedspørsmål til avgjørelse i Høyesterett. Den siste dommen som falt i et spørsmål om valgrett for arbeidstakere ved virksomhetsoverdragelse var i Rt 2000 s. 2058; den såkalte Miljøtransport-dommen. Denne dommen ble avsagt samme dag som en annen dom på valgrettsområdet; Rt. 2000 s. 2047 (Lovisenberg). Det er likevel en annen dom som gjorde

⁴⁷ Eckhoff (2001) s. 192-193

seg gjeldende året før disse dommene ble avsagt; Rt 1999 s. 977 (Nemko). Det var denne dommen som først avgjorde et spørsmål om arbeidstakers valgrett ved virksomhetsoverdragelse, og man kan hevde at det var denne dommen som satte standarden for utviklingen gjennom høyesterettspraksis.

4.7.2 Forarbeider

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven, og da spesielt NOU 2004:5, viser til at juridisk teori har gitt uttrykk for den oppfatning at en arbeidstaker ikke har noen generell valgrett ved virksomhetsoverdragelser etter norsk rett, men at det kan finnes unntak.⁴⁸ Dette var også standpunktet da spørsmålet ble behandlet i NOU 1996:6, hvor utvalget uttaler at det neppe kan legges til grunn som et alminnelig prinsipp at arbeidstakere har rett til å motsette seg å bli overført til ervervende arbeidsgiver, men at det kan være aktuelt om det følger av arbeidsforholdets karakter at en slik rett må innrømmes arbeidstakeren.⁴⁹

I Ot.prp. nr 91 (2005-2006) punkt 3.6.4 foreslår departementet

”at en valgrett slik den er kommet til uttrykk i rettspraksis, det vil si i særlige situasjoner, bør videreføres.”

På bakgrunn av denne uttalelsen må man se hen til rettspraksis for å finne svar på når en valgrett foreligger. Det vil bli henvist til de relevante forarbeider hvor Høyesterett har brukt disse i oppgavens påfølgende punkt.

⁴⁸ NOU 2004:5 punkt 16.6.2 s. 385

⁴⁹ NOU 1996:6 s. 47.

4.7.3 Rettspraksis

4.7.3.1 Rt. 1999 s. 977 (Nemko)

4.7.3.1.1 Faktum i saken

Da Rt. 1999 s. 977 (Nemko) var den første Høyesterettsavgjørelsen som gjaldt valgrettsspørsmålet ved virksomhetsoverdragelse, er det naturlig å ta utgangspunkt i den for å se hva Høyesterett bygger på når den kom frem til en avgjørelse om valgrett.

Saken gjaldt en resepsjonist/sentralbordmedarbeider som ble overført mot sin vilje fra virksomheten Nemko til vekterselskapet Securitas. Pga en omstillings- og effektiviseringsprosess i Nemko, mente ledelsen i virksomheten at det var best for virksomheten om Securitas overtok sentralbordtjenestene. Arbeidstakeren, Astrid Markussen, hevdet prinsipalt at det overhodet ikke forelå noen virksomhetsoverdragelse, og subsidiært at hun hadde en rett til å velge å fortsatt forholde seg til Nemko som arbeidsgiver. Hun hevdet det måtte en oppsigelse til for å avslutte hennes ansettelsesforhold med Nemko.

Nemko hevdet på sin side at vilkårene for virksomhetsoverdragelse var tilstede og at det ikke forelå en reservasjons- eller valgrett for Markussen. De hevdet at det forelå en plikt for arbeidstaker til å bli overført til ny arbeidsgiver, da de mente det var selve arbeidskontrakten som ble overført og at det da ikke var nødvendig å gå til oppsigelse for å avslutte det opprinnelige arbeidsforholdet. Bakgrunnen for dette synet hentet de fra det dagjeldende EF-direktivet 77/187/EØF art. 3 nr. 1 og dagjeldende arbeidsmiljølov § 73 B nr. 1, som er videreført i någjeldende aml § 16-2 1. ledd første punktum.

Høyesterett fastslo innledningsvis at det forelå en virksomhetsoverdragelse etter dagjeldende arbeidsmiljølov kapittel XII A. Deretter ble spørsmålet om det forelå en reservasjonsrett behandlet, men Høyesterett tok ikke stilling til dette spørsmålet da reservasjonsretten ikke var gjenstand for saken og dermed ikke trengte å avgjøres i denne konkrete saken. Høyesterett velger likevel å nevne på s. 984 at valgretten forutsetter en

minst like omfattende reservasjonsrett, mens reservasjonsretten ikke på samme måte forutsetter en valgrett.

Resten av dommen dreide seg om valgretten, og da denne dommen var den første som avgjorde spørsmål rundt en valgrett for arbeidstakere, ble rettskildesituasjonen behørlig behandlet.

Høyesterett så på EF-domstolens praksis hva valgretten angår, og kom til at domstolen i flere avgjørelser har fastslått at direktivet ikke hjemler en rett for arbeidstakerne til å velge å holde seg til den opprinnelige arbeidsgiver. En valgrett kan likevel følge av nasjonal rett da direktivet kun er et minstedirektiv og dermed åpner for at medlemslandene kan ha regler som er mer fordelaktige for arbeidstakere enn hva direktivet tilsier. I så henseende refererer Høyesterett til forenede saker C-132/91, C-138/91 og C-139/91 (Katsikas) premiss 35.⁵⁰

Det avgjørende for Høyesterett ble å se på om norsk rett kan hjemle en adgang til valgrett for arbeidstakerne uavhengig av dagjeldende aml kap XII A. De henviste da til uttalelser i NOU 1996:6⁵¹ på s. 47 hvor utvalget uttaler at:

”Hvorvidt en arbeidstaker kan motsette seg at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver, med den konsekvens at arbeidstakeren vil være berettiget til å fortsette arbeidsforholdet med den tidligere arbeidsgiver, vil derfor måtte baseres på et annet rettsgrunnlag enn de bestemmelser som følger av reglene i arbeidsmiljøloven kapittel XII A.”

⁵⁰ Se punkt 3.2 hvor dommens premiss 35 er sitert

⁵¹ Da forarbeidene til aml 2005 uttaler at man må se hen til tidligere rettspraksis for å hjemle og finne omfanget av en valgrett for arbeidstakere ved virksomhetsoverdragelse, vil det være en naturlig følge av dette utgangspunkt at man også i dag må ta de eldre forarbeider som omhandler valgretten før aml 2005 i betraktning ved bedømmelsen av om valgrett foreligger. Jf også ovenfor om rettskildemessig betydning av forarbeider.

Uten noen øvrig overgang gikk Høyesterett rett på en tolkning av tidligere arbeidsrettslig teori for å finne om, og i tilfelle hvordan, forfattere har behandlet spørsmålet. Samtlige av de siterte arbeider er enige om at det ikke foreligger noen alminnelig valgtrett ved virksomhetsoverdragelser, men at det finnes unntak.⁵² Samtidig er det viktig å legge til at disse arbeidene tar utgangspunkt i at det er hele virksomheter som blir overført, og at de dermed ikke behandler overføring av del av virksomhet i like stor grad. Høyesterett understøttet også sine funn i teorien med uttalelser inntatt i NOU 1996:6 s 47, hvor utvalget uttaler at:

”En rett for arbeidstakeren til å motsette seg at arbeidsforholdet blir overført til ny arbeidsgiver kan imidlertid neppe legges til grunn som et alminnelig prinsipp. Arbeidsgivers person, den fysiske og juridiske person, vil som regel være av underordnet betydning for arbeidsforholdet. Unntaksvis kan det likevel følge av arbeidsforholdet, at den alminnelige forutsetning om at arbeidsforholdet overføres til den nye arbeidsgiver når virksomheten blir overført til denne, ikke kan legges til grunn. Arbeidstakeren kan i arbeidsavtalen ha reservert seg mot dette, eller arbeidsforholdets karakter kan innebære et særlig tillits- og samarbeidsforhold med arbeidsgiver, slik forholdet blant annet vil kunne være mellom daglig leder og arbeidsgiveren eller hovedaksjonæren. Det må dessuten antas at en arbeidstaker vil kunne motsette seg at arbeidsforholdet blir overført til en ny arbeidsgiver når virksomheten blir overført til denne, hvis den nye arbeidsgiver ikke har forsvarlig grunnlag for fortsatt drift.”⁵³

Ut i fra dette grunnlaget konkluderte Høyesterett med at en valgtrett i spesielle situasjoner hvor selve overgangen antas å ha betydning for arbeidstakerens situasjon har ligget fast over flere tiår. I tidligere teori kom dette synspunkt frem når det gjaldt behandlingen av at hele eller en klart selvstendig del av bedriften ble overført til ny eier, men Høyesterett

⁵² Jf ovenfor om Berg.

⁵³ Jf punkt 2 om reelle hensyn

mener å ha grunnlag for å si at kun én arbeidstaker, slik tilfellet var i Rt. 1999 s. 977 (Nemko), kunne motsette seg å bli overført. Begrunnelsen for dette var at arbeidstakerens arbeidssituasjon og arbeidskontrakt lettere ville *skifte realitetsinnhold* ved overføring av begrensede deler av virksomheten. Arbeidstakeren fikk i dette tilfellet andre arbeidsoppgaver enn hun hadde hatt tidligere ved at hun ble utplassert som stasjonær vakt ved andre bygg enn på Nemkos' arbeidssted og hun mistet fellesskapet ved det å jobbe ved bedriften. På bakgrunn av dette konkluderte Høyesterett med at hun hadde en valgrett, og at hun dermed kunne holde seg til den opprinnelige arbeidsgiver.

4.7.3.1.2 Grunnlaget for og vurdering av avgjørelsen

Det kan være betimelig å se på grunnlaget Høyesterett fattet sin avgjørelse på. De baserte hele sin avgjørelse på juridisk teori og noen uttalelser i forarbeider (som igjen baserte seg på den juridiske teori på området), hvor man kom frem til at det kunne tenkes at en arbeidstaker hadde adgang til å nekte overføring til ny arbeidsgiver, og også en rett til å holde seg til opprinnelig arbeidsgiver. Høyesterett går langt når de tolker tidligere teori, og det kan hevdes at man gikk en del lenger i utvidelsen av en valgrett for arbeidstaker enn hva man hadde grunnlag for i teorien. Det kan anføres at argumentene Høyesterett anfører om at det består en valgrett i visse tilfeller hvor selve overføringen har ikke uvesentlig negativ betydning for arbeidstakerens situasjon favner noe videre enn hva teorien tidligere hadde anført som grunnlag for en valgrett ved virksomhetsoverdragelse. Høyesterett drev, etter min mening, i dette tilfellet med rettsskapende virksomhet.⁵⁴ De hadde ikke avgjort et lignende spørsmål tidligere. Det er selvfølgelig slik at et spørsmål må avgjøres for første gang, og slik dommens konklusjon fremstår har man gått meget langt i å utvide en forholdsvis snever adgang til en valgrett i teorien. Jeg mener det er noen grad av forskjell på det den tidligere teori viser til som en mulighet for arbeidstakere til å holde seg til opprinnelig arbeidsgiver, til adgangen Høyesterett gir arbeidstakerne etter denne dommen med adgang til valgrett om man ikke har den samme nærhet til arbeidssted som tidligere og

⁵⁴ Jf punkt 4.6

blir tillagt noen andre arbeidsoppgaver, som i bunn og grunn ikke var så vesens forskjellig fra det arbeidet arbeidstakeren i Rt. 1999 s. 977 (Nemko) hadde utført tidligere.

Jeg mener avgjørelsen var både god og riktig. Rettskildegrunnlaget som forelå var tynt, men de måtte fatte en avgjørelse. De holdt seg til de juridiske grunnlag og de rettskildene man hadde å bygge en avgjørelse på, og slik sett kan det hevdes at Høyesterett holdt seg innenfor de juridiske rammer man hadde å forholde seg til når man skulle avgjøre spørsmålet.

4.7.3.2 Rt 1999 s. 989 (Vest-Ro)

Rt 1999 s. 989 (Vest-Ro) ble avsagt samme dag som Rt. 1999 s. 977 (Nemko). Saken dreide seg om 3 renholdsarbeidere ved slakteriet Vest-Ro som ble sagt opp da virksomheten besluttet å engasjere et spesialfirma innen renhold til å ta seg av renholdet i produksjonslokalene. Renholdsmedarbeiderne fikk forelagt seg tilbud om ansettelse i spesialfirmaet, men to av dem ville ikke bli overført. Følgen av overføringsnekten var oppsigelse, og etter påfølgende forhandlinger ble det tatt ut søksmål mot Vest-Ro med påstand om at oppsigelsene var ugyldige. For Høyesterett var saken kun aktuell for den ene av de to tidligere renholdsarbeiderne ved Vest-Ro, da den andre trakk sin anke før behandling i lagmannsretten.

Dommen sier ikke mye om den konkrete bedømmelsen av om arbeidstakeren hadde en valgrett, men førstvoterende viser til behandlingen av Rt. 1999 s. 977 (Nemko). Sakenes realitet var noe forskjellig da Rt. 1999 s. 977 (Nemko) kun omfattet én arbeidstaker mens Rt. 1999 s. 989 (Vest-Ro) omfattet tre arbeidstakere. Førstvoterende fant at den forskjellen ikke var avgjørende, da begge saker omfattet utskilling av en liten del av virksomhetenes virkeområde. Argumentene var de samme; båndene til arbeidsplassen ble svekket, og om spesialfirmaet ikke lenger fikk kontrakt hos Vest-Ro ville dette kunne føre til atskillig lengre reisevei til arbeidet for de berørte arbeidstakerne. Høyesterett kom etter dette til at arbeidstakeren hadde en valgrett, slik at opprinnelig arbeidsgiver måtte gå til oppsigelse. Rt. 1999 s. 989 (Vest-Ro) følger opp avgjørelsen i Rt. 1999 s. 977 (Nemko), og understøtter dermed grunnlaget sistnevnte dom ble avsagt på.

4.7.3.3 Rt 2000 s. 2047 (Lovisenberg)

Noe tid etter disse første avgjørelsene om valgrett ble spørsmålet igjen reist for Høyesterett i Rt. 2000 s. 2047 (Lovisenberg). Bakgrunnen for denne saken var at Oslo kommune overførte ledelsen av Lovisenberg/Diakonhjemmet til to private eiere. Partene var enige om at det forelå en virksomhetsoverdragelse, men valgrettsspørsmålet var partene sterkt uenige om. Arbeidstakerne mente de hadde en valgrett basert på begrunnelsene i avgjørelsene inntatt i Rt. 1999 s. 977 (Nemko) og Rt. 1999 s. 989 (Vest-Ro), mens Oslo kommune mente arbeidstakerne ikke hadde valgrett da denne retten kun gjelder i rene unntakstilfeller, og de mente dette ikke var et slikt tilfelle.

Høyesterett kom til at arbeidstakerne ikke hadde valgrett. Førstvoterende uttalte at uttalelsene om valgrettens grunnlag og anvendelse i de nevnte dommer må være retningsgivende ved avgjørelsen av om valgretten forelå i denne saken. Han oppsummerer deretter hvordan han oppfatter rettstilstanden. Jeg siterer fra Rt. 2000 s. 2047 på side 2054:

”Jeg oppfatter rettstilstanden å være slik at valgrett etter omstendighetene kan tilstå arbeidstakeren ved en virksomhetsoverdragelse som fører til ikke uvesentlige negative endringer i arbeidstakerens situasjon.⁵⁵ Ikke en hvilken som helst forverring av arbeidssituasjonen bør medføre rett for arbeidstakeren til å holde seg til sin tidligere arbeidsgiver. Men visse endringer kan være av en så inngripende karakter, og bety så mye for arbeidstakerens nåtidige og fremtidige situasjon, at de bør utløse en valgrett. Som fremholdt i Nemko-dommen vil slike endringer erfaringsmessig lettere oppstå når begrensede deler av en virksomhet overføres, enn når overføringen gjelder en hel bedrift eller en klart selvstendig del av denne.”

Denne oppsummering mener jeg er betegnende for hvordan man i utgangspunktet skal bedømme valgretten. Dette er likevel en generell oppsummering av rettstilstanden, og gir

⁵⁵ Min understrekning

ingen konkrete holdepunkter for hva man skal bedømme arbeidstakernes situasjon ut i fra. Hvilke utgangspunkter man kan ta i denne bedømmelsen ser jeg nærmere på i punkt 4.9.

4.7.3.4 Rt 2000 s. 2058 (Miljøtransport)

Den siste dommen som er avsagt om valgretten er Rt. 2000 s. 2058 (Miljøtransport), og ble avsagt samme dag som Rt. 2000 s. 2047 (Lovisenberg). Bakgrunnen for saken var at en kommunal særbedrift som drev med avfallsrenovering ble omdannet til et aksjeselskap. Arbeiderne i selskapet gjorde gjeldende at de fortsatt var ansatt i Oslo kommune selv ca. 1 år etter virksomhetsoverdragelsen og overdragelsestidspunktet. Selskapet var fortsatt heleid av kommunen, men de ansatte mente det var kommunen selv og ikke aksjeselskapet som var ansvarlig for deres ansettelsesforhold. Hovedspørsmålet i saken var om de ansatte fortsatt hadde et arbeidsforhold til Oslo kommune.

Også i denne saken ble det av de voterende dommere henvist til de tidligere dommer og førstvoterendes uttalelser i Rt. 1999 s. 977 (Nemko), Rt. 1999 s. 989 (Vest-Ro) og Rt. 2000 s. 2047 (Lovisenberg). Førstvoterende gikk så gjennom anførselene til partene og vurderte om de kan gi grunnlag for en rett for arbeidstakerne til å kunne holde seg til Oslo kommune som arbeidsgiver.⁵⁶ Dommen ble avsagt under dissens, men samtlige dommere var enige i resultatet; at Oslo kommune ikke var arbeidsgiver for arbeidstakerne. Dissensen gikk på begrunnelsen. Der førstvoterende kom til at arbeidstakerne ikke på noe tidspunkt hadde hatt en valgrett, kom annenvoterende, og flertallet, til at arbeidstakerne hadde hatt en valgrett på et tidligere tidspunkt, men at denne retten ikke lenger gjaldt da valgretten ble forsøkt utøvd. Valgretten ble forsøkt utøvd over ett år etter overdragelsestidspunktet, og flertallet kom til at denne utøvelsen klart var for sen.⁵⁷

⁵⁶ Rt. 2000 s. 2058 på s. 2067

⁵⁷ Rt. 2000 s. 2058 på s. 2071

4.7.3.5 Sammenfatning av rettspraksis

Gjennom disse høyesterettsdommene har man i norsk rett fått en relativt klar ulovfestet hjemmel for valgrett. At adgangen til en valgrett ved virksomhetsoverdragelse kan gjøres gjeldende i spesielle situasjoner hvor overdragelsen har ikke uvesentlige negative konsekvenser/endringer for arbeidstakerne må etter rettspraksis anses utvilsomt. Dette er også synspunktet til lovgiver, som senest i ot.prp. nr. 91 (2005-2006) konstaterer at en valgrett finnes og at denne valgrett skal utøves etter prinsippene Høyesterett har utformet gjennom de ovenfor nevnte dommer.

4.8 Vurderingskriteriet

Det kan anføres at det har skjedd en rettsutvikling mellom avsigelsen av de to første og de to siste dommene. Spørsmålet er hvilket vurderingskriterie man skal legge til grunn ved bedømmelsen av om en arbeidstaker har valgrett ved virksomhetsoverdragelse.

I Rt 1999 s. 977 (Nemko) la førstvoterende til grunn at der selve overdragelsen ble antatt å ha betydning for arbeidstakerens situasjon og arbeidssituasjonen skiftet realitetsinnhold, var det mulig å ha valgrett. Dette vurderingskriteriet ble fulgt opp av førstvoterende i Rt. 1999 s. 989 (Vest-Ro).

I Rt. 2000 s. 2047 (Lovisenberg) la førstvoterende til grunn et noe annerledes vurderingskriterie i sin oppsummering av gjeldende rett. Vurderingskriteriet var da at virksomhetsoverdragelsen i seg selv må føre til ikke uvesentlige negative endringer for arbeidstakeren for at han kan ha valgrett. Dette vurderingskriteriet ble fulgt opp i Rt. 2000 s. 2058 (Miljøtransport).

Etter min mening må vurderingskriteriet ”ikke uvesentlige negative endringer” legges til grunn. Bakgrunnen for denne konklusjonen er at det var dette vurderingskriteriet som ble lagt til grunn i de senere avgjørelsene. Høyesterett foretok en modifikasjon og innsnevring av kriteriet for at valgrett skal foreligge, og slike modifikasjoner kan neppe gå upåaktet hen

når man skal ta stilling til et spørsmål som har vært oppe til avgjørelse i Høyesterett ved flere anledninger. Å hevde at man ikke skal ta hensyn til de senere uttalelsene da det var uttalelsene i Rt. 1999 s. 977 (Nemko) som satte standarden for vurderingsgrunnlaget, kan jeg ikke se føre frem. Det ville være urimelig å anta at Høyesterett ikke var klar over den forandrede begrepsbruken da de avsa Rt. 2000 s. 2047 (Lovisenberg) og Rt. 2000 s. 2058 (Miljøtransport), da Høyesterett nærmest uten unntak er meget klar over hvilke følger det de ytrer i en domsavsigelse vil få. Utvalget brukte i NOU 2004:5 uttrykket ”vesentlige negative endringer” som vurderingstema for når en arbeidstaker kan ha valgt, men jeg finner at den beste rettskildemessige løsningen fortsatt vil være å benytte seg av Høyesteretts begrepsbruk, da den rettskildemessige vekten av en Høyesterettsdom er noe tyngre enn forarbeider til lov, i tillegg til at departementet uttaler at man skal legge til grunn tidligere rettspraksis ved vurderingen av om arbeidstaker har valgt.⁵⁸

Konklusjonen blir følgelig at vurderingskriteriet ”ikke uvesentlige negative endringer” vil bli lagt til grunn når man skal avgjøre om en arbeidstaker har valgt.

4.9 Valgrettens omfang og rekkevidde

4.9.1 Innledning

I det følgende skal det redegjøres for i hvilke tilfeller arbeidstaker kan velge å opprettholde arbeidsforholdet til den overdragende arbeidsgiver ved en virksomhetsoverdragelse. Det er dette som i det følgende menes med valgrettens omfang og rekkevidde. Den alminnelige hovedregel er fortsatt at man som arbeidstaker i utgangspunktet ikke har valgt, men at det kan tenkes unntak. Det er disse unntakssituasjonene som vil bli behandlet nedenfor.

Med utgangspunkt i de ovenfor nevnte Høyesterettsdommer vil jeg i det følgende redegjøre for hvilke momenter man kan og til dels bør ta med i betraktningen når man avgjør om en arbeidstaker har valgt eller ikke.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 91 (2005-2006) punkt 3.6.4

Utgangspunktet for samtlige unntakssituasjoner vil være at det etter en konkret helhetsvurdering må foreligge ikke uvesentlige negative endringer i arbeidstakers situasjon for at arbeidstaker skal ha en valgrett.

For å få en oversikt over de tilfeller hvor arbeidstaker kan ha en valgrett, må man se på hvilke momenter Høyesterett har lagt vekt på i de dommer de har avsagt om valgrettsspørsmålet. Jeg vil derfor se nærmere på de enkelte momentene, og vurderingen av momentene vil bli gjort opp mot hva Høyesterett har lagt vekt på i sine avgjørelser i tillegg til, i enkelte punkt, hensynet mot arbeidsgivers styringsrett.

4.9.2 Forholdet til styringsretten

Utgangspunktet ved en virksomhetsoverdragelse er som nevnt at ansettelsesforholdet skal bestå og innholdet i arbeidsavtalen ikke skal endres som en direkte følge av virksomhetsoverdragelsen, jf. aml §§ 16-2 og 16-4. Arbeidsgiver har likevel en alminnelig styringsrett som følger av arbeidsavtalen.

Styringsretten defineres tradisjonelt som retten til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør. Styringsretten er dermed en konsekvens av arbeidsavtalen og det underordnings- og lydighetsforhold til arbeidsgiveren som arbeidsavtalen etablerer.⁵⁹ En interessant vinkling er om arbeidstaker må tolerere større endringer i arbeidssituasjonen ved en virksomhetsoverdragelse enn han/hun må som en direkte følge av arbeidsgivers styringsrett.

Faller de eventuelle endringene i arbeidssituasjonen innenfor styringsretten, kan det hevdes at arbeidstaker må godta endringen også i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse. Etter min mening vil arbeidsgivers styringsrett ikke automatisk fortrenses av

⁵⁹ Jakhelln (2007) s. 48

virksomhetsoverdragelsen, og jeg kan heller ikke se at det finnes holdepunkter for et slikt standpunkt i verken lov, rettspraksis eller forarbeider.

4.9.3 Endret arbeidssted

Ved virksomhetsoverdragelser, spesielt ved overdragelse av ikke-industriell virksomhet, vil overdragelsen i noen tilfeller medføre at de overførte arbeidstakerne må bytte arbeidssted. Spørsmålet her er om endring av arbeidssted er en ikke uvesentlige negative endring som kan føre til en valgtrett. Dette må avveies konkret ved hvert enkelt tilfelle.

Den overførte arbeidstaker i Rt. 1999 s. 977 (Nemko) ble ved enkelte anledninger utplassert ved andre bygg som stasjonær vakt, og opplevde dermed periodevis endring i arbeidssted. Dette var dog ingen permanent endring i arbeidssted, da hun kun ble utplassert ved andre bygg ved behov. I Rt. 1999 s. 989 (Vest-Ro) var situasjonen en annen. I denne saken kunne ervervende arbeidsgiver miste oppdraget hos overdragende arbeidsgiver, og om så skulle skje ville dette føre til en vesentlig lenger arbeidsvei for de overførte arbeidstakere. Høyesterett la i denne saken vekt på en potensiell fremtidig endring av arbeidssituasjonen, som var endring av arbeidssted.

At man ikke jobber med de samme kolleger er et moment man kan legge vekt på. Det byr på utfordringer å skifte arbeidskolleger, spesielt om man skifter arbeidssted flere ganger. Dette fører også til at man mister noe av tilknytningen og båndene til arbeidsstedet, slik det er uttalt av førstvoterende i Rt. 1999 s. 977 (Nemko).

For hvor lang periode man får endret arbeidssted er et viktig moment. Er endringen kun midlertidig vil det være lett å akseptere at dette alene ikke kan føre til valgtrett. Ved permanent endring av arbeidssted kan det foreligge negative endringer som økt reisetid, mindre samvær med familie og økte transportkostnader for arbeidstakeren.

Ved vurderingen av dette momentet kan forholdet til styringsretten spille en rolle i grensedragningen. Arbeidsgiver må i alminnelighet kunne flytte arbeidssted noe, men spørsmålet blir i hvor stor utstrekning dette kan gjøres uten at virkningene blir for negative

for arbeidstaker. I Rt. 2001 s. 418 (Kårstø) kunne arbeidsgiver pålegge arbeidstakerne å møte på jobb ved nytt fremmøtested som anslagsvis medførte 20-25 min lenger reisetid for de ansatte hver dag. Dette mente Høyesterett at lå innenfor den alminnelige styringsretten. Det må også være innenfor styringsretten å flytte virksomheten innen samme by, og også innenfor samme kommune om denne ikke har en for stor geografisk utstrekning.

Konklusjonen blir følgelig at arbeidstaker må tåle å flytte arbeidssted innenfor en forlenget reisetid på 25 min per dag og innenfor samme by. Om det endrede arbeidsstedet er midlertidig eller permanent vil få virkning for hvor langt arbeidstaker er nødt til å strekke seg. Det er klart at om arbeidsstedet radikalt blir forandret og man mister tilknytningen til arbeidsstedet slik arbeidstakeren gjorde i Rt. 1999 s. 977 (Nemko) og Rt. 1999 s. 989 (Vest-Ro), vil en valgtrett kunne baseres på endret arbeidssted.

4.9.4 Endring i arbeidstid

I forbindelse med en virksomhetsoverdragelse kan det i mange tilfeller være hensiktsmessig for den ervervende virksomhet å gjøre forandringer i driften. Dette kan føre til endringer i arbeidstakernes arbeidstid. Spørsmålet er om slike endringer i arbeidstiden er ikke uvesentlige negative endringer i arbeidssituasjonen som igjen kan føre til en valgtrett. Dette må avveies konkret ved hvert enkelt tilfelle.

Endring i arbeidstid har ikke vært et moment Høyesterett har lagt særlig vekt på i noen av de ovenfor nevnte avgjørelser. Det bør likevel være et moment i den totale vurderingen av om valgtrett foreligger da det har stor betydning for arbeidstakeren. Vurderingen må gjøres ut fra hvor negativ endringen i arbeidstid blir i den konkrete situasjon for arbeidstakeren, og om endringen tilfredstiller kravet om at den må være ikke uvesentlig negativ.

Endring i arbeidstid kan for mange arbeidstakere medføre store omveltninger i hverdagen. Om arbeidstaker fra tidligere er vant med å jobbe en vanlig arbeidsdag fra kl 08.00 til kl. 16.00, for så å hente barna i barnehagen, vil det være av stor betydning om arbeidstakeren blir forespeilet en arbeidstid på kveldstid. Spesielt vil dette være negativt for

eneforsørgere og barnefamilier som kanskje ikke har alternativer til barnehage. Slik praksisen rundt barnehagene er i dag er de ofte ikke åpne lenger enn til kl 17.00, og da vil man bli stilt overfor et stort problem med tanke på barnepass. Endring til mer ugunstig arbeidstid vil også kunne medføre sosiale begrensninger siden man ikke kan være med på alminnelige aktiviteter som forgår når andre kommer hjem fra jobb.

I utgangspunktet er det arbeidsavtalen som regulerer arbeidstiden til den enkelte arbeidstaker, og man er forpliktet til å utføre arbeidet i den arbeidstid og på den tid av døgnet som følger av arbeidsavtalen.⁶⁰ Samtidig kan arbeidsgiver innenfor styringsretten fastsette arbeidstiden, så lenge arbeidstiden blir plassert innenfor rammene til lovgivning, tariffavtaler og arbeidsavtalen.⁶¹ Ved endring av arbeidstiden må arbeidsavtalen tolkes og en vurdering må foretas for å avgjøre om det kan skje en endring av arbeidstiden uten arbeidstakerens samtykke. Må arbeidsgiver gå utenfor rammene for arbeidsavtalen, må endringene ha arbeidstakers godkjennelse. Går ikke arbeidstaker med på endringene, vil arbeidsgiver enten måtte gå tilbake på endringene eller gå til oppsigelse av arbeidstakeren. Et alternativ til oppsigelse kan være endringsoppsigelse, hvor arbeidstakeren får tilbud om å fortsette i jobben på de endrede vilkårene. En slik oppsigelse må være saklig begrunnet etter aml § 15-7.⁶²

Hvor mye endring en arbeidstaker må tåle før endringen kan klassifiseres som ikke uvesentlig negativ foreligger det ikke noe godt mål på. Må arbeidstaker som hos overdrager har hatt arbeidstid fra kl 08.00 til kl. 16.00 fra mandag til fredag finne seg i å jobbe turnus med natte- og helgevakter? Svaret på dette må bli en tolkning av arbeidsavtalen, men som et generelt grunnlag vil jeg hevde at dette eksempelet nok ville være et moment som talte for en valgtrett for arbeidstakeren.

⁶⁰ Jakhelln (2007) s. 273

⁶¹ Jakhelln (2007) s. 63

⁶² Jakhelln (2007) s. 49

Konklusjonen blir etter dette at det kan legges vekt på endret arbeidstid ved en virksomhetsoverdragelse i favør av valgrett for arbeidstaker, men da Høyesterett ikke har inntatt et klart standpunkt vil grensedragningen for hvor stor endring arbeidstaker må tåle, må denne baseres på det enkelte konkrete tilfelle og tolkes ut fra arbeidstakers arbeidsavtale.

4.9.5 Endring i arbeidsoppgavene

De fleste omstillingsprosesser i arbeidslivet innebærer endring for de involverte parter. Spørsmålet er om endring i arbeidsoppgaver kan være ikke uvesentlige negative endringer som kan føre til en valgrett. Dette må avveies konkret i hvert enkelt tilfelle.

I Rt. 1999 s. 977 (Nemko) beholdt arbeidstakeren sitt arbeidsområde. Det skjedde der ingen varig endring i arbeidsoppgavene, men arbeidstakeren ble ved enkelte anledninger benyttet som stasjonær vakt ved ulike bygg. Dette var kun en midlertidig endring som Høyesterett mente ikke betød noen endring i stillingens innhold. Som eksempel på endret stillingsinnhold kan det tenkes at arbeidstakeren fikk i oppgave å være vokter på T-banen i tillegg til de vanlige resepsjonistoppgavene.

Arbeidsavtalen vil stå sentralt også ved denne vurderingen. Har man som arbeidstaker klart definerte oppgaver som endres, vil det være lettere å konstatere ikke uvesentlige negative endringer enn om man har vagt utformede arbeidsoppgaver. Lærlinger vil for eksempel være mer utsatt for endring i arbeidsoppgaver da disse kontraktene ofte er vagere utformet og har et mer midlertidig preg enn vanlige ansettelsesavtaler. Arbeidsgiver vil da lettere kunne endre innholdet i arbeidsoppgavene uten å komme i konflikt med arbeidsavtalen. Jo klarere vilkår man har i arbeidsavtalen, dess mindre endring er det som skal til før man kan stadfeste at arbeidssituasjonen og arbeidskontrakten har skiftet realitetsinnhold og ført til ikke uvesentlige negative endringer slik at arbeidstaker har en valgrett.

Mister arbeidstaker tidligere pålagte arbeidsoppgaver kan dette i mange tilfeller føles negativt. Det kan være vanskelig på forhånd å se om det vil komme endringer i arbeidssituasjonen. I noen tilfeller vil det være klart allerede på overdragelsestidspunktet at

arbeidstakeren vil bli fratatt arbeidsoppgaver. Det må en foreligge en betydelig endring før man kan stadfeste en ikke uvesentlig negativ endring i arbeidssituasjonen. Et eksempel kan være at en ansatt i en lederstilling blir fratatt typiske lederoppgaver som personalansvar, eksempelvis en økonomisjef som blir satt til kun å føre regnskap. Samme situasjon vil man være i om arbeidstaker har veldig mange arbeidsoppgaver innenfor sin arbeidssituasjon og blir fratatt flere av disse oppgavene slik at han ikke har like mange ansvarsområder som tidligere. Denne endringen i arbeidsoppgavene må vurderes opp mot hvilke endringer arbeidsgiver kan foreta som følge av styringsretten.

Utgangspunktet vil igjen være hva som er avtalt i arbeidsavtalen. Ved en så signifikant endring i arbeidsoppgavene som beskrevet i eksempelet foran, vil situasjonen være at en ikke uvesentlig negativ endring foreligger og arbeidsgiver må gå til endringsoppsigelse. Konsekvensen av en endringsoppsigelse vil ved virksomhetsoverdragelse være at opphøret av arbeidsforholdet anses som en følge av arbeidsgivers forhold etter aml § 16-4 2. ledd. Følgen av dette vil igjen være at aml § 16-4 3. Ledd kommer til anvendelse og arbeidstakeren har rett til å stå i stilling etter aml § 15-11 og kan få kjent oppsigelse ugyldig og kreve erstatning etter aml § 15-12.

Konklusjonen blir dermed at endringer i arbeidsoppgaver kan føre til ikke uvesentlige negative endringer for arbeidstakers situasjon.

4.9.6 Risiko for oppsigelser/overtallighet hos erverver

Ved virksomhetsoverdragelser vil det i enkelte tilfeller forekomme usikkerhet rundt den fremtidige driften av den overtagende virksomhet og arbeidsplassene til de overførte arbeidstakere. Dette kan medføre en overtallighetsproblematikk, som kort går ut på at noen av arbeidstakerne ved ervervende virksomhet ikke lenger trengs i virksomheten og derfor blir sagt opp. Spørsmålet er om potensiell fare for å bli oppsagt eller overtallig kan være en ikke uvesentlig negativ endring som kan føre til valget. Dette må avveies konkret i hvert enkelt tilfelle.

I Rt. 2000 s. 2047 tok Høyesterett ikke stilling til en eventuell løsning på et overtallighetsproblem, da retten mente dette ikke var en reell problemstilling. Virksomheten og dens arbeidstakere var innenfor helse- og omsorgsyrker, og det var et konstant underskudd på bemanning. Spørsmålet ble dermed avfeid som en rent teoretisk problemstilling.

I Rt. 2000 s. 2058 (Miljøtransport) var det usikkerhet rundt en eventuell overtallighetssituasjon, og det var dette som ble utslagsgivende for flertallets begrunnelse for at arbeidstakerne hadde hatt en valgrett. Det ble fremhevet at det dreide seg om et særlig konkurranseutsatt område og at rasjonaliseringstiltak og bemanningsreduksjon var nærliggende. Følgen av denne overtalligheten var at noen ble sagt opp, men i denne saken tok Oslo kommune affære og tok ansvar for enkelte av arbeidstakerne som kunne blitt sagt opp av Miljøtransport A/S. Selv om overtallighetsproblematikken var et hovedspørsmål i saken, ble avgjørelsen tatt på annet grunnlag. Annenvoterende, som representerte flertallet, uttalte på side 2071 at:

”Utslagsgivende for min vurdering er den usikkerhet i forhold til en overtallighetssituasjon som virksomhetsoverdragelsen her innebar.”

Han uttaler videre at:

”Jeg ser det som lite tvilsomt at arbeidstakernes faktiske muligheter for omplassering ville vært langt bedre hos den store arbeidsgiver Oslo kommune enn hos Miljøtransport AS.”

Dette er et obiter dictum da uttalelsene ikke hadde direkte betydning for sakens utfall. På den ene siden kan det anføres at dette reduserer den rettskildemessige vekten av uttalelsene. På den annen side har Høyesterett valgt å uttale noe om akkurat dette spørsmålet selv om det ikke er opp til avgjørelse, og det kan dermed anføres at obiter dictaet må tillegges

vekt.⁶³ Det kan hevdes at uttalelsene viser at en usikkerhet rundt overtallighet i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse vil være et moment i avgjørelsen om en arbeidstaker har valgrett.

Hvordan situasjonen er i overdragende virksomhet mht overtallighet kan ha betydning for hvor mye vekt man kan legge på dette momentet. Er overdragende virksomhet en stor, sikker arbeidsplass hvor driftsinnskrenkninger og oppsigelser pga rasjonaliseringstiltak ikke er aktuelt, vil overdragelse til en mindre virksomhet ha større betydning enn om overdragende virksomhet går en usikker fremtid i møte. I alle fall må situasjonen føre til ikke uvesentlige negative endringer for arbeidstakeren for at arbeidstakeren skal ha valgrett.

Etter uttalelsene til Høyesterett i Rt. 2000 s. 2058 (Miljøtransport) pekte i retning av at den noe mer usikre fremtidige arbeidssituasjon hos Miljøtransport kontra Oslo kommune var hovedargumentet for at arbeidstakerne tidligere hadde hatt en valgrett, må det legges betydelig vekt på dette momentet i vurderingen av om det foreligger ikke uvesentlige negative endringer for arbeidstaker etter en virksomhetsoverdragelse.

4.9.7 Overgang fra offentlig sektor til privat eierskap

I Rt. 2000 s. 2047 (Lovisenberg) var det et spørsmål om det hadde noe å si for arbeidstakernes valgrett at man ble overført fra en offentlig drevet virksomhet til et privat selskap. Dette må avgjøres etter en konkret avveining.

Førstvoterende uttalte at det etter hans mening ikke hadde noen selvstendig vekt at overdragelsen skjedde fra offentlig til privat virksomhet. Han mente det avgjørende måtte være om dette konkret og praktisk hadde medført inngripende endringer i arbeidssituasjonen.⁶⁴ Det er med andre ord ikke tilstrekkelig for å stadfeste en valgrett for

⁶³ Eckhoff (2001) s. 172

⁶⁴ Rt 2000 s. 2047 på s. 2055

arbeidstakerne at man blir overført fra offentlig til privat sektor; skifte fra offentlig til privat eierskap må medføre ikke uvesentlige negative endringer i arbeidssituasjonen for at kriteriene for valgrett kan sies å være oppfylt.

De ansatte ved Diakonhjemmet og Lovisenberg, som var den ankende part i saken, hevdet at offentligrettslig lovgivning, som gjelder for ansatte i offentlig sektor, ville gi større rettigheter i form av en mer betryggende saksbehandling. Høyesterett avfeide denne påstanden, og viste til at den ankende part ikke hadde påvist at det hadde noen praktisk betydning med forskjellig rammelovgivning for offentlig og privat. Den ankende part hevdet også at man som ansatt i privat virksomhet ikke hadde de samme muligheter til videre- og etterutdanning og likestilling. Høyesterett kom til at disse argumentene heller ikke godtgjorde at man, som følge av overføring fra offentlig til privat virksomhet, kunne påvise ikke uvesentlige negative endringer i arbeidssituasjonen.

Det Høyesterett viser med sin avfeielse av den ankende parts påstander er at det ikke er tilstrekkelig at det skjer en overgang fra offentlig til privat virksomhet. Som førstvoterende uttaler i Rt. 2000 s. 2047 (Lovisenberg) er det vanskelig å påvise en praktisk og konkret forskjell for arbeidstakerne i kraft av overføringen. Å hevde en valgrett kun basert på at man som arbeidstaker blir overført fra offentlig til privat virksomhet kan derfor ikke føre frem.

4.9.8 Flere mindre endringer

Hvis det forekommer mange mindre endringer i arbeidssituasjonen kan dette lede til ikke uvesentlige negative endringer for arbeidstakeren. I disse tilfellene vil det være avgjørende om de samlede endringene i sum gjør at arbeidsforholdet skifter realitetsinnhold og fører til en ikke uvesentlig negativ endring for arbeidstakers situasjon. I et slikt tilfelle vil ikke de enkelte endringene nødvendigvis i seg selv fylle kravene for å stadfeste en valgrett, men hvis det foreligger flere små endringer vil det kunne tenkes at kriteriet for valgrett blir oppfylt. Ved tvil om en endring er stor nok til å utløse valgrett i seg selv, vil det være

naturlig å se på om andre endringer er forekommet og om arbeidssituasjonen samlet sett innebærer ikke uvesentlige negative endringer.

4.10 Tidspunkt for bedømmelsen av om en valgrett foreligger

Det må knyttes et gitt tidspunkt til når de negative endringene i arbeidsforholdet utløser en valgrett. Logisk nok er det situasjonen på overdragelsestidspunktet som er kjent for partene, mens det i de fleste tilfeller vil være vanskelig å si hvordan situasjonen vil være noe lenger frem i tid. I Rt. 2000 s. 2047 (Lovisenberg) behandler førstvoterende dette spørsmålet (se side 2054):

”Jeg tilføyer at bedømmelsen av om endringene i arbeidsforholdet er av en slik karakter at de bør utløse valgrett, må skje med utgangspunkt i situasjonen når virksomhetsoverdragelsen finner sted, også slik at de nærliggende fremtidige endringer tas i betraktning. Men det må også i noen grad være riktig å legge vekt på den senere kjente utvikling, i særdeleshet når den synes å bekrefte antakelser arbeidstakerne har hatt om en forverret situasjon etter overføringen, og som de ga uttrykk for før denne fant sted.”

Høyesterett slår med dette fast at det er situasjonen på overdragelsestidspunktet man må ta utgangspunkt i når man skal bedømme om det foreligger valgrett eller ikke. Det åpnes likevel for å ta med i betraktningen nærliggende fremtidige endringer, men dette kan jeg ikke forstå annerledes at må gjelde kun den nære og umiddelbare fremtid. Etter min mening kan det neppe legges til grunn at man kan legge vekt på situasjoner som først kan komme til å bli realitet langt frem i tid. Førstvoterende åpner også for å legge vekt på den senere utvikling i spesielle tilfelle hvor arbeidstakerne har forutsett og gitt uttrykk for den negative endringen. Jeg mener man i alle tilfelle ikke kan trekke ut tidspunktet for vurderingen lenger enn Høyesterett gjorde i Rt. 2000 s. 2058 (Miljøtransport) hvor flertallet vekt på at en rasjonaliserings- og nedbemanningsprosess var en ”nærliggende følge”.⁶⁵

⁶⁵ Rt 2000 s. 2058 på s. 2071

Annenvoterende viser deretter til de ovenfor siterte uttalelser fra Rt. 2000 s. 2047 (Lovisenberg).

Oppsummeringsvis kan det sies at utgangspunktet om det foreligger en valgrett for arbeidstakerne ved virksomhetsoverdragelse vil foreligge ved overdragelsestidspunktet, men at en nærstående fremtidig ikke uvesentlig negativ endring for arbeidstakerne skal tas i betraktning.

4.11 Konsekvensen av at valgrett foreligger

4.11.1 Innledning

Det er her hensiktsmessig å skille mellom de tilfeller hvor arbeidstakeren har arbeidet hos ervervende virksomhet i perioden han/hun ventet på stadfestelse av om en valgrett forelå eller ikke, og de tilfeller hvor arbeidstaker ikke arbeider for erververen.

Holo hevder at det vil være etablert et ansettelsesforhold til ervervende virksomhet hvor arbeidstaker har arbeidet for erververen i tidsrommet han/hun ventet på en avklaring av valgretten. I disse tilfellene må arbeidstaker si opp arbeidsforholdet til ervervende virksomhet, arbeide for denne til oppsigelsesfristen utløper for deretter å returnere til sin tidligere stilling hos overdragende virksomhet.⁶⁶ Evju er ikke enig i dette standpunkt. Han mener en påberopelse av valgretten før man går over til ervervende virksomhet i avklaringsperioden vil være en form for ”betinget” ansettelse, slik at arbeidstaker ikke vil ha noen plikt til å arbeide ut oppsigelsesfristen. Bakgrunnen for dette er at arbeidstaker ønsker å komme i arbeid hos opprinnelig arbeidsgiver så fort som mulig. En oppsigelsesfrist kan løpe i flere måneder, og dette harmonerer etter Evju’s syn dårlig med valgrettens formål om å verne arbeidstakers posisjon ved virksomhetsoverdragelse.⁶⁷

⁶⁶ Holo (2006) s. 983

⁶⁷ Evju (2006) punkt 4.3.1

Jeg vil slutte meg til Evju's resonnement. Det vil, som Evju hevder, ha formodningen for seg at arbeidstaker som har valgt vil innfinne seg hos opprinnelig arbeidsgiver så raskt som mulig etter at valget er stadfestet. Ved beslutningen om å, i påvente av en avklaring, bli med til ervervende virksomhet vil det ofte ikke foreligge noe fullgodt alternativ for en vanlig arbeidstaker som er avhengig av inntekt. Det taler også for denne løsning at ervervende virksomhet er klar over at valget er gjort gjeldende, og denne må derfor ta forbehold om at valget foreligger.⁶⁸

Har arbeidstaker ikke arbeidet for ervervende virksomhet under avklaringsperioden har han ikke noen forpliktelse overfor ervervende virksomhet og kan fritt returnere til sin tidligere stilling.

Når valget foreligger, og den er utøvd i tide, har ansettelsesforholdet mellom overdragende virksomhet og arbeidstaker aldri opphørt.

4.11.2 Valgets betydning for utvelgelsen ved senere nedbemanning

For overdragende virksomhets vedkommende har en rettmessig valget for arbeidstakeren den virkning at arbeidsforholdet aldri var opphørt. Som nevnt ovenfor vil valget for arbeidstaker i noen tilfeller føre til en overtallighetssituasjon i overdragende virksomhet. Denne situasjonen kan løses ved oppsigelse eller permitteringer. Spørsmålet er hvor mye vekt man skal/bør tillegge dette forholdet ved en nedbemanning i forhold til andre relevante utvelgelseskriterier.

Oppsigelse må skje etter de vanlige regler og prosedyrer som ved en hvilken som helst annen oppsigelse etter aml § 15-7 med de vurderings- og saklighetskrav som følger av bestemmelsen. Om en av arbeidstakerne har valget og har benyttet seg av denne, kan det likvel tenkes at dette kan spille inn som et moment i utvelgelsesprosessen siden arbeidstakeren da strengt tatt har hatt tilbud om annet arbeide og i praksis vil fortrenge sine

⁶⁸ Evju (2006) punkt 4.3.1

arbeidskolleger ved den overdragende virksomhet.⁶⁹ I Rt. 1999 s. 989 (Vest-Ro) uttalte førstvoterende på side 995 at:

”...når det er tale om å fortrenge andre ansatte, må det også legges vesentlig vekt på at Stokkedal som følge av arbeidsmiljøloven kapittel XII A har hatt tilbud om stilling hos ISS.”

Uttalelsen fra Høyesterett viser at det skal legges vekt på at en ansatt har sagt nei til stilling hos den ervervende virksomhet, og denne arbeidstaker vil som følge av den utøvede valgretten kunne stille svakere i en utvelgelsesprosess enn kolleger som ikke har hatt muligheten til å ta annet arbeid.

Ansiennitet, som i utgangspunktet skal vektlegges mest ved en utvelgelsesprosess⁷⁰, kan fravikes når det foreligger saklig grunn.⁷¹ Høyesterett mente i Rt. 1999 s. 989 (Vest-Ro) at benyttelse av valgrett var saklig grunn til ikke å fortrenge andre arbeidstakere, og jeg vil slutte meg til deres konklusjon. Spriket mellom de to ansattes ansiennitet var i dette tilfellet ikke mer enn 6 måneder i favør av arbeidstaker med valgrett, men jeg mener arbeidstaker som har utøvd valgrett ikke kan fortrenge andre arbeidstakere i virksomheten nærmest uavhengig av forskjell på ansiennitet. Etter min mening var det konklusjonen en god vurdering av Høyesterett, da det ville være urimelig at en arbeidstaker, som har hatt et tilbud om arbeid, skal fortrenge en ”uskyldig” tredjepart som ville bli rammet urimelig hardt av en kollegas manglende vilje til å overføres til en annen virksomhet. Arbeidstakeren med valgrett kan ha gode grunner for sitt valg, men den alternative oppsagte kollega uten valgrett vil ikke ha samme grad av forutsigbarhet og mulighet til å være herre over egen skjebne.

⁶⁹ Evju (2006) punkt 4.3.1

⁷⁰ Følger forutsetningsvis av Hovedavtalen § 9-12

⁷¹ Hovedavtalen § 9-12

I forhold til arbeidstaker med færre kvalifikasjoner mener jeg det samme standpunkt må inntas. Arbeidstaker med utøvd valgrett har hatt muligheten til å bli med til ervervende virksomhet og få en tilsvarende stilling som arbeidstakeren hadde hos overdragende virksomhet, og det vil virke urimelig overfor gjenværende arbeidstaker at arbeidstaker med valgrett skulle fortrenge dennes arbeidsforhold. Ofte er det ved virksomhetsoverdragelser en grunn til at nettopp de aktuelle arbeidstakerne blir overflyttet til ervervende virksomhet.

Konklusjonen blir følgelig at det må legges meget stor vekt på at arbeidstaker har utøvd valgrett i utvelgelsesprosessen ved senere nedbemanning.

4.12 Frist for utøvelse av valgretten

4.12.1 Innledning

Hvis arbeidstaker drøyer lenge med å ta stilling til om han blir med over til ny eier av virksomheten, vil dette kunne skape usikkerhet rundt virksomhetens situasjon ved overdragelsen, og ha innvirkning på hvordan virksomhetens arbeidstakersituasjon er ved overdragelsen. For den overdragende arbeidsgiver er det viktig å vite hvor mange som blir med over til ervervende arbeidsgiver da han kan risikere å bli sittende igjen med for mange arbeidstakere slik at han må foreta oppsigelser. For ervervende arbeidsgiver er det viktig å vite hvor mange arbeidstakere som blir med ved overføringen siden han må vite om han har nok arbeidskraft til å drive virksomheten videre eller om han må ansette nye medarbeidere som kanskje har behov for mer eller mindre omfattende opplæring. En rask avklaring på spørsmålet er viktig for både ervervende og overdragende virksomhet.

Om en arbeidstaker ønsker å benytte seg av en reservasjons- og valgrett må beslutning om dette gis til arbeidsgiver innen visse frister. Det kan skilles mellom to situasjoner. I den første situasjonen har arbeidsgiver satt en frist for utøvelse av valgrett, mens arbeidsgiver i den andre situasjonen ikke har satt noen eksplisitt frist. Spørsmålet er når arbeidstaker må benytte seg av valgretten for å holde seg innenfor fristene, eventuelt når passiviteten får virkning for valgretten i den andre situasjonen.

4.12.2 Arbeidsgiver har satt en frist

I aml § 16-3 annet ledd er det gitt en regulering av fristen for utøvelse av reservasjonsretten etter første ledd. Arbeidstaker må gjøre gjeldende sin reservasjonrett innen en frist fastsatt av overdragende arbeidsgiver, og fristen kan ikke være kortere enn 14 dager etter at informasjon om overdragelsen er gitt til arbeidstakerne etter aml § 16-6. Spørsmålet er om det samme utgangspunkt gjelder for valgretten.

Holo hevder at en valgrett må utøves innen overdragelsestidspunktet. Bakgrunnen for dette standpunkt er at han mener en rett til å kreve valgrett etter overdragelsestidspunktet i realiteten vil være en rett til å kreve arbeidsforholdet gjenopprettet, og at en slik eventuell rett må ha et særskilt rettsgrunnlag. Et slikt grunnlag finnes ikke i norsk rett, mener han.⁷² Han hevder videre at det er lite behov for arbeidstakeren å ha en utvidet frist ift. valgretten, da arbeidstakeren i de fleste tilfeller uansett må beslutte om han skal benytte seg av reservasjons- eller valgrett før overdragelsestidspunktet da dette i utgangspunktet utgjør et opphørsgrunnlag for ansettelsesforholdet.⁷³

Evju er av en annen oppfatning. Han begrunner sitt standpunkt i mindretallsvotumet fra Rt. 2000 s. 2047 (Lovisenberg) hvor annenvoterende uttaler at valgretten (side 2057):

”må forutsettes tilkjennegitt senest ved tidspunktet for virksomhetsoverdragelsen”

og at flertallet i Rt. 2000 s. 2058 (Miljøtransport) ikke sa seg enig i dette utgangspunkt når de avsa dommen rett etter Rt. 2000 s. 2047 (Lovisenberg). Flertallet holdt i Rt. 2000 s. 2058 (Miljøtransport) åpent for at valgretten kan gjøres gjeldende også etter overdragelsestidspunktet. Følgelig mener Evju at man har det rettsgrunnlaget Holo etterlyser for at arbeidstaker skal ha en ”gjenopprettelsesrett” overfor overdragende virksomhet.⁷⁴ I tillegg hevder Evju at denne løsningen harmonerer best med løsningen for

⁷² Holo (2006) s. 981

⁷³ Holo (2006) s. 980

⁷⁴ Evju (2006) punkt 4.4.1

reservasjonsretten etter aml § 16-3 2. ledd da reservasjonsretten kan hevdes etter overdragelsestidspunktet med bakgrunn i om 14-dagersfristen avsluttes etter tidspunktet for overdragelsen.⁷⁵

Etter min vurdering har Evju's resonnement mest for seg. Jeg mener som Evju at arbeidstakeren må ta et standpunkt eller at fristen må utløpe før man kan konstatere et opphørstidspunkt. Hvis valgretten skulle bortfalle på et tidligere tidspunkt enn reservasjonsretten, ville systemet ikke henge sammen da reservasjonsretten er en forutsetning for valgretten.⁷⁶ Konklusjonen blir følgelig at valgretten kan gjøres gjeldende etter samme frister som reservasjonsretten etter aml § 16-3 2. ledd.

4.12.3 Arbeidsgiver har ikke satt en frist

Hvis overdrageren ikke setter en frist for utøvelse av reservasjonsretten, blir spørsmålet hva som blir virkningen av dette. Grensdragningen for valgretten er den samme som for reservasjonsretten.⁷⁷ Det forutsettes i det følgende at det foreligger en valgrett, og at arbeidsgiver ikke har satt den frist han må sette etter aml § 16-3.

Etter en tolkning av aml § 16-3 2. ledd kan det ikke følge av bestemmelsen at kan gå tilbake til en 14-dagersfrist fra informasjonen etter aml § 16-6 er gitt. For at aml § 16-3 2. ledd skal komme til anvendelse, må en frist være satt av arbeidsgiver. Utgangspunktet kan imidlertid ikke være at valgretten går tapt hvis arbeidsgiver ikke oppfyller sin plikt til informasjon.⁷⁸

Av hensyn til partene må det trekkes en tidsgrense for i hvor lang tid valgrettsspørsmålet kan stå åpent. Rt. 2000 s. 2058 (Miljøtransport) setter en absolutt grense på 1 år fra

⁷⁵ Evju (2006) punkt 4.4.1

⁷⁶ Evju (2006) punkt 4.4.1

⁷⁷ Evju (2006) punkt 5

⁷⁸ Evju (2006) punkt 5

overdragelsestidspunktet, men denne grensedragningen er altfor vid. Hva som ligger i ”lengre tid” slik annenvoterende uttaler⁷⁹ er i rettspraksis uvisst, men etter min mening må arbeidstaker så fort som mulig ta stilling til om han vil benytte seg av valgretten eller ikke. For å sette en imaginær grense vil 1 måned etter min mening være ”lengre tid” i denne sammenheng.

Ved passivitetsvurderingen må man ta hensyn til flere forhold, bl.a. om arbeidstakeren befinner seg i et ansettelsesforhold osv, men dette vil være forskjellig fra tilfelle til tilfelle.⁸⁰

Konklusjonen blir dermed at arbeidstaker ikke kan holde valgretts spørsmålet åpent i lengre tid, men manglende informasjon til arbeidstaker om valgrett vil ikke føre til tapt valgrett for arbeidstakeren.

4.13 Rettsvirkninger av å oversitte fristen

Som hovedregel må valgretten benyttes innen overføringstidspunktet.⁸¹ Konsekvensen av ikke å utøve valgretten i tide vil, som i Rt. 2000 s. 2058 (Miljøtransport), bli at man ikke har rett til å utøve valgretten.

Mindretallet i Rt. 2000 s. 2047 (Lovisenberg) uttaler at om arbeidstakerne fortsetter i virksomheten etter overdragelsen, må det anslås at man har mistet sin valgrett.⁸²

⁷⁹ Rt. 2000 s. 2058 på s. 2071

⁸⁰ Evju (2006) punkt 5

⁸¹ Holo (2006) s. 981

⁸² Rt. 2000 s. 2047 på s. 2055

5 Fortrinnsrett

5.1 Innledning

Etter en virksomhetsoverdragelse kan arbeidstaker som har benyttet seg av reservasjonsretten på visse vilkår få fortrinnsrett til ny stilling hos tidligere arbeidsgiver hvis det blir ledig stilling hos denne innen ett år fra overdragelsestidspunktet. Spørsmålet er hvilke vilkår som må foreligge for å få fortrinnsretten, og hvordan denne fortrinnsretten forholder seg til den alminnelige fortrinnsrett etter aml § 14-2.

5.2 Vilkårene

Arbeidstaker som blir overført til den ervervende virksomhet har avsluttet sitt ansettelsesforhold til den overdragende virksomhet, og vil dermed ikke ha noen fortrinnsrett etter aml § 16-3 3. ledd.⁸³ Bakgrunnen for en fortrinnsrett etter aml § 16-3 3. ledd er at den skal sikre arbeidstakerne en mulighet til å komme tilbake til overdragende virksomhet etter at reservasjonsretten er utøvd, om det blir en ledig stilling der som arbeidstakeren er kvalifisert for. Fortrinnsretten er ment å virke som et incitament til at virksomhetsoverdragelsen blir gjennomført som planlagt.⁸⁴

Fortrinnsretten gjelder i ett år fra overdragelsestidspunktet. Hensynet til forutberegnelighet og planlegging av driften av virksomheten lå til grunn når arbeidslivslovutvalget foreslo å ha samme tidsbegrensning på fortrinnsrett etter aml § 16-3 3. ledd som etter aml § 14-2 3. ledd. Utgangspunktet for denne ett-årsregelen er likevel noe forskjellig for de to bestemmelsene. For aml § 14-2 3. ledd sitt vedkommende løper fristen fra oppsigelsesfristens utløp, og fortrinnsretten gjelder fra oppsigelsestidspunktet, mens fortrinnsrett etter aml § 16-3 3. ledd gjelder i ett år fra overdragelsestidspunktet. Dette for å gi fristeberegningen størst mulig grad av klarhet og forutberegnelighet.⁸⁵

⁸³ Holo (2006) s. 984

⁸⁴ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 21.4.4 side 267

⁸⁵ NOU 2004:5 s. 390

Det må ligge noen forutsetninger til grunn for å få fortrinnsrett etter aml § 16-3 3. ledd. For det første må arbeidstakere ha vært ansatt i virksomheten i til sammen ett av de to siste år før selve overdragelsestidspunktet. Bakgrunnen for dette er at det bør kreves en viss tilknytning til virksomheten før man kan få en fortrinnsrett. At tilknytningstiden ble satt til de tolv siste måneder av de to siste år har sammenheng med kriteriene for å få fortrinnsrett etter aml § 14-2 3. ledd.⁸⁶

I tillegg må arbeidstakeren være kvalifisert for stillingen ved tidspunktet for utøvelsen av fortrinnsretten. Holo uttaler på side 984 at arbeidstakeren kun har fortrinnsrett til stilling man er kvalifisert for på tidspunktet for utøvelsen av fortrinnsretten, slik at arbeidstakeren ikke kan kreve opplæring til stilling som vedkommende i utgangspunktet ikke er kvalifisert for. Hvis jeg forstår Holo rett og han mener dette bokstavelig, er det en meget bastant påstand som jeg mener må modifiseres noe. Ordinær opplæring og innføring må etter min mening kunne kreves, da dette er vanlig prosedyre ved nyansettelser og fortrinnsrett etter aml § 14-2 og man som arbeidstaker ofte har krav på tilstrekkelig opplæring i stillingens arbeidsoppgaver. Det må trekkes en grense mellom de arbeidstakere som er kvalifisert og har forutsetninger for å klare jobben men likvel må ha noe opplæring, og de som ikke er kvalifisert og er avhengige av omfattende skolering og opplæring før man kan fylle stillingen på en tilfredstillende måte.

Det gjelder en frist for arbeidstaker til å godta et eventuelt tilbud om passende stilling hos tidligere arbeidsgiver. Denne frist er satt til 14 dager fra man mottar tilbudet. Godtar man ikke betingelsene for ansettelsen innen denne fristen, vil fortrinnsretten bortfalle.

⁸⁶ NOU 2004:5 s. 390

5.3 Forholdet til aml § 14-2

Arbeidstaker som benytter fortrinnsrett etter aml § 16-3 3. ledd får ikke gjennomslag om arbeidstaker som kan gjøre fortrinnsrett gjeldende etter aml §§ 14-2 og 14-3 krever fortrinnsrett. I ot.prp. nr. 49 (2004-2005) uttaler departementet i punkt 21.4.4 s. 267-268 at

”en fortrinnsrett til ansettelse hos overdrageren bør være subsidiær i forhold til den fortrinnsretten tidligere ansatte i virksomheten har. Arbeidstaker som utøver reservasjonsrett står i en annen situasjon enn de som er blitt sagt opp som følge av virksomhetens forhold, ved at de har avvist muligheten til å fortsette ansettelsesforholdet i erververs virksomhet.”

Denne uttalelsen fra departementet kan også tale for at utøvelse av valgretten kan tillegges betydning ved en eventuell senere nedbemanningsprosess i virksomheten. De samme hensyn kan gjøres gjeldende overfor arbeidstakere som har benyttet seg av en valgrett.⁸⁷ Samme betraktning kan gjøres overfor de deltidsansatte i en virksomhet, som vil ha fortrinnsrett til utvidet stilling etter aml § 14-3.⁸⁸

5.4 Konklusjon

Arbeidstaker som har benyttet seg av reservasjonsretten kan kreve fortrinnsrett etter aml § 16-3 3. ledd til stilling han er kvalifisert for om stillingen blir lyst ut 1 år etter overdragelsestidspunktet og arbeidstakeren de siste 24 måneder har vært ansatt hos virksomheten i minst 12 av disse månedene.

⁸⁷ Jf punkt 4.11.2 om utvelgelse etter benyttelse av valgrett

⁸⁸ Holo (2006) s. 984

6 Ufravikelighet

6.1 Innledning

Etter aml § 1-9⁸⁹ kan man ikke fravike lovens bestemmelser til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særlig fastsatt. Virkningen av at en arbeidsavtale strider mot lovens tvingende bestemmelser vil være at avtalen ikke er bindende.⁹⁰ Bakgrunnen for denne bestemmelsen er lovens vernekarakter; den skal verne den svakerestilte kontraktspart, arbeidstakerne, fra urimelige krav stilt av den overlegne kontraktspart, representert ved arbeidsgiver. Bestemmelsene er så viktige at det som utgangspunkt ikke er anledning til å avtale andre ordninger mellom arbeidstaker og arbeidsgiver enn lovens.⁹¹

Også EF-domstolen har tatt stilling til spørsmålet om det er mulig for arbeidstaker å avtale seg bort fra sine rettigheter. I sak C-324/86 (Daddy's Dance Hall) avtalte en restaurantsjef seg bort fra sine rettigheter ved en virksomhetsoverdragelse, og selv om han oppnådde slike fordeler med den nye ansettelsesavtalen at ansettelsesvilkårene etter en samlet vurdering ikke stilte han dårligere enn den tidligere arbeidsavtalen, mente domstolen at dette ikke gyldig kunne skje.

Det samme synspunkt tiltredes av EF-domstolen i sak C-4/01 (Serene Martin m.fl.). Saken gjaldt endrede pensjonsrettigheter for arbeidstakere som følge av en virksomhetsoverdragelse. Dommens premiss 39-43 henviser til sak C-324/86 (Daddy's Dance Hall), og utgjør dermed ingen forflytning av rettstilstanden etter direktivet i retning av en mer liberalistisk tankegang hvor arbeidstaker og arbeidsgiver kan inngå de betingelser begge parter ser seg best tjent med.

⁸⁹ Bestemmelsen tilsvarende tidligere aml § 5. Dette betyr at tidligere forarbeider vil være relevante ved tolkningen av bestemmelsen.

⁹⁰ Holo (2006) s. 121

⁹¹ Holo (2006) s. 120

Spørsmålet i det følgende er om dette alminnelige utgangspunkt kan fravikes, og om man kan avtale seg bort fra en reservasjons- eller valgrett for arbeidstaker ved virksomhetsoverdragelse.

6.2 Unntak

Som nevnt er det utgangspunktet at arbeidstaker ikke kan avtale seg bort fra sine rettigheter etter lov eller direktiv. Det kan likevel tenkes å foreligge et unntak fra denne alminnelige hovedregel. Aml § 1-9 tillater ikke forhåndsavtalte betingelser og standarder i arbeidstakers arbeidskontrakt og ansettelsesforhold som ikke er i overenstemmelse med de preseptoriske bestemmelsene i loven. Aml § 16-3 er en slik preseptorisk bestemmelse. Valgretten er ikke lovfestet, men denne er så ettertrykkelig forankret i norsk rett at det ikke kan være tvil om at arbeidstakere har en valgrett når visse vilkår foreligger.⁹²

Aml § 1-9 kan likevel ikke forstås slik at den forbyr arbeidstakeren å gi avkall på reservasjons- og/eller valgrett når situasjonen har aktualisert seg.⁹³ Arbeidstakeren kan da gi avkall på sin reservasjons- og valgrett, og eventuelt bruke dette avkallet som et forhandlingskort mot den overdragende virksomhet.

I slike tilfeller kan det være vanskelig å skille mellom hva som totalt sett blir like gode betingelser for arbeidstaker eller om de reelt sett blir dårligere. Om man f. eks. kan ta hensyn til at arbeidstaker allerede har fått seg annet arbeide utenfor de to virksomheter som er parter i overdragelsen, foreligger det ikke noe klart svar på. I alle tilfeller kan spørsmålet legges frem for Arbeidstilsynet til gjennomgang, og Arbeidstilsynet kan også av eget initiativ avgjøre et slikt spørsmål.⁹⁴

⁹² Jf punkt 4

⁹³ Holo (2006) s. 121

⁹⁴ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) kapitel 13 s. 103

Etter dette kan aml § 1-9 ikke være kategorisk til hinder for at arbeidstaker avtaler seg bort fra en reservasjons- og/eller valgrett når virksomhetsoverdragelsen har aktualisert seg.

6.3 Når har situasjonen aktualisert seg?

For å avgjøre når en arbeidstaker har mulighet til å avtale seg bort fra en reservasjons- og/eller valgrett, må man finne frem til skjæringspunktet for når situasjonen har aktualisert seg. Det vil i det følgende bli tatt utgangspunkt i tre forskjellige tidspunkt i prosessen for virksomhetsoverdragelse.

Det første tidspunktet er når forhandlinger om virksomhetsoverdragelsen blir innledet mellom de involverte virksomheter. Det er på dette tidspunktet tydelig at partene ser at det kan komme til å foreligge en avtale. Om situasjonen tilfredstiller kravet om at virksomhetsoverdragelsen har aktualisert seg, er ikke like tydelig. På det innledende forhandlingsstadiet er det fortsatt mye som står igjen før overdragelsen er et faktum. Ved store overdragelser vet ofte ikke arbeidstakerne om at forhandlinger pågår, da virksomheter holder dette skjult pga presseomtale.

Det andre tidspunktet er når generalforsamling, styret eller eier av virksomheten har fattet beslutning om å foreta overdragelsen. På dette stadiet vil virksomhetsoverdragelsen med stor sannsynlighet bli gjennomført, men det er likevel et usikkerhetsmoment at man har en medkontrahent å forholde seg til. Selv om forhandlingene nærmest er avsluttet og partene i utgangspunktet er enige om betingelsene for overdragelsen, har man sett eksempler på at avtaleparter har trukket seg selv om partene nærmest er enige. Noen endelig avtale om overdragelse er ikke underskrevet, bindende avtale foreligger ikke. Ved store overdragelser er det vanlig at man inngår intensjonsavtaler underveis i forhandlingene, men disse kan ikke sies å binde partene endelig.

Det tredje tidspunktet er når avtalen mellom overdragende og ervervende virksomhet er underskrevet. Virksomhetsoverdragelsen er da et faktum, og avtalen mellom partene er bindende. Det er ofte på dette tidspunktet at informasjon etter aml § 16-6 blir gitt, og

arbeidstakerne kan da benytte seg av reservasjonsretten etter aml § 16-3. Situasjonen har nå eskalert til å føre til rettsvirkninger overfor arbeidstakerne, og de kan først på dette tidspunktet være sikre på at virksomheten vil bli overdratt.

Begrepet ”aktualisert seg” er ikke noe enkelt begrep å bruke som parameter for når en rett inntreffer. At en situasjon er aktuell i denne sammenheng må etter min språklige tolkning medføre at den skjer her og nå og vil føre til endringer for arbeidstakeren. At situasjonen har aktualisert seg når avtale er underskrevet mellom virksomhetene må etter min mening være klart, da situasjonen fortøner seg som virkelighetsnær både i tid og virkning for arbeidstakerne. Om situasjonen har aktualisert seg på et tidligere tidspunkt er jeg mer skeptisk til. Ved beslutning om å gjennomføre virksomhetsoverdragelse fra generalforsamling, styre eller eier vil situasjonen for så vidt være aktuell for arbeidstakerne, men det er likevel usikkerhetsmomenter rundt situasjonen. Om arbeidstakerne skulle kunne frasi seg rettigheter uten at disse formelt har inntruffet, vil det måtte tas forbehold om at virksomhetsoverdragelsen faktisk blir gjennomført. For det første tidspunkt har situasjonen ikke aktualisert seg, da det er mange usikkerhetsmomenter rundt situasjonen i tillegg til at de fleste arbeidstakerne sannsynligvis ikke er formelt informert om at forhandlinger mellom virksomhetene er innledet.

6.4 Konklusjon

Etter dette kommer jeg til at situasjonen har aktualisert seg ved at avtale om virksomhetsoverdragelse blir underskrevet av partene, og arbeidstakerens rettigheter inntretr slik at de kan forhandle om avkall på rettighetene.

Litteraturliste

Bøker:

- Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten* 4. utg. 2. opplag. Oslo, 2007
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære* 5. utg. 2. opplag. Oslo, 2005
- Woxholth, Geir *Avtalerett* 5. Utg. Oslo, 2003
- Engh, Einar *Kan en arbeidstaker reservere seg mot at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver?* Oslo, 1998 (IUSEF-serien nr. 28)
- *Knophs oversikt over norsk rett* Kåre Lilleholt...[et al.] 12. utg. Bergen, 2003
- Berg, Paal *Arbeidsrett* Oslo, 1930
- Fougner, Jan & Holo, Lars *Arbeidsmiljøloven Kommentirutgave* 2. opplag. Oslo, 2006 (I fotnotene vil det kun refereres til Holo, da han har hatt ansvaret for kommentarutgavens behandling av aml kap 16)

Artikler:

- Evju, Stein *Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger: Særlig om reservasjonsrett, tariffvilkår og endringer* *Arbeidsrett og arbeidsliv* Bind 2, 2005 s. 1-91.

Lovgivning:

- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (aml) av 17. Juni 2005 nr. 62
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109
- 1977 Lov om arbeidsmiljø og arbeidervern av 1. juli 1977 nr. 4

- 1956 Lov om arbeidervern av 7. desember 1956 nr 02
- 1936 Lov om arbeidervern av 19. september 1936 nr. 08
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtl.) av 31. mai 1918 nr. 4
- 1892 Lov om tilsyn med arbeid i fabrikker m.v. av 27. Juni 1892

EF-direktiver og forordninger:

- Rådskonklusjon 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter.
- Rådskonklusjon 98/59/EØF
- Rådskonklusjon 77/187/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter.

Dommer:

Høyesterett

- Rt. 1896 s. 530
- Rt. 1952 s. 1217
- Rt. 1999 s. 977
- Rt. 1999 s. 989
- Rt. 1999 s. 1954
- Rt. 2000 s. 2047
- Rt. 2000 s. 2058
- Rt. 2001 s. 418

EF-domstolen

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

- Forenede saker C-144/87 og 145/87 Harry Berg og Johannes T.M. Busschers v Ivo Martin Besselsen, Saml. 1988 EFD side 2559.
- Forenede saker C-171/94 og 172/94 Albert Merckx og Patrick Neuhuys mod Ford Motors Company Belgium SA. Saml. 1996 side I-01253.
- Sak C-324/86 Foreningen af Arbejdsledere i Danmark mod Daddy's Dance Hall A/S. Saml. 1988 side 00739
- Sak C-4/01 Serene Martin, Rohit Daby og Brian Willis mod South Bank University. Saml. 2003 side I-12859

Forarbeider:

- NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget – et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.
- NOU 1996:6 Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v.
- Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Ot. prp. nr. 24 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Ot. prp. nr. 91 (2005-2006) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven og diskrimineringsloven (arbeidstid mv.)
- Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Nettdokumenter:

- Borgerud, Ingeborg Moen *Kommentarer til aml 2005* [sitert 5. februar 2009] (sitert fra rettsdata.no)
- Evju, Stein *Reservasjonsrett og valgrett under et nytt regime* Arbeidsrett 2006 nr. 4 s. 209-227 (sitert fra idunn.no)
- Poulsson, Einar Østerdahl *Arbeidstakers rett til selv å velge arbeidsgiver når arbeidsplassen selges – replikk til Kari Bergeius Andersen og Trond Stang* (Lov og Rett 2001 s. 259-266) Lov og Rett 2001 s. 566-569 (sitert fra lovdata.no)

Tariffavtaler:

- Hovedavtalen LO-NHO (2006-2009)

Oppgaver/spesialavhandlinger:

- Aunet, Jørgen *Arbeidsmiljøloven kap. XII A, virksomhetsoverdragelse [i.e. virksomhetsoverdragelse m.v.: valgrett]* Oslo, 2001

7 Lister over tabeller og figurer m v