

UiO • **Det juridiske fakultet**

Avtalefestet pensjonsordning ved virksomhetsoverdragelse

Hva skjer med AFP-rettigheter ved virksomhetsoverdragelse når erverver ikke har tariffavtale som gir tilsvarende rettigheter?

Kandidatnummer: 517

Leveringsfrist: 25.11.2013

Antall ord: 16 224



Innhold

1	INNLEDNING	1
	Problemstilling.....	1
2	AVTALEFESTET PENSJONSORDNING	4
2.1	Hva er AFP?	4
2.1.1	Pensjonssystemet i Norge	4
2.1.2	AFP i privat sektor – ny og gammel ordning.....	4
2.1.3	AFP i privat sektor	4
2.1.4	Offentlig AFP	7
2.1.5	Særtrekk ved AFP sammenlignet med andre pensjonsordninger	8
3	AFP SOM INDIVIDUELT ARBEIDSVILKÅR	9
3.1.1	Arbeidsmiljølovens § 16-2 – hvilke rettigheter overdras til erverver ved virksomhetsoverdragelsen?.....	9
3.1.2	Arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd – rettighet etter arbeidsavtale.....	9
3.1.3	Arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd - tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse.....	10
3.1.4	Arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd – AFP-ordning ved avtalerettslig disposisjon.....	13
3.1.5	Arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd – rettighet etablert som følge av vilkårets karakter	15
3.1.6	Forarbeider	18
3.1.7	Vedtekter	19
3.1.8	AFP-ordningen versus andre pensjonsordninger	21
3.1.9	Ettervirkning ut over tidsbegrensingen fastsatt i arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd.....	25
3.1.10	Konklusjon	29

4	ARBEIDSMILJØLOVEN § 16-2 TREDJE LEDD – HVILKE PENSJONSORDNINGER OMFATTES?	30
5	KAN AFP-ORDNINGEN KATEGORISERES SOM EN KOLLEKTIV TJENESTEPENSJON?.....	32
5.1.1	Hovedregel – pensjonsordning overføres.....	32
5.1.2	Kollektiv tjenestepensjonsordning, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd første punktum	32
5.1.3	AFP som kollektiv tjenestepensjonsordning jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd første punktum	36
5.1.4	«Pensjonsunntaket» i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd andre punktum	38
6	ARBEIDSMILJØLOVEN § 16-2 TREDJE LEDD SISTE PUNKTUM OG AFP-ORDNINGEN	38
7	IKKE OVERFØRBARE RETTIGHETER	42
7.1.1	”Læren om ikke overførbare rettigheter”	42
7.1.2	Avgrensning mot rettigheter og plikter som bygger på lov	45
7.1.3	Konklusjon	47
8	KOMPENSASJON FOR BORTFALT RETTIGHET	48
8.1.1	Foreligger kompensasjonsplikt for bortfalt rettighet?	48
8.1.2	AFP - kompensasjonsberettiget rettighet ved mislighold?.....	51
8.1.3	Konkret vurdering av AFP-rettighet som erstatningsbetingende ved bortfall	55
9	MERKNADER.....	57
10	LITTERATURLISTE	60

1 Innledning

Problemstilling

Arbeidsmiljøloven kapittel 16 omhandler arbeidstakers rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Dette kapittel gjennomfører direktiv 2001/23/EF¹ i norsk rett. Disse rettsregler skal sørge for at arbeidstakers rettigheter ikke forringes ved virksomhetsoverdragelse. Et viktig formål bak disse reglene er at arbeidsgiver ved virksomhetsoverdragelse ikke kan fri seg fra forpliktelser overfor arbeidstakere.

Arbeidsmiljølovens kapittel 16 kommer til anvendelse der det skjer en virksomhetsoverdragelse i henhold til lovens § 16-1. I begrepet «virksomhetsoverdragelse» ligger at det må skje et skifte av arbeidsgiver, at overføringen har sitt grunnlag i en kontraktmessig disposisjon, og at det som overføres er hel eller del av virksomhet.² Virksomheten må også bevare sin identitet etter overdragelsen.³ Begrepet virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1 omfatter typisk fusjoner, fisjoner, «outsourcing» og «insourcing».⁴ Aksjekjøp og salg faller utenfor arbeidsmiljølovens anvendelsesområde, da det er eiersiden som utskiftes. Arbeidsgiver vil forbli den samme i disse tilfeller.⁵

Avtalefestet pensjon er en tariffbasert pensjonsordning. Den er uløselig knyttet til tariffavtalen. Oppgaven omhandler hva som skjer med AFP-rettigheter ved virksomhetsoverdragelse i tilfeller der erverver reserverer seg mot å få tariffavtale med AFP-bilag overdratt,

¹ Rådets direktiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse arbeidstakernes rettigheter i forbindelse med overførsel av virksomheter eller bedrifter eller deler av virksomheter eller bedrifter av. Heretter omtalt direktivet.

² Næss (2013) s 27

³ Ibid. s. 27

⁴ Ibid. s. 44, 45, 51,

⁵ Ibid. s. 27

eller der erverver vil få gjennomført tariffavtale i sin virksomhet som ikke gir rettigheter etter AFP-ordningen.

Arbeidsmiljøloven § 16-2 regulerer arbeidstakers rettighetsvern ved virksomhetsoverdragelse. Hovedregelen i norsk rett er at arbeidstakers rettigheter etter arbeidsavtalens innhold overdras erverver. Tariffavtale, og med det eventuelle AFP-rettigheter, skal også i utgangspunktet overdras til erverver med virksomheten. Erverver kan imidlertid reservere seg mot å få tariffavtale overdratt. Individuelle arbeidsvilkår utledet av tariffavtale skal allikevel overdras med virksomhet, og disse vil gjelde til tariffavtalen utløper eller annen tariffavtale kommer i stand. Kategoriseres AFP-ordningen som en individuell rettighet, vil erverver i utgangspunktet være forpliktet til å videreføre denne for arbeidstaker. Kategoriseres den som en kollektiv rettighet faller den med tariffavtalen.

Avtalefestet pensjon, forkortet AFP, er en tariffbasert pensjonsavtale som benyttes i utstrakt grad både i privat og offentlig sektor. Denne ordningen har fått tilnavnet «Absolutt Fabelaktig Pensjon»⁶ da den gir arbeidstaker svært gode vilkår, blant annet at arbeidstaker kan få utbetalt full lønn, alderspensjon og AFP-ytelse fra fylte 62 år. Per dags dato anslås at omtrent 630 000 arbeidstakere i privat sektor er medlem av AFP-ordningen, hvilket tilsvarer om lag halvparten av ansatte i privat sektor.⁷ En betydelig andel arbeidstakere i offentlig sektor er også tilknyttet offentlig AFP-ordning. Et særtrekk ved AFP-ordningen er at det er en ordning som gir alt eller ingenting – det foreligger etter denne ordningen ikke noe opp-tjening av individuelle rettigheter. Faller arbeidstaker på et tidspunkt ut av AFP-ordningen, vil denne ikke ha pensjonsrettighetene sine i behold. Det er følgelig et potensielt omfattende velferdsmessig og økonomisk gode som kan fullstendig bortfalle for arbeidstaker.

Pensjonsrettigheter etter kollektive tjenestepensjonsordninger skal som hovedregel overdras til erverver ved virksomhetsoverdragelse i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje

⁶ Marianne Knarud, Fellesordningen for AFP, 2013 – Generell presentasjon februar 2013 s.10

⁷ NOU 2012:13 s 29, 30

ledd. Det er ikke avklart om AFP-ordningen omfattes av denne bestemmelsen, eller om den faller utenfor denne og med det utenfor hovedregelen om overføring av kollektive tjenestepensjonsordninger. I arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd oppstilles også to unntak fra hovedregelen om videreføring av pensjonsrettigheter. AFP-ordningen må vurderes i henhold til disse unntakene.

«Læren om ikke overførbare rettigheter» er mye omtalt i juridisk arbeidsrettslig teori. Denne omhandler rettigheter som ikke rettslig mulig kan overdras erverver, eller som erverver ikke har forutsetning for å kunne oppfylle. «Læren om ikke overførbare rettigheter» representerer et unntak fra hovedregelen om at rettigheter overføres til erverver ved virksomhetsoverdragelse. Arbeidstakers rettigheter til AFP-ytelser forutsetter at virksomhet er tilknyttet tariffavtale med AFP-bilag. Erverver som ikke trer inn i tariffavtale på samme vilkår, eller har tilsvarende tariffavtale i sin virksomhet, vil ikke ha mulighet til å videreføre AFP-ordningen for arbeidstaker. Fremstillingen vil se på om AFP-rettigheter er omfattet av «læren om ikke overførbare rettigheter».

Kategoriseres AFP-ordningen som en individuell rettighet, og den ikke unntas rettighetsoverføringen i medhold av unntakene hjemlet i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd, eller i medhold av en «lære om ikke overførbare rettigheter», vil et spørsmål om hvorvidt arbeidstaker har krav på kompensasjon for den bortfalte rettighet melde seg.

Fremstillingen vil hovedsakelig behandle ny AFP i privat sektor, men AFP i offentlig sektor vil belyses der det er hensiktsmessig for å utrede om privat AFP.

2 Avtalefestet pensjonsordning

2.1 Hva er AFP?

2.1.1 Pensjonssystemet i Norge

Folketrygdens alderspensjon utgjør den grunnleggende ytelsen i det norske pensjonssystemet. I tillegg til grunnpensjonsytelsen fra folketrygden tilkommer tjenestepensjonene. På toppen av dette tilkommer eventuelt de avtalefestede pensjonsordninger. AFP-rettigheter har sitt grunnlag i tariffavtale og utbetales i tillegg til ytelsene fra folketrygden (grunnpensjon og eventuell tilleggspensjon). AFP-rettighetene varierer av innhold og omfang etter som man er tilknyttet offentlig eller privat sektor. Andre private individuelle pensjonsordninger kan også forekomme, enten for enkeltpersoner eller grupper i virksomheten.

2.1.2 AFP i privat sektor – ny og gammel ordning

Fra og med 1. januar 2011 ble ny AFP-ordning innført i privat sektor. Før denne endringen var AFP-ordningene i privat og offentlig sektor tilnærmet like. Gammel AFP-ordning gav bare rett til ytelser frem til fylte 67 år. Dette innebærer at denne ordning nå fases ut, slik at den avvikles fullstendig i 2015.⁸

2.1.3 AFP i privat sektor

AFP-ordningen i privat sektor administreres av Fellesordningen for AFP. Tilknytning til Fellesordningen for AFP forutsetter at virksomhet er bundet av tariffavtale tilknyttet en av organisasjonene som nevnt i Fellesordningens vedtekter.⁹ Fellesordningen for AFP innkrever en prosentvis premie fra sine medlemsbedrifter på vegne av deres arbeidstakere kvartalsvis, og behandler søknader om AFP før de oversendes NAV for endelig vedtak og utbe-

⁸ Fellesordningen for AFP, 2013

⁹ Vedtekter for Fellesordningen for AFP, §§ 2-1 og 2-2. Omtales heretter som vedtekten.

taling.¹⁰ En AFP-rettighet har sitt grunnlag i den til enhver tid gjeldende tariffavtale virksomhet er bundet av. AFP-ordningen er 40 % statlig finansiert jf. AFP-tilskottsloven. Lovgivningen forutsetter at arbeidstaker er tilknyttet virksomhet med tariffavtale med AFP-bilag på uttakstidspunkt jf. AFP-tilskottsloven § 1 jf. § 4 litra b, for at statlig finansiering skal foreligge.

AFP-ordningen i privat sektor er en livsvarig ytelse, i motsetning til AFP-ordningen i offentlig sektor.¹¹ Det gis et livsvarig påslag til alderspensjon og tjenestepensjon. AFP-ytelsen betinges utbetalt sammen med alderspensjon fra folketrygden, også ved uttak mellom 62 og 70 år.¹² Arbeidstaker kan velge å utsette uttak av ytelsen. Størrelsen på utbetalingene øker med antall år man står i jobb, da utbetalingstiden for AFP-ytelsen vil være kortere desto lenger uttaket utsettes.¹³ Denne akkumulasjonseffekten opprettholdes frem til fylte 70 år.¹⁴ AFP-ytelsen er ikke inntektsjustert, og man kan ha lønnet arbeide ved siden av uttak uten inntektsavkorting.¹⁵ AFP-ordningen fungerer med det også som et incentiv for at arbeidstaker skal stå i jobb lenger.

Vilkår for AFP-ordningen i privat sektor fastsettes i Fellesordningens vedtekter for AFP. AFP-rettighetene vil bero på disse fastsatte vedtekter ved uttakstidspunktet.¹⁶ Vilrårene er delvis knyttet til arbeidstakers 62-års dag, og delvis til når denne velger å starte sine uttak etter AFP-ordningen.¹⁷ Disse er ikke nødvendigvis sammenfallende.

¹⁰ Jf. Vedtektens kapittel 5

¹¹ Arbeids- og velferdsetaten, 2013

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ Fellesordningen for AFP, 2013

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Jf. vedtekten § 1-4 femte ledd..

¹⁷ Jf. vedtekten kapittel 3.

Det foreligger også et vilkår om opparbeidet ansiennitet i tariffbundet bedrift, hvilket må være oppfylt ved fylte 62 år.¹⁸ I den nye AFP-ordningen, som de fleste arbeidstakere omfattes av, er regelen at man må ha vært reell arbeidstaker i virksomhet med tilslutning til fellesordningen for AFP i minst syv av de siste ni årene.¹⁹ I tillegg må man ha stått i jobb i AFP-omfattet virksomhet de siste tre år før man velger å utta sin ytelse, i en stillingsbrøk på minst 20 %.²⁰ Det foreligger også et modifisert ansiennitetskrav for arbeidstakere født mellom 1944 og 1954.²¹

Arbeidstaker må ha opparbeidet seg en viss pensjonsbeholdning i folketrygden ved uttakstiden for å ha rett til å få utbetalt AFP-ytelse, og kan heller ikke ha gjort AFP-uttak tidligere - dette er en 100 % ytelse fra første uttak.²² Full opptjent trygdetid i henhold til privat AFP-ordning er 40 år.²³ AFP-ytelse må tas ut samtidig med fleksibel alderspensjon fra folketrygden, og man må oppfylle vilkårene for rett til denne.²⁴

Opphører virksomhetens tilknytning til tariffavtalen og Fellesordningen til AFP, faller arbeidstaker utenfor ordningen og vil med det ikke ha AFP-rettigheter videre. Arbeidstaker vil da være henvist til folketrygdens alderspensjon og tjenestepensjon. De innskudd som frem til denne dato er gjort på vegne av arbeidstaker av omfattet virksomhet, tilfaller fondet som finansierer ytelser til medlemmer av AFP-ordningen.

¹⁸ Jf. vedtekten § 3-4

¹⁹ Jf. vedtekten § 3-2 andre ledd: Arbeidstaker tilstås karenstid på 26 uker uten å miste rettigheter i AFP-ordningen. Denne utvides inntil 52 uker ved sykdom

²⁰ Jf. vedtekten § 3-1 første og tredje ledd

²¹ Jf. vedtekten § 3-4 første ledd jf. fjerde ledd: For arbeidstaker født hhv. 1954 er vilkåret 6 av de siste 8 år, 1953 er vilkåret 5 av de siste 7 år, 1952 er vilkåret 4 av 6 år, og 1944 til 1951 er vilkåret 3 av 5 år.

²² Jf. vedtektens § 3-1

²³ Jf. folketrygdloven § 19-8

²⁴ Fellesordningen for AFP, 2013

2.1.4 Offentlig AFP

Offentlig AFP-ordning er en tariffestet pensjonsordning. Ytelser etter denne ordning kan ikke uttas samtidig med fleksibel alderspensjon fra folketrygden, og er inntektsjustert.²⁵ AFP-ordningen i offentlig sektor inndeles i to aldersintervall. Det gjøres et skille i ordningen for arbeidstakere mellom 62 og 65 år og videre for arbeidstakere mellom 65 og 67 år. Felles for begge aldersgrupper er at det kreves at arbeidstaker har stått i jobb frem til uttakstidspunkt.²⁶ Arbeidstaker må også ha ti års opptjening i folketrygden etter fylte 50 år og frem til uttakstidspunkt.²⁷ Videre stilles det krav til pensjonsgivende inntekt av en viss størrelse.²⁸

For aldersgruppen 62 til 65 år utbetales et månedlig beløp. Dette er folketrygdberegnet, slik at beløpet tilsvarer det alderspensjon fra folketrygden ville ha utgjort dersom arbeidstaker hadde stått i jobb frem til 67 år.²⁹ I tillegg ytes et månedlig kronetillegg.³⁰ For denne aldersgruppen er det NAV som administrerer ordningen og utbetaler ytelsen. Rett til ytelsen forutsettes av at arbeidstaker står i jobb frem til første uttak.³¹

For arbeidstakere i aldersgruppen 65-67 år vil ordningene administreres av Statens Pensjonskasse og Kommunal Landspensjon, alt ettersom man er ansatt i henholdsvis statlig eller kommunal sektor. Ved full opptjeningstid på 30 år vil ytelsen være 66 % av pensjonsgrunnlaget.³² Dersom arbeidstaker ikke har full opptjening, vil ytelsen reduseres i takt med dette. Etter fylte 67 vil man, etter denne ordningen motta tjenestepensjon fra den aktuelle avtale man er tilsluttet, kombinert med folketrygdens alderspensjon. Offentlig AFP kan

²⁵ Arbeids- og velferdsetaten, 2013

²⁶ Ibid.

²⁷ Statens pensjonskasse, 2013, Kommunal landspensjonskasse, 2013

²⁸ Ibid.

²⁹ Arbeids- og velferdsetaten, 2013

³⁰ Ibid.

³¹ Statens pensjonskasse, 2013

³² Kommunal landspensjonskasse, 2013

uttas delvis, og det forutsettes ikke at AFP uttas samtidig med folketrygdens alderspensjon. Dette segmentet av ordningen har klare likhetstrekk med AFP-ordning i privat sektor.

2.1.5 Særtrekk ved AFP sammenlignet med andre pensjonsordninger

Etter andre pensjonsordninger utstedes det en såkalt fripolise eller et pensjonskapitalbevis til arbeidstaker for opptjente pensjonsmidler, slik at disse ikke vil gå tapt ved arbeidstakers uttrede eller overgang til annen ordning. Fripoliser og pensjonskapitalbevis fungerer som forsikring av arbeidstakers allerede opptjente rettigheter.³³ Det er også lovfestet at slike skal benyttes for en del av pensjonsordningene.³⁴ Etter AFP-ordningen foreligger imidlertid ikke et slikt opptjeningselement, og det kumuleres ikke verdi for den enkelte arbeidstaker. AFP betegnes derfor gjerne som en «alt eller ingenting»-ordning. Det utstedes ikke fripoliser eller pensjonskapitalbevis etter AFP-ordningen, fordi det i utgangspunktet ikke foreligger en opparbeidet verdi å forsikre. Konsekvensene av dette manglende opptjeningselementet kan derfor bli omfattende for arbeidstaker, både økonomisk og velferdsmessig, i det AFP-rettighetene vil bortfalle i sin helhet dersom tilknytning til ordningen opphører. Arbeidstaker vil i så tilfelle være henvist til de lovfestede pensjonsordninger og obligatorisk tjenstepensjon (OTP).³⁵

³³ NOU 2009:13 s.32

³⁴ For ytelsesbaserte pensjonsordninger utstedes fripoliser, jf. lov om foretakspensjon § 4-7. For innskuddsbaserte pensjonsordninger benyttes pensjonskapitalbevis, jf. lov om innskuddspensjon § 6-2.

³⁵ Lov om obligatorisk tjenstepensjon stiller minstekrav til den tjenstepensjonsordning arbeidsgiver er pålagt å tilby ansatte, forutsatt omfattet denne lov. De fleste arbeidsgivere er omfattet av denne.

3 AFP som individuelt arbeidsvilkår

3.1.1 Arbeidsmiljølovens § 16-2 – hvilke rettigheter overdras til erverver ved virksomhetsoverdragelsen?

Arbeidsmiljølovens kapittel 16 omhandler arbeidstakers rettigheter ved virksomhetsoverdragelse, og anses å gjennomføre EU-direktiv 2001/23/EF i norsk rett. Reglene kommer til anvendelse der det skjer en virksomhetsoverdragelse i henhold til arbeidsmiljøloven § 16-1. Arbeidsmiljøloven § 16-2 regulerer arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkårs rettsstilling ved virksomhetsoverdragelse. Disse rettsregler søker hovedsakelig å sikre at arbeidstaker ved virksomhetsoverdragelse holdes skadesløs i prosessen – arbeidstakeren skal, i den grad det er mulig, ikke stilles dårligere enn før overdragelsen har funnet sted. I dette ligger at de enkelte arbeidsvilkår skal opprettholdes uendret. At arbeidstaker samlet sett får tilbud om like gunstige arbeidsvilkår som hos overdrager, er ikke tilstrekkelig.³⁶ Rettspraksis fra EF-domstolen har avklart at dette også omfatter betingede rettigheter.³⁷ Disse rettigheter betegnes som rettigheter som er betinget av at noe må inntre for at de skal kunne realiseres. Rettighetsovergangen mellom overdrager og erverver har sitt grunnlag i selve virksomhetsoverdragelsen, og den skjer i kraft av denne automatisk ved overdragelsestidspunktet.³⁸

3.1.2 Arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd – rettighet etter arbeidsavtale

Det som skal overføres erverver i henhold til arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd er det foreliggende arbeidsforhold på overføringstidspunktet.³⁹ Overføringstidspunktet vil være skjæringspunktet for hvilket innhold det overførte arbeidsforhold har.⁴⁰ Det er videre en

³⁶ Fougner (2013) s.958

³⁷ C-4/01 Serene Martin, Rohit Daby, Brian Willis mot South Bank University, premiss 30

³⁸ Fougner (2013) s.969

³⁹ Ibid. s .960, 961

⁴⁰ Evenrud, *Arbeidsrett.no*, lovkommentar arbeidsmiljøloven § 16-2 (1) note 3, Cappelen Damm Akademisk, 2013

forutsetning at det som skal overføres er en rettighet i arbeidsforholdet.⁴¹ Dette er rettigheter som direkte kan utledes av den individuelle arbeidsavtale eller arbeidsforhold, og omfatter samtlige av avtalens arbeidsvilkår.⁴² I følge arbeidsmiljølovens forarbeider omfattes også «regler som er muntlig bekreftet, kutymen og lignende underforståtte normer av avtalerettslig karakter».⁴³ Disse rettigheter kan rettslig håndheves av den enkelte arbeidstaker i egenskap av å være en del av dennes individuelle arbeidsavtale, og dette er rettigheter som består ved eventuelt bortfall av tariffavtale, dersom arbeidstaker er omfattet av en slik.

Etter arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd avgrenses de individuelle rettigheter som skal overføres mot administrative ordninger. Administrative ordninger betegnes gjerne som ordninger ensidig etablert av arbeidsgiver, og som arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett står fritt til å endre.⁴⁴ Tidligere arbeidsgivers styringsrett og dennes adgang til å gjøre endringer i arbeidsforholdet forblir uendret for ny arbeidsgiver, den verken innskrenkes eller utvides som følge av virksomhetsoverdragelsen.⁴⁵

3.1.3 Arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd - tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse

Hovedregelen i norsk rett er at også tariffavtale overdras erverver, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd, og med det blir erverver bundet av alle tariffavtalens vilkår. Den aktuelle korresponderende direktivbestemmelse forutsetter ikke at tariffavtale som hovedregel overføres. Arbeidsmiljøloven gir med det uttrykk for at vernet om tariffavtalene i norsk rett strekker seg lenger enn direktivets vern.⁴⁶ Erverver har imidlertid anledning til å reservere seg mot tariffbinding innen tre uker etter overdragelse, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 andre

⁴¹ Ibid. note 3.

⁴² Evju (2005) s.15

⁴³ NOU 2004-5 s.356

⁴⁴ Konseptuell rettighet som kan endres, overføres.

⁴⁵ Fougner (2013) s.958

⁴⁶ Direktivets artikkel 3 nr. 3 forutsetter at «arbeidsvilkår» utledet av tariffavtale overdras.

ledd, andre punktum. Praktiseringen av direktivets regel og den norske bestemmelsen synes med det å forholde seg relativt likt. Arbeidsmiljølovens hovedregel om at tariffavtaler skal overføres, er et ønske om «ro og stabilitet på tariffområdet» fra lovgivers side.⁴⁷

I de tilfeller der erverver velger å reservere seg mot å tre inn i tariffavtalen, angir arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd, tredje og fjerde punktum at

«De overførte arbeidstakerne har likevel rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtale som den tidligere arbeidsgiver var bundet av. Dette gjelder inntil denne tariffavtalen utløper eller til det inngås ny tariffavtale som er bindende for den nye arbeidsgiver og de overførte arbeidstakere».

De individuelle vilkår som utledes av tariffavtalen, og som skal overføres til erverver etter denne bestemmelsen, er de vilkår som virker ned i den enkelte arbeidstakers individuelle arbeidsavtale – men da med en tidsbegrensning pålydende tariffavtalens løpetid, eller til annen avtale kommer i stand. I lovens ordlyd «inngås» ligger at arbeidsgiver og arbeidstakere må komme til enighet om eventuell ny tariffavtale. Dette forutsettes i arbeidsmiljølovens forarbeider.⁴⁸ Det er ikke tilstrekkelig at arbeidsgiver har en annen tariffavtale, slik at denne automatisk vil tre i kraft for ervervede arbeidstakere. Kommer det ikke i stand en ny bindende avtale, vil erverver være pålagt å videreføre de individuelle arbeidsvilkår fastsatt i tariffavtale frem til dennes utløpsdato.

Det som etter arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd skal overføres ved virksomhetsoverdragelse er de individuelle rettighetene med grunnlag i gjeldende tariffavtale på overdragelsestidspunktet.⁴⁹ Krav opparbeidet før overdragelsen finner sted skal også overføres etter den-

⁴⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.270

⁴⁸ Ibid. s.272

⁴⁹ Evenrud, *Arbeidsrett.no*, lovkommentar arbeidsmiljøloven § 16-2 (2) note 9, Cappelen Damm akademisk, 2013

ne.⁵⁰ Kollektive rettigheter faller utenfor rettighetsoverføringen da disse opphører sammen med tariffavtalen.

Arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd gjennomfører direktivets artikkel 3 nr. 3 som sier at

«Etter overdragelsen skal erverver opprettholde de *arbeidsvilkår* som er fastsatt i en tariffavtale på samme vilkår som gjaldt for overdrageren i henhold til samme avtale, inntil den dato tariffavtalen sies opp eller utløper, eller annen tariffavtale trer i kraft eller får anvendelse».⁵¹ (min utheving)

Direktivteksten oppstiller ikke det samme skillet mellom individuelle og kollektive bestemmelser som foreligger i henhold til den tilsvarende bestemmelsen i norsk rett. Det er i lovforarbeidene ikke gitt begrunnelse for at man har valgt denne formuleringen, og ikke det mer generelle begrep «arbeidsvilkår» som direktivteksten anvender. Den engelske versjonen av direktivteksten bruker ordene “terms and conditions”, hvilket må sies å være en relativt vid definisjon av hvilke vilkår som etter tariffavtale skal gå over på erververs hånd. At det i arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd er gjort et skille mellom kollektive og individuelle rettigheter kan bety at lovgiver har ansett at alle bestemmelser som regulerer individuelle rettigheter er å anse som arbeidsvilkår, og at de kollektive bestemmelser ikke kan kategoriseres som slike, og med det ikke skal overdras erverver. I beste fall må individuelle arbeidsvilkår tolkes vidt, slik at utfallet blir forenlig med direktivets ordlyd «arbeidsvilkår». Dette vil også være i samsvar med presumsjonsprinsippet for direktivtolkning i norsk rett.⁵²

Rettigheter som skal overføres i medhold av § 16-2 andre ledd er vilkår som etter sin art og funksjon er å anse som individuelle. Det må her oppstilles et klart skille fra vilkår som på

⁵⁰ Evju (2005) s.17

⁵¹ Direktiv 2001/23/EF, artikkel 3 nr. 3 – norsk uoffisiell oversettelse.

⁵² EØS-rett (2004) s. 242. Presumsjonsprinsippet som tolkningsprinsipp forutsetter at det ved tolkning av norske lovregler skal anlegges en fortolkning som gir den norske lovregel det samme innhold som direktivbestemmelsen, så fremt de ikke er kolliderende.

bakgrunn av en avtalerettslig disposisjon er etablert som rettighet for arbeidstaker. Disse overdras erverver i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd.

3.1.4 Arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd – AFP-ordning ved avtalerettslig disposisjon

En AFP-ordning kan bli en del av den enkeltes individuelle arbeidsavtale som følge av en avtalerettslig disposisjon fra arbeidsgivers side. Hvis det på denne måte er etablert en rettighet for arbeidstaker, vil hjemmelen for overføring være arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd. Spørsmålet er hva som skal til for å stifte en rettighet til AFP-ordning for arbeidstaker. Vurderingen vil bestå i om det foreligger tilstrekkelige holdepunkter til at det på avtalerettslig grunnlag kan konstateres at det er etablert en rettighet for arbeidstaker. Dersom slik avtalebinding inntreffer vil arbeidsgiver, og med det også erverver, være forpliktet til å opprettholde vilkåret uten tidsbegrensning.

Hva gjelder pensjonsrettigheter overordnet, og hvorvidt de kan tenkes å kunne bli en del av de individuelle arbeidsvilkår uttales det i arbeidsmiljølovens forarbeider om pensjonsrettigheter etablert av arbeidsgiver at

«... en slik ordning kan imidlertid med tiden gå over til å bli en rettighet for eksempel fordi den regelmessig er trukket inn som et argument ved lønnsforhandlinger. Hvorvidt en pensjonsordning er (blitt) en rettighet, må avgjøres etter konkret vurdering».⁵³

Det er i rettspraksis oppstilt en rekke momenter som kan inngå i vurderingen av hvorvidt en pensjonsordning fastsatt i tariffavtale ved avtalerettslig disposisjon har blitt en del av den individuelle arbeidsavtale.

Arbeidsgivers adgang til ensidig å endre pensjonsordningen er et avgjørende moment i vurderingen av om det foreligger en rettighet eller ikke for arbeidstaker. Høyesterett opp-

⁵³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.262

stiller i Rt.2008 s.1246, en presumsjon for at det for arbeidsgiver foreligger endringsadgang i pensjonsavtaler, i den grad det ikke er lovstridig eller griper inn i opptjente rettigheter. Tvisten gjaldt hvorvidt arbeidsgiver hadde forpliktet seg på avtalerettslig grunnlag til å opprettholde G-reguleringen av de ansattes pensjoner. Høyesterett begrunner presumsjonen for endringsadgang med det hensyn at pensjonsavtaler er såpass langsiktige at det vil være behov for den fleksibilitet en endringsadgang gir.⁵⁴ Statoil hadde i ansettelsestilbud, ansettelseskontrakter og personalhåndbok formulert generelle bestemmelser om pensjon. Dette ble ikke ansett tilstrekkelig for å etablere en individuell rettighet for de ansatte, og med det hadde arbeidsgiver også sin endringsrett i behold.

I Rt.2002 s.1576 gjorde Høyesterett en vurdering av hvorvidt en kollektiv pensjonsordning kunne anses å ha blitt en individuell rettighet, i forbindelse med at arbeidsgiver påberopte seg endringsadgang av pensjonsordningen. Her nevnes ulike vurderingsmomenter som hvorvidt den kollektive ordningen er ensidig etablert av arbeidsgiver, finansieringen av den aktuelle ordning, hvorvidt ordningen er drøftet med arbeidstakersiden, om den er omtalt i personalhåndbok, om ordningen har influert på lønnsforhold eller om den har vært brukt i rekrutteringsøyemed. Høyesterett kommer her til at det ikke er tilstrekkelige holdepunkter for at en individuell rettighet er etablert, og at endringsadgangen således var i behold.

Det kan synes som om det, dersom AFP-ordning skal etableres som rettighet for arbeidstaker i avtalerettslig forstand, stilles relativt høye krav til de rettsstiftende gjerninger, og at det klart må fremgå av den aktuelle avtale at arbeidsgiver har ment å forplikte seg. En mer generell utforming av et slikt avtalevilkår, som for eksempel angir at «arbeidstaker er omfattet av den til enhver tid gjeldende pensjonsordning i virksomheten» eller lignende, vil normalt ikke innebære at pensjonsordningen er en individuell rettighet for arbeidstaker. Arbeidsmiljøloven § 14-6 bokstav m angir også at det i den individuelle arbeidsavtale skal opplyses om eventuelle tariffavtaler som regulerer arbeidsforholdet, hvilket tilsier at det ikke kan stiftes en rettighet for arbeidstaker ved en slik generell lovpålagt henvisning.

⁵⁴ Rt.2008s.1246

Terskelen for at bindende avtale har kommet i stand vil naturligvis måtte være lavere for vilkår fastsatt i individuell arbeidsavtale, enn orientering om pensjonsavtalen i for eksempel en personalhåndbok, informasjonsskriv eller lignende. Dersom det i selve arbeidsavtalen er fastsatt noe mer spesifikt om pensjonsordningen, som kan tolkes slik at det er fastsatt rettighet på linje med andre vilkår i arbeidsavtalen, vil arbeidsgiver antakeligvis måtte anse seg som forpliktet til å yte pensjonsordning etter denne. Spørsmålet blir følgelig hvor klar formuleringen er, om det klart kan leses ut av vilkåret at det er etablert en rettighet. Til det tilkommer også, som nevnt over, en presumsjon for arbeidsgivers endringsadgang.

3.1.5 Arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd – rettighet etablert som følge av vilkårets karakter

Vilkårets karakter er avgjørende for om det overføres erverver etter arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd, da det er de individuelle vilkår som overdras til erverver. Vilkår som overdras i medhold av denne må opprettholdes av erverver med den i bestemmelsen angitte tidsbegrensning.

I tariffavtalen er det som regel fastsatt både kollektive og individuelle bestemmelser som supplerer de individuelle arbeidsavtalene. I arbeidsmiljølovens forarbeider uttaler departementet om dette skillet at

«Det er ikke et skarpt skille mellom bestemmelser i tariffavtalen som får direkte betydning i det individuelle arbeidsforholdet, og bestemmelser av mer kollektiv art, men bestemmelser som i hovedsak regulerer rettigheter og plikter mellom partene i tariffavtalen, overføres ikke ved virksomhetsoverdragelse».⁵⁵

⁵⁵ Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s.268

Videre kategoriseres noen av rettighetene. Det gjøres en distinksjon mellom hvilke rettigheter som er å anse som klart individuelle rettigheter, og hvilke som er å anse som kollektive bestemmelser etter arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd, og det anføres at

«... individuelle rettigheter er lønnsbestemmelser, tillegg, frynsegoder, bonusavtaler, arbeidstid, arbeidsoppgaver, ansiennitet, taushetsplikt, konkurransekarantene og tittel. Individuelle rettigheter må i denne forbindelse avgrenses mot kollektive rettigheter som følger av tariffavtalen. Eksempel på slike er regler om kollektiv oppsigelse, sympatiaksjoner, rett til ny tariffavtale i tariffperioden, forhandlingsrett m.v.».⁵⁶

Johansen og Stueland forsøker i sin lovkommentar å definere skillet mellom de kollektive og individuelle vilkår fastsatt i tariffavtale. Her sies om kollektive rettigheter at

«Tariffavtalens kollektive bestemmelser vil si de bestemmelsene som gjelder mellom partene i tariffavtalen, men som ikke direkte påvirker retts- og pliktrelasjonene i det enkelte arbeidsforholdet»

og videre at

«Tariffavtalers individuelle bestemmelser er på den annen side de bestemmelsene som virker ned i og utfyller arbeidsavtalene».⁵⁷

Evju oppstiller en liknende distinksjon, og sier at

«... om den eller de aktuelle bestemmelser i tariffavtalen var slike som direkte regulerer individuelle rettsforhold – i motsetning til bestemmelser som bare tar sikte på kollektive relasjoner mellom de tariffbundne. Her vil det være av betydning om bestemmelsene gav rettigheter og plikter som etter sin art også kan bestå uavhengig av at tariffavtalen er bortfalt».⁵⁸

⁵⁶ NOU 2004-5 s.356, 357

⁵⁷ Johansen (2011) s.916

⁵⁸ Evju (2001) s.50 - Det fremstår som noe uklart om Evju sikter til at vilkåret blir en del av individuell arbeidsavtale som følge av tariffavtalens ufravikelighetsprinsipp og normative virkning, og skal overføres etter arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd, eller om han sikter til at vilkårets karakter angir at det er en rettighet som skal overføres til erverver i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd. Like fullt gis det anvisning på momenter som kan utgjøre en del av vurderingen av om en rettighet er av individuell karakter.

Videre legger Evju til grunn at det må gjøres en tolkning av tariffavtalens bestemmelser for å klarlegge om det er stiftet en rettighet for arbeidstaker, og at også formålet med vilkåret skal være en faktor i denne vurderingen.⁵⁹

Det kan av dette utledes at vilkåret må ha direkte virkning for den enkelte arbeidstaker for at det skal kunne kategoriseres som et individuelt vilkår, og at vilkåret ikke utelukkende regulerer relasjonene mellom partene overordnet. Flere klassiske tariffavtalebestemmelser befinner seg i mellomsjiktet mellom klart individuelle og klart kollektive vilkår. Her vil det foreligge et samspill mellom prosessuelle og materielle regler. Grensedragningen er imidlertid ikke enkel å fastsette, og må bero på en konkret vurdering av vilkåret.

I henhold til arbeidsmiljølovens forarbeider kategoriseres for eksempel ansiennitet som en individuell rettighet på lik linje med for eksempel lønns- og ferierettigheter.⁶⁰ I tariffavtaler forekommer det bestemmelser om ansiennitet. Det kan være bestemmelser om ansiennitet som utslagsgivende faktor ved lønnsfastsettelse – altså at man tilgodeskrives de år man har arbeidet i samme type stilling, eller innenfor offentlig sektor i samme type arbeid. Det kan også dreie seg om stillingsvern ved nedbemanning, slik at de arbeidstakere med lavest ansiennitet vil være dem som først avvikles ved behov, eller en eventuell en adgang til å fravike dette. I Hovedavtalen LO/NHO er det fastsatt en bestemmelse om at ansiennitet kan fravikes dersom det foreligger saklige grunner.⁶¹ Vilket angir i utgangspunktet hvilke regler arbeidsgiver må forholde seg til ved en nedbemanningsprosess – like fullt vil det kunne gripe direkte inn i den enkelte arbeidstakers stillingsvern.

Rett til drøftelse og informasjon i saker som angår arbeidstakernes sysselsetting og arbeidsforhold er også et vilkår i som kan anses å ha innslag av individuell, så vel som kollektiv

⁵⁹ Evju (2001) s.50

⁶⁰ NOU 2004-5 s.356

⁶¹ Hovedavtale 2010-2013 LO-NHO, § 9-12

funksjon.⁶² Vilkåret regulerer i utgangspunktet rett- og pliktforholdet mellom partene overordnet, men vil også kunne ha nedslagsflate mot den enkelte arbeidstakers forhold. Denne retten angir at tillitsvalgte skal få mulighet til å fremme arbeidstakernes synspunkter og innsigelser, og at disse skal tas hensyn til av arbeidsgiver før endelig beslutning foreligger. Dette vilkåret regulerer rettsforholdet mellom partene i tariffavtalen. Tillitsvalgtes mulighet for innsigelse vil allikevel kunne ha inngripende virkning i den enkelte arbeidstakers stillingsvern.

3.1.6 Forarbeider

I arbeidsmiljølovens lovforarbeider uttaler departementet om pensjonsrettigheter at

«... reglernes formål og arbeidstakernes behov for å få videreført sine pensjonsrettigheter tilsier at pensjonsordninger bør likestilles med andre lønns- og arbeidsvilkår ved virksomhetsoverdragelser»

og videre at

«Departementet vil fremheve at ved å oppheve pensjonsunntaket vil det fremgå av loven at pensjonsordninger er en sentral del av arbeidstakernes arbeids- og lønnsvilkår».⁶³

Uttalelsen er riktignok gitt i forbindelse med utredning av opphevelse av bestemmelsen i den tidligere arbeidsmiljølov § 73 B andre ledd.⁶⁴ Den sier allikevel noe om at lovgiver anser pensjonsrettigheter for å være en vesentlig del av arbeidstakers arbeidsvilkår, selv om det ikke konkret legges til grunn at de likestilles andre lønns- og arbeidsvilkår. Dette taler helt klart for at pensjonsrettigheter generelt i utgangspunktet er å anse for individuelle rettigheter å være.

⁶² Ibid. § 9-6

⁶³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.263

⁶⁴ Opphevelsen av «pensjonsunntaket» ble vedtatt, og departementets forslag ble lagt til grunn.

3.1.7 Vedtekter

I Fellesordningens vedtekter for AFP § 2-11 andre ledd er det fastsatt følgende hva gjelder virksomhetsoverdragelser der erverver reserverer seg mot tariffbinding:

«Ved fusjon og ved virksomhetsoverdragelse som faller inn under virkeområdet til arbeidsmiljøloven kapittel 16, blir overtakende foretak (ny arbeidsgiver) tilsluttet Fellesordningen med plikt til premiebetaling. Dette gjelder likevel ikke dersom ny arbeidsgiver benytter sin rett hjemlet i arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd til å reservere seg.»⁶⁵

Det går her klart frem at Fellesordningen for AFP forutsetter at tilknytning til ordningen opphører ved bortfall av tariffavtalen. Da tilknytning til Fellesordningen en nødvendig forutsetning for at arbeidstaker skal kunne tilstå AFP-ytelse, og Fellesordningens vedtekter for AFP fastsetter at denne tilknytningen bortfaller ved erververs benyttelse av reservasjonsretten, taler dette klart for at AFP-ordningen ikke er en individuell rettighet som består dersom tariffavtale bortfaller. Fellesordningen for AFP kategoriserer selv ordningen slik

«AFP er en annerledes pensjonsordning, ved at den er basert på kollektivprinsippet. Det vil si at du ikke tjener opp individuelle rettigheter slik som i andre pensjonsordninger. Du får dermed ytelsen fullt ut, eller ingenting.»⁶⁶(min utheving).

Evju legger til grunn at det må vurderes om vilkåret kan bestå ved tariffavtalens bortfall.⁶⁷ AFP-ordningen er uløselig tilknyttet tariffavtalen og det nedfelte AFP-bilaget. Ved erververs reservasjon i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd vil ikke tariffavtalen, og med det ikke tilknytning til Fellesordningen for AFP, kunne videreføres av erverver. Dette må være en avgjørende faktor i vurderingen av om AFP-ordningen er en individuell rettighet eller ikke. Den kan etter sin art ikke bestå ved tariffavtalens opphør.

⁶⁵ Vedtekter for Fellesordningen for AFP, § 2-11 (2)

⁶⁶ Fellesordningen for AFP, 2013

⁶⁷ Evju (2001) s. 50

AFP-ordningen fastsettes i utgangspunktet i tariffavtale som fremforhandles og inngås av den aktuelle arbeidsgiver- og arbeidstakerforening overordnet virksomhet. Tariffavtaler har ufravikelighetsvirkning jf. arbeidstvistloven § 6 tredje ledd. Denne angir at tariffavtalens bestemmelser får virkning også for uorganiserte arbeidstakere i virksomhet, så fremt arbeidstaker tilhører den gruppen som omfattes av tariffavtalens virkeområde. AFP-ordningens ufravikelighet strekker seg lenger enn dette, og omfatter som medlem i utgangspunktet alle arbeidstakere i tariffbundet virksomhet fra første innmeldte.⁶⁸ Det klare utgangspunkt er at ordningen skal gjelde alle ansatte i omfattet virksomhet, og at dette skjer automatisk i kraft av å være arbeidstaker i tariffbundet virksomhet. AFP-ordningen håndheves likt overfor alle arbeidstakere, og alle omfattede er medlemmer av ordningen på samme objektive vilkår. Den reguleres overordnet. Dette taler klart for at AFP er en kollektiv rettighet.

Sluttvederlagsordningen er, på lik linje med AFP, fastsatt i tariffavtale. Sluttvederlagsordningen er et selvstendig juridisk subjekt, men samarbeider administrativt med Fellesordningen for AFP.⁶⁹ Sluttvederlagsordningen og AFP-tillegg i gammel ordning finansieres av Sluttvederlagsfondet. Sluttvederlagsordningen tilstår arbeidstaker over fylte 50 år en engangsyttelse ved uttreden av arbeidslivet, dersom dette inntreffer før vilkår for rettigheter etter AFP-ordningen er oppfylt.⁷⁰ Arbeidstaker som ved opphør av ansettelsesforholdet oppfyller vilkårene for rett til AFP, vil ikke få rett til sluttvederlag etter Sluttvederlagsavtalen.⁷¹ Ved virksomhetsoverdragelse opphører arbeidstakers rett til sluttvederlag etter Sluttvederlagsordningen i de tilfeller erverver reserverer seg mot tariffavtale, eller ikke har tilsvarende tariffavtale i sin virksomhet.⁷² Sluttvederlagsordningen opphører med tariffavtalens bortfall. Sluttvederlag anses med det ikke å være en individuell rettighet. Det taler for

⁶⁸ Vedtekter for Fellesordningen § 2-6 (1)

⁶⁹ Sluttvederlagsordningen, 2013

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

⁷² Sluttvederlagsavtalen punkt 3.4, siste avsnitt.

at AFP-ordningen bør stilles likt som Sluttvederlagsordningen ved virksomhetsoverdragelse.

3.1.8 AFP-ordningen versus andre pensjonsordninger

AFP-ordningen har ett særtrekk som gjør den svært ulik andre pensjonsordninger. Den er lagt opp slik at den enten gir arbeidstaker full uttelling eller ingenting, alt ettersom man oppfyller de fastsatte vilkår for rettigheten. Det forekommer ingen grad av opptjening, og utstedes ikke fripoliser eller pensjonskapitalbevis for den enkelte arbeidstaker ved utreden eller bortfall av ordningen. Arbeidstaker har ikke eiendomsrett til midlene - det foreligger ingen håndfast oppspart verdi tilknyttet den enkelte arbeidstaker.⁷³ Det faktum at AFP-ordningen ikke har et slikt opptjeningselement, taler klart i mot at AFP er en individuell rettighet.

AFP finansieres 40 % av statlige midler og 60 % av arbeidsgiver. Statstilskuddet til AFP-ordningen hjemles i AFP-tilskotsloven, og det forutsettes i dennes § 4 jf. § 1 at det må foreligge tilknytning til hovedavtale, eller til avtale mellom virksomhet og arbeidstakerorganisasjon for at staten skal finansiere en del av ordningen. Store deler av finansieringsgrunnlaget forutsetter med det tariffavtaletilknytning, og denne delen av finansieringen vil også opphøre med tariffavtalen. Arbeidstaker finansierer ikke selv direkte noe av ordningen, og premien som innbetales på vegne av arbeidstaker tilfaller ikke denne spesifikt. Det innskuddet arbeidsgiver gjør, beregnes ut ifra standardsats fastsatt av fellesordningen for AFP. Det foreligger ingen form for egenandel i ny privat AFP, og den er lik for alle.⁷⁴ Dette tilsier også at AFP ikke kvalifiserer som en individuell rettighet.

I arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd gis erverver reservasjonsrett, og kan med det velge ikke å tre inn i overdragets tariffavtale. Det uttales i juridisk teori at

⁷³ Fellesordningen for AFP, 2013

⁷⁴ Ibid.

«Motivet med unntaket er på den annen side å unngå de problemene som en ubetinget regel ville kunne medføre med hensyn til organisasjonsfrihet, tarifftvang og konkurrerende tariffavtaler.»⁷⁵

Velger erverver å benytte seg av sin lovhjemlede reservasjonsrett, pålegges det allikevel denne en plikt til å videreføre tariffavtalens individuelle vilkår ut tariffavtalens løpetid. Erverver kan inngå ny tariffavtale med de ervervede arbeidstakere, og med det fri seg fra å videreføre de individuelle arbeidsvilkår ut tariffavtalens løpetid. Erverver vil allikevel ha begrenset mulighet til fri seg fra tariffavtlevilkår slik, da det er opp til arbeidstakerne om de vil godta en ny tariffavtale eller ikke.⁷⁶ Dersom AFP forutsettes videreført som en individuell rettighet ut tariffavtalens løpetid, tilsier dette at erverver må inngå tariffavtale på de samme vilkår som tidligere arbeidsgiver, da tilknytning til Fellesordningen for AFP forutsetter tarifftilknytning på arbeidsgivers side. En slik tarifftvang vil modifisere erververs negative organisasjonsfrihet⁷⁷ betraktelig, noe som kan tilsi at det ikke bør anlegges en for vid tolkning av hva som kan kategoriseres som individuelle rettigheter utledet av tariffavtale etter arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd.⁷⁸ Anlegges en for vid tolkning, vil dette kunne innskrenke realiteten av reservasjonsrettens funksjon. Dette taler for at AFP ikke kan kategoriseres som en individuell rettighet.

I utredning av lovforslag til ny pensjonslovgivning som skal gjelde et nytt pensjonsprodukt, foretas en utredning av AFP-ordningen og det legges her til grunn at «Gjør arbeidsgiver gjeldende reservasjonsrett i forbindelse med virksomhetsoverdragelse (arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd), vil foretakets tilslutning til Fellesordningen for AFP straks opphøre».⁷⁹

⁷⁵ Johansen (2011) s.907

⁷⁶ Jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd - ny avtale må «inngås».

⁷⁷ Kollektiv arbeidsrett (2004) side 27, Organisasjonsfriheten har en positiv side, som angir en rett til å organisere seg, og en negativ side, som angir en rett til ikke å organisere seg.

⁷⁸ Organisasjonsfrihet er i norsk rett vernet ved vedtakelsen av menneskerettsloven, og er hjemlet i dennes artikkel 11.

⁷⁹ NOU 2012:13 s. 33

Selv om dette har begrenset rettskildemessig vekt, kan det allikevel si noe om hvordan lovgiver forutsetter at AFP-ordningen fungerer, og at dette legges til grunn i arbeidet om ny pensjonsreform. Videre uttales om AFP i denne utredningen at ordningen er godt tilpasset ny alderspensjon i folketrygden, og at den fungerer godt som et incentiv for at arbeidstaker skal stå i arbeid lenger, i det AFP-rettighetene kan opphøre ved uttreden av arbeidslivet før ytelsen kan realiseres.⁸⁰

Arbeidstaker har imidlertid en viss innflytelse over pensjonsordningen og hvordan og når den skal realiseres. Det er mulig å utsette AFP-uttak for å kumulere verdi, slik at avkastningen blir høyere ved senere uttak. Arbeidstaker kan i så måte påvirke ytelsens størrelse, og det er lagt opp til at denne selv skal ta avgjørelse om når og hvordan det er mest hensiktsmessig å starte sitt uttak. Dette taler for at det er en individuell rettighet, i det AFP med dette er noe den enkelte arbeidstaker selv kan råde over, men da innenfor den i vedtektens gitte ramme. Dette er imidlertid et handlingsrom som fastsettes likt for alle de omfattede arbeidstakere, og det er ikke en særordning for den enkelte. Allikevel vil dette ha direkte innvirkning på den enkeltes arbeidslivssituasjon, og bero på hvilke beslutninger den enkelte tar. Dette aspektet av AFP-ordningen har virkning på individuelt nivå.

Tariffavtalens vilkår om lønn er vilkår av den art som får direkte virkning ned på individuelt nivå, og som klart forutsettes at er en individuell rettighet som erverver må videreføre ved virksomhetsoverdragelse. AFP- ytelse trer i utgangspunktet i stedet for lønn, ved oppnådd betinget alder for dette. Størrelsen på denne ytelsen er beregnet av antall år i lønnet arbeid eller av arbeidstakers lønnsgrunnlag som yrkesaktiv – AFP-ytelse er derfor knyttet direkte til arbeidstakers individuelle lønnsbestemmelser. AFP er i stor grad tilsiktet å ivareta de samme behov og det samme formål som lønnsytelsen for de fleste dekker – livsopphold. AFP-ordningen vil for den enkelte kunne være en avgjørende faktor for om det er økonomisk forsvarlig for denne å gå av med pensjon på et gitt tidspunkt. AFP-rettigheter kan, og er forutsatt tiltenkt, en incentivvirkning for at arbeidstaker vil stå i jobb etter fylte

⁸⁰ NOU 2012:13 s. 32

62. Rettigheter etter AFP-ordningen må med dette sies å gripe direkte inn i individuelle retts- og pliktforhold. Dette taler klart for at AFP-rettigheter er av individuell art.

Det som imidlertid skiller en AFP-ytelse vesentlig fra en «vanlig» lønnsytelse, er at den har en betinget og langsiktig funksjon. AFP-rettigheter er ikke en direkte økonomisk rettighet i ordets rette forstand før den etter lov og avtale kan realiseres, og arbeidstaker oppfyller de fastsatte vilkår. Det kan også anføres til inntekt for at det ikke er en type lønnsytelse at det etter AFP-ordningen i privat sektor kan uttas ytelse i tillegg til lønn i en viss periode. Dens langsiktighet tilsier også at det bør foreligge rom for endring.⁸¹ Betingede rettigheter skal imidlertid også overføres erverver ved virksomhetsoverdragelse.⁸²

På den ene siden er det rimelig å anta at pensjonsrettigheter generelt, som en sentral del av lønns- og arbeidsvilkår, kan kategoriseres som en individuell rettighet. På den andre siden foreligger det en overvekt av elementer som tilsier at AFP-ordningen spesifikt ikke kan kategoriseres som en slik. På bakgrunn av de holdepunkter jeg over har redegjort for, og med hensyn til lovregelens formål, vurderer jeg under tvil AFP-ordningen til å være en kollektiv bestemmelse. Jeg konkluderer derfor med at AFP-ordningen, i utgangspunktet, ikke er en forpliktelse som automatisk går over på erverver som reserverer seg etter arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd, i kraft av å være et individuelt arbeidsvilkår utledet av tariffavtale.

⁸¹ Rt.2008s.1246

⁸² Evenrud, *Arbeidsrett.no*, lovkommentar arbeidsmiljøloven § 16-2 note 3, Cappelen Damm akademisk, 2013

3.1.9 Ettervirkning ut over tidsbegrensingen fastsatt i arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd

Ettervirkning angir at tariffavtalens vilkår fortsatt står ved lag i en angitt periode ved en tariffavtales lovlige opphør.⁸³ Det er i teori også argumentert for at tariffavtalevilkår kan ha ettervirkningseffekt ved virksomhetsoverdragelser, slik at tariffavtalens vilkår ikke uten videre bortfaller dersom erverver reserverer seg mot tariffavtalen.⁸⁴

Tariffavtalens ettervirkning er lovfestet i arbeidstvistloven § 8 tredje ledd, og har som formål å regulere arbeidsforholdet i den avtaleløse perioden fra opphør av tariffavtalen og frem til ny tariffavtale inngås, eller eventuell arbeidskamp iverksettes.⁸⁵ Det er uttrykkelig forutsatt i den tidligere arbeidsmiljølovs forarbeider, nærmere bestemt om arbeidsmiljøloven § 73 B nr. 2 som er videreført i dagens gjeldende arbeidsmiljølov § 16-2 andre ledd, at en slik ettervirkning ikke finner sted. Her uttaler lovgiver at

«De individuelle rettigheter arbeidstakerne har i hht. tariffavtalen inngått med tidligere innehaver, må opprettholdes av ny innehaver. Den nye innehaver kan fri seg fra forpliktelsene etter denne tariffavtale på to måter. For det første blir ny innehaver ikke lenger forpliktet etter tariffavtalen når den løper ut. I et slikt tilfelle vil ikke arbeidstvistloven §6 nr 3 om tariffavtalers « ettervirkninger » eller §3 nr 2 om prolongasjon få anvendelse. Det vil således være det utløpstidspunkt som følger av tariffavtalen som legges til grunn».⁸⁶

Det er også i juridisk teori nevnt at det kan foreligge en slik ettervirkning av tariffavtalens individuelle virkning ved virksomhetsoverdragelse. Evju omtaler for eksempel at tariffavtalen har «residualvirkninger», som følge av at tariffavtalens bestemmelser «direkte regulerer individuelle rettsforhold».⁸⁷ Om det her refereres til at tariffavtalens ufravikelighetsprinsipp

⁸³ Kollektiv arbeidsrett (2004) s. 241

⁸⁴ Evju (2001) s.50, Johansen (2011) s. 918

⁸⁵ Kollektiv arbeidsrett (2004) s. 249

⁸⁶ Ot.prp.nr.71 (1991-1992) side 34

⁸⁷ Evju (2001) s.50

hjemler en slik «residualvirkning», eller om det er arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd og vilkårets art som i seg selv er den rettsstiftende faktor, fremstår som noe uklart.

Tariffavtalens ufravikelighet er lovfestet i arbeidstvistloven § 6. Det forekommer også tariffestede ufravikelighetsnormer.⁸⁸ Ufravikelighetsprinsippet angir at vilkår i individuell arbeidsavtale er ugyldige dersom de strider med tariffavtalens vilkår. Tariffavtalens vilkår erstatter den individuelle arbeidsavtales vilkår ved motstrid, med mindre tariffavtalen selv angir en rett til å fravike dette.⁸⁹

Evju anfører videre at «hvis den har slik virkning, består det fortsatt gjensidig forpliktende bestemmelser på arbeidsavtalenivå».⁹⁰ Foreligger en slik residualvirkning ved virksomhetsoverdragelsessituasjon der erverver reserverer seg mot å videreføre tariffavtale, på bakgrunn av tariffavtalens ufravikelighetsprinsipp, vil de individuelle vilkår måtte anses å være inkorporert i den enkeltes individuelle avtale. Rettigheten overdras i så fall erverver i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd. Spørsmålet om det har funnet sted en slik ettervirkning som en side av ufravikelighetsprinsippet vil særlig komme på spissen der det i individuell arbeidsavtale er henvisning til pensjonsordning nærmere fastlagt i tariffavtale.

I Rt.1996 s.1296, «Rogalandsmeieriene», anfører Høyesterett at det kan inntre en slags forlenget virkning av tariffavtalens vilkår. Her sies det noe om hvorvidt det er mulig at deler av en tariffavtale kan gå over til å bli en rettighet for den enkelte som følge av vilkårets karakter. I denne saken var spørsmålet hvorvidt vilkår i en rasjonaliseringsavtale som ble ansett for en tariffavtale å være av de involverte parter, hadde blitt en del av de individuelle arbeidsavtaler. Her oppstiller førstvoterende flere momenter av betydning for hvorvidt det kan antas å ha oppstått en individuell rettighet, som primært knytter seg til tariffavtalens avtalerettslige egenskaper. Tariffavtalens tilblivelse, partenes intensjoner ved avtaleinngå-

⁸⁸ Kollektiv arbeidsrett (2004) s.234

⁸⁹ Kollektiv arbeidsrett (2004) s. 234, 236,237

⁹⁰ Evju (2001) s.50

elsen og særlig de ulike vilkårs siktemål, herunder tidsomfang, anvendes i denne som momenter. Førstvoterende uttaler imidlertid også at

«Disse rettigheter er av en slik art at de går inn som en del av den enkeltes individuelle arbeidsavtale. Slike rettigheter faller ikke uten videre bort om rasjonaliseringsavtalen (tariffavtalen) opphører å gjelde»⁹¹.

Det som er verdt å merke seg ved denne uttalelsen er at Høyesterett omtaler vilkårets art som en avgjørende faktor i vurderingen av om en individuell rettighet er stiftet. Det legges til grunn at det er egenskaper ved selve vilkåret som gjør at det er en del av den enkelte arbeidstakers individuelle arbeidsavtale, og videre at det derfor kan bestå ved tariffavtalens bortfall. Denne rettsavgjørelse må imidlertid leses i lys av at rasjonaliseringsavtalen her ble påberopt av de aktuelle arbeidstakere ved en rasjonaliseringsprosess – det var en avtale tiltenkt nettopp en slik situasjon som den som oppstod, og det forelå enighet mellom partene om at avtalen kunne ha ettervirkning for bestemmelser av «såkalt normativ karakter».⁹² Dette tilsier at det i utgangspunktet er snakk om at det tariffastsatte vilkår hadde blitt en del av de individuelle arbeidsavtalene på avtalerettslig grunnlag, og at Høyesterett her kun vurderer om vilkårene er av «normativ karakter» som angitt i avtalen – ikke om vilkårets art i seg selv kunne begrunne en slik ettervirkning. Dette synspunkt legges også til grunn av Fougner.⁹³

I en rettsavgjørelse i Bergen tingrett av 19.9.2012, stod tvisten om ettervirkning av tariffavtalens individuelle arbeidsvilkår.⁹⁴ Arbeidstaker krevet opprettholdt et kompensasjonstillegg fastsatt i en tariffavtalebestemmelse etter virksomhetsoverdragelse. Her tar retten stilling til tariffavtalens ettervirkning, og uttaler seg om hvorvidt «Rogalandsmeieriene» oppstiller en generell regel om at ettervirkning av individuelle vilkår fastsatt i tariffavtale fin-

⁹¹ Rt.1996 s.1218

⁹² Rt.1996 s.1218

⁹³ Kollektiv arbeidsrett (2004) s. 248

⁹⁴ TBERG-2012-17952

ner sted ved virksomhetsoverdragelse. Retten legger i denne avgjørelsen til grunn at erverver i arbeidsmiljølovens § 16-2 andre ledd er gitt to klare måter å fri seg fra tariffavtalens individuelle arbeidsvilkår på, og at det tilsier at lovgiver ikke har ment at regelen om ettervirkning, som den regel om ettervirkning som gjelder ellers på tariffrettens område, kan komme til anvendelse her. De ovenfor nevnte forarbeider refereres også til av retten i denne avgjørelsen.⁹⁵ Arbeidstaker har videre påberopt seg at vilkåret hadde blitt en del av hans individuelle arbeidsavtale som følge av tariffavtalens normerende virkning, og henviser til «Rogalandsmeieriene». Retten anfører at «Rogalandsmeieriene» «i liten grad gir anvisning på hvordan ettervirkningene... skal vurderes i foreliggende sak» og dette på bakgrunn av at det i «Rogalandsmeiereiene» ikke omhandlet vilkårenes rettsstilling ved virksomhetsoverdragelse.⁹⁶ Dette som følge av at den aktuelle tariffavtale var utformet som en rasjonaliseringsavtale og kom til anvendelse ved en rasjonaliseringsprosess, og at det ikke omhandlet arbeidsvilkårets rettsstilling ved virksomhetsoverdragelse.

Jeg legger til grunn, på bakgrunn av de ovenfor nevnte holdepunkter, at det ikke finner sted en slik ettervirkning av tariffavtalens individuelle vilkår ved virksomhetsoverdragelse.⁹⁷

Reelle hensyn må også tale for at det ikke foreligger en slik ettervirkning som en side av ufravikelighetsprinsippet ved virksomhetsoverdragelse, i det dette ville uthule arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledds funksjon. Dersom det kan konstateres at en slik ettervirkning av individuelle arbeidsvilkår foreligger, må dette tilsi at arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd må være *lex specialis* og slå igjennom for en eventuell slik virkning. Ufravikelighetsbestemmelser i tariffavtale kategoriseres også som en kollektiv bestemmelse, og faller bort

⁹⁵ TBERG-2012-17952 s.5, Ot.prp.nr.71 (1991-1992) s. 34

⁹⁶ TBERG-2012-17952, s. 5

⁹⁷ TSTAV-1994-1433 – Retten legger i denne til grunn at det ikke foreligger en slik virkning av tariffavtalens individuelle arbeidsvilkår ved virksomhetsoverdragelse og individuelle rettigheter som skal overføres etter arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd. Retten uttaler at «En tariffavtale gir normer for hva en tariffavtale kan inneholde, men i seg selv etablerer ikke en tariffavtale verken rett eller plikt for noen».

med tariffavtale dersom erverver reserverer seg mot å videreføre denne.⁹⁸ Dette taler også for at det ikke foreligger en slik ettervirkningseffekt.

Den konkrete vurdering av hvorvidt AFP-ordningen er av individuell art, eller av «normativ» karakter, vil uansett bli den samme, da det etter ufravikelighetsprinsippet er tariffavtalens lønns- og arbeidsvilkår som eventuelt skal erstatte vilkår som ikke er i samsvar med arbeidsavtalen.⁹⁹ Det vil kun være rettsgrunnlaget for rettighetsoverføringen som forholder seg annerledes.

3.1.10 Konklusjon

På bakgrunn av de ovenfor nevnte holdepunkter, konkluderes det med at AFP-ordningen ikke er et individuelt vilkår utledet av tariffavtale som skal overføres erverver etter arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd. Det er også avklart at det ikke foreligger en ettervirkning av vilkåret som følge av arbeidstvistloven § 8 tredje ledd, eller som følge av tariffavtalens ufravikelighetsprinsipp.

Forutsettes imidlertid at AFP-ordningen kan kategoriseres som et individuelt arbeidsvilkår som følge av sin karakter, må det vurderes om den omfattes av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd.

⁹⁸ Evenrud, *Arbeidsrett.no*, lovkommentar arbeidsmiljøloven § 16-2 note 9, Cappelen Damm akademisk, 2013

⁹⁹ *Kollektiv arbeidsrett* (2004) s.234

4 Arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd – hvilke pensjonsordninger omfattes?

Det forutsettes at pensjonsordningen må være etablert som rettighet for arbeidstaker for at den skal omfattes av rettighetsoverføringen ved virksomhetsoverdragelse.¹⁰⁰ Bestemmelsens ordlyd forholder seg slik

«Arbeidstakernes rett til videre opptjening av alders-, etterlatte- og uførepensjon i henhold til kollektiv tjenestepensjon, overføres til ny arbeidsgiver etter reglene i første og andre ledd. Ny arbeidsgiver kan velge å gjøre allerede eksisterende pensjonsordninger gjeldende for de overførte arbeidstakerne. Dersom arbeidstakernes tidligere pensjonsordninger ikke kan videreføres etter overdragelsen, skal ny arbeidsgiver sørge for at de overførte arbeidstakerne sikres rett til videre opptjening etter en annen kollektiv pensjonsordning.»

I arbeidsmiljølovens forarbeider nevnes kort AFP-ordningen og hvorvidt den omfattes av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd, uten at det tas endelig stilling til dette.¹⁰¹ Arbeidslivslovutvalget trekker frem, som hensyn som taler for at AFP-ordningen omfattes av bestemmelsen, at den er svært lik folketrygdens alderspensjon og at den er 40 % statlig finansiert. På den annen side omtales AFP-ordningen som en førtidspensjonsordning, og at dette tilsier at den ikke omfattes av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd, da det er rettslig avklart at slike faller utenfor denne bestemmelsen.¹⁰²

Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd er noe uklar hva gjelder hvilke pensjonsordninger som omfattes. Det foreligger ikke konsekvent begrepsbruk i bestemmelsen hva gjelder pensjonsordninger, da begrepene «kollektiv tjenestepensjonsordning», «tidligere pensjonsordninger» og «kollektiv pensjonsordning» alle er anvendt. Dette er også beskrivende for begrepsbruken i arbeidsmiljølovens forarbeider, slik at det vanskelig kan utledes noe konkret av disse om hvilke pensjonsordninger som er tiltenkt omfattet av arbeidsmiljø-

¹⁰⁰ NOU-2004-5 s. 356

¹⁰¹ NOU-2004-5 s. 372

¹⁰² C-164/00 Katia Beckman mot Dynamco Whicheloe Macfarlane Ltd premiss 31

loven § 16-2 tredje ledd, tredje punktum.¹⁰³ Om denne begrepsbruken er tilsiktet, slik at det faktisk differensieres mellom innholdet i de ulike begrep, eller om alle de anvendte begrep er tiltenkt samme innhold er vanskelig å fastslå. Hvordan dette forholder seg vil imidlertid kunne ha avgjørende betydning for om en pensjonsordning som AFP er omfattet av bestemmelsen.

Dersom det forutsettes at arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd tredje punktum kun får anvendelse for de kollektive tjenstepensjonsordninger som videreføres etter hovedregelen i første punktum, vil det bero på om AFP-ordningen kan kategoriseres som en slik for at den skal omfattes av denne. Tilsikter bestemmelsen imidlertid pensjonsordninger generelt, uavhengig av om de kan kategoriseres som «kollektiv tjenstepensjonsordning» etter første punktum, vil AFP-ordningen omfattes av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd tredje og fjerde punktum. Dette uavhengig av om ordningen kategoriseres som en kollektiv tjenstepensjon. Etter bestemmelsens ordlyd omfattes «pensjonsordninger». AFP-ordningen er en pensjonsordning. Unntaket vil med det mulig også gjelde ordninger som er etablert som en rettighet i arbeidsforholdet og skal overføres etter arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd, men som ikke rammes av tredje ledd første punktum.

Rettigheter i henhold til individuelle pensjonsordninger som eventuelt følger av arbeidsavtalen, vil ikke reguleres av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd. Disse rettigheters hjemmel for overføring må i følge arbeidsmiljølovens forarbeider antas å være arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd og kan ikke unntas fra overføring etter unntaksbestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd.¹⁰⁴ Her antas altså arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd å være *lex specialis*, og bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd må stå tilbake for denne.

¹⁰³ Ot.prp.nr.71 (1991-1992) s. 34 og begrepet «pensjonsytelser», Ot.prp.nr. 49. s. 263 og «kollektiv pensjonsordning», «pensjonsordningen»

¹⁰⁴ Johansen (2011) s. 928, Ot.Prp.nr. 49. (2004-2005) s. 339

Spørsmålet er videre om AFP-ordningen, slik den fremstår i dag, er omfattet av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd.

5 Kan AFP-ordningen kategoriseres som en kollektiv tjenestepensjon?

5.1.1 Hovedregel – pensjonsordning overføres

Arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd kalles gjerne «pensjonsunntaket». Hovedregelen er imidlertid at pensjonsordningene skal overføres – ikke at de skal unntas rettighetsoverføringen. Arbeidsmiljølovens forarbeider uttaler om denne at

«Kjerneområdet for denne bestemmelsen er tilfeller hvor arbeidstakerne har rett til en kollektiv pensjonsordning, pensjonsordningen kan overføres, og den nye arbeidsgiveren ikke har pensjonsordning fra før».¹⁰⁵

Det skilles i denne bestemmelsen mellom pensjonsmidler som allerede er opptjent, og rett til videre opptjening av pensjonsmidler. De allerede opptjente pensjonsmidler vil ikke berøres av virksomhetsoverdragelsen, og er forutsatt sikret ved de fleste pensjonsordninger i form av fripoliser eller pensjonskapitalbevis.¹⁰⁶ Det er eventuelt fremtidig innbetaling eller medlemskap i pensjonsavtaler, som skal videreføres av erverver dersom de er å anse som en etablert rettighet i arbeidsforholdet.

5.1.2 Kollektiv tjenestepensjonsordning, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd første punktum

Pensjonsordningen må kunne kategoriseres som en kollektiv tjenestepensjonsordning for at den skal rammes av hovedregelen om overføring etter arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd

¹⁰⁵ NOU 2004-5 s. 382

¹⁰⁶ Jf. lov om foretakspensjon §4-7, jf. lov om innskuddspensjon § 6-2.

første punktum. Spørsmålet blir videre hva som skal til for at en pensjonsrettighet faller inn under kategorien «kollektiv tjenstepensjon».

Juridisk teori har henvist til forsikringsavtaleloven for å kartlegge hva som kreves for at en pensjonsordning skal kunne kategoriseres som «kollektiv», da pensjonsordninger har klare likhetstrekk med forsikringsordninger.¹⁰⁷ Forsikringsavtalelovens § 10-2 litra g definerer hva som ligger i begrepet kollektiv forsikring, og denne sier at: «kollektiv forsikring: forsikring som omfatter personer i en nærmere angitt gruppe, og eventuelt deres ektefelle, barn, e l.». Det angis ikke nærmere hva eksakt som ligger i ”nærmere avgrenset gruppe”. I forarbeidene til skadeerstatningsloven, som henvises til i forsikringsavtalelovens noter til § 10-2 litra g, sies det at det ikke foreligger noe krav til antall personer som må omfattes for at det skal anses for en gruppe å være.¹⁰⁸ Her antas det at det til og med kan tenkes at det kan foreligge en gruppe bestående av en person. Antallet omfattede personer vil således ikke nødvendigvis si noe om hvorvidt det foreligger en ”nærmere avgrenset gruppe” eller ikke. Det forutsettes imidlertid at det foreligger visse holdepunkter for at det dreier seg om en avgrenset gruppe, for at den skal kunne klassifiseres som en.¹⁰⁹ Det avgjørende er altså at det reguleres pensjonsrettigheter generelt for en nærmere avgrenset gruppe for at det skal anses å foreligge en kollektiv pensjonsordning. Det er i forsikringsavtalelovens forarbeider ikke angitt nærmere hvilke avgrensninger som gjøres. Videre kan det synes som om kollektiv ordning forutsetter at det foreligger objektive kriterier for deltakelse i ordningen – alle vil være medlemmer på samme vilkår.¹¹⁰

¹⁰⁷ Evenrud, Arbeidsrett.no, lovkommentar arbeidsmiljøloven § 16-2 note 11, Cappelen Damm Akademisk, 2013

¹⁰⁸ NOU 1987-24 s.45 ” Det stilles ikke nærmere krav til hvor mange personer en kollektiv forsikring må omfatte, og i prinsippet kan det tenkes grupper på helt ned til en person”.

¹⁰⁹ Evenrud, Arbeidsrett.no, lovkommentar arbeidsmiljøloven § 16-2 (1) note 11, Cappelen Damm Akademisk, 2013

¹¹⁰ Jakhelln (2006) s. 1083

Det foreligger ikke en klar definisjon av begrepet tjenstepensjon. Den karakteriseres gjerne av at den krever en viss opptjening eller opparbeidelse av verdi for at ytelsen skal kunne realiseres.¹¹¹ Tjenstepensjonsordninger defineres også gjerne som en tilleggsytelse til folketrygdens pensjonsytelser.¹¹² Den tidligere arbeidsmiljølov § 73 B nr. 3 gjennomførte den korresponderende direktivbestemmelsen som i dag er gjennomført i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd. I henhold til ordlyden i den tidligere arbeidsmiljølov § 73 B nr. 3, omfattet denne «rett til ytelse i forbindelse med alderdom og invaliditet eller ytelse til etterlatte i henhold til pensjonsordninger». Det legges til grunn i utredningen av om denne bestemmelsen skulle oppheves, at begrepet «pensjonsordninger» omfattet «ordninger som gir rett til pensjonsytelser utover ytelse fra folketrygden».¹¹³ Det er ikke urimelig å anta at begrepet «kollektive tjenstepensjoner» i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd første punktum er tiltenkt det samme innhold.

Arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd gjennomfører som nevnt direktivets artikkel 3 nr 4 litra a) og b). I direktivet er imidlertid hovedregelen at det gjøres unntak i rettighetsoverføringen for pensjonsytelser. I direktivbestemmelsen betegnes de unntaksomfattede pensjonsytelser som «arbeidstakers rett til ytelse ved alder og uførhet eller på etterlattes rett til ytelse innenfor rammen av supplerende yrkesbaserte eller fleryrkesbaserte pensjonsordninger».¹¹⁴ Selv om direktivbestemmelsens ordlyd her avviker noe fra arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd første punktum «alders-, etterlatte- og uførepensjon i henhold til kollektiv tjenstepensjon», kan EF-domstolens tolkning av hva som ligger i direktivets begrep om hva som kjennetegner en pensjonsordning, også si noe om hva det norske «tilsvarende» begrep inneholder. Avgjørende synes etter EF-domstolens rettspraksis å være om ordning-

¹¹¹ Arbeids- og velferdsetaten, 2013

¹¹² Evju (2001) s. 43

¹¹³ NOU 2004-5 s. 376

¹¹⁴ Direktivet artikkel 3 nr. 4 litra a) og b), norsk uoffisiell oversettelse

en kvalitativt sett bærer preg av å være en pensjonsytelse, eller om det er egenskaper ved ytelsen som gjør at den hovedsakelig kan karakteriseres som noe annet.¹¹⁵

Det antas for eksempel at førtidspensjonsordninger vil falle utenfor pensjonsunntaket, og det vurderes slik ut i fra ytelsens hovedformål. Dette kan leses ut av EF-domstolens rettspraksis, nærmere bestemt C-164/00, omtalt ”Beckman”. Denne saken omhandlet en rett til førtidspensjonering, men at ytelsen da ble utbetalt som følge av nedskjæringer i virksomhet. Ytelsen fikk med det en kvalitet som minnet om sluttvederlag. Erverver påberopte seg at førtidspensjonsordningen ville falle inn under ordlyden i direktivets artikkel 3 nr. 4 a), og at den derfor ikke skulle videreføres. Domstolen uttaler at de ytelser som skal omfattes av unntaket er

«... ydelser der udbetales med virkning fra det tidspunkt, hvor arbejdstageren på normal vis afslutter sit arbejdsliv, således som det er tilfældet for så vidt angår den i sagen omhandlede generelle pensionsordning, der kan kvalificeres som ydelser ved alderdom, og ikke ydelser, der udbetales under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen, dvs. i tilfælde af afskedigelse på grund af personaleindskrænkning, selv om der for så vidt angår beregningen af disse henvises til metoden for beregning af de normale pensionsydelse».¹¹⁶

Utfallet ble følgelig at ytelsen ikke var å anse som en pensjonsytelse som omfattes av direktivets artikkel 3 nr. 4 litra a), og skulle derfor videreføres av erverver. Det kan av dette, i tillegg til å avklare at førtidspensjon i utgangspunktet faller utenfor ordlyden i pensjonsunntaket, utledes at det er ytelsens formål og funksjon som hovedsakelig skal vektlegges i vurderingen av hvorvidt det foreligger en pensjonsrettighet som skal overføres etter arbeidsmiljølovens § 16-2 tredje ledd første punktum.

¹¹⁵ Se for eksempel C-164/00 Katia Beckman mot Dynamco Whicheloe Macfarlane Ltd, der ytelsens natur søkes klarlagt.

¹¹⁶ C-164/00 Katia Beckman mot Dynamco Whicheloe Macfarlane Ltd, premiss 31

Domstolen fastslår også i ”Beckman” at det med hensyn til direktivbestemmelsens bakenforliggende formål, nemlig å ivareta arbeidsgivers rettigheter ved virksomhetsoverdragelser, må anlegges en streng fortolkning av hva som faller inn under ordlyden i dette unntaket.¹¹⁷ Pensjonsunntaket i direktivet begrunnes med at pensjonsordninger vil være utformet forskjellig i de ulike medlemsstater, slik at det ikke kan gis enhetlige regler for alle direktivomfattede stater.¹¹⁸ Dette gir den enkelte virksomhet en mulighet for tilpasning ved behov. Det er like fullt en arbeidervernbestemmelse, og skal tolkes med det forutsatt.

5.1.3 AFP som kollektiv tjenstepensjonsordning jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd første punktum

Hva gjelder AFP-ordningen som en kollektiv pensjonsordning, må det anses ganske klart at den vil oppfylle vilkår for dette – den utledes av en kollektiv avtale, og har generell utforming – den gjelder alle medlemmer ved tariffbundet virksomhet fra første medlem. Vilkårene for tilknytning er også objektivt utformet og nedfelt i tariffavtalen. Den gjelder for en avgrenset gruppe, altså alle ansatte i tariffbundet virksomhet, og den «virker» på like vilkår for alle som er omfattet, uavhengig av stilling, yrkestittel eller ansiennitet.

Arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd første punktum forutsetter også at det dreier seg om overføring av en tjenstepensjonsordning. Som nevnt over, er ett av hovedmomentene i vurderingen av hva som utgjør en tjenstepensjon at det foreligger et element av opptjening. AFP-ordningen vil her stå i en slags særstilling, da det etter denne ikke foreligger en reell opparbeiding av rettigheter, verken på individuelt nivå eller virksomhetsnivå. Videre har AFP-ordningen sider som gjør at den ikke klart kan klassifiseres som en ren pensjonsordning. Særlig gjelder dette AFP-ordningen i privat sektor, og i offentlig sektor mellom 65 og 67 år. AFP-ytelsen kan her uttas ved siden av lønnet arbeide, og er ikke inntektsjustert. AFP-ordningen er med det tiltenkt en funksjon som et incentiv til å stå i jobb lenger. Det er

¹¹⁷ C-164/00 Katia Beckman mot Dynamco Whicheloe Macfarlane Ltd premiss 29

¹¹⁸ NOU 2004-5 s. 370

imidlertid ikke en ytelse som kan realiseres uten å oppfylle vilkåret om oppnådd pensjonsalder, og denne samsvarer med den lovbestemte pensjonsalder. Ved uttak av AFP-ytelser forutsettes ikke at arbeidstaker trer ut av arbeidslivet til fordel for pensjonisttilværelse. AFP-ordningen bygger imidlertid på folketrygdens alderspensjon, slik at denne ligger i bunnen med AFP-ytelsen som et tillegg.

Arbeidslivslovutvalget omtaler AFP-ordningen som førtidspensjonsordning og anfører dette som argument mot at AFP-ordningen omfattes av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd. Deres synspunkt om AFP som førtidspensjonsordning må leses i lys av at arbeidsmiljølovens forarbeider tilkom før ny AFP-ordning ble vedtatt, og at AFP etter gammel ordning bar preg av å være en førtidspensjonsordning. Johansen og Stueland nevner i sin lovkommentar også at AFP-ordningen kan tenkes å gå klar av denne hovedregelen som følge av at den kan karakteriseres som en førtidspensjonsordning.¹¹⁹

Den nye AFP-ordningen, særlig slik den er utformet i privat sektor, kan ikke kategoriseres som en førtidspensjonsordning, da arbeidstaker må ha fylt 62 år for å kunne starte sine uttak. Folketrygdens lovbestemte pensjonsalder er i samsvar med dette.¹²⁰ Gammel AFP-ordning, og dagens AFP-ordning i offentlig sektor for arbeidstakere i aldersintervallet mellom 62 år og 65 år kalles gjerne tidligpensjonsordning, men aldersvilkåret samsvarer også her med folketrygdens lovbestemte pensjonsalder. Dermed er det lite treffende å kategorisere AFP-ordningen, både i privat og offentlig sektor som en førtidspensjonsordning slik de fremstår i dag.

Det kan derfor stilles spørsmål om hvorvidt AFP-ordningen kvalifiserer seg som en tjenestepensjon, eller om denne i sin helhet faller utenfor rettighetsoverføringen som reguleres av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd første punktum. Dette er i ikke avklart, hverken i ar-

¹¹⁹ Johansen (2011), s 930

¹²⁰ Folketrygdeloven § 20-2

beidsmiljølovens forarbeider, rettspraksis eller teori. Lovgivers argumentasjon mot at AFP-ordningen er omfattet synes i dag svakere fundert enn før ny AFP-ordning tilkom.

Ordlyden og lovforarbeidene holdt opp mot AFP-ordningen slik den i dag fungerer, tilsier at den omfattes av hovedregelen i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd første punktum. Det legges derfor videre til grunn at det forholder seg slik.

5.1.4 «Pensjonsunntaket» i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd andre punktum

Unntaket i bestemmelsens annet punktum består i at erverver, dersom han har eksisterende pensjonsordning i sin bedrift, kan velge å gjøre denne gjeldende for de ervervede arbeidstakere. Det er tilstrekkelig at erverver etablerer en pensjonsordning før overdragelsestidspunktet. Det er antatt at den eksisterende pensjonsordning blir gjort gjeldende for de ervervede arbeidstakere øyeblikkelig, i kraft av virksomhetsoverdragelsen.¹²¹ Det stilles ingen kvalitative krav til den ordning erverver velger å erstatte den tidligere pensjonsordningen med – denne kan således innskrenke arbeidstakers pensjonsrettigheter betraktelig. Erverver vil være lovpålagt å tilby sine ansatte en kollektiv pensjonsordning gjennom lov om offentlig tjenestepensjon(OTP), og dette vil følgelig også være minstekravet til pensjonsordningen som erverver må oppstille for de ervervede arbeidstakere. Erverver kan med andre ord erstatte en AFP-ordning med en annen pensjonsordning, dersom erverver før overdragelsestidspunktet har opprettet pensjonsordning i sin virksomhet.

6 Arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd siste punktum og AFP-ordningen

Unntaket i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd tredje punktum omfatter pensjonsrettigheter som i utgangspunktet skal overføres, men hvor det foreligger forhold som gjør ordningen rettslig umulig å overføre. Det er retten til fremtidig opptjening etter kollektiv tjeneste-

¹²¹ Johansen (2011) s. 923

pensjon som etter arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd siste punktum skal videreføres, og bestemmelsen berører i utgangspunktet ikke rettigheter som allerede er opptjent hos tidligere arbeidsgiver.

Det antas ved denne bestemmelsen ikke å være tilstrekkelig at det å videreføre pensjonsordningen byr på utfordringer – det må være rettslig umulig å overføre pensjonsrettigheten.¹²² Det er ikke klart fastslått hverken i rettspraksis, forarbeider eller teori hvilke situasjoner som klart kvalifiserer seg som grunnlag for at en pensjonsrettighet ikke rettslig skal kunne overføres, men det kan allikevel påpekes tilfeller der det klart vil være umulig å videreføre rettigheten.

Det vil ikke stilles kvalitative krav til den erstattende pensjonsordning erverver kan tilby, og med det vil arbeidsgiver ha anledning til å innføre en langt mindre gunstig pensjonsordning for de ervervede arbeidstakere, enn den ordning de eventuelt hadde tidligere. Her vil minimumskravet til den pensjonsordning erverver må tilby være i samsvar med den lovfestede OTP. Denne regelen i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd siste punktum må imidlertid sees i et historisk perspektiv. Denne kom til før lov om OTP, og det ville i forkant av dette ikke ha funnet sted en plikt for ervervende arbeidsgiver til under enhver omstendighet å tilby noen form for kollektiv pensjonsordning. Før denne lovregelen ble gitt forelå det risiko for at arbeidstaker kunne miste alle pensjonsrettigheter utover den lovbestemte alderspensjon, dersom pensjonsordningen ikke ville la seg videreføre av ervervende arbeidsgiver.

Det er i denne sammenheng også verdt å nevne at det forutsettes at arbeidstaker uansett tidligere ordning eller eventuelt rettigheter etter flere ordninger, må nøye seg med den kollektive pensjonsordning erverver tilbyr. Det kan her stilles spørsmålsteget ved om det å gå fra eventuelt å være berettiget etter to ordninger, hvorav en meget gunstig ordning som AFP-ordningen, til kun én ordning som for eksempel OTP som er kvalitativt sett mye

¹²² Johansen (2011) s 924

mindre omfattende, kan kvalifisere som at arbeidstaker sikres rett til videre opptjening. Spørsmålet blir nærmere konkret om det at en ordning bortfaller og at det kun står en kvalitativt sett dårligere ordning tilbake, kan sies å være det samme som å sikre videre opptjening etter arbeidsmiljølovens § 16-2 tredje ledd. Dette er verken avklart eller nevnt i forarbeider, rettspraksis eller teori.

I følge forarbeidene er arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd siste punktum særlig tilsiktet de tilfellene der virksomhet overdras fra offentlig eller kommunal sektor, og til erverver i privat sektor.¹²³ Departementet nevner her spesifikt at denne gjelder arbeidstakere som er omfattet av Overføringsavtalen, men hvor denne avtale bortfaller som følge av at ervervende arbeidsgiver ikke har medlemskap i denne, og pensjonsrettigheten da ikke kan videreføres uendret, «der Overføringsavtalen ikke tillater overføring av pensjonsordninger».¹²⁴ Overføringsavtalen er en avtale mellom ulike virksomheter i offentlig sektor, som sikrer at overføring av pensjonsordninger mellom disse kan gjøres uten at det inntreer endring i ordningene.¹²⁵ Denne oppstiller et kompatibelt rettsgrunnlag for ordningene på tvers av virksomhetene. Departementet anfører at den gjeldende lovregel oppstiller en tilfredsstillende løsning for alle parter, da arbeidstaker får rett til videre opptjening i henhold til annen kollektiv pensjonsordning, men at erverver allikevel har mulighet til å tilpasse ordningen til sin virksomhet.¹²⁶

AFP-ordningene i offentlig sektor er tilsluttet Overføringsavtalen.¹²⁷ Hva gjelder AFP-ordningen i privat sektor, stiller situasjonen der virksomhet overdras erverver uten tilsvarende tariffavtale seg svært likt de tilfeller arbeidsmiljølovens § 16-2 tredje ledd siste punktum etter forarbeidene synes tilsiktet å regulere. AFP-ordningen i privat sektor er ikke

¹²³ Ot.prp.Nr.49 (2004-2005) s. 263

¹²⁴ Ibid. s. 263

¹²⁵ Statens Pensjonskasse, 2013

¹²⁶ Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005) s. 263

¹²⁷ Statens pensjonskasse, 2013, Kommunal Landspensjonskasse, 2013

tilsluttet Overføringsavtalen, men er også en tariffestet pensjonsavtale. Utgangspunktet er det samme i disse situasjoner – tilknytningen til ordningen bortfaller, og med det også erververs mulighet til å videreføre rettigheten. Dette tilsier at arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd også bør få anvendelse for AFP-ordningen i privat sektor.

Oppstiller man etter denne bestemmelsen et skille mellom AFP-ordningen i privat og offentlig sektor, vil det tilsi at arbeidstakere som er omfattet av AFP-ordningen i offentlig sektor har et langt mindre omfattende vern om sin pensjonsordning enn arbeidstakere som er omfattet av AFP-ordningen i privat sektor. AFP-ordningen vil, i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd siste punktum, kunne erstattes av en kvalitativt sett dårligere ordning, da det ikke stilles krav til at den erstattende ordning skal gi tilsvarende rettigheter. Finner man at AFP-rettigheter er en individuell rettighet som skal overføres, og ordningen i privat sektor ikke omfattes av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd siste punktum vil denne i utgangspunktet måtte overdras erverver i sin helhet. En slik ulik behandling av AFP-ordningene i offentlig og privat sektor kan også være i strid med det ulovfestede likhetsprinsippet i forvaltningen. Likhetsprinsippet forutsetter at like tilfeller skal behandles likt.¹²⁸

Det er ikke rettslig avklart om AFP-ordningen i privat sektor omfattes av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd. Dette også på bakgrunn av at den nye AFP-ordningen i privat sektor er nyere av dato, og tilkom i etterkant av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd slik den fremstår i dag. Da AFP-ordning i offentlig sektor på bakgrunn av uttalelser i forarbeidene må anses å være omfattet her, taler dette klart for at bestemmelsen også får anvendelse for AFP-ordningen i privat sektor. Reelle hensyn tilsier også at den bør omfattes av bestemmelsen, som følge av ordningens karakter.

Konstateres AFP-ordningen som en etablert rettighet i den individuelle arbeidsavtale og skal overføres i medhold av arbeidsmiljølovens § 16-2 første ledd eller at den ikke omfattes

¹²⁸ Gisle (2010) s.241

av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd siste punktum, vil det allikevel foreligge sider ved den som gjør at den ikke rettslig sett kan overføres.

7 Ikke overførbare rettigheter

7.1.1 "Læren om ikke overførbare rettigheter"

Det er i juridisk teori tatt til orde for en «lære om ikke overførbare rettigheter».¹²⁹ Dette vil gjelde rettigheter på et overordnet plan, og ikke kun hva gjelder pensjonsrettigheter som eventuelt ikke kan videreføres etter arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd, siste punktum. «Læren om ikke overførbare rettigheter» er tiltenkt å gripe inn overfor rettigheter som i utgangspunkt anses for å være individuelle rettigheter for arbeidstaker, og skal overføres etter arbeidsmiljøloven § 16-2 første og andre ledd, men som ikke rettslig kan overføres. Denne «læren» oppstiller en unntaksadgang for rettigheter som etter sin art ikke er rettslig mulig å overføre.

Det er viktig å merke seg at det eventuelt vil dreie seg om et unntak fra hovedregelen om at arbeidstakers rettigheter skal overføres, og med det et inngrep i en arbeidervernregel. Verken arbeidsmiljølovens ordlyd eller direktivet gir anvisning på en slik regel, hvilket tilsier at det bør foreligge relativt sterke holdepunkter for å kunne fastslå og anvende en slik eventuell unntakslære. Det er også fastslått i EU-domstolens rettspraksis at adgangen til å gjøre unntak fra overføring av rettigheter skal tolkes strengt som følge av lovreglenes formål.¹³⁰ Det finnes allikevel visse holdepunkter for at det må kunne anvendes en slik lære, og det vil unektelig forekomme tilfeller der en rettighet ikke rettslig lar seg overføre. Det finnes følgende behov for å plassere dette rettslig.

¹²⁹ Evju (2005) s. 18, Fougner (2013) s.972, Johansen (2011) s. 901

¹³⁰ C-164/00 Katia Beckman mot Dynamco Whicheloe Macfarlane Ltd premiss 19

Grunnlaget for teorien om at det en slik lære kan anvendes, er blant annet hentet i direktivtekstens ordlyd. Det overdrager er forpliktet til å overføre til erverver, er de gjeldende rettigheter og plikter på skjæringspunktet for overdragelsen, og da automatisk som følge av overdragelsen. Tanken er at det i dette kan tenkes å ligge en begrensning for overføring mot plikter og rettigheter som erverver ikke har forutsetning for eller mulighet til å opprettholde – altså er det ikke rettslig mulig automatisk å overdra disse.¹³¹

I forarbeidene til det opprinnelige direktivet av 1977, 77/187/EØF, som er videreført i någjeldende direktiv 2001/23/EF, foreligger en uttalelse gjort av Rådet og Kommisjonen om forståelsen av direktivets bestemmelser, og det sies at

«Medlemsstaterne er ikke forpliktet til at utvide anvendelsen af stk. 1 og 2 til også at omfatte de af overdragerens forpligtelser, som i følge deres art ikke kan overdrages til eller opretholdes af erhververen».¹³²

Det gis her klart uttrykk fort at det ved denne direktivbestemmelsen ikke er tiltenkt at erverver under enhver omstendighet er forpliktet til å overta overdragerens plikter, og at det mulig må ligge en begrensning for overdragelse av rettigheter og plikter som erverver ikke har mulighet til å oppfylle.

Holo og Fougner argumenterer for at det implisitt i det at rettighetsovergangen skal skje automatisk som en rettsvirkning av overdragelsen, ligger en begrensning mot plikter og rettigheter arbeidstaker ikke har forutsetning for å oppfylle, og at

«det tilsvarende kan spørres om direktivet bygger på den forutsetning at overgangen av rettigheter og plikter må avgrenses mot rettigheter og plikter som det er mulig for ham å oppfylle».¹³³

¹³¹ Fougner (2013) s. 972

¹³² Rådsnote R/212/77 (SOC 32), s. 64

¹³³ Fougner (2013), s.972

Jakhelln og Aune argumenterer også for at det ikke kan oppstilles en slik regel om at erverver uansett rettighetens art synes forpliktet til å videreføre denne, og det anføres at

«Problemstillingen i forbindelse med overføring av rettigheter som i praksis ikke kan videreføres hos en ny arbeidsgiver er ikke behandlet i rettspraksis. Verken loven eller direktivet kan imidlertid tolkes på en slik måte at en ny arbeidsgiver plikter å videreføre rettigheter som ikke kan overføres». ¹³⁴

Evju nevner også at det kan tenkes å forekomme rettigheter som etter sin art ikke kan overføres etter direktivets artikkel 3 nr 1, og tidligere aml § 73 B nr 1, som i dag er videreført i arbeidsmiljøloven § 16-2. ¹³⁵

Det omtales videre i teori ulike eksempler på hva slags rettigheter som det typisk vil være vanskelig eller umulig for erverver å oppfylle. ¹³⁶ En slik type rettighet som nevnes, er for eksempel tilfeller der det er inngått avtale med arbeidstaker om bonusordning. Dersom denne bonusordningen er betinget av et visst driftsresultat i overdragers virksomhet, vil det være praktisk utfordrende, og kanskje ikke mulig å overføre rettigheten. Dette fordi erververs virksomhet er en annen etter virksomhetsoverdragelse, og bonusordningen er knyttet spesifikt til overdragers virksomhets resultater. Det kan tenkes at erverver kan tilby bonusordning av samme art, men det vil ikke være den samme rettigheten som den som forelå hos overdrager. ¹³⁷

Det kan også tenkes at videreføring av opsjonsavtaler mellom arbeidstaker og virksomhet vanskelig kan la seg gjøre, særlig der disse forutsetter at arbeidstaker må være ansatt i virksomheten for å kunne benytte seg av denne rettigheten. ¹³⁸ Selv om arbeidstaker kan fast-

¹³⁴ Jakhelln (2006) s.1078

¹³⁵ Evju (2005) s. 18

¹³⁶ Evenrud, *Arbeidsrett.no lovkommentar arbeidsmiljøloven § 16-2 note 3*, Cappelen Damm Akademisk, 2013

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

holde sine rettigheter overfor ny arbeidsgiver, skifter virksomheten like fullt hender og arbeidsforholdet opphører hos tidligere arbeidsgiver.

Rett til å benytte seg av tjenesteleilighet er også nevnt som en rettighet som mulig kan kategoriseres som en ikke overførbar rettighet. En slik rettighet kan umulig la seg videreføre, med mindre leiligheten går over på erververs hender.¹³⁹

Det kan videre tenkes at et hensyn som taler imot at en pensjonsrettighet er overførbar, er hensynet til de kostnader som vil påløpe for erverver dersom han må opprettholde forpliktelsen, og at en rettighetsoverføring av en omfattende pensjonsordning kan være avgjørende for mulighet til å opprettholde drift av virksomheten. Det bør i utstrakt grad avklares i forkant for virksomhetsoverdragelsen hvilke pensjonsforpliktelser som påhviler virksomheten, i likhet med at dette gjøres for andre rettigheter og forpliktelser virksomheten har, før et eventuelt oppkjøp. Dette vil også være en faktor som gir uttelling ved prisfastsettelse av virksomhet. Påhviler det selskapet høye økonomiske forpliktelser, vil prisen naturligvis reduseres i takt med dette. Det kan igjen gi seg utslag i at det kan begrense omfanget av hensiktsmessige disposisjoner for virksomheten.¹⁴⁰

7.1.2 Avgrensning mot rettigheter og plikter som bygger på lov

I juridisk teori nevnes at det kan tenkes at overdragers lovbaserte forpliktelser som i utgangspunktet overdras, ikke allikevel automatisk kan gå over på erverver, dersom han ikke er bundet av de samme eller bundet av andre lovregler. Dette syn finner også støtte i rettspraksis fra EF-domstolen.

I sak, C-175/99, nærmere omtalt «Mayeur», ble det lagt til grunn at nasjonalt lovbaserte plikter og rettigheter kan utgjøre en hindring for den overføring av rett og plikt som skal skje i henhold til direktivbestemmelsen. Det hadde funnet sted en virksomhetsoverdragelse

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ NOU-2004-5 s. 380

fra privat sektor til offentlig myndighet. Ansettelsesprosessen for offentlige tjenestemenn var lovfestet, og arbeidskontraktene kunne derfor ikke automatisk gå over på erververs hånd. Dette fikk videre følgen at arbeidsavtale måtte bortfalle ved virksomhetsoverdragelsen. Domstolen anfører at

«Endvidere har en offentlig enhed, der overtager aktiviteter, som tidligere udøves af en privatretlig juridisk person, ikke mulighed for at overtage de arbeidskontrakter, som den privatretlige juridiske person har indgået, for så vidt som ansatte i offentlige forvaltningsorganer er offentlige ansatte, der ansættes på grundlag af særlige regler, og hvis tjenesteretlige stilling henhører under forvaltningsretten»¹⁴¹

Utfallet i denne ble at bortfallet av arbeidsavtalene ble ansett for å være en ”vesentlig endring i arbeidsvilkår” og artikkel 4 nr. 2 kom til anvendelse her.

Det samme kommer til uttrykk i sak C-425/02, nærmere omtalt som «Delahaye»-saken. I denne saken hadde arbeidstaker, etter virksomhetsoverdragelse fra privat til offentlig sektor, fått 37 % lavere lønnsuttelling enn det hun hadde hos sin tidligere arbeidsgiver. Dette fulgte av nasjonale lovregler om lønnsklasser og ansiennitet i offentlig sektor. Spørsmålet var konkret hvordan direktivbestemmelsen skal tolkes dersom rettigheter som etter direktivet skal overføres, står i konflikt med rettigheter og plikter etter andre nasjonale lovregler. Her uttaler domstolen at

«Følgelig skal det præjudicielle spørsmål besvares med, at direktiv 77/187 skal fortolkes således, at det i tilfælde af overførsel af en privatretlig juridisk person til staten, i princippet ikke er til hinder for, at sidstnævnte som ny arbeidsgiver nedsætter de berørte arbeidstageres løn for at efterkomme gældende nationale bestemmelser om offentligt ansatte».¹⁴²

¹⁴¹ C-175/99 Didier Mayeur mod Association Promotion de l'information messine (APIM), premiss 50

¹⁴² C-425/02 Johanna Maria Delahaye mot Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative, premiss 35

Domstolen uttaler altså her at lovbaserte plikter og rettigheter kan gjøre et inngrep i rettighetsvernet direktivet oppstiller. Det kan synes som at lovbaserte regler som ikke er forenlig med den rettighetsoverføringen til erverver som etter direktivet automatisk skal skje, vil kunne tenkes å oppstille en skranke for at rettigheten er overførbar. Domstolen presiserer videre at det ved fortolkningen alltid skal tas hensyn til bestemmelsens formål, nemlig å sikre arbeidstakers rettigheter ved virksomhetsoverdragelse.

Arbeidstakers rettigheter skal som hovedregel overføres, men det er rimelig å anta at disse rettigheter kan måtte vike for lovfestede plikter og rettigheter erverver er bundet av. Det kan i alle fall utledes av domstolens uttalelser i disse ovenfor nevnte sakene at lovstrid kan være grunnlag for at en rettighet kan kategoriseres som ikke overførbar. Disse dommene må imidlertid leses i lys av at de omhandler rettigheter som ikke er forenlig med offentlig rettslig regulering. Å basere et generelt unntak fra hovedregel på disse rettsavgjørelsene, i det alle synes å gjelde virksomhetsoverdragelse fra privat til offentlig sektor, kan ikke være tilstrekkelig. Det kan imidlertid ved disse bekreftes at det forekommer tilfeller der rettigheten ikke kan overføres.

7.1.3 Konklusjon

Grunnlaget for at det er etablert en slik «lære om ikke overførbare rettigheter» kan synes svakt fundert, særlig med tanke at den vil representere et inngrep i arbeidstakers rettighetsvern. Det er per dags dato ikke rettslig avgjort om denne læren har tilstrekkelige holdepunkter til å kunne anvendes.¹⁴³ Det vil unektelig forekomme situasjoner der rettigheter ikke rettslig eller praktisk kan overføres, hvor det synes behov for en slik lære. Konstateres en slik «lære om ikke overførbare rettigheter», vil denne oppstille en legitim unntaksadgang fra rettighetsoverføringen.

¹⁴³ Læren om ikke overførbare rettigheter er så vidt forfatter bekjent kun påberopt i norsk rett ved ett tilfelle, men retten tok ikke stilling til dette da saken ble avgjort på annet grunnlag, jf TTONS-2006-57463

Det er rimelig å anta at AFP-ordningen, dersom en slik overordnet «lære om ikke overførbare rettigheter» kan anvendes, må plasseres i denne kategorien. Erverver vil ikke ha mulighet til å oppfylle forpliktelsen overfor arbeidstaker uten selv å gjennomføre tariffavtale med tilsvarende AFP-bilag i sin virksomhet.

Det legges i utgangspunktet til grunn at AFP-ordningen ikke er en individuell rettighet, og med det ikke overdras erverver i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd. Den vil med det ikke omfattes av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd, da AFP-ordningen må være en rettighet for arbeidstaker for at denne skal komme til anvendelse.

Forutsettes imidlertid at AFP-ordningen kan kategoriseres som en individuell rettighet, og at den ikke er omfattet av pensjonsunntaket eller «læren om overførbare rettigheter» vil spørsmålet om kompensasjon av bortfalt rettighet for arbeidstaker melde seg.

8 Kompensasjon for bortfalt rettighet

8.1.1 Foreligger kompensasjonsplikt for bortfalt rettighet?

Spørsmålet blir videre hvorvidt disse rettigheter som ikke kan videreføres for arbeidstaker skal erstattes økonomisk av erverver. Sett hen til formålet med direktivet og lovreglene, nemlig at arbeidstaker skal stilles som før virksomhetsoverdragelse fant sted, kan dette tale for at en slik kompensasjonsplikt kan foreligge. Dette forsterkes ytterligere av at arbeidstaker ikke selv er å klandre for forringelsen av rettighetene, og at det er forhold på erververs side som gjør at rettigheten ikke går over uendret. Et slikt erstatningsgrunnlag må i så fall oppstilles på bakgrunn av alminnelige erstatningsrettslige regler i kontraktsforhold.

EU-domstolen har i sak C-4/01, nærmere omtalt «Martin», gitt uttrykk for at det kan foreligge kompensasjonsplikt for erverver ved bortfall av rettighet som følge av virksomhets-

overdragelse.¹⁴⁴ Denne saken omhandlet rett til førtidspensjonering fastsatt i kollektiv avtale, men som også var gjort til en del av den individuelle arbeidsavtale ved en klausul i denne. Erverver hadde tilbudt arbeidstaker en mindre fordelaktig pensjonsordning enn den hun hadde krav på hos tidligere arbeidsgiver, og hun hadde også akseptert denne ordningen. EU-domstolen uttaler at erverver, som følge av denne disposisjonen, har tilsidesatt «ufravelige rettsgrunnsetninger» og at det i disse tilfeller påhviler

«erververen at yde arbeidstagerne den nødvendige compensation, således at der tilvejebringes de betingelser for førtidig pensionering, der gjaldt innenfor rammerne af arbejdsforholdet med overdrageren».¹⁴⁵

I denne sak bestod tilsidesettelsen av ufravelige rettsgrunnsetninger i at arbeidstaker ugyldig hadde gitt avkall på rettigheter som etter direktivet ikke kunne fravikes, ved å akseptere en mindre fordelaktig førtidspensjonsordning.

Evju argumenterer også for at det på privatrettslig avtalegrunnlag i unntakstilfeller kan tenkes å foreligge en regel om kompensasjon, og anfører at «i så fall må utgangspunktet være – med støtte i Martin – utvilsomt være at arbeidstakeren på annen måte holdes økonomisk skadesløs» s19.¹⁴⁶ Evju mener imidlertid at dette vil dreie seg om en unntaksregel og at en «slik generell regel om kompensasjon vil være for vidtgående».¹⁴⁷

Uttalelsen gjort av Rådet og Kommisjonen i rådsnoten gjengitt under kapittel 6.1.1, må imidlertid være en faktor som trekker i retning av at erstatningsplikt ikke kan oppstilles. Her forutsettes at rettighetsoverføringen ikke skal utvides til å omfatte forpliktelser erverver ikke har forutsetninger for å oppfylle.¹⁴⁸

¹⁴⁴ C-4/01 Serene Martin, Rohit Daby, Brian Willis mot South Bank University, premiss 52

¹⁴⁵ C-4/01 Serene Martin, Rohit Daby, Brian Willis mot South Bank University, premiss 52

¹⁴⁶ Evju (2005), s.19

¹⁴⁷ Ibid, s. 82

¹⁴⁸ Rådsnote R/212/77 (SOC 32) s. 64

Spørsmålet blir videre om det kan oppstilles erstatningsplikt på ulovfestet grunnlag for positiv kontraktsinteresse. Det vil si at arbeidstaker i så fall skal stilles økonomisk som om rettigheten hadde gått over uendret på erververs hånd.¹⁴⁹

For at slik erstatningsplikt skal inntre må det foreligge ansvarsgrunnlag, og det må det kunne konstateres en grad av skyld. Skyldgraden er også avgjørende for hvorvidt erstatningsplikt kan inntre.¹⁵⁰ Er debitor «ikke videre å bebreide» for kontraktsbruddet, skal det mer til for å konstatere skyld.¹⁵¹ Det må videre foreligge et økonomisk tap, og tapet må stå i adekvat årsakssammenheng med den bortfalte avtale. Tapet må heller «ikke være for fjernt, avledet, eller upåregnelig».¹⁵² Etter adekvansregelen skal faktagrunnlag og sannsynlighet for at resultatet kunne inntre vurderes.¹⁵³

Spørsmålet blir i første rekke om det ved bortfall av rettighet kan konstateres et økonomisk tap, og om et slikt eventuelt tap er tilstrekkelig nært i tid og sted til å oppfylle kravet om adekvans. Etter adekvansregelen er faktagrunnlag og sannsynlighet momenter som må tas i betraktning.¹⁵⁴

En rettighet som skal overføres i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd vil antakelig måtte stille sterkere som kompensasjonsberettiget enn de tilfeller der det foreligger en pensjonsavtale som ikke kan overføres i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd. Erstatningsadgang for pensjonsrettigheter som ikke kan overføres, og som omfattes av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd siste punktum, må anses uttømt i denne. Her oppstilles at erverver i disse tilfellene er forpliktet til å videreføre arbeidstakers opptjening etter en

¹⁴⁹ Hagstrøm (2003) s. 520

¹⁵⁰ Ibid s. 531

¹⁵¹ Ibid s. 531

¹⁵² Ibid s. 526

¹⁵³ Ibid s. 528

¹⁵⁴ Hagstrøm (2011) s. 547

annen kollektiv pensjonsordning, altså uttaler loven noe om hva arbeidstaker er berettiget dersom rettigheten ikke kan overføres.

8.1.2 AFP - kompensasjonsberettiget rettighet ved mislighold?

Finner man at AFP-ordningen ikke mulig rettslig kan overføres, blir spørsmålet om arbeidstaker skal kompenseres for bortfall av denne rettigheten. Det forutsetter at det kan konstateres at AFP-ordningen er en rettighet i arbeidsforholdet, og at den ikke kan unntas rettighetsovergangen i medhold av unntaksbestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd, eller i medhold av en eventuell «lære om ikke overførbare rettigheter».

Det forekommer noen uttalelser i juridisk teori hva gjelder AFP-ordningen og hvorvidt bortfall av denne kan tenkes å oppstille en erstatningsplikt. Det er dog uenighet blant teoretikerne om dette. Johansen og Stueland anfører at det på bakgrunn av EF-domstolens uttalelser i «Martin»¹⁵⁵ og lovgivningens bakenforliggende hensyn og formål, må være tilstrekkelige holdepunkter for å fastslå at bortfall av AFP-ordning må kompenseres for arbeidstaker. Her uttales konkret

«Hvis for eksempel erververen ikke er tilsluttet AFP-ordningen gjennom tariffavtale, og derfor ikke kan videreføre denne for de overførte arbeidstakerne, må erververen etter vårt syn erstatte den økonomiske interessen som ordningen representerer for de overførte arbeidstakerne enkeltvis».¹⁵⁶

Også Evenrud nevner at det kan foreligge erstatningsplikt, og hun uttaler at

«AFP-ordningen kan ikke videreføres uendret for arbeidsgivere som ikke er bundet av en tariffavtale hvor AFP-ordningen inngår som bilag. Arbeidsgiver kan riktignok bli forpliktet til å betale pensjon

¹⁵⁵ C-4/01 Serene Martin, Rohit Daby, Brian Willis mot South Bank University

¹⁵⁶ Johansen (2011) s. 902

tilsvarende AFP-ordningen over drift, men retten og plikten til å være tilsluttet AFP-ordningen kan ikke videreføres.»¹⁵⁷

Det kan i forbindelse med erstatningsvurderingen også oppstilles et skille for de tilfeller der AFP-ordningen overføres erverver etter arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd som avtalerettslig disposisjon, og der den overføres erverver etter arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd som individuell rettighet utledet av tariffavtale. Foreligger en individuell arbeidsavtale med tilsikrede AFP-rettigheter, og disse rettigheter overføres erverver i medhold av bestemmelsens første ledd, vil følgelig erstatning kunne inntre som følge av kontraktsbrudd fra erververs side. Utgangspunktet må i så fall være at arbeidstaker blir berettiget full kompensasjon for bortfalt rettighet, i den grad de generelle vilkår for erstatning i kontraktsforhold er oppfylt. Overdrager kan da også komme i solidarskyldnerforhold med erverver, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd.

Kategoriseres AFP-ordningen som et individuelt arbeidsvilkår utledet av tariffavtale og overføringshjemmelen er § 16-2 andre ledd, vil to hensyn gjøre seg gjeldende. For det første skal arbeidsvilkåret overføres erverver med en tidsbegrensning pålydende tariffavtalens løpetid, eller til annen tariffavtale inngås. Det tilsier at den eventuelle erstatningsplikt kan påberopes utelukkende av arbeidstakere som innenfor tidsbegrensningens tid vil oppfylle vilkår for å kvalifisere som berettiget etter AFP-ordningen.

For det andre kan reelle hensyn tilsi at det for AFP-ordningen i privat sektor bør løses på samme måte som det etter arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd siste punktum angis for AFP-ordningen i offentlig sektor, nemlig at erverver må tilby erstattende ordning for videreføring av pensjonsopptjening. På den andre siden, dersom lovgiver har forutsatt et skille mellom AFP-ordningene i offentlig og privat sektor, slik at kompensasjonsadgangen for AFP-ordningen i offentlig sektor er uttømt ved arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd siste

¹⁵⁷ Evenrud, *Arbeidsrett.no*, lovkommentar arbeidsmiljøloven § 16-2 note 11, Cappelen Damm Akademisk, 2013

punktum, må dette tas til inntekt for at AFP-ordningen i privat sektor ikke er av individuell art. Dette er ikke rettslig avklart. Vurderingen av AFP-ordningen som erstatningsberettiget ved forutsatt rettighetsoverføring etter arbeidsmiljøloven § 16-2 første og annet ledd vil imidlertid bli tilnærmet den samme.

I en av høringsuttalelsene til arbeidsmiljøloven ble det nevnt at ordlyden bør endres til “likeverdig kollektiv pensjonsordning”, slik at den ikke kvalitativt sett kan forringes ved at erverver velger å tilby en mindre gunstig løsning.¹⁵⁸ Lovgiver valgte imidlertid ikke å etterfølge dette, og uttaler at behovet for vern av arbeidstakers rettigheter er ivaretatt ved den formulering som er oppstilt i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd siste punktum.¹⁵⁹ Dette taler klart i mot at det foreligger en erstatningsplikt for erverver ved bortfall av pensjonsavtaler, så fremt arbeidstaker får opptjening etter en annen pensjonsordning.

Hovedregelen er at arbeidstakers ansettelsesforhold overdras erverver med virksomhet. Arbeidstaker har imidlertid i noen tilfeller reservasjons- og valgrett. Reservasjonsrett er hovedregelen og er hjemlet i arbeidsmiljøloven § 16-3. Reservasjonsretten angir at arbeidstaker kan reservere seg mot å få sitt arbeidsforhold overdratt erverver. Valgretten er ulovfestet. Denne angir at arbeidstaker vil kunne kreve sitt arbeidsforhold fastholdt for overdrager. Dens omfang er ikke klarlagt til det fulle.¹⁶⁰ Høyesterett fastslo i Rt.2000 s.2047 at arbeidstaker unntaksvis kan ha valgrett dersom det forekommer «inngripende, negative endringer som følge av virksomhetsoverdragelsen».¹⁶¹ I denne sak ble virksomhet overdratt fra offentlig til privat sektor, og arbeidstaker påberopte seg valgrett blant annet på grunnlag av dårligere pensjonsordning. Her gjorde Høyesterett en konkret vurdering av hvorvidt den nye pensjonsordningen avvek såpass mye fra arbeidstakers tidligere pensjonsordning, at det

¹⁵⁸ NOU-2004-5 s.383

¹⁵⁹ Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s. 263

¹⁶⁰ Evenrud, *Arbeidsrett.no*, lovkommentar arbeidsmiljøloven § 16-3 note 1, Cappelen Damm Akademisk, 2013

¹⁶¹ Rt. 2000 s 2047, s. 2056.

var tilstrekkelig til å konstatere en inngripende og negativ endring som kunne utløse en valgrett. Det ble i denne sak ikke ansett å være tilstrekkelige endringer til det negative for arbeidstaker, og førstvoterende uttaler også at «Etter det opplyste endres og forbedres tjenstepensjonsordningene relativt ofte».¹⁶² Det synes imidlertid å måtte gjøres en konkret vurdering i ethvert oppstått tilfelle. Dersom forskjellen mellom ny og gammel pensjonsordning utgjør en såpass vesentlig endring for arbeidstaker at det kan anses å være en tilstrekkelig «inngripende, negativ endring», kan dette utløse valgrett. Det kan anføres til inntekt for at bortfall av AFP-rettighet for arbeidstaker ikke synes kompensasjonsberettiget, at arbeidstaker kan velge ikke å la seg overføres.

I arbeidsmiljølovens forarbeider har arbeidslivslovutvalget uttalt seg om arbeidstakers adgang til å påberope seg valgrett, dersom pensjonsordningen ikke overføres erverver i medhold av unntaksbestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd.¹⁶³ Dette brukes som argument for at pensjonsunntaket bør oppheves, i den grad en utstrakt benyttelse av valgretten kan ha negativ effekt på ellers ønskede omstillinger i virksomhet. Dersom AFP-ordningen er kompensasjonsberettiget ved bortfall som følge av virksomhetsoverdragelse, vil dette tilsi at færre arbeidstakere vil ha behov for å benytte seg av valgrett som følge av endring i pensjonsordningene. På den andre siden vil dette føre til at det øker virksomhetens økonomiske forpliktelser såpass at det i seg selv kan ha negativ effekt på ellers ønskede og hensiktsmessige disposisjoner og omstillinger. Det må imidlertid fastslås at arbeidstaker i visse tilfeller kan ha en slik valgrett, og at det vil være en faktor å ta i betraktning i vurderingen av om en kompensasjonsplikt synes å foreligge.

Foreligger tilstrekkelig stor differanse i kvalitet mellom den pensjonsordning erverver tilbyr, og arbeidstakers AFP-ordning hos tidligere arbeidsgiver, kan det tenkes å representere en slik «vesentlig endring til skade for arbeidstaker» i arbeidsforholdet, at det kan utløse oppsigelsesvirkning i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-4 andre ledd. Oppsigelsen blir da

¹⁶² Rt2000 s 2047, s. 2056.

¹⁶³ NOU 2004-5, s.381

ansett begrunnet i forhold på erververs side. En kompensasjonsregel vil mulig fremstå som noe mer praktisk, men det bør nevnes at arbeidsmiljøloven § 16-4 kan være aktuell. Direktivet oppstiller tilsvarende regel, som i de ovenfor nevnte dommene «Mayeur» og «Delahaye» ble ansett å være riktig rettsgrunnlag.¹⁶⁴

8.1.3 Konkret vurdering av AFP-rettighet som erstatningsbetingende ved bortfall

For at erstatningsplikt skal inntre må det foreligge et ansvarsgrunnlag. I dette tilfellet vil det være snakk om skyld i avtale, også kalt culperegelen. Culperegelen er ikke en streng skyldregel, og forutsetter kun at debitor skulle og kunne handlet annerledes enn det han har gjort, for at erstatningsansvar skal foreligge.¹⁶⁵ Overdras AFP-ordningen erverver, og denne kommer i mislighold for ikke å oppfylle ytelsen for arbeidstaker, vil erververs alternative handling for å unngå skyld måtte være å inngå tariffavtale på samme vilkår som overdrager – med nedfelt AFP-bilag, slik at tilknytning til Fellesordningen for AFP opprettholdes. Dette taler for at AFP-ordningen ikke kan være kompensasjonsberettiget. Det kan ikke være forenlig med organisasjonsfrihet, eller erververs anledning til å reservere seg mot tariffavtale i medhold av § 16-2 andre ledd, at det oppstilles en plikt til å inngå tariffavtale for ikke å gjøre seg skyldig i kontraktsbrudd. Dette hensyn taler også for at AFP-ordningen ikke er en individuell rettighet som skal overdras erverver etter arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd.

Etter erstatningsrettslige regler, må økonomisk tap konstateres for at erstatningsplikt skal inntre.¹⁶⁶ Tapsberegningen ved bortfall av AFP-ordning vil bli meget utfordrende. Den vil avhenge av den enkeltes inntekt, og av avkastning på den innbetalte premie i tiden frem til uttak. Videre vil det være av betydning hvor lenge arbeidstaker velger å stå i jobb, og i tillegg hvor lenge arbeidstaker eventuelt velger å utsette sitt AFP-uttak. Verdien av den bort-

¹⁶⁴ Direktivet, artikkel 4 nr.2

¹⁶⁵ Hagstrøm, (2003), s. 452

¹⁶⁶ Hagstrøm (2011) s. 538

falte rettighet vil derfor variere meget mellom arbeidstakere avhengig av alder, lønn og opparbeidet trygdetid i Folketrygden. Det vil også være en svært omfattende økonomisk rettighet å erstatte, dersom det i det hele tatt lar seg fastsette verdi av denne. Det må her presiseres at det ved opphør av tilknytning til tariffavtale og med det Fellesordningen for AFP, forutsettes at erverver dersom kompensasjonsplikt inntreffer, blir forpliktet til å finansiere ordningen over drift. Da AFP i høy grad er fundert på statlig støtte, vil det være uforholdsmessig dersom erverver må dekke hele verdien av den bortfalte rettighet. At erstatningssummen kan bli omfattende for erverver, kan imidlertid ikke være tilstrekkelig for å frata denne erstatningsplikt.¹⁶⁷ En skjønsmessig fastsettelse av økonomisk tap kan også gjøres, dersom denne ikke lar seg fastsette eksakt.¹⁶⁸

Det må også kunne påvises adekvat årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og den bortfalte rettighet, som direkte følge av kontraktsbruddet. Sannsynligheten for å kunne realisere ytelsen må være en faktor i avgjørelsen av om det foreligger en rettighet å erstatte.¹⁶⁹ Arbeidstakers alder vil ved eventuell kompensasjon av en bortfalt AFP-rettighet være av avgjørende betydning. For arbeidstakere som ikke er nær i tid til å oppfylle de fastsatte vilkår for AFP-rettigheter, vil det være flere usikkerhetsmomenter knyttet til om ytelsen vil kunne realiseres på et senere tidspunkt. Arbeidstakers anledning til å realisere AFP-ytelsen vil være betinget av om denne fortsatt er ansatt i virksomhet som er tilknyttet fellesordningen for AFP, og om de gitte vilkår for å være berettiget etter ordningen ellers er oppfylt. Det vil derfor i større grad kunne konstateres tap og adekvat årsakssammenheng mellom den bortfalte AFP-rettigheten og kontraktsbruddet for arbeidstakere som er nær i tid til å kunne realisere ytelsen.

Overføres rettigheten som følge av å være et individuelt arbeidsvilkår i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd, vil AFP-ytelsen måtte være realiserbar innenfor den i

¹⁶⁷ Hagstrøm (2003) s.538

¹⁶⁸ Hagstrøm (2011) s.557

¹⁶⁹ Hagstrøm (2003) s. 528

bestemmelsen angitte tidsbegrensning. Overføres rettigheten i egenskap av å være en del av den individuelle arbeidsavtale i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd, vil denne tidsbegrensningen ikke være avgjørende for vurdering av årsakssammenheng. Det vil allikevel måtte gjøres en vurdering av hvorvidt arbeidstakers mulighet til å realisere AFP-rettigheten er tilstrekkelig nær nok i tid for å fremstå som adekvat. Mulig vil ansiennitetsopparbeidelsestiden kunne være et element i denne vurderingen. Det vil derfor måtte gjøres en konkret vurdering i ethvert tilfelle av hvorvidt rettigheten fremstår som realiserbar for arbeidstaker i nær tid, eller om den synes for fjern og avledet.

Skal kompensasjonsplikt inntre for erverver, vil dette bero om vilkår for erstatning i kontrakt er oppfylt. Inntreer først en slik plikt til å kompensere for en bortfalt AFP-ordning, vil dette i stor grad begrense seg til dem som er nær i tid til å kunne realisere ytelsen.

9 Merknader

Denne problemstillingen er preget av sterke interesseløstninger – på den ene siden står hensynet til arbeidstakers rettigheter. Inngrep i disse kan få store velferdsmessige og økonomiske konsekvenser for den enkelte, og samtidig gi arbeidsgiver mulighet til å fri seg fra omfattende forpliktelser til arbeidstakere. Arbeidstaker har også behov for et klart og forutsigbart regelverk for å kunne forutberegne sin rettsstilling, og ikke minst for å ta nødvendige forhåndsregler for å sikre sine fremtidige pensjonsrettigheter.

På den annen side vil for omfattende og rigide regler i favør av arbeidstakers rettigheter kunne få uheldige konsekvenser for virksomhetens adgang til å foreta hensiktsmessige og nødvendige disposisjoner. Det foreligger for erverver også et behov for regler som gjør det mulig å tilpasse drift av sin virksomhet slik det er ønskelig og hensiktsmessig. Videre er det avgjørende at erverver ved oppkjøp kan klarlegge hvilke økonomiske forpliktelser virksomhet er pålagt. Forpliktelse til å videreføre en AFP-ordning over drift, eller eventuelt å kompensere arbeidstakere for bortfall av en slik ordning, kan representere en såpass omfattende økonomisk forpliktelse at det kan ha implikasjoner for videre drift av virksomheten.

Det er derfor avgjørende at erverver har mulighet til å klarlegge omfanget av disse forpliktelsene, og eventuelt gis en mulighet til å fri seg fra forpliktelser denne ikke har mulighet til å etterfølge.

Det er følgelig behov for å avklare AFP-rettigheters rettsstilling ved virksomhetsoverdragelse.

AFP-ordningen kan bli en del av arbeidstakers individuelle arbeidsavtale og en rettighet for arbeidstaker ved en avtalerettslig disposisjon. AFP-ordningen vil med det overdras erverver i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd. Det er konstatert at det må foreligge klare holdepunkter for at en slik avtalebinding har inntrådt, og at det stilles relativt høye krav til de rettsstiftende fakta.

Etter en konkret vurdering av AFP-ordningens karakter, konkluderes det under tvil med at den ikke er en individuell rettighet som skal overføres erverver i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd. Selv om det er avklart at pensjonsrettigheter utgjør en sentral del av arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkår, tilsier AFP-ordningens karakter at denne spesifikt ikke er en individuell rettighet for arbeidstaker.

Kan AFP-ordningen allikevel kategoriseres som en individuell rettighet, og med det overføres erverver i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd, tilsier AFP-ordningens karakter, lovregelens formål og reelle hensyn at den omfattes av arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd.

AFP-ordningen er uløselig knyttet til tariffavtalen. Konstateres det tilstrekkelige holdepunkter for at «læren om ikke overførbare rettigheter» kan anvendes i norsk rett, må AFP-ordningens karakter tilsi at den kan kategoriseres som en ikke overførbar rettighet. AFP-ordningen vil i så fall rammes av denne unntaksregelen. En slik unntaksregel vil avskjære en eventuell kompensasjonsplikt.

Kompensasjonsplikt for en bortfalt AFP-rettighet kan bare tenkes oppstilt hvis ordningen kan kategoriseres som en individuell rettighet, forutsatt at den ikke omfattes av unntaksreglene i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd, eller «læren om ikke overførbare rettigheter». Det er ikke avklart om det foreligger en slik kompensasjonsplikt, og det er i juridisk teori uenighet om dette. Det foreligger imidlertid overvekt av momenter som taler for at en slik kompensasjonsplikt for erverver ikke kan oppstilles.

Fremstillingen har utredet AFP-rettigheters rettsstilling ved virksomhetsoverdragelser som omfattes av arbeidsmiljøloven kapittel 16.

10 Litteraturliste

Juridisk litteratur

- Fougner, Jan og Holo, Lars, *Arbeidsmiljøloven : lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. : kommentarutgave*, 2 utg. Oslo, 2013
- Næss, Mona, *Virksomhetsoverdragelse*, 1.utg. Oslo, 2013
- Stueland, Einar og Johansen, Atle Sønsteli, *Arbeidsmiljøloven: Kommentarer og praksis*, 1 utg., Oslo 2011
- Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*, 2 utg. Oslo, 2011
- Gisle, Jon, *Jusleksikon*, 4 utg. 2 oppl. Oslo, 2010
- Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4 utg. Oslo 2006
- Arbeidsrett.no*, Aune, Helga og Jakhelln, Henning 2 utg., Oslo 2006
- Evju, Stein «*Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger*», *Arbeidsrett og arbeidsliv*. Bind 2 s.1-91 (2005)
- EØS-rett*, Frederik Sejersted m.fl, 2 utg. Oslo 2004
- Kollektiv arbeidsrett*, Fougner, Jan m.fl.1 utg. Oslo 2004
- Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*, 1 utg. Oslo, 2003
- Evju, Stein «*Endring av tjenestepensjon m.v.*», i *Moderne forretningsjus*, 1 utg. 2001

Lovgivning

- | | |
|------|--|
| 2012 | Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) av 27.01.2012 nr.9 |
| 2010 | Lov om statstilskott til arbeidstakere som tar ut avtalefestet pensjon i privat sektor (AFP-tilskottsloven) av 19.02.2010 nr.5 L |
| 2005 | Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), av 17.06.2005 nr.62 |
| 2005 | Lov om obligatorisk tjenestepensjon [OTP-loven] av 21.12.2005 nr.124 |
| 2000 | Lov om foretakspensjon (foretakspensjonsloven) av 24.03.2000 nr. 16 |
| 2000 | Lov om innskuddspensjon i arbeidsforhold (innskuddspensjonsloven) av 24.11.2000 nr.81 |
| 1999 | Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.05.1999 nr.30 |

1997	Lov om folketrygd av 28.02.1997 nr.19
1989	Lov om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven) av 16.06.1989 nr.69
1977	Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m. av 04.02.1977 nr. 4(Opphevet)
1969	Lov om skadeserstatning [skadeserstatningsloven] av 13.06.1969 nr.26

EU-direktiver og forordninger

RÅDSDIREKTIV 2001/23/EF	Rådets direktiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse arbeidstakeres rettigheter i forbindelse med overførsel av virksomheter eller bedrifter eller deler av virksomheter eller bedrifter av.
-------------------------	---

Proposisjoner og forarbeider

Ot.prp.nr.49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp.nr.71 (1991-1992)	Lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale Ot.prp.nr.71 (1991-1992) (endringslov)
NOU 2004-5	Arbeidslivslovutvalget, Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.
NOU 2009:13	Brede pensjonsordninger.
NOU 2012:13	Pensjonslovene og folketrygdreformen II, Utredning nr. 26 fra Banklovkommissjonen
NOU 1987-24	Lov om avtaler om skadeforsikring (skadeforsikringsloven).
R/212/77 (SOC 32)	Note - Udkast til Rådets direktiv om tilnærming af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter. Bruxelles 10. februar 1977

Rettspraksis

RT 2002 side 1576 Hakon
RT 2008 side 1246 Statoil
RT 1996 s 1218 Meieridommen
TTONS-2006-57463
TSTAV-1994-1433
TBERG-2012-17952

EF/EØS-dommer

C-425/02 Johanna Maria Delahaye mot Ministre de la Fonction publique et de la Ré-
forme administrative
C-4/01 Serene Martin, Rohit Daby, Brian Willis mot South Bank University
C-164/00 Katia Beckman mot Dynamco Whicheloe Macfarlane
C-175/99 Didier Mayeur mod Association Promotion de l'information messine
(APIM),

Nettsider

Fellesordningen for AFP, 2013 – «*Hva er AFP?*»

<http://www.afp.no/hva-er-afp>

[sitert 17.11.2013]

Fellesordningen for AFP, 2013 – «*Om oss*», Generell presentasjon februar 2013

<http://www.afp.no/om-oss/kurs-og-foredrag>

Fellesordningen for AFP, 2013 – «*Vilkårene for AFP*»

<http://www.afp.no/hva-er-afp/les-om-vilkarene-for-afp>

[sitert 17.11.2013]

Fellesordningen for AFP, 2013 – «*Vedtekter for fellesordningen for AFP*»

<http://www.afp.no/~media/Files/Fra%20afp%20gamle/AFPvedtekterpr1532013.ashx>

[sitert 17.11.2013]

Fellesordningen for AFP, 2013 – «*Premie*»

<http://www.afp.no/bedrift/premie> [sitert 18.11.2013]

Fellesordningen for AFP, 2013 – «*AFP i privat sektor*»

http://www.avtalefestetpensjon.no/userfiles/Lederne_Oslo_v2_-_23.10.12.pdf
[sitert 18.11.2013]

Sluttvederlagsordningen, 2013 – «*Om oss*»

<http://www.sluttvederlag.no/article.aspx?cat=1803&mid=1803> [sitert 18.11.2013]

Sluttvederlagsordningen, 2013 – «*Sluttvederlagsavtalen*»

http://www.sluttvederlag.no/userfiles/SLV-avtale_pr_1.1.2011_m_kommentar.pdf
[sitert 18.11.2013]

Sluttvederlagsordningen, 2013 – «*Alder – 50 – 62 – 67*»

<http://www.sluttvederlag.no/article.aspx?cat=1799&id=1880> [sitert 18.11.2013]

Arbeids- og velferdsetaten, 2013 – «*AFP i offentlig sektor*»

<https://www.nav.no/Pensjon/Avtalefestet+pensjon+%28AFP%29/AFP+i+offentlig+sektor>
[sitert 17.11.2013]

Arbeids- og velferdsetaten, 2013 – «*Ny AFP i privat sektor fra 2011*»

<https://www.nav.no/Pensjon/Avtalefestet+pensjon+%28AFP%29/Ny+AFP+i+privat+sektor+fra+2011>
[sitert 17.11.2013]

Arbeids- og velferdsetaten, 2013 – «*AFP i privat sektor etter gamle regler*»

<https://www.nav.no/Pensjon/Avtalefestet+pensjon+%28AFP%29/AFP+i+privat+sektor+etter+gamle+regler>

[sitert 17.11.2013]

Arbeids- og velferdsetaten, 2013 – «*Tjenestepensjoner*»

<https://www.nav.no/Pensjon/Tjenestepensjoner> [sitert 17.11.2013]

Statens Pensjonskasse – «*Avtalefesta Pensjon (AFP)*»

<https://www.spk.no/avtalefesta-pensjon-afp/> [sitert 17.11.2013]

Statens Pensjonskasse – «*AFP for deg mellom 62 og 65 år*»

<https://www.spk.no/avtalefesta-pensjon-afp/afp-for-deg-mellom-62-og-65-ar1/>

[sitert 17.11.2013]

Statens Pensjonskasse, 2013 - «*AFP for deg mellom 65 og 67 år*»

<https://www.spk.no/avtalefesta-pensjon-afp/afp-for-deg-mellom-65-og-67-ar1/>

[sitert 17.11.2013]

Statens Pensjonskasse, 2013 – «*Overføringsavtalen*»

<https://www.spk.no/Ord-og-uttrykk-om-pensjon/Overforingsavtalen/> [sitert 17.11.2013]

Kommunal Landspensjonskasse «*Mer om AFP*»

<https://www.klp.no/person/pensjon/offentlig-tjenestepensjon/afp/mer-om-afp#1.20503>

[sitert 17.11.2013]

Kommunal Landspensjonskasse, «*Mer om AFP-vilkår*»

<https://www.klp.no/person/pensjon/offentlig-tjenestepensjon/afp/mer-om-afp#7.3415>

[sitert 21.11.2013]

Kommunal Landspensjonskasse, 2013 – «Mer om andre offentlige pensjonsordninger»
https://www.klp.no/polopoly_fs/1.22419.1377679491!/menu/standard/file/F_012_A5_AFP_okt_12_web.pdf [sitert 21.11.2013]

Arbeidsrett.no, Lovkommentar ved Liv Torill Evenrud, 2013 «*Arbeidsmiljøloven § 16-2*»
<http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/16/3/?id=> [sitert 17.11.2013]

Arbeidsrett.no, Lovkommentar ved Liv Torill Evenrud, 2013 «*Arbeidsmiljøloven § 16-3*»
<http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/16/4/?id=> [sitert 17.11.2013]