

NOTAT

Til: Kulturdepartementet

Fra: Advokatfirmaet BA-HR DA
Saksansvarlig advokat: Tarjei Thorkildsen

Dato: Oslo, 27. februar 2014

Virksomhetsoverdragelse av prestene i Den norske Kirke

1. Innledning

1.1 Oppdraget

Vi er bedt om å utrede de arbeids- og tjenestemannsrettslige problemstillingene som reises i forbindelse med en eventuell virksomhetsoverdragelse av prestene i Den norske kirke til et rettssubjekt utenfor staten.

Bakgrunnen for oppdraget fremgår blant av forslaget til statsbudsjett for 2014 (Prop. 1 S (2013-2014)) hvor det blant annet heter følgende:

"Kirkeforliket fra 2008 gjaldt ut forrige stortingsperiode. På grunnlag av forliket er det gjennomført en rekke viktige reformer i kirkeordningen. Relasjonen mellom staten og Den norske kirke er blitt grunnleggende annerledes. Den videre utviklingen av kirkeordningen bør etter departementets syn skje skrittvis, med bred kirkelig og politisk tilslutning. Hensynet til kontinuitet må veie tungt. Det kirkelige reformarbeidet framover har som mål å styrke kirkens selvstendighet ytterligere. Kirkemøtet og Kirkerådet har lenge arbeidet med reformer av kirkeordningen, senest i lys av de nylige grunnlovsendingene. Et viktig mål for Kirkemøtet er at nasjonale og regionale kirkelige organer blir fristilt fra staten og får en selvstendig stilling slik menighetene (soknene) i kirken har. Også prestene, som er statstjenestemenn, må etter kirkens syns organiseres utenfor staten. I tråd med dette anmodet Kirkemøtet 2013 om at Kirkerådet, bispedømmerådene og prestene, som alle er en del av statsforvaltningen, blir rettslig skilt fra staten. Departementet vil gjennomgå konsekvensene av en slik forvaltningsreform i samarbeid med kirkens organer og tjenestemannsorganisasjoner."

Anmodningen fra Kirkemøtet 2013 som det refereres til ovenfor fremgår av følgende vedtak fattet av Kirkemøtet:

"Grunnlovsendingene av 21. mai 2012 legger grunnlaget for en bred, framtidsrettet og varig løsning på forholdet mellom staten og Den norske kirke i tråd med tidligere vedtak i Kirkemøtet. Fortsatt gjenstår viktige skritt for å etablere en framtidig rettstilstand for Den norske kirke."

1. *Kirkemøtet ber regjering og Storting om at det så raskt som mulig etableres et nasjonalt rettssubjekt for Den norske kirke.*
2. *Kirkemøtet ber regjering og Storting om at virksomhets- og arbeidsgiveransvaret for prestatetjenesten overdras til dette rettssubjektet. De sentrale og regionale kirkelige organer overføres slik at disse ikke lenger er statlige forvaltningsorganer.*
3. *Kirkemøtet understreker at overføringen av virksomhets- og arbeidsgiveransvaret for prestatetjenesten til et nasjonalt rettssubjekt ikke endelig fastlegger hvor arbeidsgiveransvaret i en fremtidig kirkeordning skal plasseres. Kirkemøtet fastholder målsettingen i tidligere kirkemøtevedtak om felles arbeidsgiveransvar i en framtidig kirkeordning.*
4. *Kirkemøtet forutsetter at det som et neste skritt vedtas en kortfattet rammelov for Den norske kirke. Kirkemøtet ber Kirkerådet fortsette arbeidet med en framtidig kirkeordning som Kirkemøtet kan vedta når denne loven er vedtatt. Som ledd i prosessen bes Kirkerådet om så snart som mulig å forberede en sak til Kirkemøtet som gir anledning til å fatte vedtak om grunnleggende veivalg. Kirkemøtet er opptatt av at forståelsen av soknet som grunnenhet blir ivaretatt i arbeidet med en framtidig kirkeordning."*

Oppdraget er begrenset til å utrede arbeids- og tjenestemannsrettslige problemstillinger som reises i forbindelse med overføringen. Utredningen vil således ikke gå inn på den videre organiseringen av Den norske kirke utover en slik overføring, herunder organiseringen av arbeidsgiveransvaret.

2. Omorganiseringen utgjør en virksomhetsoverdragelse

Arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse på offentlig sektor, så fremt annet ikke er fastsatt, jf. arbeidsmiljøloven § 1-2.

For arbeidsmiljøloven kapittel 16 som omhandler reglene om virksomhetsoverdragelse og implementerer Rådsdirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 er det ikke gjort unntak.¹ Reglene om virksomhetsoverdragelse kommer følgelig til anvendelse på overdragelse av virksomhet eller del av virksomhet både innenfor og fra/til statlig sektor så fremt de grunnleggende vilkårene for virksomhetsoverdragelse er oppfylt. Det er videre på det rene at dette gjelder uavhengig av om overdragelsen skjer på annet grunnlag enn avtale, for eksempel med grunnlag i formell lov, stortingsvedtak, regjeringsbeslutning eller annet vedtak.²

Av arbeidsmiljøloven § 16-1 følger det at reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse ved overdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen.

¹ Se Forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven for visse typer arbeid og arbeidstakergrupper av 16. desember 2005 § 1.

² Jf. blant annet Rt. 1997 s. 1954. Se også for eksempel Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 41, hvor det legges til grunn at etablering av helseforetak ved lov om helseforetak av 15. juni 2001 nr. 93 utgjorde en virksomhetsoverdragelse.

Etter vår oppfatning er det klart at en overføring av prestene til et rettssubjekt utenfor staten utgjør en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand. Vilåret om at virksomheten skal overføres til annen arbeidsgiver er oppfylt ved at prestene vil bli overført til et rettssubjekt utenfor staten og således får ny arbeidsgiver. Prestene utgjør også en selvstendig enhet i arbeidsmiljølovens forstand, og vi har ved vår vurdering lagt vekt på at prestene utgjør en stabil organisasjon med en klar organisering innen staten med tilstrekkelige ressurser til å utføre den aktiviteten som er tillagt prestene (prestatjenesten).

Det er videre klart at virksomheten som prestene utøver etter overføringen vil bevare sin identitet, ved at så vel aktiviteten som ansatte overføres. Vi har p.t. ikke oversikt over i hvilken grad fysiske aktiva som lokaler, utstyr og annet løsøre vil overføres, men finner at dette i alle tilfeller ikke er avgjørende.

Gjennom praksis fra EU- og EFTA-domstolene følger det imidlertid at direktivets anvendelsesområde må avgrenses mot arbeids- eller tjenesteforhold som er regulert av "offentlig rett" ("public law") i motsetning til nasjonale arbeidsrettslige regler ("national employment law"). Det er imidlertid ikke gitt en avklarende beskrivelse av den nærmere grensdragningen mellom de arbeidsforhold som er regulert av "national employment law", som omfattes av direktivet, og "public law", som ifølge rettspraksis ikke omfattes.

Videre er det usikkert hvorvidt avgrensningen mot arbeidsforhold som er regulert av "public law" er gjort til del av norsk rett, noe som igjen får betydning for om embetsmenn og samtlige kategorier statstjenestemenn er omfattet av reglene om virksomhetsoverdragelse. I den utstrekning de omfattes, er det videre uklart om samtlige rettigheter i deres tjenesteforhold omfattes av rettighetsovergangen som følger av arbeidsmiljøloven § 16-2. Spørsmålet er sparsommelig omtalt i forarbeidene til arbeidsmiljøloven. Arbeidslivslovutvalget uttalte imidlertid følgende:

*"Problemstillingen vil i Norge først og fremst være relevant for personer som omfattes av tjenestemannslovens regler. Tjenestemenn omfattes av alle bestemmelsene i arbeidsmiljøloven med unntak av stillingsvernreglene. Her gjelder reglene i tjenestemannsloven. Det er neppe noen tvil om at tjenestemannslovens regler, i alle fall for tjenestemenn omfattet av det såkalte «sterke stillingsvern», og for embetsmenn, totalt gir et bedre stillingsvern enn arbeidsmiljøloven. Satt på spissen vil EFTA-domstolens standpunkt i Viggósdóttir-saken kunne innebære at direktivet ikke får anvendelse i statlig sektor, verken ved utskilling fra staten, eller ved overføringer mellom statlige arbeidsgivere. På den annen side er det mye som tyder på at uttrykket «beskyttelse» i direktivet omfatter den totale beskyttelse i arbeidsforholdet og ikke bare stillingsvernet. I så fall er det neppe noen tvil om at det er arbeidsmiljøloven, dvs. nasjonal arbeidsrett, som er den «dominerende» lov for tjenestemenn i Norge."*³

Arbeidslivslovutvalget konkluderer imidlertid ikke på spørsmålet om avgrensningen kommer til anvendelse i norsk rett, men uttalelsen trekker i retning av at dette ikke er tilfellet.

Også øvrige uttalelser i ulike forarbeider trekker i retning av at lovgiver ikke har ønsket å regulere statlige arbeidstakers rettslige stilling ved virksomhetsoverdragelser annerledes enn for øvrige

³ NOU 2004: 5 s. 368-369.

arbeidstakere. Dette fremgår blant annet av Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) s. 11, hvor det drøftes om direktivets unntak for deler av den offentlige virksomhet skulle unntas fra reglene om virksomhetsoverdragelse:

"Ved vurderingen av reglenes anvendelse i offentlige virksomheter vil departementet vise til formålet med bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse, nemlig å sikre at arbeidstakernes rettigheter ikke forringes i forbindelse med en overføring til ny innehaver. Utgangspunktet er at alle som etter nasjonal rett er å anse som arbeidstakere har krav på samme beskyttelse, jf også EF-domstolen uttalelser i f.eks. Danmols Inventar- (sak 105/84), Schmidt- (sak C-392/92), Merckx- (C-171 og 172/94) og Hidalgo/Ziemann- (sak C-173/96 og C-247/96)sakene.

Det er departementets syn at det samsvarer dårlig med formålet bak kapittel XII A at enkelte arbeidstakere skal falle utenfor reglenes beskyttelsesområde kun fordi de utfører en viss type arbeidsoppgaver. Departementet kan heller ikke se at det er sterke grunner som taler for at arbeidstakere som driver med rene forvaltningsoppgaver ikke skal være omfattet av de samme vernereglene som øvrige arbeidstakere.

Det er riktignok grunn til å anta at ansatte i offentlig sektor - og da særlig statens tjenestemenn - i stor grad vil være beskyttet av annet regelverk og sterke tradisjoner mht. å ta vare på arbeidstakernes interesser. At det kan antas at en begrensning mht. arbeidsoppgaver i praksis ikke ville ramme mange, kan etter departementets oppfatning ikke være et argument for å innføre begrensningen. Derimot kan det argumenteres med at dette må medføre at konsekvensene av forslaget må forventes å bli små.

Forholdet til tjenestemannslovens regler er et forhold det er behov for å se nærmere på. Dette vil departementet komme tilbake til senere, jf det som er sagt under avsnitt 1.2. Vi kan ikke se at det har betydning for spørsmålet om å la reglene få full anvendelse i offentlig sektor."

Ovennevnte trekker i retning av at arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse også på tjenestemenn og embetsmenn til tross for direktivets avgrensning mot arbeidsforhold regulert av "public law". Standpunktet har også støtte i juridisk teori. Noen klar konklusjon på dette spørsmålet foreligger imidlertid ikke.

Kommunal- og moderniseringsdepartementet har i sin veiledning for personalpolitikk ved omstillingsprosesser i staten lagt til grunn at arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse på statens tjenestemenn. Uttalelsen retter seg imidlertid ikke mot embetsmenn:

"Reglene om virksomhetsoverdragelse har som formål å beskytte arbeidstakerne. Arbeidstakerbegrepet er definert til å være "en person som i den berørte medlemsstat er beskyttet som arbeidstaker i henhold til nasjonal arbeidsrett". Definisjonen i arbeidsmiljøloven § 1-8 (1) er: Med arbeidstaker menes i denne lov enhver som utfører

arbeid i annens tjeneste. Også statens tjenestemenn er i utgangspunktet omfattet av bestemmelsene om virksomhetsoverdragelser i arbeidsmiljøloven kap. 16.”⁴

I utredningen *“Framtidig organisering av arbeidsgiveransvaret i Den norske kirke”* avlevert 15. mars 2008 er flere rettslige problemstillinger knyttet til en overføring av arbeidsgiveransvaret fra staten til Den norske kirke omhandlet. De rettslige problemstillingene er på anmodning fra utvalget belyst av advokat Anne Marie Due, og flere av de spørsmål som reises i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse av prestene i staten til et rettssubjekt utenfor staten gjennomgås. Herunder er det vurdert hvorvidt reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse på prestene.⁵

I utredningen gjøres det gjeldende at det bør legges til grunn at prestene som er tjenestemenn, herunder de med sterkt stillingsvern etter tjenestemannsloven § 10, er omfattet av reglene om virksomhetsoverdragelse. For prester som er embetsmenn er konklusjonen imidlertid motsatt. Som grunnlag for dette pekes det blant annet på at embetsmennene i sterkere grad enn den øvrige prestetjenesten er knyttet til en offentligrettslig ordning, og videre at reelle hensyn taler for en slik løsning. De reelle hensyn det pekes på er først og fremst knyttet til det problematiske ved å overføre de særlige rettighetene embetsmenn har, til et rettssubjekt utenfor staten.

Etter vår vurdering kan man imidlertid vanskelig se bort fra de signaler lovgiver har gitt i ovennevnte forarbeider, hvor likhet mellom ansatte i offentlig og i privat virksomhet vektlegges. Sett på bakgrunn av disse uttalelsene er det derfor vår vurdering at også prester som er embetsmenn faller inn under arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse. Vi presiserer imidlertid at det knytter seg usikkerhet til konklusjonen.

De problemstillinger dette reiser knyttet til overføring av prestenes særlige rettigheter må følgelig etter vår oppfatning løses ved vurderingen av i hvilken grad rettighetene omfattes av rettighetsovergangen i arbeidsmiljøloven § 16-2.

3. Rettsvirkninger ved virksomhetsoverdragelse

3.1 Innledning

Som utgangspunkt innebærer en virksomhetsoverdragelse at de ansattes rettigheter og forpliktelser i henhold til ansettelsesavtalen og ansettelsesforholdet overføres uendret til ny arbeidsgiver. Ved overdragelse av prestene til rettssubjekt utenfor staten vil således prestenes ansettelsesforhold i utgangspunktet bli overført uendret i kraft av overdragelsen. Ved overføring ut av staten oppstår imidlertid enkelte særlige spørsmål som gjennomgås i det følgende.

3.2 Overføring av rettigheter og forpliktelser

Arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd regulerer arbeidstakernes rett til å få sine lønns- og arbeidsvilkår videreført hos ny arbeidsgiver:

⁴ *Personalpolitikk ved omstillingsprosesser*, revidert 2013, pkt. 5.15.3.

⁵ Det fremgår i forordet til utredningen at utvalget ikke har gjennomgått de rettslige problemstillingene belyst av advokat Anne Marie Due i detalj, og følgelig av utvalgsmedlemmene derfor ikke har tatt stilling til alle enkeltheter i advokat Anne Marie Due sitt bidrag (kapittel 6 og vedlegg 1).

"Tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt overdragelsen finner sted, overføres til den nye arbeidsgiver. Krav etter første punktum kan fortsatt gjøres gjeldende overfor den tidligere arbeidsgiver."

Bestemmelsen har som formål å sikre at arbeidstakeres ansettelsesforhold og rettigheter i henhold til ansettelsesforholdet ikke bortfaller eller reduseres som følge av en virksomhetsoverdragelse.

I medhold av bestemmelsen overføres alle individuelle rettigheter og forpliktelser automatisk som del av virksomhetsoverdragelsen. For arbeidstakere som er del av virksomhetsoverdragelsen innebærer dette dermed at ansettelsesforholdet og ansettelsesavtalen fortsetter å løpe uavhengig av skiftet av arbeidsgiver.

Med lovens ordlyd "*arbeidsavtale eller arbeidsforhold*" menes ikke bare den skriftlige arbeidsavtalen, men også regler som er muntlig bekreftet, kutymen og lignende underforståtte normer av avtalerettslig karakter. I forarbeidene nevnes lønnsbestemmelser, tillegg, frynsegoder, arbeidstid, arbeidsoppgaver, ansiennitet, taushetsplikt og tittel som eksempler på individuelle rettigheter som overføres.

Rettighetsoverføring ved virksomhetsoverdragelser forutsetter at det er etablert en juridisk rettighet for arbeidstakerne. Det må derfor avgrenses mot praksis og administrative ordninger som ikke er forpliktende og som arbeidsgiver har adgang til å endre ensidig. Ny arbeidsgiver vil således kunne gjennomføre endringer i kraft av arbeidsgivers styringsrett i samme utstrekning som tidligere arbeidsgiver hadde adgang til, herunder pålegge arbeidstaker plikter innenfor avtalens grenser og instruere arbeidstaker.

Det kreves ingen særskilt aktivitet fra partene for at rettighetene skal gå over til den nye innehaver ved overdragelse av virksomheten. Rettighetsovergangen skjer automatisk og ene og alene på grunnlag av overdragelsen.

3.3 Overføring av lovbestemte rettigheter

3.3.1 Er prestenes lovbestemte rettigheter gjenstand for rettighetsovergang?

Som nevnt innledningsvis oppstår enkelte særlige spørsmål ved virksomhetsoverdragelse av prestene til rettssubjekt utenfor staten. Prestene, som henholdsvis er tjenestemenn og embetsmenn, har enkelte særlige rettigheter i medhold av tjenestemannsloven, og for embetsmenns vedkommende, også Grunnloven.

Problemstillingen oppstår som følge av at prestene overføres til et rettssubjekt utenfor staten, og følgelig ikke lenger omfattes av statens virksomhet med den særlige regulering dette innebærer. Ansettelsesforholdet til prestene etter en overdragelse vil i sin helhet reguleres av arbeidsmiljøloven.

Spørsmål blir dermed om de særlige rettighetene som tilligger prestene kan og skal overføres som del av virksomhetsoverdragelsen i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2. Dette får betydning for prestenes rettigheter knyttet til fortrinnsrett til ny stilling og ventelønn, samt stillingsvernet, jf. blant annet tjenestemannsloven §§ 10, 12, 13 og 15, og Grunnloven § 22.

Spørsmålet om rettighetsovergangen i arbeidsmiljøloven § 16-2 også inkluderer lovbestemte rettigheter er vanskelig og har etter vår oppfatning ikke fått noen endelig avklaring.

I arbeidsrett.no, Kommentarer til arbeidsmiljøloven gjøres det et klart skille mot lovbestemte rettigheter:

*"Lovbestemte rettigheter er ikke omfattet av ordlyden, med mindre disse også følger av arbeidskontrakten eller arbeidsforholdet. Hvis rettighetene følger av arbeidskontrakten eller arbeidsforholdet, faller de inn under bestemmelsen, selv om rettighetene også er regulert i lov eller forskrift, jf. EF-domstolens sak C-164/00 (Katia Beckmann). Hvis rettigheten kun følger av en lovbestemmelse, vil imidlertid slike rettigheter falle utenfor bestemmelsen."*⁶

Uttalelsen er diskutabel, og den gir i alle tilfeller ikke noen nærmere veiledning til spørsmålet om hvorvidt lovbestemte rettigheter utgjør en del av arbeidsforholdet. Verken arbeidsmiljøloven § 16-2 eller direktivet bestemmelsen bygger på skiller i utgangspunktet mellom rettigheter som bygger på avtale og rettigheter som har et annet grunnlag, herunder grunnlag i lov. EU-domstolen tok i Beckmann-dommen (sak C-164/00) stilling til om visse innslag av offentlig regelverk og saksbehandling vedørende førtidspensjon falt utenfor direktivets bestemmelse om rettighetsovergang. Domstolen kom til at rettighetene var omfattet og ble overført til ny arbeidsgiver.

Tilsvarende ble lagt til grunn av EU-domstolen i Martin-dommen (sak C 4/01) som gjaldt et tilsvarende spørsmål.

I motsetning til ovennevnte rettigheter for prestene, hadde rettighetene i Beckmann og Martin-sakene ikke sitt grunnlag i lov, men var fremforhandlet i tariffavtale. Lovbestemmelsens funksjon var å gjennomføre rettigheten. Dommene gir således noe begrenset veiledning til spørsmålet om overføring av lovbestemte rettigheter.

Spørsmålet om overføring av lovbestemte rettigheter, herunder tjeneste- og embetsmenns rettigheter i kraft av tjenestemannsloven og grunnloven, ble ikke behandlet i forarbeidene da reglene om virksomhetsoverdragelse ble innført. Heller ikke da spørsmålet om anvendelsen av reglene i offentlig sektor ble behandlet i Ot.prp. nr. 71 (2000-2001) ble problemstillingen drøftet.

I Kommentirutgaven til arbeidsmiljøloven heter det blant annet:

"Når det gjelder de særskilte rettigheter som tilkommer statens tjeneste- og embetsmenn etter tjenestemannslovens regler, er det tvilsomt om de kan gjøres gjeldende mot ervervende arbeidsgiver som ikke omfattes av tjenestemannslovens virkeområde. Dette gjelder klart nok de latente rettigheter som de berørte arbeidstakere (tjenestemenn) ikke har oppnådd ved overføringstidspunktet. Det kan i tillegg reises tvil om de rettigheter som

⁶arbeidsrett.no, Kommentarer til arbeidsmiljøloven. Henning Jakhelln ... [et al]. 2. utgave. Oslo 2006, s. 1079.

er hjemlet i særskilt lovgivning for staten som arbeidsgiver, er rettigheter som overhodet er overførbare til ikke-statlige arbeidsgivere.”⁷

I det ovennevnte fremgår det at det er tvilsomt om tjeneste- og embetsmenns særlige rettigheter er omfattet av rettighetsovergangen. Videre pekes det på problemstillingen knyttet til rettigheter som ikke er overførbare eller som erververen har mulighet til å oppfylle. Etter vår oppfatning kan verken loven eller direktivet forstås på en slik måte at ny arbeidsgiver plikter å videreføre rettigheter som ikke kan overføres.⁸

På spørsmålet om overføring av lovbestemte rettigheter konkluderer Stein Evju, i artikkelen Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger⁹, med at det er et sammensatt og vanskelig spørsmål, hvor rettspraksis er sparsom og grensedragningene usikre. Det uttales videre at svaret kan være sammensatt og bero på hvilke typer av rettighetsinnhold det er tale om.

Til spørsmålet om rettighetene i det hele tatt er overførbare uttaler Stein Evju videre med henvisning til tidligere utgave av kommentarutgaven til arbeidsmiljøloven¹⁰:

”Når han [Holo] der, med tilslutning til (danske) Svenning Andersen hevder at ‘en privatisering av tjeneste-mannsstillinger med krav om opprettholdelse av ventepenger etc., ikke [vil] være mulig’, er det uten videre hverken overbevisende eller riktig, i det minste om vekten (som Martin kan gi holdepunkter for) legges på det økonomiske resultat, ikke på den formelle ordning som fantes for tjenestemennene på statlig side før overføringen.”

I Norsk tjenestemannsrett, Kommentarer til tjenestemannsloven med forskrifter mv. uttales følgende om overføring av fortrinnsrett og rett til ventelønn:

”Hvorvidt fortrinnsrett og rett til ventelønn fra staten kan sies å være en del av arbeidstakerens rettigheter etter arbeidsmiljøloven § 73 B nr 1, er ikke avklaret. Arbeids- og administrasjonsdepartementet har i enkelte uttalelser lagt til grunn at vilkåret i så fall må være at retten har materialisert seg på overdragelsestidspunktet. Med dette menes at overdrageren må ha gått til oppsigelse eller gitt varsel om oppsigelse før overdragelsen.[...]”

Også materialiserings-synspunktet kan diskuteres da erververen vanligvis vil være et privat rettssubjekt som normalt ikke vil kunne oppfylle forpliktelser om fortrinnsrett til annen statsstilling og rett til ventelønn fra staten.

Dersom slike rettigheter skal overføres, må nok dette gjøres i særskilt lovgivning. Dette ble som nevnt gjort i lov om statsforetak og er også gjort i senere “omdanningslover”, se blant annet nedenfor om omdanning av Televerket, Postbanken, NSB og Postverket.”¹¹

⁷ Arbeidsmiljøloven. Kommentarutgave. Jan Fougner ... [et al]. 2. utg. Oslo, 2013, s. 983.

⁸ Slik også arbeidsrett.no, Kommentarer til arbeidsmiljøloven. Henning Jakhell ... [et al]. 2. utgave. Oslo, 2006, s. 1079 og Arbeidsmiljøloven. Kommentarutgave. Jan Fougner ... [et al]. 2. utg. Oslo, 2013, s. 973.

⁹ Evju, Arbeidsrett, Utvalgte artikler 2001-2010, Oslo, 2010, s. 462-463.

¹⁰ Arbeidsmiljøloven. Kommentarutgave. Jan Fougner ... [et al]. 8. utg. Oslo, 2003, s. 738-885.

I det ovennevnte påpekes det at erververen normalt ikke vil kunne oppfylle forpliktelser om fortrinnsrett til annen statsstilling og rett til ventelønn i staten. Etter vår vurdering må dette være riktig utgangspunkt. Imidlertid kan det tenkes at det opprettes ordninger hos erverver som dels vil kunne stille arbeidstakeren i en tilsvarende økonomisk situasjon. Videre vil det, som nærmere behandlet nedenfor, kunne opprettes overgangsordninger i medhold av lov som viderefører de lovbestemte rettighetene. Dette vil imidlertid etter vår vurdering være på siden av det som her vurderes.

Også staten har lagt til grunn at rettigheter som ventelønn og fortrinnsrett ikke overføres. Om dette heter det følgende i Kommunal- og moderniseringsdepartementets veiledning for personalpolitikk ved omstillingsprosesser:

"Det kan hevdes at disse rettigheter språklig omfattes av begrepet "arbeidsforhold" i arbeidsmiljøloven § 16-2 (1). KMD har lagt til grunn at disse spesielle statlige rettighetene ikke følger med til ny ikke-statlig arbeidsgiver. Det er grunn til å hevde at de ikke overføres (og til dels heller ikke kan overføres) til ny arbeidsgiver. Det som omtales her er latente rettigheter som ikke har materialisert seg. En tidligere tjenestemann som allerede mottar ventelønn på overdragelsestidspunktet, vil ikke bli berørt av en virksomhetsoverdragelse. Hvordan situasjonen er i de tilfelle hvor tjenestemannen har fått et varsel om oppsigelse eller blitt sagt opp før overføringstidspunktet, er noe uklart.

*Det må trolig anses som gjeldende rett at slike spesielle lovbaserte rettigheter som ventelønn og fortrinnsrett til ny tilsetting i staten ikke følger med ved overdragelsen til ny innehaver med mindre dette har et særlig rettslig grunnlag. Slikt grunnlag vil kunne være at retten blir fastslått i formell lov."*¹²

Etter vår vurdering har statens standpunkt mye for seg. Slik nevnt vil rettighetene trolig dels ikke være overførbare, og videre kan det argumenteres for at slike lovbestemte rettigheter faller utenfor rettighetsovergangen i arbeidsmiljøloven § 16-2. Vi presiserer imidlertid at det er knyttet stor usikkerhet til en slik konklusjon.

I alle tilfeller har staten ved tidligere utskilling av virksomhet overført rettighetene i medhold av særskilt lovgivning, og spørsmålet om overføring i medhold av reglene om virksomhetsoverdragelse har følgelig ikke blitt satt på spissen.

Som eksempel på slik overføring kan nevnes omdanningen av den statlige forvaltningsbedriften Televerket til et aksjeselskap, hvor tjenestemennene beholdt retten til ventelønn og fortrinnsrett til annen statsstilling ved oppsigelsen innen en gitt periode. Tilsvarende skjedde også ved omdanningen av Postbanken. Rettighetene ble gitt som en overgangsordning i medhold av særskilte "omdanningslover".

¹¹ Bjørnaraa, Torgeir, Espen Gaard og Annette Selmer Norsk tjenestemannsrett. Kommentarer til tjenestemannsloven med forskrifter m.v. Oslo, 2000, s. 545.

¹² Personalpolitikk ved omstillingsprosesser, revidert 2014, pkt. 5.16.1.

Varigheten av rettighetene som overgangsordning har normalt blitt fastsatt til tre år, men det finnes enkelte unntak. Om dette uttales blant annet følgende i Norsk tjenestemannsrett, Kommentarer til tjenestemannsloven med forskrifter mv:

*"Overgangsreglene i statsforetaksloven har senere dannet mal for forskjellige særlover, slik at man nå kan si at det har dannet seg en slags standard på dette området. I særlovene er det gjerne direkte sagt at overgangsrettighetene gjelder i en tre-årsperiode. Et unntak representerte reglene i lov om omdanning av forvaltningsbedriften Televerket. Her er det overlatt til fagdepartementet å fastsette når overgangsordningene skal opphøre. I første omgang ble reglene gitt virkning i tre år, men de ble senere forlenget med ett år, inntil 1. november 1998. Ordningen er ikke ytterligere forlenget."*¹³

Samlet er det knyttet stor usikkerhet til spørsmålet om overføring av lovbestemte rettigheter i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2. Til tross for at staten som nevnt har tatt det standpunkt at rettighetene ikke overføres og at dette standpunktet etter vår oppfatning har gode grunner for seg, bør man derfor vurdere å følge tidligere praksis i staten om at retten til ventelønn og fortrinnsrett for en overgangsperiode gis i medhold av lov. Dette er også påpekt i utredningen *"Framtidig organisering av arbeidsgiveransvaret i Den norske kirke"* hvor det uttales:

"I og med at rettstilstanden kan være usikker kan det være ønskelig å søke å løse disse problemstillingene uten å sette spørsmålene på spissen for tjenestemennenes vedkommende."

Spørsmålet om stillingsvernet kan som nevnt i kapittel 6 i utredningen løses ved en lov som regulerer en overgangsordning. Dette bør imidlertid avveies mot de ulemper som oppstår ved at noen arbeidstakergrupper oppnår andre og "bedre" rettigheter enn de øvrige ansatte i Den norske kirke."

I det siterte påpekes ulempen ved at prestene vil ha andre og bedre rettigheter enn øvrige ansatte i Den norske kirke, men dette er ikke annerledes enn det som er tilfellet ved nåværende organisering. I tillegg til denne ulempen er det også andre forhold som bør tas i betraktning. Som eksempel på slike særlige forhold nevnes i Norsk tjenestemannsrett, Kommentarutgaven til tjenestemannsloven med forskrifter m.v. at det i fristilte virksomheter vil kunne utvikle seg andre lønssystemer enn i statsforvaltningen, noe som vil kunne føre til vanskeligheter ved ventelønnsberegning, ventelønnsregulering og bruk av fortrinnsretten til statsstilling (som er begrenset til høyere lønte stillinger).¹⁴ I tillegg pekes det på problemet knyttet til såkalt "enveis fortrinnsrett". I dette ligger at arbeidstakerne i utskilte virksomheter har fortrinnsrett til stillinger i statsforvaltningen, mens de i statsforvaltningen ikke har fortrinnsrett til stillinger i utskilte virksomheter, noe som innebærer at kretsen av personer som har fortrinnsrett til statsstillinger vil være stor, mens det antall stillinger som man kan benytte fortrinnsretten til er begrenset.

Ovennevnte må imidlertid ses på som et generelt problem ved den praksis staten har lagt seg på, og vil ikke få nevneverdig betydning ved en virksomhetsoverdragelse av prestene alene.

¹³ Bjørnaraa, op. cit., s. 546.

¹⁴ Bjørnaraa, op. cit., s. 547.

3.3.2 Særlig om embetsmenn

Ovennevnte problemstillinger gjelder også de særlige rettighetene som er tillagt de prestene som er embetsmenn. For disse vil imidlertid vanskene knyttet til en overføring av rettigheter gjøre seg gjeldende i enda større grad enn hva som er tilfellet for de prestene som er tjenestemenn.

Det følger av tjenestemannsloven § 1 annet ledd at embetsmenn er de som er utnevnt av Kongen og gitt bestalling som embetsmann, eller konstituert av Kongen i et embete. Status som embetsmann følges således av utnevnelsen i statsråd. Som for tjenestemenn er det videre forutsatt at embetsmenn er tilsatt i statens tjeneste, jf. blant annet tjenestemannsloven § 1 første ledd.

Embetsmenn har videre et særlig oppsigelsesvern som går lenger enn oppsigelsesvernet som gjelder for tjenestemenn. Embetsmenns stillingsvern reguleres av Grunnloven § 22, sammenholdt med tjenestemannsloven § 12 flg. Det skilles mellom avsettelige og uavsettelige embetsmenn etter henholdsvis Grunnloven § 22 første og annet ledd. Avsettelige embetsmenn kan avskjediges ved dom, samt avskjediges administrativt av Kongen i statsråd, jf. Grunnloven § 22 første ledd, jf. tjenestemannsloven § 17 nr. 1 annet punktum. Uavsettelige embetsmenn kan kun avskjediges ved dom, jf. Grunnloven § 22 annet ledd, jf. tjenestemannsloven § 17 nr. 1 første punktum. Av bestemmelsen følger det videre et forbud mot å forflytte embetsmenn mot deres vilje, og det er antatt at forflytningsforbudet også gjelder avsettelige embetsmenn etter første ledd.

Både avsettelige og uavsettelige embetsmenn kan imidlertid avskjediges administrativt ved oppnådd lovbestemt aldersgrense, samt ved avskjed etter søknad.

Vi går ikke nærmere inn i de ulike grunnlagene for avskjed av embetsmenn.

I utredningen *"Framtidig organisering av arbeidsgiveransvaret i Den norske kirke"* er det pekt på ovennevnte forhold, og det tas til orde for at prester som er embetsmenn ikke kan beholde sin status som embetsmenn da de ikke lenger vil være i statens tjeneste etter overdragelsen. Videre pekes det på det problematiske ved at prester (som er embetsmenn) fortsatt skulle avskjediges ved vedtak i statsråd dersom staten ikke lenger har arbeidsgiveransvaret for vedkommende og heller ikke driver den virksomheten som embetsfunksjonene er knyttet til.

I utredningen gjøres det gjeldende at dette er reelle hensyn som taler for at embetsmenn ikke skal falle inn under reglene om virksomhetsoverdragelse.¹⁵ For det tilfellet det ikke gjøres et unntak for embetsmenn, vil ovennevnte hensyn i alle tilfeller tale for at embetsmenn ikke kan påberope seg rettighetene som følger av tjenestemannsloven og Grunnloven overfor ny arbeidsgiver utenfor staten. Dette er vi enige i. Det er således vår vurdering at retten til embetsmannsstatus med det særlige stillingsvern det medfører ikke utgjør rettigheter som overføres i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2. Vi presiserer imidlertid at vurderingen er usikker og at spørsmålet ikke har fått noen rettslig avklaring i norsk rett.

3.4 Unntak for pensjon og tarifforhold

Hva gjelder tariffavtaler og overføring av disse, er utgangspunktet etter arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd at ny arbeidsgiver blir bundet av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av.

¹⁵ Se nærmere om dette under drøftelsen i punkt 2.

Dette gjelder imidlertid ikke hvis ny arbeidsgiver senest innen tre uker etter overdragelsestidspunktet skriftlig erklærer overfor fagforeningen at ny arbeidsgiver ikke ønsker å bli bundet.

Selv om ny arbeidsgiver erklærer seg ubundet, har de overførte arbeidstakerne likevel rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkår som følger av tidligere tariffavtale frem til denne tariffavtalen utløper eller til det inngås ny tariffavtale som er bindende for ny arbeidsgiver og de overførte arbeidstakerne. Utgangspunktet er således at alle tariffavtalte individuelle arbeidsvilkår skal opprettholdes etter overdragelsen på samme måte som andre individuelle vilkår. Rettighetsovergangen av slike tariffavtalte individuelle arbeidsvilkår skjer automatisk i kraft av overdragelsen.

Hva gjelder pensjon er utgangspunktet det samme, nemlig at arbeidstakernes rett til videre opptjening av alders-, etterlatte- og uførepensjon i henhold til kollektiv tjenstepensjon, overføres til ny arbeidsgiver ved overdragelse, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 (2). Et unntak gjelder for de tilfeller hvor arbeidstakernes tidligere pensjonsordninger ikke kan videreføres etter overdragelse, og de overførte arbeidstakerne skal i slike tilfeller sikres rett til videre opptjening etter en annen kollektiv tjenstepensjonsordning.

Hvorvidt prestene kan sikres videre medlemskap i Statens Pensjonskasse følger av lov om Statens Pensjonskasse § 5. Utgangspunktet er at en omorganisering som fører til at en virksomhet som har vært en del av statsforvaltningen skilles ut som eget rettssubjekt, medfører at arbeidstakerne mister rett og plikt til medlemskap.

Utskilte virksomheter kan likevel få medlemskap i Statens Pensjonskasse etter søknad, og det kreves i denne sammenheng en viss tilknytning til staten.

Spørsmålet om nytt rettssubjekt skal ha medlemskap i Statens Pensjonskasse, herunder de økonomiske spørsmål slik tilknytning reiser, bør avklares med Statens Pensjonskasse.

3.5 Særlig om adgangen til å motsette seg overføring

3.5.1 Reservasjonsrett

Det følger av arbeidsmiljøloven § 16-3 at arbeidstakere kan motsette seg at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver. Prestene vil således ikke ha noen plikt til å følge med virksomhetsoverdragelsen fra staten til rettssubjekt utenfor staten.

Dersom enkelte prester velger å utøve reservasjonsretten, skal de skriftlig underrette nåværende arbeidsgiver om dette. Nåværende arbeidsgiver kan sette en frist for utøvelse av denne retten, som ikke kan være kortere enn 14 dager etter at vedkommende mottok slik informasjon om virksomhetsoverdragelsen som fremgår av punkt 5.3.2 nedenfor. Dersom reservasjonsretten benyttes, er utgangspunktet at ansettelsesforholdet (med nåværende arbeidsgiver) opphører på tidspunktet for virksomhetsoverdragelsen. Det er i slike tilfeller ikke nødvendig med oppsigelse fra arbeidsgivers eller arbeidstakers side.

Arbeidstakeren vil i så tilfelle på enkelte vilkår kunne ha fortrinnsrett til passende ledig stilling hos overdrager i en periode på 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 16-3 tredje ledd.

3.5.2 Valgrett

Som nevnt over er utgangspunktet ved utøvelse av reservasjonsretten at arbeidsforholdet mellom den overdragende arbeidsgiver og arbeidstakeren opphører i kraft av og samtidig med virksomhetsoverdragelsen. Unntaksvis vil imidlertid arbeidstakeren ha en ulovfestet rett til på visse vilkår å opprettholde ansettelsesforholdet til overdrageren, såkalt valgrett. De nærmere vilkårene for når valgrett foreligger følger av rettspraksis, blant annet Rt. 2000 s. 2047:

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

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

Av det ovennevnte følger det at valgrett kan foreligge i de tilfeller hvor en overføring av ansettelsesforholdet vil medføre "ikke uvesentlige negative endringer" som vil være av "inngripende karakter".

Spørsmålet blir dermed om overføringen av prestene til rettssubjekt utenfor staten vil medføre slike inngripende negative endringer for prestenes ansettelsesforhold at prestene vil kunne fastholde sitt ansettelsesforhold med nåværende arbeidsgiver. Prestene vil som utgangspunkt beholde de rettigheter og forpliktelser som følger av nåværende ansettelsesforhold. Slik vi har omtalt under punkt 3.3 ovenfor, vil prestene imidlertid kunne miste enkelte av sine særlige lovbestemte rettigheter såfremt det ikke etableres overgangsordninger ved lov. Slik vi forstår det er det heller ikke på nåværende tidspunkt avklart hvilken pensjonsordning det skal være i den nye virksomheten, og det vil også måtte etableres nye tariffordninger.

På den annen side er det klart at virksomheten i sin helhet overføres, noe som er vektlagt i ovennevnte dom som et moment som taler for at det ikke foreligger valgrett. Videre er det klart at virksomhetsoverdragelsen innebærer en videreføring av den nåværende virksomheten i den forstand at den nye virksomheten vil være en varig og stabil virksomhet på samme måte som ved nåværende organisering. Herunder vil det ikke være behov for, og det er heller ikke planlagt, noen nedbemanning etter virksomhetsoverdragelsen. Virksomheten vil således i det store og hele videreføres slik den er. Etter vår vurdering tilsier dette at prestene ikke vil ha en valgrett ved virksomhetsoverdragelsen til rettssubjekt utenfor staten.

Noe annerledes kan det stille seg for de prestene som er embetsmenn. Embetsmenn er tillagt en særlig stilling i staten og har et særlig sterkt stillingsvern. Stillingsvernet for embetsmenn innebærer blant annet at embetsmenn kun kan avskjediges på visse vilkår, og videre at de som utgangspunkt har rett til å beholde tittel, lønn og andre rettigheter for det tilfellet de fratas sin embetsmannsfunksjon. Det vises også til selve utnevnelsen av embetsmenn som omtalt i punkt 3.3.2. På denne bakgrunn er det etter vår vurdering gode grunner for å tilstå prestene som er embetsmenn valgrett ved virksomhetsoverdragelse ut av staten. Embetsmennene kan således etter vår oppfatning fastholde sitt ansettelsesforhold med nåværende arbeidsgiver. Vi kommer nedenfor tilbake til hva dette nærmere vil innebære for de som utøver valgrett.

4. Embetsmenn og tjenestemenn som motsetter seg overføring

4.1 Innledning

For det tilfellet enkelte prester motsetter seg at ansettelsesforholdet overføres til ny arbeidsgiver, jf. arbeidsmiljøloven § 16-3, oppstår enkelte spørsmål som følge av at den statlige virksomheten opphører. Som nærmere behandlet i punkt 3.5.2 er det vår oppfatning at prester som er tjenestemenn i et slikt tilfelle ikke vil kunne velge å fastholde sitt ansettelsesforhold med nåværende arbeidsgiver, mens gode grunner taler for at embetsmenn har slik valgrett.

4.2 Særlig om tjenestemenn

Dersom prester som er tjenestemenn benytter reservasjonsretten, og slik motsetter seg at ansettelsesforholdet overføres til nytt rettssubjekt utenfor staten, vil ansettelsesforholdet som utgangspunkt opphøre i kraft av og samtidig med virksomhetsoverdragelsen. Dette fordi tjenestemenn etter vår oppfatning ikke vil ha valgrett.

I Kommunal- og moderniseringsdepartementets veiledning for personalpolitikk ved omstillingsprosesser omtales reservasjons- og valgrett ved virksomhetsoverdragelse ut av staten og det uttales følgende:

"Når det gjelder utøvelse av reservasjons- og valgrett i disse tilfellene, har KMD lagt til grunn at arbeidstakerne - forutsatt at det foreligger en virksomhetsoverdragelse - har rett til å følge med til den nye arbeidsgiveren, men de kan også reservere seg mot å bli ført ut av statsforvaltningen, og han/hun kan velge å forholde seg til den statlige arbeidsgiveren dersom denne ennå finnes. Dersom det ikke lenger er arbeid for vedkommende der, kan han/hun sies opp, og arbeidstakeren vil da som hovedregel ikke få rett til ventelønn fordi han/hun har fått tilbud om høvelig arbeid hos den nye arbeidsgiveren. Vedkommende vil derimot ha fortrinnsrett til statlige stillinger inntil ett år fremover.

I de tilfeller hvor den statlige virksomhet i sin helhet føres ut av statsforvaltningen, og dermed etableres som eget rettssubjekt utenfor staten (eventuelt overføres til fylkeskommunal eller kommunal sektor eller fusjoneres inn i en eksisterende privat virksomhet), opphører den statlige virksomheten som sådan. Som eksempel kan nevnes den tidligere forvaltningsbedriften Luftfartsverket, som fra 1. januar 2003 ble omdannet til aksjeselskapet AVINOR AS. Ingen deler av Luftfartsverket fortsatte å bestå som

forvaltningsorgan. KMD legger i slike omdanningstilfeller til grunn at en utøvelse av reservasjonsretten innebærer at vedkommende må sies opp før overføringstidspunktet.”¹⁶

Av det ovennevnte følger det at staten legger til grunn at arbeidstakeren kan velge å forholde seg til den statlige arbeidsgiveren dersom denne ennå finnes. For de tilfeller hvor den statlige virksomheten i sin helhet føres ut av statsforvaltningen og følgelig opphører som sådan, legges det imidlertid til grunn at en utøvelse av reservasjonsretten innebærer at vedkommende må sies opp før overføringstidspunktet.

Slik nevnt innledningsvis er imidlertid virkningen av en utøvelse av reservasjonsretten at arbeidsforholdet opphører i kraft av og samtidig med virksomhetsoverdragelsen. En oppsigelse av ansettelsesforholdet fra arbeidsgivers side vil i slike tilfeller følgelig ikke være nødvendig, og innebærer i realiteten at arbeidstakeren er gitt en valgett. Realiteten i den praksis som omtales, synes derfor å være at disse arbeidstakerne tilstår en valgett.

Vi antar at denne praksisen ikke er rettslig bindende for staten, slik at man her står fritt til å forholde seg til den alminnelige rettsvirkning ved bruk av reservasjonsrett. Det er imidlertid ikke noe i veien for å følge den fremgangsmåten som er fastsatt i veiledningen. I så tilfelle må staten gå til oppsigelse av tjenestemannen, og det følger av tjenestemannsloven §§ 9 og 10 at bortfall av arbeid utgjør saklig grunnlag for oppsigelse.

I forbindelse med oppsigelse som nevnt over vil tjenestemannen ha fortrinnsrett til statlige stillinger for en periode på inntil ett år etter at tjenestemannen fratrådte, jf. tjenestemannsloven § 13, jf. Forskrift til lov om tjenestemenn mm. av 11. november 1983 § 7. Fortrinnsretten gjelder imidlertid kun for fast tilsatte tjenestemenn som har vært tilsatt sammenhengende i minst to år og midlertidige tjenestemenn som har vært tilsatt sammenhengende i minst fire år, jf. tjenestemannsloven § 13 annet ledd.

Tjenestemannen vil imidlertid ikke har rett til ventelønn, da han som ledd i virksomhetsoverdragelsen vil ha fått tilbud om videreføring av sitt ansettelsesforhold, jf. tjenestemannsloven § 13, jf. forskriften § 12.

4.3 Særlig om embetsmenn

4.3.1 Kan embetsmenns tjenesteforhold opphøre med grunnlag i bortfall av stillingen?

Dersom prester som er embetsmenn motsetter seg overføring av ansettelsesforholdet, og i medhold av den ulovfestede valgetten fastholder sitt tjenesteforhold med staten, oppstår spørsmålet om tjenesteforholdet vil kunne opphøre med grunnlag i bortfall av stillingen.

Som nevnt under punkt 3.3.2 har embetsmenn et særlig oppsigelsesvern. Avsettelige embetsmenn kan avskjediges ved dom, samt avskjediges administrativt av Kongen i statsråd, jf. Grunnloven § 22 første ledd, jf. tjenestemannsloven § 17 nr. 1 annet punktum. Uavsettelige embetsmenn kan kun avskjediges ved dom, jf. Grunnloven § 22 annet ledd, jf. tjenestemannsloven § 17 nr. 1 første punktum. Av Grunnloven 22 annet ledd følger det videre et forbud mot å forflytte embetsmenn mot

¹⁶ Personalpolitikk ved omstillingsprosesser, revidert 2014, pkt. 5.16.

deres vilje, og det er antatt at forflytningsforbudet også gjelder avsettelige embetsmenn etter første ledd.

Embetsmenn kan således ikke sies opp, men må avskjediges enten ved dom eller administrativt av Kongen i statsråd. De materielle vilkårene for når en embetsmann kan avskjediges fremgår av tjenestemannsloven § 10 tredje ledd og § 15. Avskjed på grunnlag av disse bestemmelsene begrenser seg imidlertid til de tilfeller der embetsmannen har vist grov uforstand, opptrædt utilbørlig, eller er varig uskikkethet til å utføre sin tjeneste. Bortfall av stillingen kan således ikke begrunne avskjed, og det er heller ikke adgang til å forflytte embetsmannen mot deres vilje. Det anses imidlertid for å være sikker rett at et embete på ulovfestet grunnlag kan nedlegges i forbindelse med omlegging av statens virksomhet. I slike tilfeller er det ikke nødvendig å gå veien om avskjed ved dom, avskjed gis i stedet gjennom vedtakelse av kongelig resolusjon.

Dette synspunkt synes å være gjennomgående i den juridiske litteraturen som omhandler dette spørsmålet.

I forbindelse med omorganiseringen av domstolene utarbeidet Henning Jakhelln i 2002 utredningen *"Domstollederstillingene ved domstolenes omorganisering, konstitusjonelle og arbeidsrettslige problemstillinger."* til Justisdepartementets domstolavdeling. I utredningen konkluderer Jakhelln med at et embete kan nedlegges i forbindelse med omlegging av statlig virksomhet og flere rettskilder gjennomgås.¹⁷

Her vises det blant annet til Innstilling om avskjedigelse mv. av embetsmenn (1971) hvor det på side 11-12 drøftes om en embetsmann uten hinder av Grunnloven § 22 kan fratas embetets funksjoner, hvor følgende uttales:

"En enstemmig litteratur har gått ut fra at en embetsmann ... må finne seg i å fratre med full lønn dersom hans stilling skal nedlegges, eller omorganiseres. Denne oppfatningen kan støttes til meget sterke reelle hensyn, og dens riktighet kan neppe dras i tvil."

Videre vises det til Jan Fougner og Johan Kr. Øydegaard: *Nye politidistrikter - rettslige konsekvenser for politimestrene*, betenkning til Justisdepartementet (Oslo 3.mai 2001) s. 9-10 hvor det uttales at:

"Det gjennomgående standpunkt er at embeter kan nedlegges, og at uavsettelige embetsmenn kan fratas embetsfunksjonene, uavhengig av Grunnloven § 22 og uten å gå veien om avskjed ved dom, så fremt dette er begrunnet i saklige og tungtveiende hensyn som ikke har utspring i misnøye med embetsmannens utførelse av embetspliktene eller personlige forhold hos vedkommende."

Etter dette synes det klart at staten har adgang til å frata de aktuelle prestene deres embetsfunksjoner i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse til et rettssubjekt utenfor staten.

¹⁷ Henning Jakhelln: Utredning til Justisdepartementets domstolavdeling april 2002, *Domstollederstillingene ved domstolenes omorganisering, konstitusjonelle og arbeidsrettslige problemstillinger*, punkt V, s. 17 flg.

Hensynet til statens rett til, og behov for, å organisere sin virksomhet på den til enhver tid mest hensiktsmessige måte må veie tungt.¹⁸

4.3.2 Har embetsmennene i prestatjenesten krav på å beholde sin lønn?

I ovennevnte utredning gjør Henning Jakhelln gjeldende at embetsmannen beholder lønn og tittel mv. dersom vedkommende fratas sin embetsfunksjon. Det uttales blant annet:

"Siden Grunnlovens § 22 således ikke synes å gi hjemmel for at en embetsmann skal kunne berøves sitt embete ved dom med mindre denne har utvist klanderverdig forhold, og siden Grunnlovens bestemmelse også setter forbud mot at en embetsmann mot sin vilje forflyttes til et annet embete- samtidig som embetsmannen ikke har noe rettslig krav på å få kunne utføre de funksjoner som er lagt til embete - er det nærliggende å anta at det må følge av Grunnlovens bestemmelse at embetsmannen skal oppebære den lønn m.v. som fulgte av det tidligere embete. På denne bakgrunn vil det måtte legges til grunn at det gjelder et grunnlovfestet krav om at en dommer beholder sin lønn når et dommerembete nedlegges på grunn av omorganisering, og hvor dommerembetet endres i en slik grad at det må ansees for nedlagt.

Denne konklusjonen er imidlertid ikke utvilsom, og det er plass for det synspunkt at det lønnskrav det her er tale om - på samme måte som krav på lønn under suspensjon - følger av sedvanerett som ikke er av konstitusjonell karakter."¹⁹

På bakgrunn av ovennevnte kan det etter vår vurdering legges til grunn som et utgangspunkt at prestene som er embetsmenn og som motsetter seg en overføring av sitt ansettelsesforhold, opprettholder sin lønn og andre rettigheter til tross for at de kan fratas embetsfunksjonen.

4.3.3 Ytterligere problemstillinger knyttet til lønn

I forlengelsen av ovennevnte oppstår det ytterligere problemstillinger knyttet til hvordan slik lønn skal beregnes, hvilke pensjonsrettigheter embetsmannen skal ha, samt spørsmål knyttet til fradrag for eventuelle andre inntekter etter fratredelsen.

På dette området finnes det få rettskilder og vurderingen må derfor basere seg på formålsbetraktninger og alminnelige rettsgrunnsetninger. Som rettesnor må imidlertid gjelde at retten til å opprettholde sin økonomiske sikkerhet er grunnlovsvernet, eller i det minste følger av sedvanerett.

Begrunnelsen for å opprettholde lønnsutbetalinger til en embetsmann etter fratredelse må begrunnes i hensynet til å holde embetsmannen økonomisk skadesløs som følge av en nedleggelse av embetet. Embetsmannen vil ikke være å klandre dersom det skjer en virksomhetsoverdragelse som fører til at prestatjenesten i staten blir lagt ned, og det kan argumenteres for at dette derfor ikke bør gå ut over embetsmannen.

¹⁸ Tilsvarende standpunkt er lagt til grunn i utredningen *Framtidig organisering av arbeidsgiveransvaret i Den norske kirke*, s. 126 flg.

¹⁹ Henning Jakhelln: Utredning til Justisdepartementets domstolavdeling april 2002, *Domstollederstillingene ved domstolenes omorganisering, konstitusjonelle og arbeidsrettslige problemstillinger*, s. 59.

(a) Krav på opprettholdelse av lønn mv.

Med utgangspunkt i det synspunkt at embetsmannen skal holdes økonomisk skadesløs, må det tas utgangspunkt i den lønn embetsmannen har på fratredelsestidspunktet. I tillegg må det tas hensyn til eventuelle lønnstillegg og lignende. Tilsvarende er lagt til grunn i Henning Jakhellns ovennevnte utredning:

*"Kravet på lønn etter fratredelsen må utvilsomt referere seg til den lønn embetsmannen hadde på avskjedstidspunktet. Det følger imidlertid av formålet med ordningen at embetsmannen skal holdes økonomisk skadesløs; vedkommende må stilles som om embetsmannen hadde fortsatt i embetet. Dette må innebære at kravet på lønn ikke kan være begrenset til embetets lønsmessige plassering i forhold til en lønnstabell, fastsatt ved tariffavtale, lønnsregulativ eller på annen måte; lønnskravet må omfatte også forskjellige lønnstillegg, med mindre det er tale om tillegg som utelukkende tar sikte på å dekke særskilte utgifter."*²⁰

For at embetsmannen skal holdes skadesløs, må det videre legges til grunn at embetsmannens krav på lønn mv. skal følge den lønnsregulering som ellers finner sted.²¹

Det ovennevnte hensyn taler videre med styrke for at kravet på opprettholdelse av lønn vil opphøre på det tidspunktet embetsmannen normalt ville fratrådt sin stilling. Eksempelvis vil det måtte antas at kravet på lønn opphører dersom embetsmannen skulle komme i en slik situasjon at embetets oppgaver ikke lenger kan ivaretas på forsvarlig vis, for eksempel i et tilfelle med varig sykdom. Tilsvarende må også kunne legges til grunn hva gjelder opphør av lønnsutbetaling på grunn av oppnådd pliktig avgangsalder. Når embetsmannen har nådd fastsatt aldersgrense vil den løpende lønnen opphøre.²²

Det synes videre som om den rådende oppfatningen i juridisk teori er at embetsmannen ved en fratredelse vil beholde sin rett til pensjonsopptjening på lik linje som om han fortsatte i embetet.²³

Dette fremstår også som en rimelig løsning ut fra hensynet til å stille embetsmannen skadesløs.

(b) Forholdet til andre inntekter

Et særlig spørsmål reiser seg med hensyn til om det kan gjøres fradrag i lønnen for andre inntekter i et tilfelle der embetsmannen mottar annen lønnsinntekt. Spørsmålet må vurderes i lys av formålet med at embetsmannen opprettholder lønn etter å ha blitt fratatt embetsmannsfunksjonen, nemlig å holde embetsmannen skadesløs.

Om dette uttaler Henning Jakhelln i ovennevnte utredning:

²⁰ Ibid. s. 62.

²¹ Ibid. s. 63.

²² Slik også Henning Jakhelln i Utredning til Justisdepartementets domstolavdeling april 2002, *Domstollederstillingene ved domstolenes omorganisering, konstitusjonelle og arbeidsrettslige problemstillinger*, s. 63.

²³ Ibid. s. 63

"Med dette utgangspunkt må det prinsipielle utgangspunkt være at det kan gjøres fradrag for den ekstra tid den fratrådte således har fått i og med fratredeisen, og som denne anvender til inntektsbringende arbeid. I de fleste tilfelle vil det være naturlig å legge til grunn den inntekt som dette arbeid kaster av seg - men situasjonen kan stille seg annerledes (...)"²⁴

Tilsvarende er lagt til grunn for tjenestemanns rett til ventelønn. Etter forskrift til tjenestemannsloven § 12 heter det at *"Inntekt fra arbeid eller næring som tjenestemannen har hatt før fratreden fra stillingen, skal ikke ha konsekvenser for ventelønnen"*. I tjenestemannsloven § 16 nr. 5 fremgår at det kan gjøres fradrag for *"inntekt vedkommende måtte få ved å ta annet arbeid i suspensjonstiden"*. De hensyn som her gjør seg gjeldende må også gjelde for embetsmenns vedkommende, og det synes derfor rimelig å legge til grunn tilsvarende synspunkt ved fratredeise på grunn av nedleggelse av embete.

Henning Jakhelln argumenterer for at også andre hensyn og synsvinkler kan gjøre seg gjeldende vedrørende dette spørsmålet:

"Synspunktet sosial sikkerhetsregel kan gjøre det nærliggende å trekke inn forholdet til de sosiale trygdeytelser, og plikten til å påta seg annet høvelig arbeid- og det erstatningsrettslige synspunkt kan gjøre det nærliggende å ta i betraktning at den "fristilte" dommer må ha plikt til å gjøre sitt for å begrense det tap som oppstår, m.a.o. også her en plikt til å finne annet arbeid- hvilket igjen leder til det synspunkt at lønn m.v. må kunne reduseres dersom denne plikt ikke oppfylles. De særlige hensyn som gjør seg gjeldende for embetsmenn(...) innebærer at den "fristilte" dommers situasjon må vurderes ut fra de spesielle hensyn som her gjør seg gjeldende - men selv med dette utgangspunkt kan det fremstå som problematisk at det skal gjelde et ubetinget krav på løpende lønn m.v., uten noen forpliktelse til motytelser."²⁵

Det foreligger imidlertid få rettskilder som behandler ovennevnte problemstilling, og noen endelig rettslig avklaring synes ikke å foreligge. Etter vår vurdering bør det imidlertid kunne legges til grunn at det skal gjøres fradrag for andre lønnsinntekter. Videre kan det etter vår vurdering også argumenteres for at embetsmannen har en tapsbegrensningsplikt, og det kan stilles spørsmål ved prestens rett til å beholde lønn og andre ytelser når vedkommende samtidig har rett til å fortsette sitt arbeid (på tilnærmet like vilkår) i et rettssubjekt utenfor staten.

4.3.4 Kan embetsmennene beordres til annen tjeneste?

Ved en virksomhetsoverdragelse av prestatetjenesten oppstår det også spørsmål om embetsmennene som fratrer tjenesten kan beordres til annet arbeid. Det kan argumenteres for at det vil føre til en uheldig konsekvens at arbeidskraft blir gående ledig, men med et lønnskrav i tilfeller der embetsmenn fratrer embetet.

Henning Jakhelln gjennomgikk rettspraksis på området og uttaler følgende i ovennevnte utredning:

²⁴ ibid. s. 66.

²⁵ ibid. s. 69.

"De foreliggende avgjørelser viser altså at kvalitativt nye oppgaver ikke uten videre kan legges til embeter med spesifiserte oppgaver (Rt. 1893 s. 639 og de tidligere avgjørelser av 1823 og 1835), mens tilsvarende ikke er lagt til grunn for embeter med mer generelle, uspesifiserte oppgaver.

(...)

Mindre utvidelser eller innskrenkninger av embetskretsen - og av de oppgaver som er lagt til embetet - vil kunne gjennomføres uten at embetets innehaver kan motsette seg dette, eller ha krav på særskilt godtgjørelse i den anledning.

Endringer som ikke forandrer embetets karakter er antatt å kunne pålegges embetets innehaver, uten at denne vil ha rett til å motsette seg å forbli i embetet (Rt. 1868 s. 577 og Rt. 1851 s. 593).

Ved omorganisering kan det gjennomføres endringer med hensyn til de oppgaver som skal utføres, så lenge disse ikke er vesensforskjellige fra de tidligere oppgaver, selv om det er tale om en betydelig kvantitativ økning av oppgavene (Rt. 1874 s. 609). I så fall vil embetsmannen kunne ha krav på økonomisk kompensasjon for økningen av de pålagte oppgaver; et krav som i utgangspunkt er av kontraktsmessig art."²⁶

Av ovennevnte følger det at embetsmannen kan pålegges andre oppgaver, så lenge disse ikke er vesensforskjellige fra de tidligere oppgaver.

Ved en virksomhetsoverdragelse av prestetjenesten fra staten vil det antakelig ikke lenger være oppgaver i staten som ligner på de oppgavene prestene vanligvis utfører, hvilket taler for at embetsmennene ikke vil kunne beordres til annen tjeneste. Avgjørende for vurderingen vil være i hvilken grad ny tjeneste skiller seg fra prestens opprinnelige tjenesteforhold.

4.3.5 Har embetsmennene krav på å beholde sin tittel?

I vurderingen av omorganisering av dommerembeter legges det til grunn at de har krav på å beholde den tittel som dommeren hadde. Dette følger av at den som må fratruke på grunn av omorganisering anses å være gitt avskjed "i nåde". Embetsmannen vil følgelig ha rett til å beholde embetets tittel og rang, jf. Grunnloven § 23.²⁷

5. Forholdet til medbestemmelse

5.1 Innledning

I samsvar med statens tradisjon for medbestemmelse bør det etter vår vurdering legges opp til en omfattende og inkluderende prosess med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte hvor det gis tilstrekkelig informasjon og rom for drøfting.

²⁶ ibid. s. 34 flg.

²⁷ ibid. s. 69.

Overføringen av prestene i Den norske kirke til et rettssubjekt utenfor staten er en omfattende prosess hvor flere forhold vil være av betydning for prestenes arbeidsforhold. Slike forhold vil være gjenstand for informasjon og drøfting med de tillitsvalgte.

De nærmere krav til medbestemmelse følger både av arbeidsmiljøloven og tariffavtaler. Pliktene som oppstilles vil delvis være overlappende og det er følgelig hensiktsmessig at man har en helhetlig tilnærming til de kravene som oppstilles i de ulike grunnlagene. I alle tilfeller er det vår vurdering at den nærmere gjennomføringen av informasjonsutveksling og drøfting bør planlegges og gjennomføres i samarbeid med de tillitsvalgte, og det bør avtales gode rutiner for slik informasjonsutveksling og drøfting.

5.2 Krav i tariffavtale

5.2.1 Grunnlag og formål

Hovedavtalen i staten og tilpasningsavtalen for den enkelte virksomhet danner grunnlaget for arbeidstakernes medbestemmelsesrett, og sikrer de ansatte medbestemmelse på områder som har betydning for deres arbeidssituasjon. Hovedavtalen er inngått mellom staten og hovedsammenslutningene for de statstilsatte med det formål å skape et best mulig samarbeidsgrunnlag mellom partene på alle nivåer. Av hovedavtalen § 1 nr. 1 følger det videre at denne i tillegg skal ha som formål å:

- *være grunnlaget for arbeidstakernes rett til medbestemmelse ved siden av bl.a. tjenestetvistloven, tjenestemannsloven og arbeidsmiljøloven*
- *gi arbeidstakerne en reell innflytelse på hvordan deres arbeidsplass skal organiseres og hvordan arbeidsmetodene skal utvikles*
- *være et redskap for å utvikle ledelse, medbestemmelse og arbeidsmiljø*
- *gi den enkelte arbeidstaker mulighet for faglig og personlig utvikling. Arbeidet må derfor organiseres og tilrettelegges slik at man drar nytte av arbeidstakernes kunnskaper*
- *utvikle samarbeidet slik at dette kan bidra til fleksibel og brukervennlig tjenesteyting med et godt arbeidsmiljø, god ledelse, bedre resultatoppnåelse og et godt forhold til innbyggerne*

Om den nærmere utøvelsen av medbestemmelsesretten fremgår det av hovedavtalen § 1 nr. 6 at denne skal utøves gjennom tillitsvalgte, og på en slik måte at arbeidstakerne blir trukket inn i utrednings- og beslutningsprosesser så tidlig som mulig.

Retten til medbestemmelse skal likevel gjennomføres med den begrensning at den ikke griper inn i de politiske myndigheters beslutninger. Det foreligger således et skille mellom det politiske demokrati og bedriftsdemokratiet. Dette er nærmere presisert i hovedavtalen § 2 nr. 3:

Tillitsvalgte skal ikke delta i politiske beslutninger, beslutninger knyttet til politiske prioriteringer, beslutninger som fattes på grunnlag av lover, forskrifter, stortingsvedtak og kongelige resolusjoner, samt beslutninger om spørsmål som i hovedsak gjelder virksomhetens samfunnsmessige rolle, (forholdet til innbyggerne). Oppstår det uenighet

mellom arbeidsgiverinstansen og organisasjonene i den enkelte virksomhet om en beslutning går inn under dette punkt, avgjøres dette spørsmålet av vedkommende fagdepartement.

Spørsmålet om hvordan en beslutning skal gjennomføres, skal gjøres til gjenstand for medbestemmelse i henhold til tilpasningsavtalen, med mindre også gjennomføringsmåten må betraktes som politisk, eller hvor den påvirker eller har betydning for den politiske delen av vedtaket.

De tillitsvalgte har likevel krav på informasjon om slike politiske beslutninger mv. jf. hovedavtalen § 11.

Etter vår vurdering får ovennevnte den betydning at retten til medbestemmelse ved overføringen av prestene til et rettssubjekt utenfor staten er begrenset til forhold knyttet til *gjennomføringen* av overføringen.

Tilpasningsavtale for den enkelte virksomhet er inngått i medhold av hovedavtalen § 3, og tar sikte på å tilpasse hovedavtalens regulering av medbestemmelse til den enkelte virksomhetens og de tilsattes behov. Av tilpasningsavtalen for presteskapet følger det blant annet at medbestemmelse skal utøves på sentralt, regionalt og lokalt nivå. Videre gir tilpasningsavtalen nærmere angivelse med henhold til hvem som skal representere arbeidsgiver på de nevnte nivåene.

Det følger av hovedavtalen § 4 nr. 1 at tilpasningsavtalen kan gi anvisning på andre samarbeidsformer enn de som er beskrevet i hovedavtalen (men likevel innenfor rammene av hovedavtalen § 2 nr. 3 og § 13). Tilpasningsavtalen for presteskapet gir imidlertid anvisning på at medbestemmelse skal utøves ved gjensidig informasjon, drøftinger og forhandlinger i samsvar med hovedavtalen §§ 11, 12 og 13, jf. tilpasningsavtalen § 4. Det er likevel gjort enkelte mindre tilpasninger i avtalens § 5, men vi går ikke nærmere inn på disse.

Ved utøvelsen av medbestemmelse må det videre ses hen til daværende Fornyings, administrasjons- og kirkedepartementets veiledning og retningslinjer for personalpolitikk ved omstillingsprosesser, utarbeidet i medhold av hovedavtalen § 2 nr. 2.

5.2.2 Nærmere om de ulike former for og krav til medbestemmelse

De ulike former og områder for medbestemmelse er regulert i hovedavtalen §§ 11 - 13, med eventuelle tilpasninger etter tilpasningsavtalen. De ulike formene for medbestemmelse er henholdsvis informasjon, drøfting og forhandlinger.

Arbeidsgiver har plikt til å informere de tillitsvalgte om overføringen av prestene og det følger av hovedavtalens § 11 nr. 2 at informasjonen skal gis på et så tidlig tidspunkt som mulig under administrasjonens behandling av sakene, slik at de tilsattes muligheter til medbestemmelse blir reell i de forskjellige faser av behandlingen. De tillitsvalgte skal på ethvert tidspunkt bli gjort kjent med de dokumenter som har betydning for overføringen, og saksdokumentene skal som hovedregel fremsendes med krav om drøfting eller forhandling, jf. hovedavtalens § 11 nr. 3.

Øvrige ansatte skal holdes orientert, og informasjonsprosessen mot de ansatte skal planlegges sammen med de tillitsvalgte, jf. hovedavtalens § 11 nr. 6.

Det er videre gitt nærmere retningslinjer om informasjonsplikten i Kommunal- og moderniseringsdepartementets veiledning for personalpolitikk ved omstillingsprosesser:

"Et opplegg for informasjon bør dekke perioden forut for selve omstillingen, selve omstillingsperioden og tiden etter at omstillingen er gjennomført. Hver enkelt leder bør gjennomføre medarbeidersamtaler med sine direkte underordnede, der omstillingsprosessen er tema. Arbeidsgiver og virksomhetens tillitsvalgte samarbeider om utarbeidelsen av et opplegg for slike medarbeidersamtaler dersom dette ikke allerede er utarbeidet. Arbeidsgiver har et ansvar for å gi nødvendig informasjon til alle ansatte, også de som er i permisjon, om deres rettigheter etter arbeidsmiljø- og tjenestemannslov og gjeldende tariffavtaler, slik at de blir i stand til å ivareta sine interesser.

Det anbefales at informasjon gis skriftlig, for eksempel på intranett i virksomheten, gjerne ved at det utarbeides spørsmål og svar på de vanligste spørsmålene som oppstår i forbindelse med omstillingen. Videre er det å anbefale at det oppgis navn på kontaktpersoner i ledelsen, tillitsvalgte, verneombud osv. Videre må det gis muntlig informasjon i form av allmøter og ved at ansatte får anledning til å snakke med sine ledere om prosessen."²⁸

Uttalelsen er knyttet til omorganisering internt i virksomheten, men bør etter vår vurdering også tillegges vekt ved overføringen av prestene til rettssubjekt utenfor staten.

Drøftelsesplikten oppstilles i hovedavtalen § 12 nr. 2, hvor det fremgår at saker med betydning for de tilsattes arbeidssituasjon skal drøftes mellom partene dersom enten arbeidsgiver eller organisasjonene ved de tillitsvalgte krever det.

Drøftingene skal være reelle, og skje på det nivå innenfor virksomheten som har saken til behandling, jf. hovedavtalen § 18. Fra drøftingene som avholdes skal arbeidsgiver sette opp et kortfattet referat som angir partenes synspunkter, jf. hovedavtalen § 16 nr. 2.

Plikten til å drøfte med de tillitsvalgte følger også av arbeidsmiljøloven kapittel 16, som er nærmere behandlet nedenfor.

Etter vår vurdering kommer ikke hovedavtalens bestemmelser om forhandlinger til anvendelse. Av hovedavtalen § 13 nr. 2 bokstav a fremgår det at forhandlinger skal opptas ved interne organisasjonsendringer hvor organisasjonskartet endres, endringen er ment å vare over seks måneder, og endringen medfører omdisponering av personale og/eller utstyr. Overføringen av prestene til rettssubjekt utenfor staten utgjør etter vår oppfatning ikke en slik intern organisasjonsendring som nevnt i bestemmelsen. At det ikke skal gjennomføres forhandlinger om overføringen er også best i samsvar med skillet mellom det politiske demokrati og bedriftsdemokratiet, jf. hovedavtalen §§ 1 nr. 3 og 2 nr. 3.

²⁸ Personalpolitikk ved omstillingsprosesser, revidert 2014, pkt. 5.2.1.

5.3 Krav i lov

5.3.1 Informasjon og drøfting med de tillitsvalgte

Arbeidsmiljøloven kapittel 16 oppstiller krav til informasjon og drøfting ved virksomhetsoverdragelse. Bestemmelsene kommer som nevnt til anvendelse ved statlige virksomhetsoverdragelser, og kommer i tillegg til de krav som følger av tariffavtale. Kravene som oppstilles i kapittel 16 må i tillegg leses i sammenheng med arbeidsmiljølovens generelle regler om informasjon og drøfting i kapittel 8.

Det fremgår av arbeidsmiljøloven § 16-5 at tidligere og ny arbeidsgiver plikter "så tidlig som mulig" å informere om og drøfte overføringen med de tillitsvalgte. Normalt innebærer dette at informasjon og drøftelse skal gjennomføres før formell beslutning om overdragelse er fattet. Etter vår vurdering må dette imidlertid ses i sammenheng med grensen mot politiske beslutninger som følger av hovedavtalen. Ved overdragelsen av prestene i Den norske kirke til rettssubjekt utenfor staten vil det etter vår oppfatning følgelig være tilstrekkelig at informasjon og drøfting skjer før beslutningene om *hvordan* selve gjennomføringen av overføringen skal skje.

I alle tilfeller må informasjon gis på et så tidlig tidspunkt at de tillitsvalgte kan sette seg inn i de ulike sakene som skal drøftes, foreta passende undersøkelse og vurdere de problemstillinger som reises og for øvrig forberede drøftingen.

Formålet med plikten til informasjon og drøfting er å gi arbeidstakernes representanter informasjon om hva som kommer til å skje, samt å gi disse mulighet til å øve innflytelse på de beslutninger som tas i prosessen.

Det skal gis særskilt informasjon om følgende forhold:

- grunnen til overdragelsen,
- fastsatt eller foreslått dato for overdragelsen for arbeidstakerne,
- de rettslige, økonomiske og sosiale følger av overdragelsen for arbeidstakerne,
- endringer i tariffavtaleforhold,
- planlagte tiltak overfor arbeidstakerne,
- reservasjonsrett- og fortrinnsrett, og fristen for å utøve rettighetene.

Dersom tidligere eller ny arbeidsgiver planlegger tiltak overfor arbeidstakerne, skal det i tillegg så tidlig som mulig drøftes med tillitsvalgte med sikte på å oppnå en avtale om de tiltak som skal iverksettes.

Ovennevnte opplisting utgjør minstekrav til drøftingens og informasjonens innhold. Formålet med listen er imidlertid å sikre at de tillitsvalgte får informasjon om alle forhold som er av betydning for de berørte arbeidstakerne og at retten til drøfting og muligheten for eventuelle avtaler blir best mulig belyst og utøvd. Dette innebærer således at samtlige forhold av betydning for de berørte arbeidstakerne skal være gjenstand for informasjon og drøfting, herunder de problemstillinger som følger av statlige særordninger. Dette følger for øvrig også av arbeidsmiljøloven § 8-2.

5.3.2 Informasjon til de berørte arbeidstakerne

De berørte arbeidstakerne skal gis informasjon om de samme forhold som er gitt de tillitsvalgte, jf. arbeidsmiljøloven § 16-6. Informasjonen til de tillitsvalgte skal gis så tidlig som mulig, men det er

likevel naturlig og i samsvar med bestemmelsen at informasjon til de enkelte arbeidstakerne som berøres av overdragelsen gis på et senere tidspunkt enn hva som er tilfelle for de tillitsvalgte.

5.3.3 Nærmere om partsforholdet

Slik det fremgår over er pliktene til informasjon og drøfting rettet mot både tidligere og ny arbeidsgiver. EU-direktivet har en noe annen formulering enn arbeidsmiljøloven § 16-5, og det fremgår der at tidligere og ny arbeidsgiver plikter å informere representantene for sine respektive arbeidstakere som berøres av overdragelsen, noe som taler for at ny arbeidsgiver ikke har noen plikter til informasjon og drøfting med arbeidstakerne som overføres.

Arbeidsmiljøloven er imidlertid forstått slik at de tillitsvalgte for arbeidstakerne hos overdrageren også skal kunne be om og få informasjon av den nye arbeidsgiveren med hensyn til den nye situasjonen som vil kunne oppstå etter overføringen. Dette vil kunne sikre at de tillitsvalgte får tilstrekkelig informasjon om forhold av betydning for hvorvidt arbeidstakerne skal benytte reservasjons- og eventuell valgrett, så som informasjon om eventuell overtallighet, endring i tariff- og pensjonsforhold, organiseringen av arbeidet mv.

I et tilfelle som det foreliggende, hvor det på nåværende tidspunkt ikke eksisterer et overtakende rettssubjekt, er det etter vår vurdering tilstrekkelig at informasjons- og drøftelsesplikten oppfylles av nåværende arbeidsgiver. Dette forsterkes ved at nåværende arbeidsgiver vil styre og ha bestemmende innflytelse over hvordan overføringen gjennomføres og hvilke konsekvenser denne får for arbeidstakerne. Reglene om medbestemmelse tilsier dermed ikke at det nye rettssubjektet, eventuelt en interimorganisasjon, opprettes en tid før overdragelsen.

6. Nærmere om gjennomføringen

6.1 Saksbehandlingsfrister

Tariffavtale og arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse oppstiller i liten grad frister for virksomhetsoverdragelsen og gjennomføringen av denne. I all hovedsak er fristene knyttet til når informasjon skal gis og når drøfting med de tillitsvalgte skal finne sted. Slik beskrevet over skal dette skje så tidlig som mulig slik at de tillitsvalgte gis mulighet til å øve innflytelse på de beslutninger som tas i prosessen.

Utover dette oppstilles ikke saksbehandlingsfrister. Det er imidlertid flere spørsmål som må avklares før en overdragelse finner sted, og dette vil være styrende for prosessen. Dette er særlig spørsmål om pensjon og tarifforhold i det nye rettssubjektet, som nærmere behandlet under punkt 3.4.

6.2 Spørsmålet om interimorganisasjon

Verken lov eller tariffavtale fordrer at det opprettes en interimorganisasjon i forkant av en overdragelse av prestene til et rettssubjekt utenfor staten. Det er imidlertid flere spørsmål knyttet til etableringen av et nytt rettssubjekt som på nåværende tidspunkt ikke er avklart. Dette gjelder både den nærmere organiseringen av det nye rettssubjektet, samt spørsmål knyttet til selve overdragelsen. Sistnevnte er blant annet spørsmål om rettighetsovergang, reservasjonsrett og valgrett og virkningen av dette, samt spørsmål knyttet til tarifforhold og pensjon.

Spørsmålene nevnt over bør så langt som mulig avklares i forkant av overdragelsen. Etter vår forståelse vil imidlertid nåværende arbeidsgiver styre og ha bestemmende innflytelse på hvordan overdragelsen gjennomføres og hvilke konsekvenser dette får for arbeidstakerne. Dette innebærer

at arbeidstakerne og de tillitsvalgte vil kunne få nødvendig informasjon og mulighet til innflytelse gjennom informasjonsutveksling og drøfting med nåværende arbeidsgiver, som omtalt i punkt 5.3.3 over.

Ovennevnte innebærer etter vår forståelse også at nåværende arbeidsgiver vil kunne avklare spørsmål knyttet til tarifforhold og etableringen av pensjonsordninger i nytt rettssubjekt. Forutsatt at dette er tilfellet vil det etter vår oppfatning ikke være nødvendig at en interimsorganisasjon opprettes.

Spørsmålet om det skal opprettes en interimsorganisasjon som kan forberede en eventuell virksomhetsoverdragelse på vegne av et nytt rettssubjekt, eventuelt om det nye rettssubjektet skal etableres før overdragelsen finnes sted, beror således i større grad på hva som anses som en hensiktsmessig arbeidsfordeling enn krav i lov og tariffavtale.

Advokatfirmaet BA-HR DA



Tarjei Thorkildsen
Advokat



Christian Backe
Advokat