

Arbeids- og inkluderingsdepartementet
Postboks 8019 Dep

0030 OSLO

30. mars 2006

Deres ref.: 200601047-/CRS

Min ref.: SE AID/H 06-003

HØRING – FORSLAG TIL ENDRINGER I ARBEIDSMILJØLOVEN MV.

Jeg viser til departementets brev av 14. februar d.å. med vedlagt høringsnotat. Den største del av de endringer som foreslås i høringsnotatet, er mest av teknisk karakter. Disse har jeg ikke bemerkninger til. Derimot har jeg bemerkninger på et par andre, substansielle, punkter, samt en enkel observasjon avslutningsvis.

Endringer i lovens § 10-6

1. Ad § 10-6 niende ledd: Departementet foreslår å oppheve adgangen til å inngå avtale ved "virksomheter som ikke er bundet av tariffavtale". I høringsnotatet sies det at man ikke ser at det er behov for å opprettholde bestemmelsen, og heter så videre (s. 10):

«Departementet viser til at kravene til å inngå en tariffavtale ikke er omfattende og kan ikke se at det er behov for et "mellomnivå" mellom tariffavtale og individuell avtale. Det kan også stilles spørsmålstegn ved om dette er i strid med arbeidstidsdirektivet. Departementet foreslår derfor at unntaksadgangen begrenses til de tradisjonelle tariffavtalene.»

Denne begrunnelsen er problematisk å forholde seg til, på flere måter.

For det første: Hvis en avtale på virksomhetsnivå her er et "mellomnivå", gjelder det like meget for avtaler med "tillitsvalgte" (hvem nå det er) som for avtaler med "arbeidstakernes representanter" der virksomheten ikke fra før av er bundet av noen tariffavtale (for vedkommende arbeidstagerkategori).

For det annet: Det heter at "unntaksadgangen [bør] begrenses til de *tradisjonelle tariffavtalene*" (min uth.). Det er fullstendig uklart hva det siktes til med dette. Det har igjen flere sider.

Dels er det slik at stedlige avtaler om unntak knapt vil kunne rubriseres som tariffavtaler, rettslig sett. (Denne problemstillingen har jeg diskutert litt nærmere i Evju, "Tariffavtalebegrepet – prosessuelt og materielt", *Arbeidsrett og arbeidsliv* B.2 (2005), 112-123, på s. 120-122.) Dette gjelder uansett om slike avtaler er inngått med "tillitsvalgte" (i betydningen tariffavtaletillitsvalgte) eller ikke tariffbundne "arbeidstakernes representanter".

Spørsmålet er om man likevel har tenkt seg at stedlige avtaler med "tillitsvalgte" vil være tariffavtaler – i motsetning til avtaler med "arbeidstakernes representanter" – og at det er man

mener å ville ”begrense[...] til”. – Å rubrisere denne typen avtaler som tariffavtaler vil uansett være såvidt spesielt at gir grunn til en mer inngående drøftelse og eventuell klargjøring i lovforarbeider.

Dernest, og alternativt, er spørsmålet om det med formuleringen ”de tradisjonelle tariffavtalene” er ment å skulle gi uttrykk for en type ”kvalitetskrav” til den eller de tariffavtale(r) virksomheten på forhånd skal være bundet av for at stedlige avtaler etter § 10-6 niende ledd skal kunne inngås. Det ville, for det første, være en løsning som avviker skarpt fra de andre, lignende ”avtaleregler” som (med lang tradisjon) finnes i loven. For det annet er uttrykker ”de tradisjonelle tariffavtalene” i så fall et uegnet kriterium.

Lovgivningens tariffavtalebegrep er tradisjonelt. Det har sin rot i arbeidstvistloven av 1915, nu arbeidstvistloven av 1927, § 1 nr. 8. Tariffavtalebegrepet er også meget enkelt. Det skiller ikke mellom hovedavtaler, landsomfattende overenskomster, særavtaler, andre stedlige avtaler på virksomhetsnivå, o.l. Det er ikke tvilsomt at når loven bruker (slik dens forløpere lenge har gjort) uttrykket ”ved virksomhet som er bundet av tariffavtale”, kan det ikke legges noe ”kvalitetskrav” til tariffavtalen i dette. Enhver avtale som rettslig sett er en tariffavtale, vil være tilstrekkelig. Satt på spissen kan det f.eks. være en avtale om at ”ansatte har rett til fri med lønn for å gå til lege” eller ”ansatte kan velge en representant til å opptre på deres vegne i drøftelser, avtaleinngåelser, m.v., med bedriften”. Gitt oppfyllelse av de – teknisk enkle – formkravene i atvl. § 3 nr. 1 og 2 vil slike formuleringer hver for seg være tilstrekkelige til at det foreligger en tariffavtale – som virksomheten ”er bundet av” i relasjon til arbeidsmiljølovens avtaleregler.

Forsåvidt er det et åpenbart behov for at det klargjøres hva slags regel man eventuelt ønsker å gi. Eventuelt får man i stillhet stryke alternativet der ”virksomheten ikke er bundet av tariffavtale”, uten å gå inn på og dermed komplisere forståelsen av hva det vil si å *være* bundet av tariffavtale.

For det tredje er det helt åpent hva det siktes til når det anføres at det kan ”stilles spørsmålsteget ved om dette er i strid med arbeidstidsdirektivet”. Dette er uheldig. Det er f.eks. ikke uten betydning om man mener at det mulige problemet refererer seg til direktivets art. 17 (jfr. nr. 2) eller til art. 18. Det er vanskelig å mene noe om departementets begrunnelse når den ikke er mer presis. Jeg lar derfor dette ligge her.

2. Til spørsmålet om kompleksitet vedr. overtidsreglene i lovens § 10-6 har jeg bare den bemerkning at bestemmelsene her virkelig er vanskelige nok å ta seg frem i. Det er f.eks. ikke umiddelbart enkelt å se forholdet mellom arbeidstidsgrensene og gjennomsnittsberegning i § 10-5 og § 10-6, når det begge steder er tale om samme øvre grense, men med paragrafspesifikk sprogbruk (”den alminnelige arbeidstid”, ”overtidsarbeid” og – i begge paragrafer – ”samlet arbeidstid”). Kan bestemmelsene forenkles og forståelsen gjøres lettere, er det utvilsomt av det gode.

Valgrett ved virksomhetsoverdragelse

I høringsnotatet avstår departementet fra å gå inn for en regulering av spørsmål knyttet til det som kalles "valgrett". Det kan være forståelig, men er samtidig uheldig. Lovendringen i desember 2005 skapte nok en gang en ny rettsituasjon på dette feltet. Men uansett er det ikke heldig med slik rettsuklarhet som gjør seg gjeldende om man blir stående med de både vage og ufullstendige normer som med noen velvilje kan utledes av eldre rettspraksis.

La meg bare kort og skissemessig peke på noen problemstillinger. Vi tenker oss at det er tale om en "virksomhetsoverdragelse", forestående eller gjennomført, og at arbeidstageren ønsker å utøve "reservasjonsrett".

Ett spørsmål vil da være om en erklæring om dette ("reservasjon") er tilstrekkelig, eller om påberopelse av "valgrett" skal kreve noe i tillegg. Adressatene er jo i utgangspunktet ikke de samme. Spørsmål om formkrav o.l. melder seg naturlig i en slik sammenheng.

Et annet spørsmål er om det skal gjelde noen *frist* for når "valgrett" kan påberopes. Rt. 2000.2058 (flertallet) illustrerer at det kan inntre "preklusjon", men dommen gir ikke egentlig noe praktisk holdepunkt for en praktisk problemstilling. Tar man, som i dommen, som utgangspunkt at reservasjons- og valgrett skal kunne påberopes (tildels lenge) etter tidspunktet for virksomhetsoverdragelse, aktualiseres materiellrettslige spørsmål i forhold til både erverver og overdrager. Skal f.eks. en arbeidstager som lenge har vært i arbeid hos erververen, kunne fratre uten at noen oppsigelsesfrist e.l. iakttas? Skal man ha rettskrav på umiddelbar inntagelse i arbeid hos overdrageren? Osv.

I og med at de materielle vilkår for "valgrett" er helt diffuse og svært skjønnsmessige ("vesentlig forringelse" e.l.), er det nærmest uunngåelig at det vil oppstå uenighet i konkrete saker om vilkårene er oppfylt. Hvis arbeidstageren mener ja, overdrageren mener nei og derfor nekter å beholde eller ta vedkommende tilbake i arbeid, skal det da bedømmes som arbeidsgivers kreditormora – med de følger det vil ha for et efterfølgende oppgjør – eller som noe annet? Og hvordan skal det ordnes med interimperioden hvis det kommer til tvist, inntil tvisten er avgjort ved endelig rettsavgjørelse?

Dertil kan man spørre seg om det er tenkt at bruk av "valgrett" skal føre til at man kommer i en ny, sterkere, posisjon hos overdrager i forhold til ansatte som ikke var omfattet av virksomhetsoverdragelsen, eller om eldre rettspraksis – Rt. 1999.989 – også her skal anses normgivende.

Spørsmålene her er ikke uten videre enkle. Endel standpunkter som er kommet til uttrykk i (kommentar)litteraturen kan nok være noe for enkle, omstridte, eller begge deler. Bl.a. kan det være grunn til å peke på EF-direktivets (Dir. 2001/23/EF) art. 4 nr. 2 (som ikke synes å ha vært vurdert hverken ved lovarbeidet til juni 2005-loven eller ved lovendringene i desember 2005). (Jeg har berørt problemstillingen i Evju, "Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger", *Arbeidsrett og arbeidsliv* B.2 (2005), 1-91, bl.a. s. 11 og 81 ff.)

Jeg er således enig i at spørsmålene "bør underlegges en egen utredning" (høringsnotatets s. 17). Men ut fra det jeg har pekt på ovenfor, er det min oppfatning at høringsnotatets reservasjon "eventuelt" bør utgå. En rettstilstand med så mange usikkerhetsfaktorer og så liten grad av forutberegnelighet som den vi nu har, og fortsatt vil ha dersom det ikke

gjennomføres endringer, må være dypt utilfredsstillende for det praktiske (retts)liv, uansett hvilken side av bordet man sitter ved og uansett hvilke løsninger man vil gå inn for i en lovendringsprosess.

Utstasjonering og diskrimineringslov – en observasjon

På s. 16 i høringsnotatet heter det at det er ”nødvendig med et hjemmelsgrunnlag ... i diskrimineringsloven” for at dens diskrimineringsgrunnlag ”skal kunne gjøres gjeldende for utsendte arbeidstakere”. Det er riktig nok. Det får vel anses som det som kalles en inkurie at dette ikke kom på plass pr. 1. januar 2006, slik det skulle følge av Direktiv 96/71/EF art. 3 nr. 1 litra g. Men det illustrerer betydningen av aktpågivenhet i lovgivningsprosesser. Og det er all mulig grunn til å bringe forholdet i orden raskest mulig.

Med vennlig hilsen

Stein Evju (s.)