

Reservasjonsrett og valgrett under et nytt regime

PROFESSOR STEIN EVJU

De nye bestemmelsene om arbeidstagers reservasjonsrett ved virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens § 16-3 reiser en rekke uavklarte spørsmål, både alene og sett i sammenheng med en slik valgrett som også er forutsatt at skal gjelde. Artikkelen redegjør for de nye reglene, drøfter og foreslår svar på et bredt spekter av ulike problemstillinger.

STEIN EVJU er født 1946, cand. jur. 1975, professor i arbeidsrett ved Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo.

1 Introduksjon. Bakgrunn og lovendring

Ved en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand er utgangspunktet enkelt. De arbeidsforholdene som berøres, går over til erververen. Det skjer i kraft av overdragelsen, på overdragelsestidspunktet.¹ I forhold til den gamle arbeidsgiveren – overdrageren – er overdragelsen da et selvstendig opphørsgrunnlag.² Arbeidsforholdet med overdrageren opphører uten at noen oppsigelse kreves – eller skal gis. I forhold til den nye arbeidsgiveren – erververen – etableres «samme» arbeidsforhold ved overdragelsen. Noen formell ansettelse eller avtaleinngåelse behøves ikke. Dette er grunnreglene som fulgte av § 73 B i arbeidsmiljøloven av 1977,³ og nå følger av den nye arbeidsmiljølovens⁴ § 16-2. Begge bygger på EF-direktivet om overdragelse av foretak m.v.⁵ Dette er velkjent.

Arbeidstageren har imidlertid en rett til å *motsette seg* at arbeidsforholdet overføres til

1 Jfr. Evju, «Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger : Særlig om reservasjonsrett, tariffvilkår og endringer», *Arbeidsrett og arbeidsliv* Bind 2 (2005), 1-91 (herefter *Evju* 2005), 5-9.

2 Jfr. Holo, [Kommentarer til Kapittel 16] i: Fougner og Holo, *Arbeidsmiljøloven : Kommentartutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2006. 871-1012 (herefter *Holo* 2006), 980. Jfr. også *Evju* 2005, 11-12.

3 Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

4 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven, eller aml.).

5 Opprinnelig Rådskdirektiv 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter, revidert ved Rådskdirektiv 98/50/EF av 29. juni 1998; begge er nu konsolidert og avløst av Rådskdirektiv 2001/23/EF av 21. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter. Henvisninger i det følgende gjelder 2001-direktivet om ikke annet er sagt eller fremgår av sammenheng.

erhververen – en «reservasjonsrett». EF-domstolen har bygget dette på at det er nødvendig for at ikke arbeidstagerens grunnleggende rettigheter («fundamental rights») skal settes på spill. Domstolen har fremholdt at arbeidstageren må ha frihet til å velge sin arbeidsgiver og ikke kan være forpliktet til å arbeide for en arbeidsgiver hun ikke har valgt fritt.⁶ Ut fra dette er «reservasjonsretten» *generell*. EF-rettslig vil den gjelde i ethvert tilfelle av virksomhetsoverdragelse i EF-direktivets forstand.⁷

Dette spørsmålet fikk derimot ikke noen sikker avklaring i norsk rett etter arbeidsmiljøloven av 1977. Høyesterett har i en serie avgjørelser lagt til grunn at arbeidstageren i visse tilfeller har en «valgrett», dvs. en rett til å fastholde arbeidsavtalen med den gamle arbeidsgiver.⁸ En slik «valgrett» forutsatte en tilsvarende «reservasjonsrett»,⁹ og valgretten «konsumerte» samtidig denne reservasjonsretten. Men det ble ikke avklart om norsk rett anerkjente en reservasjonsrett i tilfeller der valgrett ikke forelå.¹⁰

Dette er blitt endret. Den nye arbeidsmiljølovens § 16-3 første ledd fastslår generelt at arbeidstageren har en reservasjonsrett.

Det kan selvsagt spørres om denne reservasjonsretten er ubetinget generell. Den begrensningen som eventuelt kan være aktuell, knytter seg til aksjeselskapslovgivningens regler om *fusjon*. Problemstillingen er om det såkalte kontinuitetsprinsippet skal ha anvendelse, eller om man vil forrang, slik at arbeidsforholdene går over til det mottagende eller nystiftede selskap i fusjonen uten at arbeidstagerne gis adgang til å reservere seg. Problemstillingen er en variasjon over temaet arbeidsmiljøloven eller aksjeselskapslovene som *lex specialis*. Det er omdiskutert, men har ikke fått noen klar løsning, heller ikke i rettspraksis etter lovgivningen før arbeidsmiljøloven av 2005. Et alminnelig argument er at når aksjeselskapslovene etablerer et kontinuitetsprinsipp som grunnregel, men dog ikke ubetinget, bør det kreves særlige grunner eller holdepunkter for å fravike grunnregel. Her er det ikke nødvendig å ta standpunkt til boniteten i dette argumentet generelt. Sterke grunner taler for at prinsippet om kontinuitet i ethvert fall må vike for reservasjonsretten. Grunnlaget for normen om en generell reservasjonsrett er sentral i denne henseende. Som nevnt har EF-domstolen ansett reservasjonsretten som nødvendig for å verne en *grunnleggende rettighet*

6 Jfr. særlig *Katsikas* avsnitt 32 (= forenede saker C-132/91, C-138/91 og C-139/91 *Grigorios Katsikas v Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*, [1992] EFD I-6577).

7 Jfr. *Holo* 2006, 974-975, som bruker uttrykket «ubetinget».

8 Jfr. Rt. 1999.977 *Nemko* (984: en «rett til å holde seg til opprinnelig arbeidsgiver dersom det foreligger en virksomhetsovergang etter arbeidsmiljøloven»).

9 Jfr. Rt. 1999.977 *Nemko* (984).

10 Jfr. *Holo* 2006, 973. Som *Holo* nevner, ble det i forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven uttalt at man der la til grunn at det gjaldt en alminnelig reservasjonsrett. Det har ikke mer enn skjønnsmessig grunnlag; det ble dessuten uttalt med reservasjon for at «[s]pørsmålet om reservasjonsrett er ikke endelig avklart gjennom rettspraksis, ...», jfr. bl.a. Ot.prp. nr. 24 (2005-2006), 9. Høyesteretts bemerkninger (såvel flertall som mindretall) i Rt. 2000.2047 *Psykatri* om «plikt» hhv. «rett og plikt» til overgang (s. 2054 hhv. 2057) kunne derimot trekke sterkt i retning av at det ikke kunne antas en «alminnelig reservasjonsrett». Men spørsmålet har ikke lenger prinsipiell interesse.

for arbeidstagerne. Riktignok kan det være diskutabelt om alt som anses som «grunnleggende prinsipper» i EF-retten, har gjennomslagskraft under EØS-avtalen. Men på det punkt som er temaet her, er situasjonen spesiell. Den «grunnleggende rettighet» som EF-domstolen har bygget på, retten til fritt å kunne velge hvilken arbeidsgiver man vil være ansatt hos, har ikke bare vern etter flere moderne forfatninger – som f.eks. den tyske Grundgesetz (1949) – men har dessuten en folkerettslig forankring i konvensjoner også Norge er bundet av – som Den (reviderte) europeiske sosialpakt (1961/1996) artikkel 1 nr. 2. Det vil være i best samklang med slike grunnleggende normer om reservasjonsretten har anvendelse også ved fusjon.

Slik loven opprinnelig ble vedtatt, i juni 2005, inneholdt § 16-3 første ledd også en bestemmelse om rettsvirkningene av å utøve reservasjonsretten. Arbeidsforholdet med overdrageren ville da opphøre, uten oppsigelse, på et eller annet nærmere angitt tidspunkt. Implisitt innebar dette at valgrett ville være utelukket.¹¹ Denne delen av bestemmelsen ble imidlertid fjernet før loven trådte i kraft, ved endringsloven av 21. desember 2005 nr. 121. Siktemålet med endringen var at «den gjeldende, ulovfestede valgretten» skal videreføres slik den var «kommet til uttrykk i rettspraksis».¹² Dermed står bestemmelsen om at en reservasjonsrett gjelder, alene – sammen med en frist- og underretningsregel i annet ledd. I lovens § 16-3 om «reservasjonsrett mv» heter det i første og annet ledd:

«(1)Arbeidstaker kan motsette seg at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver.

(2) Arbeidstaker som motsetter seg at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver, må skriftlig underrette tidligere arbeidsgiver om dette innen den frist denne har fastsatt. Fristen kan ikke være kortere enn 14 dager etter at informasjon etter § 16-6 er gitt.»

Det grepet som ble gjort med lovendringen, var villet. I den forstand var det også gjennomtenkt. Men det var hastig; og gjennomarbeidet var det ikke, hverken i praktisk eller i teknisk henseende. Det siste var vel også bevisst, ihvertfall delvis. Det kunne være grunn til «å foreta en ny vurdering av om arbeidstaker skal ha valgrett» m.v., men det, mente departementet, ville «kreve ytterligere utredning og en alminnelig høring av et eventuelt nytt forslag». Likevel gikk man til det skritt å oppheve den vedtatte bestemmelsen som ville innbære at arbeidstager ikke skal ha valgrett. Den uttalte begrunnelsen var lakonisk: «Departementet mener at det vil være uheldig å ta bort den ulovfestede valgretten før det er tatt endelig stilling til dette spørsmålet.»¹³ Noen særlig veiledning gir en slik erklæring ikke. Men mer kan man kanskje ikke si når det er tale om en politisk snuoperasjon.

Resultatet er imidlertid blitt en hybrid. Lovendringen efterlater spørsmål både om reservasjonsretten og om valgretten og om forholdet mellom dem.

11 Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), 266, og Ot.prp. nr. 24 (2005-2006), 10.

12 Jfr. Ot.prp. nr. 24 (2005-2006), 10.

13 Jfr. Ot.prp. nr. 24 (2005-2006), 10.

2 Forholdet mellom reservasjonsrett og valgrett. Utgangspunkter

Et første spørsmål som utgangspunkt er: Hva er rettsvirkningene for arbeidsforholdet av at reservasjonsrett utøves?

EF-direktivet løser ikke dette spørsmålet. Det gjør heller ikke EF-domstolens rettspraksis. Domstolen har tvert imot uttrykkelig fremholdt at dette er et spørsmål som kan og må avgjøres av nasjonal rett.¹⁴ Den bestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 16-3 første ledd som ble vedtatt i juni, men opphevet i desember 2005, ville løst spørsmålet. Nu er situasjonen altså at det ikke er lovregulert. Spørsmålet er heller ikke løst i hjemlig rettspraksis. I Høyesteretts avgjørelser har problemstillingene hatt valgretten som utgangspunkt.

Efter lovens § 16-3 som den nu lyder, er forutsetningen at arbeidstageren har en valgrett, i samsvar med tidligere rettspraksis. *Når* de materielle vilkår for en slik valgrett vil være oppfylt, går jeg ikke inn på.¹⁵ Her er det nok å peke på at valgretten ikke er generell, men bare vil foreligge unntaksvis.¹⁶ Men utgangspunktet er enkelt nok: *Hvis* arbeidstageren har valgrett, og gjør den gjeldende, *så består* arbeidsforholdet med den opprinnelige, i lovens terminologi «tidligere», arbeidsgiveren – overdrageren.

En valgrett forutsetter som nevnt en «reservasjonsrett». *Reservasjonsretten* forutsetter derimot *ikke* valgrett.¹⁷ Arbeidstageren *kan* ha en rett til å motsette seg å bli overført til en ny arbeidsgiver, uten at hun derfor har noen rett til å få opprettholde arbeidsforholdet med overdrageren. Det er ikke bare tenkelig. Tvert imot, det er nettopp den rettsituasjonen som nu følger av arbeidsmiljølovens § 16-3. Som alt nevnt er reservasjonsretten generell, valgretten er det ikke.

Spørsmålet er da hvordan det stiller seg der det foreligger reservasjonsrett, men ikke valgrett. Utgangspunktet er utvilsomt, selv om det nu er usagt: Hvis reservasjonsretten gjøres gjeldende, vil det føre til at arbeidsforholdet *opphører*.

Man kunne kanskje hevde at arbeidsforholdet ikke kan opphøre uten at det sies opp (eller heves) av en av partene. Det vil jo ellers være det alminnelige utgangspunktet. Arbeidsmiljøloven skal dessuten gi vern for arbeidstagerne som de svakere parter i arbeidsforhold. Det kunne tilsi at opphør ikke kan inntre uten «særlig hjemmel» medmindre det gis oppsigelse. Men en slik argumentasjonslinje kan ikke føre frem. Lovens regel, i § 16-3, bygger på at arbeidstageren bare har rett til å fortsette hos den tidligere arbeidsgiver hvis hun har *valgrett*. Følgelig er det bare da det vil være aktuelt med oppsigelse fra en av partene for å bringe arbeidsforholdet til opphør. Motsetningen til reservasjonsrett er åpenbar. Da er poenget at arbeidstageren ikke er forpliktet til å gå over til en ny

14 Se særlig *Katsikas* avsnitt 35-36.

15 Se om dette *Holo* 2006, 976-980, Kjeldsberg, [Kommentarer til Kapittel 16] i: *arbeidsrett.no : Kommentarer til arbeidsmiljøloven*. 2. utg. (Jakhelln og Aune, red.) Oslo: Damm, 2006. 1047-1103 (herefter *Kjeldsberg* 2006), 1091-1092; jfr. også *Evju*, «Supreme Court. Rt. 2000 p. 2058 [annotated]», 20 *International Labour Law Reports* (2001), 151-156.

16 Jfr. forsåvidt Rt. 1999.977 *Nemko* (987). Jfr. videre i 3.1 nedenfor.

17 Jfr. Rt. 1999.977 *Nemko* (984). Jfr. også *Holo* 2006, 975.

arbeidsgiver, erververen. Noen oppsigelse overfor denne er ikke nødvendig; utøvelsen av reservasjonsretten trer i stedet. Men samtidig er det klart at reservasjonsretten alene *ikke* gir arbeidstageren rett til å fastholde arbeidsforholdet med overdrageren. Også her trer reservasjonsretten forsåvidt i stedet for oppsigelse (jfr. nedenfor om opphørstidspunktet).

Et annet spørsmål er hvem som skal regnes for å ha gitt «oppsigelse» i de rene reservasjonsrettstilfellene. Dette kommer jeg tilbake til avslutningsvis (i 6 nedenfor).

Men følgespørsmålet er *når*. I slike tilfeller er det ikke uten videre treffende å vise til at overdragelsen av virksomhet er en opphørsgrunn med overdragelsestidspunktet som skjæringspunkt.¹⁸ Likeledes vil det være for enkelt å bygge på at påberopelsen av reservasjonsrett skal få opphørvirkning straks underretning til den «tidligere arbeidsgiver» er gitt. Alternativene kan være flere. Til dette kommer at problemstillingene kan bli mer kompliserte avhengig av *når* en rettighet gjøres gjeldende. Det gjelder både for reservasjonsretten og for valgreppen. Dette henger igjen sammen med spørsmålene om *når må* en rettighet gjøres gjeldende. I det følgende går jeg nærmere inn på slike spørsmål.

3. Reservasjonsrett og valgrepp: Fristregelen og den materielle relasjonen

3.1 Den materielle sammenhengen – fristløsningen for valgrepp

Som nevnt er det en sammenheng, om enn delvis, mellom reservasjonsrett og valgrepp. Valgrepp forutsetter en tilsvarende reservasjonsrett. Reservasjonsretten forutsetter derimot ikke valgrepp. Når og hvordan disse rettighetene måtte påberopes for å kunne gjøres gjeldende, har ikke fått noen klare løsninger i tidligere rettspraksis.¹⁹

Nu fastslår lovens § 16-3 ikke bare at arbeidstageren har reservasjonsrett. Loven gjør det også klart at dersom reservasjonsretten skal benyttes, må den påberopes innen en gitt *frist*, jfr. § 16-3 annet ledd. Noen slik lovregulering har vi derimot ikke når det gjelder valgreppen. Da blir det, naturlig nok, et spørsmål om valgrepp skal kunne utøves – der den måtte foreligge – uavhengig av fristen for påberopelse av reservasjonsrett.

Det kan knapt antas. Riktignok er loven taus på dette punkt – ihvertfall tilsynelatende – og forarbeidene er det samme. Intensjonen har vært at valgrepp skal «videreføres ... slik denne har kommet til uttrykk i» tidligere rettspraksis.²⁰ Men den har, som nevnt, ikke gitt noen klar løsning på spørsmål om frist eller form for å kunne påberope valgreppen. Hensynet til *sammenheng* må imidlertid være sentralt. Som jeg alt har pekt på, impliserer valgrepp en reservasjonsrett. Å hevde valgrepp er samtidig å erklære reservasjon. Hvis arbeidstageren gjør gjeldende et krav om valgrepp, innebærer det også, funksjonelt sett, at hun ikke ønsker at arbeidsforholdet skal overføres til erververen som ny arbeidsgiver. Reelt sett er det altså tale om (også) å påberope reservasjonsrett. Når det så er gitt en frist-

18 Jfr. ovenfor m. note 2.

19 I Rt. 2000.2058 *Miljøtransport* (2071) la flertallet til grunn at valgreppen var utøvet «klart for sent», men pekte ikke på noen bestemt frist eller et klart skjæringspunkt.

20 Jfr. Ot.prp. nr. 24 (2005-2006), 10.

regel om når reservasjonsretten senest kan gjøres gjeldende, vil det ikke gi god mening om valgreitt skal kunne påberopes uavhengig av denne fristen. Det vil i realiteten bety at fristregelen for reservasjonsretten settes ut av spill, om ikke fullstendig, så ihvertfall langt på vei.

Man kunne kanskje hevde at rettspraksis efter den tidligere loven ihvertfall må anses å forutsette at arbeidstagerne har en «rimelig frist» e.l. for å gjøre gjeldende et krav om valgreitt. Det har imidlertid ikke noe konkret eller presist holdepunkt (jfr. ovenfor m. note 19). Eventuelt kan det anføres at en frist for å hevde valgreitt ikke kan være ubetinget knyttet til fristen for å påberope reservasjonsrett. Informasjonsplikten efter lovens § 16-6, som er helt vesentlig i forhold til fristløpet for reservasjonsretten, omfatter ikke informasjon om valgreitten (jfr. nedenfor). Da kan et argument være at fristen for å gjøre valgreitt gjeldende bør vurderes i lys av hvilken informasjon som måtte være gitt nettopp om valgreitten.

Dette kan likevel ikke føre frem. Den materielle sammenhengen mellom valgreitten og reservasjonsretten er grunnleggende – også for den rettspraksis forarbeidene til § 16-3 viser til uten nærmere diskusjon. Som nevnt ovenfor vil en annen og lengre frist for valgreitt i realiteten bety at fristregelen for reservasjonsretten settes ut av spill. I tilfeller der fristen for reservasjon er utløpt før overdragelsestidspunktet, vil et krav om valgreitt efter dette dessuten innebære et krav om å reversere opphøret av arbeidsforholdet med overdrageren. Begge deler ville være ganske vidtgående løsninger. Lovforarbeidene gir ingen holdepunkter for noen av dem. Praktiske hensyn peker derimot i samme retning som sammenhengshensynet. Løsningen må, som alminnelig regel, være at en anført valgreitt må påberopes overfor arbeidsgiveren – som her er overdrageren – innen den samme frist som gjelder for påberopelse av reservasjonsretten efter aml. § 16-3 annet ledd.²¹

Det lar seg vel hevde at *ordlyden* i § 16-3 første og annet ledd kan fange valgreitten inn under samme fristregel som for reservasjonsretten. Gitt at hevdelse av valgreitt innebærer at man vil bli hos den gamle, ikke gå over til den nye, arbeidsgiver, kan påberopelsen sees som et uttrykk for at man «*motsetter*» seg at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver. Men argumentet har ikke stor slagkraft. Ordlyden i § 16-3 første og annet ledd er her den samme som med den først vedtatte bestemmelsen som ville utelukke valgreitt. At ordlyden da skulle omfatte valgreitt når dette endres, uten synbare holdepunkter i lovforarbeidene, er kanskje å legge for meget i lovgivers usagte intensjoner.

21 Jfr. lignende *Holo* 2006, 980-981. Som det fremgår i teksten her og nedenfor ser jeg imidlertid grunn for enkelte modifikasjoner i hans resonnement. Jfr. også *Kjeldsberg* 2006, 1092, som kort anfører «praktiske hensyn» til støtte for samme løsning som i teksten ovenfor.

3.2 Fristfastsettelse og fristløp. Informasjonsplikten

Den *fristen* det er tale om, skal fastsettes av «tidligere arbeidsgiver», dvs. overdrageren. Loven sier ikke noe om hvor lang fristen *kan* være. Intensjonen er at den ikke bør være «for lang», ut fra hensynet til avklaring både for overdrager og for erverver. Derimot er det uttrykkelig satt en *minimumsfrist* på 14 dager, for at arbeidstagerne skal ha rimelig tid til å vurdere om de vil påberope reservasjonsrett (og eventuelt valgrett).²²

Ut fra samme hensyn kan denne 14 dagers fristen tidligst starte sitt løp fra «etter at informasjon etter § 16-6 er gitt». Bestemmelsen i § 16-6 omhandler informasjon til de berørte *arbeidstagerne*; den gjelder selvstendig og i tillegg til § 16-5 om informasjon til og drøftelse med «tillitsvalgte». Informasjonsplikten påhviler uttrykkelig både overdrager og erverver – og for erververen gjelder den også overfor berørte arbeidstagere hos overdrageren.²³ Informasjon skal særskilt gis om de samme forhold som overfor tillitsvalgte etter «katalogen» i § 16-5 annet ledd. Det omfatter *bl.a.* det aktuelle overdragelsestidspunkt, konsekvenser for lønns- og arbeidsvilkår, og «reservasjons- og fortrinnsrett» og «fristen» for å utøve slike rettigheter.

Informasjonsplikten etter § 16-6 omfatter *ikke* valgretten. Spørsmålet synes ikke å ha vært overveiet ved lovendringen i desember 2005. Det kan vel være forståelig om man ikke vil stille krav om at det skal gis «særskilt informasjon» om en materielt sett så diffus rettighet som valgretten. Sammenhengen med reservasjonsretten kunne likevel tilsa at det gis informasjon om at dersom en slik rett skal gjøres gjeldende, må det sies fra innen samme frist som for reservasjonsretten. Det vil ihvertfall kunne sees som god skikk. Men dersom det *ikke* gis informasjon om valgrett, kan det likevel ikke anses som mangelfull oppfyllelse av informasjonsplikten etter § 16-3 jfr. § 16-6. Noe annet måtte kreve bedre holdepunkter i lovtekst og forarbeider. Konsekvensen er at den fristen som er lovlig satt for påberopelse av reservasjonsrett, også prekluderer valgrett uten hensyn til om det er gitt informasjon om valgretten. Det kan kanskje oppfattes som strengt eller urimelig. Men uten andre holdepunkter er det ikke godt å komme utenom den materielle sammenheng mellom de to (jfr. i 3.1 ovenfor).

Hvis informasjonsplikten etter § 16-6 ikke er oppfylt, eller bare er delvis og mangelfullt oppfylt, må konsekvensen som alminnelig regel være at 14 dagers fristen etter § 16-3 annet ledd *ikke* utløses. Det samme må gjelde dersom arbeidsgiveren (overdrageren) unnlater å fastsette noen frist. Dette rettsvirkningsspørsmålet er heller ikke berørt i lovforarbeidene. Hensynet bak reglene tilsier imidlertid at fristen ikke utløses ved mangelfull oppfyllelse. Formålet med bestemmelsene er nettopp å sikre at arbeidstageren får tid til å vurdere om reservasjonsretten skal benyttes, i et tidsrom som ikke er «kortere enn

22 Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), 267.

23 Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), 273, hvor det også redegjøres for forholdet til § 73 E i arbeidsmiljøloven av 1977, og likeledes *Holo* 2006, 1005.

14 dager etter at overdrager og erverver har gitt informasjon om overdragelsen».²⁴

Loven stiller ikke noe *formkrav* til fristfastsettelsen. Med krav om skriftlighet til arbeidstagers underretning kan det, motsetningsvis, ikke godt kreves skriftlig meddelelse fra arbeidsgiver om fristen. Informasjon etter § 16-6 kan gis på ulike måter. Jfr. forsåvidt Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), 273, der det heter at arbeidsgiverne «bør ha mulighet for å velge informasjonsmetoder som er tilpasset virksomhetenes geografiske plassering, antall ansatte, struktur med videre, det være seg informasjonsmøter, informasjonsskriv, intranett, oppslag med videre». Skriftlighet er altså en mulighet, men ikke en nødvendighet. En muntlig meddelelse i sammenheng med annen informasjon i f.eks. et informasjonsmøte vil være tilstrekkelig.

3.3 Arbeidstagerens påberopelse

En arbeidstager som vil gjøre reservasjonsrett gjeldende, må gi underretning om det innen den fristen som er (rettsgyldig) satt. *Adressaten* for underretningen er den «gamle» arbeidsgiveren, overdrageren. Det fremgår uttrykkelig av lovteksten i § 16-3 annet ledd første punktum. Løsningen kan synes paradoks, eftersom utøvelsen av reservasjonsrett isolert sett først og fremst har virkning i forhold til erververen. Og såvel erververen som overdrageren har informasjonsplikt etter § 16-6 (jfr. ovenfor). Kanskje kan det synes rimelig å la også en skriftlig underretning som innen fristen feilaktig er sendt til erververen, få virkning.²⁵ Det vil imidlertid være i klar strid med ordlyden. En slik løsning vil eventuelt bare kunne tenkes rent unntaksvis. I «normaltilfellene» vil situasjonen ellers kunne kompliseres av spørsmål om rettsvirkninger av reservasjonsrett og ytterligere dersom også valgrett gjøres gjeldende.

Underretningen fra arbeidstageren må gis *skriftlig*. Etter sivilrettens alminnelige regel for påbud må det være tilstrekkelig at underretningen er kommet frem til «tidligere arbeidsgiver» innen utløpet av den fristen som er fastsatt. Det kan neppe stilles særlige krav til spesifisitet eller uttrykksform i den skriftlige meddelelsen. Det må være nok å si «jeg vil ikke bli ansatt hos» erververen, «jeg vil ikke følge med på lasset» eller andre uttrykksmåter som formidler budskapet med en rimelig grad av klarhet.

Legger vi til valgretten, blir det vanskeligere. Som utgangspunkt er det klart at en underretning om at reservasjonsrett gjøres gjeldende, *ikke* i seg selv kan anses som et krav også om valgrett. Reservasjonsrett forutsetter ikke valgrett (jfr. foran). Derfor er det et behov for at det sies ifra særskilt – til den «tidligere arbeidsgiver» – dersom det også påberopes valgrett. Men må det gjøres skriftlig? Selv om man antar at bestemmelsen om fristens lengde i § 16-3 annet ledd har tilsvarende anvendelse, er det ikke gitt at form-

24 Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), 267. – Jfr. også i 4.1 og 4.4.1 nedenfor om problemstillingen fristutløp *etter* overdragelsestidspunktet.

25 Jfr. *Holo* 2006, 984. I hovedtrekkene følger jeg *Holo* her, men som det fremgår av teksten er jeg noe mer reservert både mht. hans synspunkt om hvem reservasjonsrett «bare» gjelder, og mht. *de lege ferenda*-synspunktet.

kravet skal ha det. Uten sikrere holdepunkter kan det neppe antas at kravet om skriftlighet vil gjelde her. Ikke desto mindre er skriftform likevel anbefalelsesverdig i praksis.

Tenker vi oss at det gis underretning om at valgett påberopes, skriftlig og tydelig innen fristen i § 16-3 annet ledd, bør det på sin side kunne anses som tilstrekkelig for påberopelse av reservasjonsrett. Her er den materielle sammenhengen direkte. Og en meddelelse til arbeidsgiveren om at «jeg vil bli hos deg» e.l., må være tydelig nok ut fra formålet med reglene her.

4 Materielle problemvariasjoner

4.1 Innledning

I kombinasjon gir prosedyrereglene og de materielle normene opphav til en serie problemstillinger.

I utgangspunktet bygger lovens regler på en forutsetning om at det gås frem slik at det blir satt en frist etter § 16-3 annet ledd som gjør at eventuell reservasjonsrett blir gjort gjeldende *før* overdragelsestidspunktet. Men dette er *ikke* et nødvendig vilkår eller det eneste tenkelige scenario. Forarbeidene forutsetter også at det kan forekomme tilfeller der begivenhetsforløpet faller annerledes på tidslinjen.

Det er klart, selv om det ikke er presist sagt hvilke situasjonsvariasjoner man har sett for seg. Men det er ganske klart at man har regnet med muligheten for at fristutløp m.v. kan falle *etter* overdragelsestidspunktet. I proposisjonen heter det således:²⁶

«Reservasjonsretten bør i utgangspunktet gjøres gjeldende *før* overdragelsestidspunktet. Dette vil bidra til en avklaring for alle parter, og løse spørsmålet om hvor arbeidstakerne har sitt ansettelsesforhold etter overdragelsen. Det er imidlertid ikke uvanlig at virksomhetsoverdragelser gjennomføres raskt og med liten grad av offentlighet. Arbeidstakerne bør *også i disse tilfellene* få tid til å vurdere situasjonen på grunnlag av relevante opplysninger om ny arbeidsgiver og ny arbeidssituasjon. Departementet foreslår på denne bakgrunn at varsel om utøvelse av reservasjonsrett skal gis innen den frist overdragende arbeidsgiver fastsetter. Det foreslås imidlertid at arbeidsgiver ikke kan fastsette frister kortere enn 14 dager etter at overdrager og erverver har gitt informasjon om overdragelsen. ...» (uthevet her).

Vi kan da skille mellom to hovedtyper av tilfeller i forhold til overdragelsestidspunktet: Der fristutløpet faller *før* (eventuelt samtidig med) overdragelsestidspunktet, og der fristen vil løpe ut *etter* dette tidspunktet. Likeledes kan vi skille mellom to typetilfeller med hensyn til hva som kreves: Der det bare påberopes reservasjonsrett, og der det også gjøres gjeldende valgett. Innenfor disse situasjonstypene kan det så forekomme noen variasjoner. Dem kommer jeg tilbake til. I det følgende nærmer jeg meg problemstillingene trinnvis og starter med spørsmål der fristutløp faller *før* overdragelsestidspunktet.

26 Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), 267. I Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) er slike spørsmål ikke berørt.

4.2 Reservasjonsrett alene – tidspunkt for opphør

Forutsetningen her er altså at fristen etter § 16-3 annet ledd er rettsgyldig fastsatt og utløper før overdragelsestidspunktet, og at arbeidstageren bare gjør gjeldende reservasjonsrett, men ikke valgrett. Da er den aktuelle problemstillingen *når* arbeidsforholdet vil opphøre.

Det enkle utgangspunktet er at dersom reservasjonsrett ikke var blitt påberopt, ville arbeidsforholdet med den «tidligere arbeidsgiver», overdrageren, opphøre på overdragelsestidspunktet, i kraft av overdragelsen.²⁷

Hvis kravet om reservasjonsrett er satt frem på et tidspunkt som ligger *lengre* forut for overdragelsestidspunktet enn vedkommendes oppsigelsesfrist, er det ikke grunn til å operere med et tidligere opphørstidspunkt. Da må arbeidsforholdet anses å falle bort på det senere overdragelsestidspunktet. Rettslig sett er reservasjonsrett – eller, mer presist, utøvelse av reservasjonsrett – ikke en oppsigelse i arbeidsmiljølovens forstand. Formålet med reservasjonsretten er at arbeidstageren skal kunne fritas for noen forpliktelse til å gå over til en ny arbeidsgiver. Det taler ikke for at det å benytte seg av retten, skulle føre til opphør av arbeidsforholdet med gammel arbeidsgiver før tidspunktet for en overgang inntreffer.

Derneft er spørsmålet hvordan det stiller seg dersom reservasjonsrett er gjort gjeldende på et tidspunkt der tiden frem til overdragelsestidspunktet er *kortere* enn oppsigelsesfristen. Da er det, slik jeg alt har pekt på, ikke treffende å vise til at overdragelsen av virksomhet er en opphørsgrunn med overdragelsestidspunktet som skjæringspunkt.²⁸ Man kan ikke slutte fra de tilfellene der det finner sted en overgang av arbeidsforhold, til situasjonen hvor det ikke skjer på grunn av at reservasjonsrett gjøres gjeldende. Rettsvirkningene av at det utøves reservasjonsrett, reguleres ikke av EF-direktivet. Spørsmålet ligger utenfor rammen av direktivets artikkel 3 nr. 1 og er et rent nasjonalrettslig spørsmål. Rettspraksis om forståelsen av direktivets artikkel 3 nr. 1 for tilfeller der det ikke er utøvet reservasjonsrett, som f.eks. EFTA-domstolens avgjørelse i *Rasmussen*,²⁹ har forsåvidt ingen direkte betydning, nettopp fordi den gjelder en annen problemstilling som ikke er direktivbasert.

Det grunnleggende poeng om at rettsvirkningene av reservasjonsrett ikke reguleres av direktivet, men er et spørsmål som må finne sin løsning i nasjonal rett, er slått fast i *Katsikas* (jfr. særlig avsnitt 33-36) og fulgt opp i en rekke senere avgjørelser av EF-domstolen; jfr. bl.a. *Evju* 2005, 10-11. I *Rasmussen* tar EFTA-domstolen likeledes stilling til spørsmålet om overgangstidspunkt der det ikke er gjort gjeldende reservasjonsrett (før overdragelsestidspunktet). I avgjørelsens operative del pkt. 4 heter det således:

«Direktivets artikkel 3(1) må forstås slik at ansettelsesforhold overføres til erververen samtidig

27 Jfr. ovenfor m. note 1-5 og 18.

28 Jfr. ovenfor m. note 18.

29 Sak E-2/04 *Reidar Rasmussen, Jan Rossavik og Johan Kåldman, og Total E&P Norge AS, v styrets formann*, [2004] EFTA Court Report 57.

med, og i kraft av, overføringen av virksomheten for de arbeidstakere som ikke innen overførings-tidspunktet har erklært at de ikke ønsker å arbeide for erververen.»

Riktignok bemerket EFTA-domstolen i sine premisser at:

«51 I lys av ordlyden og Direktivets formål må Direktivets artikkel 3(1) forstås slik at overføringen av ansettelsesforhold som eksisterer på overføringstidspunktet for en virksomhet, automatisk skjer samtidig med og i kraft av overføringen av virksomheten (se sak C-305/94 *De Hertaing v J. Benoidt, in liquidation og IGC Housing Service* [1996] I-5927, avsnittene 18 og 23).

52 Etter overføringstidspunktet og alene i kraft av overføringen, løses overføreren fra sine forpliktelser som arbeidsgiver. De ansattes rettigheter kan derfor bare beskyttes dersom forpliktelsene overføres til erververen fra og med overføringstidspunktet (se *Benoidt*, avsnitt 24).»

Bemerkningene kan muligens leses som uttrykk for en forutsetning om at arbeidsforhold hos overdrageren må være opphørt innen overføringstidspunktet, ellers følger det av direktivets bestemmelse at de «automatisk» og i kraft av overføringen går over til erververen. Men ett er at EFTA-domstolen i så fall trekker uholdbare veksler på EF-domstolens uttalelser i den dommen det vises til, *Benoidt* (= *Rotsart*), avsnitt 24. Der uttalte EF-domstolen seg ikke om en situasjon hvor det var snakk om reservasjonsrett. I dommens avsnitt 24 heter det:

«Secondly, the Court held in paragraph 14 of its judgment in *Berg and Busschers* that Article 3(1) is to be interpreted as meaning that after the date of transfer the transferor is in principle discharged, by virtue of the transfer alone, from all obligations arising under the contract of employment or in the employment relationship. Given the Directive's objective of protecting workers, that can only be done if the obligations in question are transferred to the transferee as from the date of transfer.»

Denne uttalelsen knytter seg til problemstillingen hvorvidt *overdrager og erverver kan avtale* et annet tidspunkt for overtagelse av arbeidsforhold enn overdragelsestidspunktet (jfr. dommens avsnitt 22-23). Det er intet i dommen forøvrig som antyder at den skulle endre eller begrense de grunnsynspunktene som EF-domstolen la til grunn i *Katsikas*.

Viktigere er likevel at dersom man skulle legge en slik forståelse til grunn som *Rasmussen* kan antyde, ville det i realiteten bety at direktivets artikkel 3 nr. 1 anses å regulere et spørsmål om arbeidsforholdets skjebne – opphør eller ei – når reservasjonsrett utøves. Det er det ikke grunnlag for; det ville da også være direkte på tvers av den rettsoppfatning EF-domstolen har bygget på, jfr. senest *Temco*³⁰ avsnitt 36.³¹ Eller, som en supplerende eller alternativ innvending: En nasjonal regel som gir en reservasjonsrett som også kan utøves *efter* overdragelsestidspunktet, er mer fordelaktig for arbeidstageren.

I norsk rett ville problemstillingen blitt regulert med det annet punktum i § 16-3 første ledd som opprinnelig ble vedtatt. Når det ble tatt ut, er situasjonen at spørsmålet

30 Sak C-51/00 *Temco Service Industries SA v Samir Imzilyen a.o.*, [2002] EFD I-969.

31 I parentes bemerket ville det også bety at direktivet måtte anses til hinder for en slik lovløsning om opphørstidspunkt som først ble vedtatt i aml. § 16-3 første ledd annet punktum. Det er formodentlig et standpunkt få ville falle på å hevde.

– fortsatt – ikke er lovregulert. I forarbeidene til endringsloven konstateres dette, helt lakonisk.³² Problemet er at her gir heller ikke rettspraksis veiledning. Det er ikke denne problemstillingen som har foreligget for domstolene hittil (jfr. i 2 ovenfor).³³

Ett utgangspunkt må være like klart som det er enkelt. Det kan ikke legges til grunn at påberopelsen av reservasjonsrett skal få opphørvirkning straks underretning til den «tidligere arbeidsgiver» er gitt. Som nevnt er utøvelse av reservasjonsrett ikke en oppsigelse i lovens forstand. Det er da heller ingen grunn til å tillegge den hevningsevne.

Det som kan være aktuelt, er to alternativer. Enten at arbeidsforholdet består til, men ikke ut over, overdragelsestidspunktet. Eller at det består inntil det tidspunkt arbeidstagerens oppsigelsesfrist ville ha utløpt, dersom hun i stedet hadde gitt oppsigelse. Det siste vil svare til den løsningen som ble vedtatt i juni, men så fjernet i desember 2005.³⁴ Men når den ikke har grunnlag i loven, kan en slik løsning vanskelig legges til grunn. I stedet må man nok bygge på det første alternativet. Ikke fordi det følger med nødvendighet av EF-direktivet eller EF/EFTA-rettspraksis (jfr. petitavsnittet ovenfor), men fordi det likevel er det som gir best sammenheng i systemet. Utgangspunktet er at arbeidsforholdet med den «tidligere arbeidsgiver» ville opphøre på overdragelsestidspunktet dersom det ikke var gjort gjeldende reservasjonsrett. Reservasjonsretten er en *rettighet* for arbeidstageren til ikke å skulle gå over til en ny arbeidsgiver. Men derav følger det ikke at rettigheten også gir en rett til å forplikte den «tidligere arbeidsgiver» ut over det tidspunkt dennes forpliktelser ellers ville ha opphørt. I fravær av positive holdepunkter for en annen løsning må det riktigste være å bygge på overføringstidspunktet som opphørstidspunkt.³⁵

I *resultatet* er dette det samme som er lagt til grunn i forarbeidene til den opprinnelige § 16-3 første ledd. I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), 266, fremholdt departementet at «utgangspunktet og hovedregelen bør være at arbeidsforholdet anses opphørt ved overdragelsen. Dette er den løsning som i de fleste tilfeller best ivaretar de ulike hensyn som gjør seg gjeldende», og at «[d]epartementet legger til grunn at dette er i samsvar med dagens rettstilstand». Positive holdepunkter for det siste er imidlertid ikke søkt påvist.

4.3 Reservasjonsrett og valgrett – før overføring

Her er forutsetningen fortsatt at fristen etter § 16-3 annet ledd er rettsgyldig fastsatt og utløper før overdragelsestidspunktet. Men nå forutsetter vi videre at arbeidstageren gjør gjeldende både reservasjonsrett og valgrett.

32 Se Ot.prp. nr. 24 (2005-2006), 10, der det heter: «Paragraf 16-3 første ledd vil etter dette ikke regulere evt. opphørstidspunkt ved utøvelse av reservasjonsrett. Dette spørsmålet vil således, som i dag, være ulovfestet.»

33 Jfr. *Kjeldsberg* 2006, 1093, som peker på problemet, men ikke trekker konklusjoner.

34 I § 16-3 første ledd annet punktum før lovendringen het det: «Arbeidsforholdet overfør tidligere arbeidsgiver vil i tilfelle opphøre ved tidspunktet for overdragelsen, men likevel tidligst på det tidspunkt arbeidstakers oppsigelsestid ville utløpt.»

35 Jeg minner her om forutsetningene for diskusjonen, jfr. innledningsvis i 4.1 ovenfor.

4.3.1 Valgrett foreligger

Dersom arbeidstageren vinner frem med at hun har valgrett, er rettsvirkningen grunnleggende sett at arbeidsforholdet med den «tidligere arbeidsgiver» består. Prinsipielt må det sees slik at arbeidsforholdet ikke på noe tidspunkt har opphørt. Det vil gjelde selv om arbeidstageren i forbindelse med tvist om valgretten m.v. har fratrådt sin stilling hos den «tidligere arbeidsgiver», som eksempelvis i Rt. 1999.989 *Vest-Ro*. Hun vil i så fall ha rett til å gjeninntre, på tilsvarende måte som efter en dom om ugyldighet i stillingsverntvist.

Her er jeg således enig med *Holo* (2006, 983). Det gjelder også mht. at et eventuelt økonomisk oppgjør for inntektskutt m.v. vil måtte bygge på kontraktsrettslige misligholdsvirkninger. Den særlige erstatningsregelen for stillingsvernsaker i aml. § 15-12 annet ledd har ikke anvendelse, og lovens kapittel 16 har ingen regler om spørsmålet. På den annen side vil bestemmelsen om «subsidiært opphør» ved uberettiget oppsigelse, i aml. § 15-12 første ledd, heller ikke være anvendelig.

Som Rt. 1999.989 *Vest-Ro* illustrerer, er spørsmålet om stillingsvernet efter utøvet valgrett og eventuell gjeninntredelse et spørsmål for seg. Jfr. også Rt. 1999.977 *Nemko*. Det er ikke eksepsjonelt for norsk retts del, men dette går jeg ikke videre inn på her.

Dette gjelder også dersom arbeidstageren har gått over til og har arbeidet for erververen. Det vil da nærmest være «under protest», eftersom valgrett er gjort gjeldende. Problemet er hvordan han skal forholde seg overfor erververen når det er fastslått at valgrett foreligger. *Holo* (2006, 983) har fremholdt at arbeidstageren da må gå til oppsigelse overfor erververen og «arbeide ut oppsigelsestiden» før han går tilbake til den tidligere arbeidsgiveren. *Holo* begrunner dette med at det i utgangspunktet (ved overgangen) er «etablert et ansettelsesforhold med erververen». Efter mitt syn er begrunnelsen ikke tvingende, og resultatet er ikke uten videre naturlig. Der arbeidstageren allerede før overtagelsestidspunktet har gjort gjeldende reservasjons- og valgrett, må en overgang til erververen i påvente av en rettslig avklaring kunne betraktes som en form for «betinget» ansettelse, slik at den oppsigelsesfrist som ellers ville gjelde, ikke får anvendelse dersom arbeidstageren vinner frem med kravet om valgrett. Arbeidstageren vil typisk være i en situasjon der han ikke har annet valg enn å gå over til erververen, inntil videre, for ikke å bli stående uten arbeid. Formålet med valgretten er å sikre arbeidstageren et vern. Det harmonerer ikke så godt med dette om den som får medhold i å ha en slik rett, likevel skal måtte fortsette å arbeide ut en oppsigelsestid hos erververen. Oppsigelsestiden kan være lang, f.eks. opptil seks måneder. Hvor lang den faktisk er, vil variere. Reelt sett vil et krav om overholdelse av oppsigelsestid bety at retten til å fastholde arbeidsforholdet med den «tidligere arbeidsgiver» blir *betinget og begrenset*. Efter mitt syn er det ikke en nærliggende konklusjon eller en god løsning.

Gode hensyn taler utvilsomt for at en avvikling hos erververen og gjeninntredelse hos overdrageren ikke kan kreves fullført straks, men skjer med en viss gjennomføringstid. Det vil utvilsomt være på sin plass med en nærmere regulering av slike spørsmål. I fravær av positive bestemmelser vil en alminnelig regel om oppsigelse og oppsigelsestid likevel være for enkel og rigid. Inntil videre må det bli opp til rettspraksis å utmynte en balanse gjennom konkrete løsninger på spørsmålene.

Både her og med hensyn til situasjonene der valgrett ikke foreligger, dreier problemet seg om å finne en løsning for det som kan karakteriseres som arbeidstagerens «subsidiære» situasjon eller opsjon. Får arbeidstageren medhold i at valgrett has, vil hennes naturlige interesse være å returnere til arbeid for den foretrukne arbeidsgiver – overdrageren – så raskt som mulig. I det minste så lenge erververen er kjent med at valgrettskravet er fremsatt, kan denne på den annen side ikke bygge på noen ordinær forventning om arbeidsforholdets varighet. Om arbeidstageren derimot ikke får medhold i kravet om valgrett, men har arbeidet for erververen, må presumsjonen være for at arbeidsforholdet med denne består; jfr. i avslutningsvis i 4.3.2 og i 4.4.4 nedenfor.

4.3.2 Valgrett foreligger ikke

Den neste problemkategorien er der arbeidstageren har gjort reservasjons- og valgrett gjeldende innen overdragelsestidspunktet, men *ikke* vinner frem med at hun har valgrett.

Da står reservasjonen (reservasjonsretten) tilbake alene. Det enkle utgangspunktet er da at arbeidsforholdet med overdrageren er opphørt på overdragelsestidspunktet; jfr. i 4.2 ovenfor. Men det kan komme til å bli litt *for* enkelt.

Enklest er det hvis arbeidstageren *har fratrådt* sin stilling på eller nær overdragelsestidspunktet. Det vil typisk kunne sees som uttrykk for at påberopelsen av reservasjonsrett er ubetinget, uavhengig av om man har valgrett. Da kan utgangspunktet ovenfor legges til grunn.

Forutsetningen her er altså at arbeidstageren har påberopt reservasjonsrett og fratrådt, slik at hun ikke har møtt til eller vært i arbeid for erververen. Da innebærer denne løsningen at det ikke kan anses å ha blitt etablert noe arbeidsforhold med erververen ved virksomhetsoverdragelsen. Derved er det hverken nødvendig eller riktig for erververen å gå til oppsigelse eller avskjed.³⁶ Men likeledes er det ikke nødvendig for arbeidstageren å gå til oppsigelse overfor erververen.³⁷ Når reservasjonsretten er påberopt, har det *reelt sett* virkning som en form for opphørsmeddelelse i forhold til erververen, uansett om meddelelsen skal gis til den «tidligere arbeidsgiver», overdrageren. Når arbeidstageren faktisk ikke har gått over til erververen, kan det rimeligvis ikke legges til grunn at et arbeidsforhold med erververen likevel er blitt etablert i kraft av virksomhetsoverdragelsen. Det gjelder selv om det er uenighet om valgretten. Det er jo et spørsmål om rett til fortsatt ansettelse hos *overdrageren*. En annen løsning her ville innebære et vesentlig skår i reservasjonsretten, med en betydelig økonomisk risiko for arbeidstageren.

36 Slik også *Holo* 2006, 892.

37 På dette punktet er jeg i tvil om *Holos* standpunkt (*ibid.*). Det er uklart om *Holo* legger til grunn at et arbeidsforhold med erververen må anses etablert i ethvert tilfelle, eller om han bare uttaler seg under forutsetning av at arbeidsforholdet på forhånd kan anses å ha gått over. Det første er etter mitt syn uholdbart, jfr. teksten ovenfor her. Det andre er ikke lett å forene med innledningen i samme avsnitt hos *Holo*. Uklarheten har kanhende sin grunn i at det aktuelle avsnittet er identisk med teksten i siste utgave av kommentaren til den tidligere loven (*Holo*, [Kommentarer til kap. 12 A] i: Fougner, *Holo*, Friberg, *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave*. 8. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2003. 738-885, 833-834) og således ikke er justert for lovendringen eller endringene ellers i den nye kommentarteksten.

Dersom arbeidsforholdet anses å ha gått over til og bestå med erververen mens man avventer en avklaring av om valgrett foreligger, vil det i disse tilfellene bety at arbeidstageren kommer i ansvarsposisjon for urettmessig uteblivelse fra arbeid, ikke bare frem til en avklaring foreligger, men også etterfølgende – medmindre vedkommende da velger å tiltre hos erververen.

Det blir mer komplisert hvis arbeidstageren ikke har fratrådt, men har fortsatt i arbeid etter overdragelsestidspunktet.

Et første spørsmål er *hvem* arbeidstageren har arbeidet for. Det kan tenkes å by på tvil, f.eks. der virksomhetsoverdragelsen har form av overføring av oppgaver (bortsetting av arbeid) uten at funksjonene flyttes fysisk.³⁸ Slik tvil må løses på bevismessig grunnlag.

Har arbeidstageren fortsatt i arbeid hos *overdrageren*, blir spørsmålet hvordan arbeidsforholdet skal utvikles når det er fastslått at arbeidstageren ikke har valgrett. Det mest nærliggende må da være å gripe tilbake til utgangspunktet om overdragelsestidspunktet som opphørstidspunkt (jfr. i 4.2 ovenfor). I tilfeller som dette må opphørsvirkningen anses *suspensivt betinget*, slik at den inntreffer når det er avklart at arbeidstageren ikke har rett til å fastholde arbeidsavtalen med den «tidligere arbeidsgiver». Medmindre det er særlige holdepunkter for å bedømme fortsettelsen i arbeid slik at arbeidsforholdet har endret rettslig karakter, er det da ikke nødvendig for arbeidsgiveren å gå til oppsigelse. Noen oppsigelsesfrist vil heller ikke gjelde. Men også her taler gode grunner utvilsomt for at en utvikling av arbeidsforholdet ikke kan kreves fullført straks. Det ville være på sin plass med en nærmere regulering av spørsmålet, f.eks. med en fristregel à la den i aml. § 15-11 annet ledd i.f. Enn så lenge må det imidlertid finne sin løsning i praksis, der det måtte være aktuelt.

I disse tilfellene er det uten videre klart at det ikke er nødvendig med noen oppsigelse overfor eller fra erververen. Her er forholdet at arbeidstageren ikke har vært i arbeid for erververen, jfr. om dette ovenfor.

Det er nok mer praktisk at arbeidstageren faktisk har gått over til og arbeidet for *erververen* i påvente av at spørsmålet om valgrett blir avklart. Normalt må det sees som uttrykk for at arbeidstageren subsidiært vil ha sin ansettelse hos erververen dersom kravet om valgrett ikke fører frem. Medmindre det er særlige holdepunkter for noe annet, må den reservasjonsretten som også er utøvet, anses konsumert av den valgretten som er påbepropt, og forsåvidt ikke ha intensjon eller virkning ut over denne. Rettsvirkningen av at valgrett ikke foreligger, må da som alminnelig regel være at arbeidsforholdet består med erververen, også slik at det i alle relasjoner anses å ha bestått med denne fra overførings-

38 Jfr. illustrasjonsvis Rt. 1999.977 *Nemko*, hvor også «administrasjonen» av arbeidsforholdet varierte fra en første til en senere fase.

tidspunktet.³⁹ Det har bl.a. den betydning at arbeidsforholdet i et slikt tilfelle omfattes av bestemmelsene om bibehold av rettigheter i aml. § 16-2.

4.4 Reservasjonsrett og valgrett – etter overdragelsestidspunktet

4.4.1 Innledning. Fristproblemet og valgretten

Det kan tenkes at den fristen som settes etter § 16-3 annet ledd, eventuelt minstefristen på 14 dager, løper ut *efter* tidspunktet for virksomhetsoverdragelsen. Det kan skyldes at transaksjonsprosessen går raskt, at informasjon eller tilstrekkelig informasjon efter § 16-6 først blir gitt på et sent tidspunkt, e.l.

Det er ikke tvil om at fristregelen i § 16-3 gjelder og at *reservasjonsrett* kan gjøres gjeldende også i slike tilfeller, dvs. efter overdragelsestidspunktet. Jfr. i 4.1 ovenfor.

Det springende punkt er om det samme gjelder *valgretten*. Spørsmålet er aktuelt uansett om man legger til grunn som utgangspunkt at en parallell frist til den i § 16-3 vil gjelde for valgretten (som i 3 ovenfor), eller dersom man bygger på at det ikke gjelder noen bestemt frist for utøvelse av valgrett.

Det kan hevdes at valgrett ikke kan utøves efter overdragelsestidspunktet.⁴⁰ Men det er ikke et nødvendig eller nødvendigvis holdbart standpunkt. Spørsmålet er ikke løst i rettspraksis. Men høyesterettsdommene fra 2000 taler nærmest for et åpnere syn. Dommer *Bruzelius* i mindretall (4-1) uttalte, som et *dictum* i eget votum, at valgretten «må forutsettes tilkjenne gitt senest ved tidspunktet for virksomhetsoverdragelsen», i Rt. 2000.2047 *Psykiatri* (2057). Der var forholdet at ingen av dommerne fant at det materielt sett forelå valgrett. I den samtidige dommen i Rt. 2000.2058 *Miljøtransport* kom flertallet (3-2) derimot til at valgrett hadde foreligget. Men flertallet kom videre til at valgretten var falt bort fordi den var blitt utøvet «for sent». Uttalelsene om dette peker ikke på noen bestemt eller skarp grense i tid. Dommer *Coward* bemerket at

«... arbeidstakerne før virksomhetsoverdragelsen var orientert om at både kommunen og aksjeselskapet så det slik at arbeidstakerne fulgte med over til den nye arbeidsgiveren. Selv om det nok var visse mindre uklarheter ved arbeidsgivernes opptreden i den første tiden etter virksomhetsoverdragelsen, kan ikke arbeidstakerne ha hatt adgang til å holde spørsmålet om utøvelsen av valgretten åpent i lengre tid», og at hun så «... bort fra tidsforløpet etter sommeren 1997, ... På det tidspunktet var det allerede gått ett år fra virksomhetsoverdragelsen, og valgretten må ha falt bort langt tidligere» (s. 2071).

Det er rimelig å legge til grunn at dersom flertallet hadde vært enig i dommer *Bruzelius'* klare standpunkt til tidsgrensen i den andre avgjørelsen samme dag, ville det ha kommet til uttrykk i *Miljøtransport*. Det gjorde det ikke. Tvert imot holder flertallet der tydelig åpent for at valgretten kan være i behold også efter overdragelsestidspunktet.

39 Her følger jeg *Holo* 2006, 981-982.

40 Slik *Holo* 2006, 981, og *Kjeldsberg* 2006, 1092.

Kanskje kan det hevdes at en valgett som kan utøves etter overdragelsestidspunktet, i realiteten vil være en rett til å kreve ansettelsesforholdet med overdrageren «gjenopprettet». *Holo* (2006, 981) har argumentert med at en slik rett må kreve «særskilt rettsgrunnlag ..., dvs. enten uttrykkelig lovhjemmel eller rettspraksis».⁴¹ Det følger av det jeg har sagt ovenfor at rettspraksis kan sies å gi et slikt rettsgrunnlag.⁴² Sammenhengen med reservasjonsretten taler dessuten for samme løsning. Det er ikke tvilsomt at reservasjonsrett kan utøves etter overdragelsestidspunktet, hvis fristløpet leder til det. Da er det ikke uten videre naturlig å anse overdragelsestidspunktet som et avgjørende tidspunkt for opphør av arbeidsforholdet med overdrageren.⁴³ I et slikt tilfelle har arbeidstageren fortsatt muligheten til å velge mellom å akseptere overgang til erververen eller å motsette seg dette, dvs. reservere seg. Et «opphørstidspunkt» kan først konstateres når arbeidstageren tar et standpunkt eller fristen for utøvelse av reservasjonsrett løper ut. Det gir dårlig harmoni dersom valgetten skulle anses bortfalt på et tidligere tidspunkt enn reservasjonsretten. Det ville i realiteten løsrive valgetten fra den reservasjonsretten som er dens forutsetning (jfr. i 3 ovenfor). Det vil igjen innebære en endring i forhold til den rettstilstanden tidligere rettspraksis bygger på.

Ut fra dette må løsningen også i disse tilfellene være at valgett kan påberopes overfor arbeidsgiveren – dvs. overdrageren – innen den samme frist som gjelder for påberopelse av reservasjonsretten etter aml. § 16-3 annet ledd. Jfr. ellers i 3 ovenfor.

4.4.2 Reservasjonsrett – men ikke valgett

Forutsetningen her er at fristen etter § 16-3 annet ledd løper ut etter overdragelsestidspunktet.

Hvis arbeidstageren da – etter overdragelsestidspunktet – bare påberoper reservasjonsrett, men ikke valgett, må den alminnelige regel være at arbeidsforholdet opphører når underretningen om utøvelsen er «kommet frem». Det er ikke særlig problematisk hvis arbeidstageren inntil videre har fortsatt i arbeid hos overdrageren, eller fratrådt uten å tiltre hos erververen. Men også i slike tilfeller kunne det være på sin plass med en avviklingsfrist.

Det blir mer vrient dersom arbeidstageren inntil videre har arbeidet for erververen. Denne har riktignok ikke noe legalt «krav» på at arbeidstageren skal forbli i arbeid, eller at han må gå til oppsigelse med oppsigelsesfrist, så lenge reservasjonsretten er i behold. Men underretningen om utøvelse av reservasjonsretten skal ikke gis til erververen, men til overdrageren. Det er jo ikke gitt at erververen da får beskjed med det samme. Samtidig

41 Formuleringen stiller seg lagelig til for hugg. Hvis rettspraksis er et «særlig rettsgrunnlag» alternativt til lov, må det innebære at rettspraksis ikke er avhengig av «uttrykkelig lovhjemmel» for å kunne komme til resultatet. Da er forholdet at noe «særlig rettsgrunnlag» i realiteten ikke er et nødvendig vilkår. Etter mitt syn er det også den riktige tilnærming; her som de fleste steder ellers må domstolene kunne fastsette en løsning ut fra alminnelige rettskildemessige overveielser.

42 Her er jeg således uenig med *Holo*, *ibid*.

43 Jfr., *mutatis mutandis*, synspunktet v. note 18 ovenfor.

er det ikke noen heldig løsning om arbeidstageren forlater arbeidet hos erververen «på dagen» og uten noen beskjed til denne. Her vil det enn mer være på sin plass med en regulering om underretning og/eller avviklingsfrist. Men uten en positiv regulering lar det vanskelig peke på enkle løsninger ut over utgangspunktet.

4.4.3 Valgrett påberopes og foreligger

Her vil situasjonen være tilsvarende som i de tilfellene der reservasjons- og valgrett gjøres gjeldende før overdragelsestidspunktet, og løsningene må bli de samme. Jfr. til dette i 4.3.1 ovenfor.

4.4.4 Valgrett foreligger ikke

Det blir igjen vanskeligere dersom arbeidstageren har gjort reservasjons- og valgrett gjeldende *etter* overdragelsestidspunktet, men *ikke* vinner frem med at han har valgrett. Men spørsmålene må kunne løses langs de samme linjer som for de tilfellene der reservasjons- og valgrett er påberopt før overdragelsestidspunktet.

Hvis arbeidstageren *har fratrådt* eller fratrer sin stilling når reservasjons- og valgrett påberopes, må det også her typisk kunne sees som uttrykk for at påberopelsen av reservasjonsrett er ubetinget, uavhengig av om valgrett foreligger (jfr. i 4.3.2 ovenfor). Utgangspunktene om opphørstidspunkt i 4.4.2 ovenfor må da kunne legges til grunn.

Har arbeidstageren fortsatt i arbeid hos overdrageren, må det på samme måte som ved påberopelse før overdragelsestidspunktet kunne legges et suspensivt betinget opphørssynspunkt til grunn (jfr. i 4.3.2 ovenfor). Da blir det heller ikke avgjørende om man legger overdragelsestidspunktet eller det senere underretningstidspunktet (jfr. i 4.4.1 ovenfor) til grunn som utgangspunkt.

Dersom arbeidstageren derimot faktisk har gått over til og arbeidet for erververen, må det likeledes kunne sees som uttrykk for at arbeidstageren subsidiært vil ha sin ansettelse hos erververen hvis kravet om valgrett ikke fører frem. Reservasjonsretten må anses konsumert av valgreten, og rettsvirkningen av at valgrett ikke foreligger, må som alminnelig regel være at arbeidsforholdet består med erververen. Jfr. avslutningsvis i 4.3.2 ovenfor.

5 Noen særlige fristspørsmål

Arbeidsmiljølovens § 16-3 annet ledd forutsetter at det settes en frist for utøvelsen av reservasjonsrett – og fristen skal være minst 14 dager fra det er gitt informasjon etter § 16-6.

Tenker vi oss at arbeidsgiveren (overdrageren) ikke setter noen frist, blir spørsmålet hva slags konsekvenser det kan ha. Det følger av ordlyden i § 16-3 annet ledd at man ikke kan «falle tilbake på» en 14 dagers frist fra informasjon eventuelt er gitt. Bestemmelsen forutsetter en positiv fristfastsettelse fra arbeidsgiverens side. Et videre enkelt, men klart, utgangspunkt må være at arbeidstagerens reservasjonsrett ikke kan gå tapt ved en forsømmelse fra arbeidsgivers side av å fastsette en frist. Det ville ha konsekvenser også for fortrinnsretten til ny ansettelse hos overdrageren etter § 16-3 tredje ledd. De hensynene som bestemmelsene i § 16-3 bygger på, vil ikke bli ivarettatt dersom reservasjonsret-

ten skulle falle bort – eventuelt ved overdragelsestidspunktet – i tilfeller som dette. På den annen side bør det kunne trekkes en grense i tid, av hensyn til klarhet for alle parter. Kanskje kan et synspunkt som i *Miljøtransport* om at spørsmålet ikke kan holdes åpent «i lengre tid» (jfr. i 4.4.1 ovenfor) tjene som et utgangspunkt.⁴⁴ Men passivitetsvurderingen vil ha en litt annen forankring enn i dommen, og den må bli konkret. De faktiske omstendighetene mht. om arbeidstageren har fortsatt i arbeid, osv., kan være ganske forskjellige fra sak til sak. Som alminnelig regel må grensedragningen for valgreppen bli den samme som for reservasjonsretten.

Utgangspunktene må være de samme dersom det er gitt informasjon, men denne ikke er tilstrekkelig til å oppfylle informasjonspliktene etter § 16-6. I så fall vil det ikke kunne fastsettes en lovlig frist etter § 16-3 annet ledd, som ut fra en alminnelig forståelse må anses å forutsette at pliktene etter § 16-6 er oppfylt, fullt ut.⁴⁵

Hvis en frist er lovlig satt etter § 16-3 annet ledd, vil på den annen side en *oversittelse* fra arbeidstagerens side føre til at reservasjonsretten er tapt. Ut fra den alminnelige sammenhengen mellom rettighetene må det samme da gjelde valgreppen – selv om det kan innebære en viss begrensning av «den gjeldende, ulovfestede valgreppen» som det har vært meningen å videreføre slik den er «kommet til uttrykk i rettspraksis».⁴⁶ Selv om det er den alminnelige intensjonen, er det vanskelig å legge til grunn at den avgrensning av reservasjonsretten som følger av fristregelen i § 16-3 annet ledd, skal settes ut av spill ved at valgreppen likevel skal kunne påberopes i lengre tid. Jfr. nærmere i 3 ovenfor.

6 Hva slags opphør? Retten til å fortsette i stilling

Hvis reservasjonsrett utøves, er det enkle (men ikke ubetingede) utgangspunktet at *arbeidsforholdet opphører*. Hovedtemaet foran har vært spørsmål om *når* opphør i så fall inntreffer. Det er naturlig nok et hovedspørsmål. Når det er avklart, vil det i regelen ikke volde særlige problemer å løse følgespørsmål om oppgjør av lønn og andre økonomiske rettigheter og forpliktelser.

Det som kan være mer problematisk, er hvordan opphøret av arbeidsforholdet skal rubriseres, rettslig sett. Det har betydning i ihvertfall to relasjoner, hvor det er en sammenheng mellom den siste og den første.

6.1 Hvem er ansvarlig for opphør?

Et første, og sentralt, spørsmål er om opphøret skal anses som et opphør som følge av

44 Jfr. i en slik retning *Kjeldsberg* 2006, 1093.

45 Jfr. forsåvidt synspunktet i EF-domstolen avgjørelse i sak C-188/03 *Junk*; se nærmere Evju, «Informasjon og drøftelser som beslutningsvilkår : EFD 27. januar 2005, sak C-188/03 *Irmtraud Junk mot Wolfgang Kühnel* – "Masseoppsigelser" og prosedyrereglens betydning», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 1 (2005), 263-273, særlig 268-273. Men det må understrekes at dommen ikke har noen direkte betydning eller overføringsverdi for det spørsmålet som drøftes her, eftersom direktivet om overdragelse av virksomhet ikke regulerer reservasjonsretten eller dens forhold til reglene om informasjon og drøftelser.

46 Jfr. Ot.prp. nr. 24 (2005-2006), 10; sml. v. note 12 ovenfor.

arbeidstagerens initiativ, eller om det rettslig sett skal tilregnes arbeidsgiveren. Svaret på dette spørsmålet kan, rimeligvis, ha adskillig betydning.

Som et utgangspunkt kan Høyesteretts kjennelse 29. august 2006 (HR-2006-01495-A) tjene som én illustrasjon. Kjennelsen gjelder fortolkningen av avtalelovens⁴⁷ § 38 tredje ledd om ugyldighet av «konkurranseklausuler» ved oppsigelse fra arbeidsgivers side (første alternativ), eventuelt ved oppsigelse fra arbeidstager på grunn av arbeidstagers forhold (annet alternativ).⁴⁸ I kjennelsen bygget Høyesterett på at arbeidstagerens egen oppsigelse som følge av en omorganisering av virksomheten rettslig sett måtte tilskrives arbeidsgiveren, slik at det var § 38 tredje ledd *første* alternativ som hadde anvendelse. Etter dette alternativet er det *bare* forhold hos arbeidstakeren som er av betydning ved vurderingen av om det er «rimelig grund» til oppsigelsen fra arbeidsgivers side. Bestemmelsen gir således ikke rom for en helhetsvurdering hvor også forhold hos arbeidsgiveren kan tillegges vekt.⁴⁹

Spørsmålet om hvem oppsigelsene skulle tilregnes, synes ikke å ha blitt problematisert i Høyesterett. Det var omtvistet for lagmannsretten; for Høyesterett bygget partene imidlertid på lagmannsrettens rubrisering. Derfor er det vanskelig å legge særlig vekt på avgjørelsen på dette punktet, eller å vite hvor langt den kan rekke. Men det er vanskelig å avstå fra den refleksjon at uansett om det var tale om et videre kjæremål, kunne Høyesterett knapt være tvunget til å ta standpunkt til et lovtolkningsspørsmål som retten fra et lovanvendelsesstandpunkt ville mene var uriktig å anvende i den påfølgende behandling for lagmannsretten. Medmindre Høyesterett ikke har tenkt – og det er urimelig å anta – kan kjennelsen ikke være uten enhver betydning på dette punkt.

Den tilnærmingen som ble bygget på, er i og for seg kjent fra stillingsvernretten. F.eks. i Rt. 1995.555 ble det som ytre sett var opphørsmeddelelser fra arbeidstagerens side, rettslig rubrisert – i prosessuell henseende – som avskjed fra arbeidsgivers side. Rettspraksis kan imidlertid ikke by på en klar eller avklarende linje. Tilnærmingen i kjennelsene fra 1995 og 2006 står i klar kontrast til Høyesteretts tilnærming til stillingsvernreglene i Rt. 1997.1506 *Nordfjordeid/Stryn Apotek*. Der var forholdet at arbeidstagerne fratrådte (uten formell oppsigelse) som følge av arbeidsgivers forhold. Det ble bedømt som et *vesentlig mislighold* av arbeidsgivers forpliktelser (jfr. s. 1516). Høyesterett avviste imidlertid å rubrisere opphøret som en form for «constructive dismissal» som rettslig sett må bedømmes som oppsigelse fra arbeidsgivers side (1511-1512).

De ulike tilnærmingerne kan kanskje begrunnes med ulike faktiske omstendigheter eller med at problemstillingen er knyttet til forskjellige rettsregler. Rettspraksis hittil er for spinkel til å trekke videre slutninger.

47 Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.

48 Tredje ledd i § 38 lyder slik: «Har nogen, som er ansat i anden stilling i en bedrift, paatat sig slik forpligtelse, gjælder den ikke, hvis indehaveren siger ham op, uten at han har git rimelig grund til det, eller hvis han selv fratræder, og indehaveren har git ham rimelig grund til det ved at undlate at opfylde sine forpligtelser.»

49 Se litt nærmere om kjennelsen Evju, «Konkurranseklausul, ugyldighet – Høyesteretts kjennelse 29. august 2006 (HR-2006-01495-A)», *Nytt i privatretten* 2006 nr. 3, 1-2.

Men uansett er ett følgespørsmål hvorvidt opphør som skyldes bruk av reservasjonsrett ved virksomhetsoverdragelse, kan måtte tilregnes arbeidsgiveren, dvs. overdrageren. Dersom arbeidstageren utøver valgrett, men derefter sies opp av overdrageren på grunn av «virksomhetens forhold» (som i Rt. 1999.977 *Nemko*), er spørsmålet uproblematisk. Da er det utvilsomt tale om oppsigelse fra arbeidsgivers side. Problemstillingen er derimot aktuell hvis det bare utøves reservasjonsrett, eller valgrett ikke foreligger. Løsningen vil ha ganske vesentlig betydning. Dels med hensyn til arbeidstagerens rett til økonomisk kompensasjon ved fratredelse der valgrett ikke foreligger. Dels med hensyn til om en arbeidsavtaleklausul om konkurranseforbud e.l. etter opphør er gyldig eller må settes til side. Det kan være viktig ikke bare for arbeidstageren, men også for arbeidsgiverne – ikke minst for erververen, som vil ha en særlig interesse av å vite om han blir «konkurransutsatt». Høyesteretts kjennelse gir imidlertid ingen svar her. Det gjør heller ikke lovforarbeidene, hverken avtalelovens eller arbeidsmiljølovens.

En skranke kan likevel identifiseres. EF-domstolen har i sin rettspraksis lagt til grunn at dersom en virksomhetsoverdragelse vil medføre en «vesentlig endring» for arbeidstageren, skal et opphør som følge av dette rettslig sett tilregnes arbeidsgiveren. Dette følger av direktivets artikkel 4 nr. 2. Konsekvensen er at hvis arbeidstageren utøver reservasjonsrett, må opphøret av arbeidsforholdet anses som et opphør («oppsigelse») på arbeidsgivers initiativ.⁵⁰ Det betyr at opphøret må kunne irettesføres som et opphør arbeidsgiveren er ansvarlig for etter bestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 16-4 annet ledd.

Problemstillingen er ikke drøftet i lovforarbeidene (jfr. forslådd Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 340, og NOU 2004: 5, s. 567). Ut fra det bakenforliggende rettskildematerialet kan løsningen likevel ikke være tvilsom. Jfr. også kortfattet *Holo* 2006, 992-994, som imidlertid ikke uttrykkelig drøfter forholdet mellom reservasjons- og valgrett og direktivets art. 4 nr. 2/aml. § 16-4 annet ledd.

Hvis det derimot *ikke* er tale om en situasjon med en «vesentlig endring», er flere resonnementsmåter mulige. Er det bare tale om utøvelse av reservasjonsrett, kan det anføres at virksomhetsoverdragelsen ikke kan anses som noen form for «oppsigelse» fra arbeidsgivers side. Arbeidstageren har mulighet og rett til å fortsette i samme stilling, om enn hos en ny arbeidsgiver. Da kan ikke arbeidsgiveren tilregnes ansvar for opphør; det er et valg arbeidstageren har gjort uten å ha vært stillet overfor å måtte godta materielle endringer av større betydning i arbeidsforholdet. På den annen side kan det hevdes at det uansett er en betydelig endring arbeidstageren stilles overfor. Nettopp derfor er det en grunnleggende rettighet å kunne motsette seg å gå over til en ny arbeidsgiver. Hvis arbeidsgiveren stiller arbeidstageren i en situasjon hvor valget står mellom å godta en slik endring eller å bringe sitt arbeidsforhold til opphør, kan det tale for å anse arbeidsgiveren som ansvarlig for opphøret. Har arbeidstageren utøvet valgrett, blir argumentasjonslinjene tilsvarende.

50 Se nærmere om dette *Evju* 2005, 79-83 jfr. 68-74.

I forhold til *stillingsvernreglene* er det utvilsomt den første av disse tilnærmingene som må legges til grunn. Det følger av det grunnleggende forholdet mellom reservasjonsrett og valgrett (jfr. i 2 ovenfor). Om man vil, kan det også sies å følge motsetningsvis av aml. § 16-4 annet ledd jfr. direktivets artikkel 4 nr. 2. Når det gjelder avtalelovens § 38, gjenstår det å se hvilken vei rettspraksis vil ta – om ikke lovgiveren kommer problemene i forkjøpet. Spørsmålet er om det er grunn til å operere med en annen grensdragning her enn etter stillingsvernreglene. Det vil det utvilsomt være delte oppfatninger om – men det lar jeg ligge her.

6.2 Rett til å fortsette i stillingen?

Det neste, og sammenhengende, spørsmålet er om arbeidstageren ved påberopelse av reservasjonsrett eller valgrett har rett til «å fortsette i stillingen». Her må utgangspunktet nødvendigvis tas i hovedbestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 15-11 første ledd, der det heter at

«[v]ed tvist om et arbeidsforhold lovlig er brakt til opphør etter reglene i § 15-7 kan arbeidstaker fortsette i stillingen så lenge forhandlinger pågår etter § 17-3».

Ut fra referansene til såvel § 15-7 som § 17-3 (og til § 17-4 i § 15-11 annet ledd) er det utvetydig at retten til å fortsette i stillingen er betinget av at det – rettslig sett – foreligger en opphørsmeddelelse fra arbeidsgivers side.

Hvorvidt det skulle kunne stille seg annerledes i tilfeller der det påberopes reservasjonsrett, eventuelt også valgrett, er ikke berørt i lovforarbeidene. I forarbeidene til lovvedtaket i juni 2005 var det ikke grunn til det. Ble reservasjonsrett gjort gjeldende, ville det innebære opphør på arbeidstagers initiativ – punkt, finale, slutt. I forarbeidene til lovendringen i desember 2005 kunne man gjerne ha reflektert over problemet. Men det gjorde man altså ikke.

Tenker man seg at det bare er reservasjonsrett som påberopes, må løsningen nok en gang være at man må falle tilbake på utgangspunktet. Det er en erklæring fra arbeidstagerens side som har opphør av arbeidsforholdet – med overdrageren og dermed også med erververen – som følge. Det er ikke grunnlag for å vurdere det anderledes overfor noen av de tenkte arbeidsgiverne, og en rett til fortsette i stillingen etter aml. § 15-11 må være utelukket.

En reservasjon må gjøres for tilfeller hvor det kan være tale om at arbeidsgiveren – dvs. overdrageren – kan måtte anses ansvarlig for opphøret etter direktivets artikkel 4 nr. 2 (jfr. i 6.1 ovenfor). Ved en urimelighetsvurdering etter aml. § 15-11 annet ledd må retten da ta prejudisiell stilling til dette spørsmålet i tillegg til vurderingen forøvrig.

Som ellers blir det vanskeligere dersom arbeidstageren gjør gjeldende valgrett. Reelt sett innebærer jo det en påstand om – et krav om – at virksomhetsoverdragelsen *ikke* innebærer at arbeidsforholdet med overdrageren er opphørt. Her kan man tenke seg to formelt ulike utgangspunkter. Det ene er at det ikke er gitt noen opphørsmeddelelse (oppsigelse e.l.) fra den aktuelle arbeidsgiveren (overdrageren). Følgelig er heller ingen rett til å fortsette i stillingen aktuell – fordi en slik rett forutsetter en opphørsmeddelelse fra arbeidsgivers side. Den andre er at virksomhetsoverdragelsen både *de facto*

og *de jure* er en form for opphør – og dermed (via informasjon etter lovens § 16-6) en opphørsmeddelelse – fra overdragerens side. Hvis arbeidstageren påberoper valgrett, innebærer det reelt sett å hevde at et slikt opphør som er initiert fra arbeidsgivers side, er uberettiget. Selv om aml. § 15-11 bare viser til § 15-7, om oppsigelse som er «saklig begrunnet», må bestemmelsen gis tilsvarende anvendelse for arbeidsgiverinitiert opphør som etter omstendighetene ikke er materielt berettiget.

Den første tilnærmingen er for formell. Den andre er det derimot grunn til å bygge på. Selv om rettspraksis i andre relasjoner ikke har evnet å etablere en konsistent tilnærming til spørsmålet om hvorvidt en meddelelse om opphør skal tilregnes arbeidstageren selv eller arbeidsgiveren (jfr. i 6.1 ovenfor), taler gode grunner for å legge *realiteten* til grunn i spørsmål som dette. Det er arbeidsgiverens handlinger som aktualiserer spørsmålet om opphør eller ei. Får arbeidstageren *ikke* medhold i at valgrett has, er det rettslig sett det samme som en oppsigelse – da *har* virksomhetsoverdragelsen opphørvirkning, fra og med overdragelsestidspunktet. I forhold til overdrageren er det vanskelig å se grunner for at tilfellene skal bedømmes på en annen måte enn efter – dvs. falle utenfor rekkevidden av – arbeidsmiljølovens § 15-11.

På den annen side vil påberopelse av reservasjons- eller valgrett ikke gi grunnlag for krav efter § 15-11 mot erververen. Det er åpenbart når det gjelder reservasjonsretten. Men også når det gjelder det valgetten, er forholdet at arbeidstageren (prinsipalt) ikke pretenderer å ha noe krav overfor erververen. Hvis arbeidstageren *faktisk* vil gå over til erververen, i påvente av en avklaring av spørsmålet om valgrett, kan man idealtypisk forestille seg to ulike scenarier. Det første er at erververen nekter å motta arbeidstageren. I så fall må det mest nærliggende være at arbeidstageren henvises til å holde seg til den arbeidsgiveren hun hevder å ha rett til å forbli ansatt hos, dvs. overdrageren. Har arbeidstageren derimot faktisk gått over til erververen, vil det ordinært også bety at erververen har akseptert å motta arbeidsydelsen selv om han er kjent med at arbeidstageren prinsipalt mener å være ansatt hos overdrageren. Dersom erververen i et slikt tilfelle skulle utløse en situasjon som aktualiserer aml. § 15-11 – og det vil i realiteten si at erververen går til oppsigelse av det aktuelle (og betingede) arbeidsforholdet – er det knapt grunn til ikke å gi § 15-11 direkte anvendelse, selv om urimelighetsvurderingen må ta den spesielle konstellasjonen i betraktning.

7 Sluttbemerkning

Gjennomgåelsen foran illustrerer først og fremst at det lovregimet vi har fått med arbeidsmiljøloven av 2005, slik det er blitt med de endringene som ble vedtatt i desember samme år, efterlater mange ubesvarte spørsmål. Bortsett fra betraktninger *de lege ferenda* er grunnlaget for å mene noe om hvordan spørsmålene bør løses, ganske magert. System- og sammenhengsbetraktninger blir stående igjen som sentrale. Ellers er det nok så at enkelte land har regler om slike spørsmål; Tyskland er den fremste eksponenten forsåvidt. Men det er ikke et alminnelig eller felles fenomen blandt EUs medlemsstater eller forøvrig. Rettsstillingen i de ulike land byr således ikke på en felles standard eller tilnærming som gir støtte til bestemte utlegninger av bestemmelsene eller bestemte løsningsmåter. Så langt det er tale om de nasjonalrettslige problemstillingene – og de som følger av bestemmelsen om reservasjonsrett og idéen om valgrett, er nasjonale – må de løses på hjemlig grunn. Rettspraksis – og deres medhjelpere – har utvilsomt fått en ny utfordring.