



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Individuell eftervirkning, lagmannsrett på ville veier – Borgarting lagmannsretts dom 28. august 2020, 19-146054ASD-BORG/01

LB-2019-146054

Saken har sammenheng med Arbeidsrettens dom AR-2019-5 fra januar 2019 (kommentert i *Nytt i privatretten* nr. 1/2019, s. 4–7, sammen med den parallelle dommen AR-2019-4). Grefsenhjemmet var medlem av arbeidsgiverforeningen Virke og var da bundet av tariffavtale mellom Virke og Norsk Sykepleierforbund (NSF). Da Grefsenhjemmet i 2014 meldte seg ut av Virke og inn i NHO, ble Virke-overenskomsten avløst av Pleie- og omsorgsoverenskomsten (PLO) med NHO i henhold til bestemmelser i hovedavtalen NHO–NSF. Ett av tvistespørsmålene i saken for Arbeidsretten var om et særskilt «stabiliseringstillegg» i overenskomstforholdet med Virke kunne opprettholdes når PLO ble gjort gjeldende. Det ble ikke løst med Arbeidsrettens dom. En side av problemstillingen ble «løftet ut» av saken for Arbeidsretten gjennom en protokoll (som gjengis nedenfor) som partene inngikk under hovedforhandlingen.

Dette var utgangspunktet for problemstillingen for lagmannsretten. Konkret var spørsmålet om et stabiliseringstillegg var et lønnsvilkår som kunne ha individuell eftervirkning når Virke-overenskomsten opphørte og ble avløst av NHO-avtalen, PLO. Lagmannsretten gav seg inn på en generell drøftelse av spørsmål om individuell eftervirkning av normativt bestemte lønns- og arbeidsvilkår. Det bar galt av sted.

Lagmannsretten har tilsynelatende ikke forstått forholdet mellom normativ virkning av tariffavtaler («transformasjon») og individuell eftervirkning. Retten uttaler at «[i] det individuelle arbeidsforholdet kan både arbeidsgiver og arbeidstaker påberope seg tariffavtalen, også for de alminnelige domstoler» (s. 7, siste avsnitt). Det er i beste fall ikke presist. Den normative virkningen av en tariffavtales bestemmelser om individuelle lønns- og arbeidsvilkår innebærer at slike også blir bindende som bestemmelser i de individuelle arbeidsavtalene. De «transformeres» til arbeidsavtalebestemmelser. Det partene i arbeidsavtalen kan påberope seg, er *arbeidsavtalens* bestemmelser.

Dernest sier lagmannsretten, kan det at arbeidsavtalepartene kan «påberope seg tariffavtalen», «ikke i seg selv etablere at rettighetene er «transformert» på en måte som gjør at de har evig varighet». Det er direkte feilslått, men et stråmannsargument som, dessverre, er gjenkjennelig fra et enkelt litteraturbidrag. Det vil aldri være tale om «evig varighet» eller «evig liv». Eftervirkning innebærer at det som er blitt bindende bestemmelser i arbeidsavtalen, fortsatt er bindende mellom den individuelle avtalens parter etter

at tariffavtalen har opphørt å være bindende – men bare inntil de bestemmelsene som har ettervirkning, blir avløst av andre, gjennom arbeidsavtale eller en ny tariffavtale.

Lagmannsretten later til å anse også en slik ettervirkning nærmest som en umulighet. Flere argumenter går over i hverandre i rettens resonnement. Dels, sier retten at «[u]t fra alminnelig kontraktsrett gjelder tariffavtalens bestemmelser ikke etter at tariffavtalen har utløpt». Og, en «forestilling» om «evig varighet» ville «bryte med at selve stiftelsesgrunnlaget, tariffavtalen, gjør det klart at rettighetene bare gjelder frem til opphør av tariffavtalen. Det er med andre ord ikke etablert en forventning om at [de individuelle] rettighetene har varighet etter at tariffavtalen har opphørt» (s. 7). Dette er i realiteten et postulat både om rettsgrunnlag og om konklusjon. Men det er ikke velvalgt å søke tilflukt i «alminnelig kontraktsrett». Arbeidsavtalerett skiller seg i mangt og meget fra den alminnelige kontraktsretten. Ikke minst gjør tariffretten det. Tariffavtalens normative funksjon er ett eksempel, og nettopp det er et sentralt eksempel i sammenhengen her. Lagmannsretten ser det imidlertid slik at «de hensyn som ligger bak systemet med tariffavtaler [taler] mot at de skal ha en ettervirkning i det individuelle arbeidsforholdet». En slik ettervirkning «ville vært egnet til å underminere tariffavtalens forutsigbarhet og funksjon» (s. 10–11). Det er et stivt stykke. Ettervirkning gir tvert imot forutsigbarhet for begge parter. Tenker man seg at det ikke skal eksistere noen bindende regulering mellom arbeidsavtalens parter når tariffavtalen er falt bort, hvor står man da? Uten noen bestemmelser om lønn, og uten noen bestemmelser om arbeidstid – arbeidsmiljøloven gir som kjent ikke bestemmelser om hva den enkeltes arbeidstid skal være, bare et tak for hva den kan være. Blant annet. Man kan undres på hva lagmannsretten har tenkt om hvordan slike spørsmål skal løses. Det strekker ikke til å henvise til individuell avtale. Det kolliderer med det helt grunnleggende hensynet til vern mot ensidig utnyttelse av asymmetrien på individuelt nivå.

Disse resonnementene fra lagmannsrettens side følger etter en utlegning av den protokollen som ble inngått under hovedforhandlingen i Arbeidsretten. Det er nødvendig å sitere (slik det også er gjort i kommentaren til AR-2019-5):

«Gjennomføring av ny tariffavtale gir ikke i seg selv grunnlag for å endre individuelle lønns- og arbeidsvilkår, dersom disse ikke er i strid med den nye overenskomsten. Partene har gjennom denne protokollen ikke regulert hva som eventuelt har blitt individuelle lønns- og arbeidsvilkår. Dette er et spørsmål som eventuelt må avgjøres for de ordinære domstoler.»

Lagmannsretten anser at protokollen er «uten betydning for problemstillingen i saken» (s. 7). Retten utlegger protokollen slik at NHO «eksplicit [har] gitt ut-

trykk for at det ikke er enighet om at vilkår i tidligere tariffavtale har blitt en del av individuelle avtalevilkår», og det «ligger i protokollen ingen aksept av at tariffavtalen har individuell ettervirkning». Dertil, sier retten, at «[f]ormuleringen om “individuelle lønns- og arbeidsvilkår” kan heller ikke sies å referere til vilkår som er kollektivt fremforhandlet, [...]». Det siste er selsomt, mildt sagt. I saken for Arbeidsretten var det nettopp tale om et vilkår, stabiliseringstillegget, som var «kollektivt fremforhandlet». Lagmannsretten leser protokollen løsrevet fra den sammenhengen den hører hjemme i – og i tillegg direkte i strid med det protokollen gir uttrykk for. Ett er at den ikke avgjør *hva* som skulle anses som individuelle vilkår. Det sies eksplisitt i annen setning i protokollen. Og som det sies i den påfølgende, tredje, setningen: *Det* måtte avgjøres for de ordinære domstoler. Men første setning i protokollen gir et tydelig uttrykk for at det som er normativt bestemte individuelle vilkår, kan ha ettervirkning – men bare dersom de ikke er i strid med «den nye overenskomsten». Det siste er utvilsomt; det er grunnleggende arbeidsrett at tariffavtalens bestemmelser slår igjennom overfor arbeidsavtalebestemmelser som ikke er forenlige med tariffavtalen. Det følger av arbeidsvistlovens § 6, også i ettervirkningstilfeller.

Lagmannsretten går inn på de i sammenhengen bekjente dommene i Rt. 1996 s. 1218 *Rogalandsmeieriet* og Rt. 1996 s. 1696 *Trondheim Trafikk*. Kort sagt er rettens tilnærming å minimere betydningen av dommene. De «underbygger [...] at det ikke eksisterer en generell ulovfestet regel om individuell ettervirkning for (*sic*) tariffavtaler. Høyesterett ville i så fall ha formulert seg på en annen måte» (s. 9). Det siste er en egenartet spekulasjon. Lagmannsretten går dessuten helt forbi at Høyesterett i *Trondheim Trafikk* poengterte at saken *ikke* gjaldt en tariffavtale. Men hadde den gjort det, ville Høyesteretts resonnement vært tariffrettslig helt patent: Individuelle vilkår måtte vike for en etterfølgende avtale på kollektivt nivå.

Den tredje dommen som gjerne trekkes frem når det gjelder individuell ettervirkning, er ARD 1926 s. 110 *Akers mek*. Lagmannsretten har rett og slett ikke forstått denne dommen; eller kanskje har retten bare nøyet seg med å reprodusere en utlegning i en særskilt del av litteraturen. Temaet i saken var så visst hvordan en tariffavtale skulle tolkes. Men tolkningsspørsmålet oppstod *fordi* retten bygget på at de berørte arbeidstagerne *hadde* individuelle vilkår i sine arbeidsavtaler som var normativt bestemt mens den tidligere tariffavtalen de var bundet av, bestod, og som fortsatt bestod etter at den avtalen hadde opphørt å gjelde og før den nye tariffavtalen ble bindende. Den som leser dommen, vil se dette med all mulig tydelighet på s. 113–114.

Lagmannsretten forholdt seg ytterst enkelt til «juri-disk teori». Den bemerket bare at «enkelte forfattere har tatt til orde for en lære om individuell ettervirkning». Men dette «tillegges ikke nevneverdig vekt i lagmannsrettens samlede vurdering av rettskildene»

(s. 10). Det er å gjøre det enkelt for seg selv, og metodisk svært forenklet. Det får så være hva «enkelte forfattere» mener. Men med det styrer lagmannsretten unna å forholde seg til et vesentlig mer omfattende rettskildemateriale enn den har berørt i dommen. Det gir mest inntrykk av enkel adopsjon av ett særskilt resonnement i «teorien».

Lagmannsrettens konklusjon er tosidig. Den er først formulert helt generelt: «Lagmannsrettens konklusjon er at tariffavtaler generelt ikke gir grunnlag for individuell ettervirkning» (s 10). Samtidig sier retten at det i «enkelte situasjoner kan være rimelig å la opphørt tariffavtale gjelde der arbeidstakerne har havnet i en situasjon med tariffløshet». Men det «fremstår likevel som usikkert om det er grunnlag for dette utover det som fremgår av lov». Hvis retten skal tas på ordet her, er dette påfallende. Spørsmålet om individuell ettervirkning handler jo ikke om at en «opphørt tariffavtale» skal gjelde likevel. Det ville være noe aldeles nytt. Dog tar retten «ikke endelig stilling til dette».

Den andre siden av konklusjonen knytter lagmannsretten til en annen situasjon: «I nærværende sak er situasjonen at den opphørte tariffavtalen ble erstattet av en ny tariffavtale.» Og da, sier retten, er det «uansett ikke rom for at tariffavtalen har individuell ettervirkning». Men se, det er jo grunnleggende galt. Ett er om en tariffavtale kan ha individuell ettervirkning. Det er jo ikke utelukket, slik dommen i ARD 1926 s. 110 illustrerer. Om det er «rom for» de arbeidsavtalebestemmelsene det da er snakk om, når en ny tariffavtale får anvendelse, beror på den nye tariffavtalen – slik denne dommen også illustrerer, og som protokollen som er sitert foran her, forutsetter.

Det siste vil være et spørsmål de alminnelige domstoler bare kan ta prejudisiell stilling til. Det hører under Arbeidsretten å ta bindende stilling til tolkningen av tariffavtaler.

Den «samlede vurdering», for å låne ord fra lagmannsrettens dom, kan ikke være en annen enn at dommen ikke kan legges til grunn som uttrykk for en holdbar rettsoppfatning. Det gjelder på flere punkter, slik rettens resonnementer er ført.

Stein Evju