



RETTSMØTERAPPORT

I sak E-10/14

ANMODNING til EFTA-domstolen i henhold til artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol («ODA») fra Eidsivating lagmannsrett i en sak mellom

Enes Deveci m.fl.

og

Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden

vedrørende forståelsen av rådsdirektiv 2001/23/EF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter.

I Innledning

1. Ved brev 31. mars 2014 fremsatte Eidsivating lagmannsrett en anmodning om rådgivende uttalelse i en verserende sak mellom Enes Deveci m.fl. («de ankende parter») og Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden («ankemotparten»). Saken for den nasjonale domstol gjelder en anke over Nedre Romerike tingretts dom, som slo fast at vilkår som stammer fra en tariffavtale inngått av overdrageren, kan erstattes med en tariffavtale inngått av erververen, etter at virksomhetsoverdragelsen har funnet sted og den opprinnelige tariffavtale er utløpt.

II Rettslig bakgrunn

EØS-rett

2. Rådsdirektiv 2001/23/EF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter («direktivet») (EFT 2001 L 117, s. 32) ble innlemmet i EØS-avtalens vedlegg XVIII i punkt 32d, ved EØS-komiteens beslutning nr. 159/2001 av 11. desember 2001 (EFT 2002 L 65, s. 38, og EØS-tillegg nr.13, s. 22).

3. Direktivets artikkel 3 lyder:

1. Overdragerens rettigheter og forpliktelser i henhold til en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold som gjelder på datoen for overdragelsen, skal som følge av overdragelsen overføres til erververen.

Medlemsstatene kan fastsette at overdrageren og erververen etter datoen for overdragelsen skal være solidarisk ansvarlige for forpliktelser som har oppstått før datoen for overdragelsen som følge av en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold som forelå på datoen for overdragelsen.

2. Medlemsstatene kan vedta egnede tiltak for å sikre at overdrageren underretter erververen om alle rettigheter og forpliktelser som vil bli overdratt til erververen i henhold til denne artikkel, såfremt disse rettighetene og forpliktelsene er eller burde ha vært kjent for overdrageren på tidspunktet for overdragelsen. Dersom overdrageren unnlater å underrette erververen om en slik rettighet eller forpliktelse, skal dette ikke berøre overdragelsen av denne rettigheten eller forpliktelsen eller arbeidstakernes rettigheter overfor erververen og/eller overdrageren med hensyn til denne rettigheten eller forpliktelsen.

3. Etter overdragelsen skal erververen opprettholde de arbeidsvilkår som er fastsatt i en tariffavtale på samme vilkår som gjaldt for overdrageren i henhold til samme avtale, inntil den dato tariffavtalen sies opp eller utløper, eller en annen tariffavtale trer i kraft eller får anvendelse.

Medlemsstatene kan begrense tidsrommet for opprettholdelse av slike arbeidsvilkår, forutsatt at tidsrommet ikke er kortere enn ett år.

Nasjonal rett

4. Direktivet er, blant annet under henvisning til direktivets artikkel 8, innarbeidet i norsk lov ved lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven) kapittel 16. Artikkel 3 nr. 1 og 3 i direktivet er innarbeidet ved arbeidsmiljøloven § 16-2 (Lønns- og arbeidsvilkår) første og annet ledd, som lyder slik:

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

(2) Ny arbeidsgiver blir bundet av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av. Dette gjelder ikke hvis ny arbeidsgiver senest innen tre uker etter overdragelsestidspunktet skriftlig erklærer overfor

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

5. Paragraf 16-2 første ledd første punktum gjenspeiler direktivets artikkel 3 nr. 1 første punktum, og § 16-2 annet ledd gjenspeiler direktivets artikkel 3 nr. 3 første ledd, men med visse tilføyelser vedrørende anvendelsen av tariffavtalen som gjelder i overdragerens foretak.

6. Norge har ikke benyttet seg av muligheten til å begrense perioden for overholdelse av vilkårene som får anvendelse for overdrager, som fastsatt i direktivets artikkel 3 nr. 3.

7. I henhold til § 16-2 annet ledd første og annet punktum er arbeidsgiveren bundet av forpliktelsene i den tidligere arbeidsgivers tariffavtaler med mindre erververen underretter den annen part i tariffavtalen i samsvar med kravene fastsatt i denne bestemmelse. Dersom en ny arbeidsgiver benytter sin adgang etter arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd første og annet punktum til å erklære seg ubundet, skal de generelle prinsipper i norsk kollektiv arbeidsrett få anvendelse. Av disse prinsipper følger at tariffavtaler ikke går over fra overdrager til erverver ved virksomhetsoverdragelser.

8. På grunnlag av disse prinsipper har norske domstoler gjennom rettspraksis etablert en lære om «unntaksvis bundethet». For det tilfelle at en overdragelse ikke er reell, kan erverver unntaksvis bli bundet av de tariffavtaler som overdrager var bundet av. Hvorvidt det foreligger en overdragelse som ikke er reell, beror på en konkret vurdering i den enkelte sak. Elementer i vurderingen er om erververen er et selvstendig rettssubjekt, om det har vært avbrudd i driften og om hensikten har vært å unndra seg forpliktelser fastsatt i en tariffavtale.

9. Lov 27. januar 2012 nr. 1 (arbeidstvistloven) inneholder bl.a. regler om tariffavtaler og deres rettsvirkninger. Etter arbeidstvistloven §§ 4 og 5 er en tariffavtale gyldig i et sbegrenset tidsrom, og skal som hovedregel ha en fastsatt utløpstid. Arbeidstvistloven § 8 fastsetter at en tariffavtale skal fortsette å gjelde så lenge en streik, lockout eller annen arbeidskamp ikke lovlig kan iverksettes.

10. Det norske tariffavtalesystem bygger på et hierarki av slike avtaler. Hovedorganisasjonene for arbeidsgiverne (Næringslivets Hovedorganisasjon («NHO»)) og fagforeningene (særlig Landsorganisasjonen i Norge («LO»), og Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund, («YS»)) inngår hovedavtaler som regulerer mer varige og overordnede forhold mellom partene. Hovedavtalene suppleres av landsdekkende tariffavtaler som ofte gjelder for en bestemt bransje

eller yrkesgruppe. Endelig kompletteres tariffavtalesystemet med særavtaler som inngås på foretaksnivå, og som fastsetter mer spesifikke regler (lønnssatser). Særavtalene må i alle tilfeller være i samsvar med de mer generelle avtaler, i tråd med «lex superior»-prinsippet.

III Faktum og saksgang

11. De ankende parter er tidligere ansatte hos Spirit Air Cargo Handling Norway AS og er dels medlemmer av Fellesforbundet eller Handel og Kontor i Norge, som begge er tilsluttet LO, og dels medlemmer i Parat, som er tilsluttet YS.

12. Ankemotparten er et konsortium som i sin helhet er eid av tre nordiske aksjeselskaper, som igjen er eid av et morselskap, SAS AB, og er en del av SAS-konsernet. Ankemotparten er medlem av NHO og av NHO Luftfart.

13. SAS-konsernets hovedaktivitet er passasjerflytrafikk, flyfraktjenester og andre flyrelaterte tjenester. De leverte tjenester utføres av forskjellige selskaper i konsernet. Ankemotparten er ett av disse selskaper. Inntil 2001 drev ankemotparten SAS-konsernets flyfraktjenester som et eget forretningsområde under navnet SAS Cargo.

14. Virksomheten knyttet til terminaldrift og frakthåndtering utviklet seg etter hvert til et eget forretningsområde som senere ble innlemmet i et eget heleid datterselskap, Spirit Air Cargo Handling AB og til slutt fusjonert inn i et eget underkonsern i SAS-konsernet («Spirit-konsernet»). Spirit-konsernets operative virksomhet ble drevet av forskjellige nasjonale datterselskaper, for eksempel Spirit Air Cargo Handling Norway AS.

15. Etter at et planlagt salg av Spirit-konsernet mislyktes, ble det besluttet at virksomheten i Spirit Air Cargo Handling Norway AS skulle integreres i ankemotpartens virksomhet igjen. Overdragelsen ble gjennomført ved at innholdet i Spirit Air Cargo Handling Norway AS ble solgt med virkning fra 1. mars 2012. Arbeidstakernes arbeidsforhold ble overført med virkning fra samme dato.

16. Både ankemotparten og Spirit Air Cargo Handling Norway AS er bundet av en rekke tariffavtaler. Ettersom begge var medlemmer av de samme arbeidsgiverorganisasjonene (NHO/NHO Luftfart), var de begge bundet av de samme hovedavtaler og landsdekkende tariffavtaler. Tariffavtalene var imidlertid supplert med lokale særavtaler om lønnssatser, som var forskjellige for ankemotparten og Spirit Air Cargo Handling Norway AS.

17. I januar 2012 ble de landsomfattende tariffavtaler rettidig sagt opp av de ankende parter fagforeninger. Utløpsdatoen var 31. mars 2012.

18. Den 16. mars 2012 mottok de ankende parter fagforeninger underretning i henhold til arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd, der ankemotparten informerte om at man ikke ønsket å være bundet av Spirit Air Cargo Handling Norway AS' særavtaler.

19. I perioden etter virksomhetsoverdragelsen 1. mars 2012, fortsatte ankemotparten å avlønne de ansatte som var overtatt fra Spirit Air Cargo Handling Norway AS i henhold til lønnssetningene i sistnevnte selskaps særavtale.

20. Med virkning fra 1. mai 2012 ble arbeidstakere som var overtatt fra Spirit Air Cargo Handling Norway AS avløst i henhold til den særavtale (lønnstabell) som var inngått mellom ankemotparten og de overførte arbeidstakernes fagforeninger.

21. Ved brev 30. mars 2012 fra ankemotparten ble ansatte som var overtatt fra Spirit Air Cargo Handling Norway AS blant annet informert om følgende:

«(...) Samtidig gjør vi oppmerksom på at du fra 1. april 2012 vil være omfattet av SAS / SHG sine tariffavtaler hva angår kollektive lønns- og arbeidsbetingelser.

Dette innebærer at dine individuelle vilkår blir justert i henhold til ovenstående med virkning fra 1. mai 2012.»

22. I henhold til gjeldende særavtale ligger lønnsnivået i ankemotpartens foretak i snitt mellom 4 og 8 prosent lavere enn for tilsvarende kategorier av ansatte i Spirit Air Cargo Handling Norway AS. Det inntraff endringer på individnivå i størrelsesorden pluss 3 prosent til minus 11,5 prosent.

23. Ved innplassering i gjeldende lønnstabeller i ankemotpartens foretak fikk de ansatte fullt ut godskrevet sin ansiennitet, kompetanse og lignende fra sitt tidligere ansettelsesforhold i Spirit Air Cargo Handling Norway AS.

24. De ankende parter, 129 tidligere ansatte i Spirit Air Cargo Handling Norway AS, aksepterte ikke lønnsreduksjonen som fulgte av overføringen til den nye tariffavtale, og tok ut stevning for Nedre Romerike tingrett. Det ble blant annet fremsatt krav om at ankemotparten måtte opprettholde lønnsnivået fastsatt i særavtalen inngått av Spirit Air Cargo Handling Norway AS. Nedre Romerike tingrett frifant imidlertid ankemotparten.

25. De ankende parter anket dommen inn for den anmodende domstol. Ifølge opplysningene mottatt av Eidsivating lagmannsrett anfører de ankende parter i hovedsak at direktivets artikkel 3 er til hinder for at de ansatte i Spirit Air Cargo Handling Norway AS kan overføres til tariffavtalen som gjelder i ankemotpartens foretak, der lønnsnivået er vesentlig lavere.

26. Ut fra opplysningene i anmodningen synes ankemotparten i hovedsak å anføre at direktivets artikkel 3 nr. 3 ikke krever at erververen skal være bundet av tariffavtalene som er inngått av overdrageren, etter disse avtalenes utløpsdato..

27. Den anmodende domstol understreker at det utvilsomt foreligger en virksomhetsoverdragelse. Den bemerker videre at det er enighet mellom partene om at ankemotpartens underretning i henhold til arbeidsmiljøloven § 16-2 ble mottatt innen tidsfristen.

28. Den 31. mars 2014 besluttet Eidsivating lagmannsrett å anmode om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. Følgende spørsmål ble forelagt:

- 1. Er det forenlig med rådsdirektiv 2001/23/EF artikkel 3 nr. 1, jf. nr. 3, at den ervervende virksomhet innordner den enkelte ansatte som omfattes av virksomhetsoverdragelsen, til en lønnstabell fastsatt i en gjeldende tariffavtale hos den ervervende virksomhet, fra et tidspunkt etter at tariffavtalen som gjaldt hos overdrageren er utløpt, selv om dette fører til en lønnsreduksjon for den enkelte ansatte?**
- 2. Beror svaret i spørsmål 1 på om tariffavtalen som gjaldt for de ansatte hos overdrageren, fortsatt løper på tidspunktet erververens tariffavtale gis anvendelse for de ansatte som omfattes av virksomhetsoverdragelsen?**
- 3. Beror svaret i spørsmål 1 på om lønnsreduksjonen er vesentlig eller ikke?**

IV Skriftlige innlegg

29. I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 97 i rettergangsordningen er skriftlige innlegg inngitt av:

- de ankende parter, representert ved advokat Sigurd-Øyvind Kambestad og advokat Christen Horn Johannessen,
- ankemotparten, representert ved advokat Frode Martin Toftevåg og advokat Bjørnar Alterskjær,
- Sveriges regjering, representert ved Anna Falk, Director, Charlotta Meyer-Seitz, Deputy Director, Ulrika Persson, Emil Karlsson, Lars Swedenborg, Natacha Otte-Widgren, Legal Advisers, samt Fredrik Sjövall, Special Adviser, og Karin Sparrman, Desk Officer, Legal Secretariat of the Ministry of Foreign Affairs, som partsrepresentanter,

- ESA, representert ved Maria Moustakali, Officer, og Janne Tysnes Kaasin, Temporary Officer, Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Johan Enegren, medlem av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentant.

V Sammendrag av fremsatte anførsler

De ankende parter

30. De ankende parter mener at Eidsivating lagmannsrett har gjengitt deres argumenter på en tilfredsstillende måte i sin anmodning til EFTA-domstolen etter ODA artikkel 34, og de viser derfor til side 8 i anmodningen.

31. Ifølge anførslene som gjengis i anmodningen, mener de ankende parter at direktivets artikkel 3 nr. 1 og 3 er til hinder for at ankemotparten kan anvende en annen særavtale i erververens foretak etter utløpet av den tariffavtale som opprinnelig gjaldt, og som var inngått av overdrager, ettersom den senere særavtale inneholder vesentlig lavere lønnssetser.

32. Ifølge anmodningen fra Eidsivating lagmannsrett anførte de ankende parter i saken for den nasjonale domstol at direktivets formål er å beskytte arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Direktivets formål består i det vesentlige i å hindre at overførte arbeidstakere settes i en mindre gunstig posisjon utelukkende som et resultat av overdragelsen.¹

33. De ankende parter anfører at dette formål trekker opp en yttergrense for hva arbeidslivets parter kan avtale i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse. Det kan utledes av anmodningen fra Eidsivating lagmannsrett at de ankende parter gjør gjeldende at beskyttelsen direktivet gir, gjelder uavhengig av om tariffavtalen som opprinnelig gjaldt, er utløpt eller ikke.

34. De ankende parter anfører at selv etter tariffavtalens utløp står arbeidsgiver ikke fullstendig fritt til å endre lønnsnivået, ettersom arbeidsgiveren i alle tilfelle må holde seg innenfor den yttergrense som direktivets formål trekker opp.²

35. Endelig fremgår det av anmodningen at de ankende parter anfører at yttergrensen som trekkes av direktivet ikke kan sies å stride mot selve substansen av erververens frihet til å opprette og drive egen virksomhet,³ ettersom den er

¹ Det vises til sak C-108/10 *Scattolon*, Sml. 2011 s. I-7491 (avsnitt 75).

² Det vises til *Scattolon*, som omtalt over.

³ Det vises til sak C-426/11 *Alemo-Herron*, dom av 18. juli 2013, publisert elektronisk (avsnitt 33-35).

basert på et lønnsnivå som erververen måtte være klar over før overdragelsen fant sted.

Ankemothparten

Det annet spørsmål

36. Ankemothparten anfører at det annet spørsmål må avvises ettersom det ikke har noen betydning for de faktiske forhold. Nedre Romerike tingrett fant at særavtalen overdrageren hadde inngått, allerede var utløpt på det tidspunkt særavtalen inngått av erververen begynte å gjelde for de ansatte som var overført.

37. Ankemothparten anfører videre at nasjonal lovgivning allerede forbyr en erververer å anvende en annen tariffavtale så lenge tariffavtalen som er inngått av overdrageren, fremdeles gjelder. Dersom tariffavtalen fremdeles hadde løpt på det tidspunkt da ankemothparten begynte å anvende sin egen tariffavtale, kunne spørsmålet følgelig ha blitt løst innenfor rammen av det nasjonale rettssystemet.

38. Ankemothparten anser derfor det annet spørsmål for å være hypotetisk og uten relevans for forholdene i den underliggende sak, og at det dessuten kan løses utelukkende på grunnlag av nasjonal lovgivning.

Det første og tredje spørsmål

39. Når det gjelder det første og tredje spørsmål, foreslår ankemothparten at disse kan vurderes samlet siden de er nært forbundet med hverandre.

40. Ankemothparten anfører at etter direktivet gjelder forpliktelsen til å opprettholde de arbeidsvilkår som er fastsatt i en tariffavtale på samme vilkår som gjaldt for overdrageren etter samme avtale, bare frem til den dato tariffavtalen sies opp eller utløper eller en annen tariffavtale trer i kraft eller får anvendelse.

41. Ankemothpartens anførsel bygger på det syn at direktivet ikke bare har til formål å ivareta arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av et foretak, men også søker å sikre en rimelig balanse mellom de ansattes og erververens interesser. Dette synspunktet har støtte i rettspraksis, som går ut på at erververen må være i stand til å foreta de justeringer og endringer som er nødvendige for å kunne drive virksomheten videre.⁴ Følgelig tillater direktivet at erververen erstatter den opprinnelige tariffavtale med en annen tariffavtale selv om den nye tariffavtale er mindre gunstig enn den opprinnelige avtale.⁵ Videre innebærer ikke erververens forpliktelse til å opprettholde de arbeidsvilkår som er fastsatt i en tariffavtale på samme vilkår som gjaldt for overdrageren, at tariffavtalen som sådan overføres.

⁴ Det vises til *Alemo-Herron*, som omtalt over (avsnitt 25), og sak C-499/04 *Werhof*, Sml. 2006 s. I-2397 (avsnitt 31).

⁵ Det vises til K. Riesenhuber, *European Employment Law*, 2012, s. 590.

42. Videre kan ikke direktivets artikkel 3 nr. 3 annet ledd etter ankemotpartens syn frata bestemmelsens første ledd sitt innhold. Annet ledd er ikke til hinder for at arbeidsvilkår i tariffavtalen som gjaldt for de berørte ansatte før overdragelsen, kan opphøre å gjelde i løpet av året etter overdragelsen, for eksempel umiddelbart fra datoen for selve overdragelsen, dersom en av hendelsene nevnt i første ledd inntreffer.⁶

43. Ankemotparten påpeker videre at siden direktivet søker å sikre en rimelig balanse mellom de ansatte og erververen, forutsetter enhver slik rimelig balanse mellom de to grupper tidsmessige begrensninger for erververens forpliktelse til å opprettholde vilkår som er fastsatt i tariffavtaler inngått av overdrageren.

44. Ifølge ankemotparten understøttes dette også av direktivets rettslige bakgrunn. Den tidligere bestemmelse, rådsdirektiv 77/187/EØF artikkel 3 nr. 2, var basert på tysk lovgivning og hadde som formål å sikre mot avvisning av tariffavtaler alene som følge av skifte av arbeidsgiver.⁷ De opprinnelige utkast til rådsdirektiv 77/187/EØF⁸ bygget på den forutsetning at erververens forpliktelser var tidsbegrenset. Denne tidsbegrensning ble beholdt i den endelige tekst i rådsdirektiv 77/187/EØF, selv om den avvek noe fra forslagetets opprinnelige ordlyd. Ankemotparten legger til at de tidsmessige begrensninger også er å finne i forskjellige dokumenter fra Kommisjonen.⁹

45. Med henvisning til rettspraksis¹⁰ anfører ankemotparten at direktivets artikkel 3 ikke inneholder noen forpliktelse for erververen til å opprettholde arbeidsvilkår fastsatt i en tariffavtale etter denne avtales utløpsdato. Etter ankemotpartens oppfatning understøttes dette argument særlig av *Juuri*¹¹ -dommen, som for øvrig har full overføringsverdi på den foreliggende sak siden tariffavtalene inngått av overdrageren var utløpt da erververens tariffavtale begynte å gjelde for de ansatte som var overført.

⁶ Det vises til *Scattolon*, som omtalt over (avsnitt 73), og sak C-396/07 *Juuri*, Sml. 2008 s. I-8883 (avsnitt 34).

⁷ Det vises til B. Hepple, "The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations", *Industrial Law Journal*, 1982 (29), s. 36, og S. Evju, *Arbeidsrett: Utvalgte artikler 2001-2010*, Universitetsforlaget, 2010, s. 463-483.

⁸ Det vises til *Proposal for a Council Directive on the harmonization of the legislation of Member States on the retention of the rights and advantages of employees in the case of mergers, takeovers and amalgamations* (COM(74) 351 final/2), EFT 1974 C 104, s. 1, og *Amended proposal for a Directive of the Council on the harmonisation of the legislation of the Member States on the retention of the rights and advantages of employees in the case of mergers, takeovers and amalgamations* (COM(75) 429 final).

⁹ Det vises til *Memorandum from the Commission on acquired rights of workers in case of transfer of undertaking* (COM(97) 85 final), s. 8-9 og 15, og *Commission Report on Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses* (COM(2007) 334 final), s. 6-7.

¹⁰ Det vises til sak C-4/01 *Martin*, Sml. 2003 s. I-2859 (avsnitt 48), *Werhof*, som omtalt over (avsnitt 28 og 30), og *Juuri*, som omtalt over (avsnitt 32-34).

¹¹ Det vises til *Juuri*, som omtalt over (avsnitt 32-34).

46. Ankemotparten bemerker at direktivet bare tar sikte på en delvis harmonisering. Det har ikke til formål å etablere et ensartet beskyttelsesnivå, men å sikre at den ansatte blir like godt beskyttet i forhold til erververen som vedkommende var i forhold til overdrageren i henhold til lovgivningen i den aktuelle EØS-stat.¹²

47. Ankemotparten fastholder dermed at det er forenlig med direktivet å innordne de enkelte ansatte i en lønnstabell fastsatt i tariffavtalen som er inngått av erververen, med virkning fra det tidspunkt den opprinnelige tariffavtale utløp, selv om dette medfører en vesentlig lønnsreduksjon for den enkelte ansatte.

48. Følgelig konkluderer ankemotparten med at spørsmålet om en erverver kan anvende sin egen tariffavtale på de overførte ansatte, må avgjøres i henhold til nasjonal lovgivning.

49. Videre anfører ankemotparten at generaladvokatens uttalelse i den verserende saken *Österreichischer Gewerkschaftbund* gir anvisning på en utvidelse av direktivets beskyttelse bare dersom og i den utstrekning nasjonal lovgivning utvider utover utløpsdatoen de tilsvarende tidsmessige begrensninger som gjelder for beskyttelsen av arbeidsvilkårene fastsatt i en tariffavtale.¹³ I denne sammenheng anfører ankemotparten at i henhold til norsk lovgivning¹⁴ skal utløpte tariffavtaler bare opprettholdes til fordel for de ansatte frem til de ansatte er lovlig bundet av nye tariffavtaler, og dermed gir direktivets artikkel 3 ingen ytterligere beskyttelse i tid, uavhengig av om den ansatte har vært omfattet av en virksomhetsoverdragelse eller ikke. Opprettholdelse av utløpte tariffavtaler eller forlenget beskyttelse er ikke relevant i den foreliggende sak.

50. Med hensyn til *Scattolon*¹⁵ og de ankende parter argumenter som støtter seg på denne dom, anfører ankemotparten at dommen ikke er relevant for den foreliggende sak, og at det følgelig ikke kan utledes noen støtteargumenter fra den.

51. Etter ankemotpartens oppfatning er spørsmålet som reises i *Scattolon* forskjellig fra det som reises i Eidsivating lagmannsretts anmodning. I *Scattolon* var en ny tariffavtale blitt anvendt på den overførte ansatte til tross for at den opprinnelige tariffavtale tilsynelatende fremdeles gjaldt på den aktuelle dato. Tvert imot gjelder spørsmålet som skal besvares i den foreliggende sak om vilkårene som er sikret gjennom en tariffavtale inngått i overdragerens foretak, må overholdes av erververen etter at denne avtale er formelt utløpt og erstattet.

¹² Det vises til sak C-458/12 *Lorenzo Amatori*, dom 6. mars 2014, publisert elektronisk (avsnitt 41).

¹³ Det vises til generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse 3. juni 2014 i sak C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftbund*, publisert elektronisk.

¹⁴ Det vises til merknadene i Eidsivating lagmannsretts anmodning, s. 3-4.

¹⁵ Det vises til *Scattolon*, som omtalt over.

52. Ankemotparten anfører videre at den forlengede beskyttelse som direktivet gir, er begrenset til arbeidstakere som settes i en mindre gunstig posisjon utelukkende som et resultat av en overføring til en annen arbeidsgiver. Etter ankemotpartens oppfatning er de ansattes situasjon i den foreliggende sak en konsekvens av at tariffavtalene som tidligere gjaldt er utløpt, og at tariffavtalene som var inngått i ankemotpartens foretak før overføringen, deretter begynte å gjelde også for de overførte ansatte. Følgelig, fortsetter ankemotparten, er de ankende parters situasjon ikke utelukkende et resultat av overføringen, men også en rettslig konsekvens av de gjeldende tariffavtaler og de generelle prinsipper i norsk kollektiv arbeidsrett.

53. Ankemotparten anfører også at beskyttelsen direktivet gir (herunder enhver tidsbegrensning som følger av denne), ikke får anvendelse når de gunstigere vilkår som tidligere ble tilbudt av overdrageren, var fastsatt i en tariffavtale som ikke lenger er rettslig bindende for de ansatte i den overførte enhet.¹⁶

54. Ankemotparten anfører videre at det er tatt fullt hensyn til ansiennitet ved beregning av de ansattes lønn.

55. Endelig hevder ankemotparten at direktivet må tolkes i samsvar med Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter («pakten»), nærmere bestemt i samsvar med friheten til å opprette og drive egen virksomhet, som er nedfelt i artikkel 16 i pakten, og som også kommer til uttrykk i direktivets artikkel 3. Selv om pakten ikke er innarbeidet i EØS-avtalen, mener ankemotparten at den, i tråd med homogenitetsprinsippet, er relevant for tolkningen av foreliggende bestemmelse, ettersom det ikke er noen forskjell mellom EØS-retten og EU-retten hva angår bestemmelsens virkeområde og formål.

56. Ankemotparten er av den oppfatning at tolkningen som søkes av de ankende parter i prinsippet ville innebære at overdragerens tariffavtaler gjøres til en terskel som påfølgende tariffavtaler bare kan avvike fra dersom det er til de ansattes fordel. Ankemotparten anfører at dette ville medføre at erververens interesser knyttet til kostnadsbesparelser og til å sikre et godt forhold mellom partene i arbeidslivet ikke blir tatt hensyn til, og at det dermed legges en begrensning på erververens frihet til å opprette og drive egen virksomhet.

57. Ankemotparten anmoder EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

1. *Spørsmål 2 avvises.*

2. *Spørsmål 1 og 3: Det er forenlig med rådsdirektiv 2001/23/EF artikkel 3 å innordne enkeltansatte som omfattes av virksomhetsoverdragelsen, til en*

¹⁶ Det vises til *Martin*, som omtalt over (avsnitt 48).

lønnstabell fastsatt i en gjeldende tariffavtale hos den ervervende virksomhet, fra et tidspunkt etter at tariffavtalen som gjaldt hos overdrageren er utløpt, selv om dette fører til en lønnsreduksjon for den enkelte ansatte, og uavhengig av om lønnsreduksjonen er betydelig eller ikke.

Sveriges regjering

Det første spørsmål

58. Sveriges regjering anfører at ordlyden i direktivets artikkel 3 nr. 3 i prinsippet fastsetter en forpliktelse for erververen til å overholde tariffavtaler inngått av overdrageren. Det følger imidlertid av ordlyden at denne forpliktelse bare varer frem til utløpet av den berørte tariffavtale.

59. Etter Sveriges regjering oppfatning støttes denne tolkning også av at direktivets artikkel 3 nr. 3 ikke kan medføre en forpliktelse for erververen til å opprettholde bestemte arbeidsvilkår inngått av overdrageren etter avtalt utløpsdato for tariffavtalen, dersom avtalepartene har avtalt å ikke garantere opprettholdelse av bestemte arbeidsvilkår ut over en bestemt dato.¹⁷ Når avtalen er utløpt, gjelder den ikke lenger.

60. Sveriges regjering understreker at *Scattolon*¹⁸-dommen ikke etablerer noen generell regel for tolkningen av direktivet, men har sitt utspring i sakens meget spesielle omstendigheter. Slik Sveriges regjering forstår det, gjelder *Scattolon*-dommen situasjoner der den gjeldende tariffavtale erstattes umiddelbart etter overdragelsen, og der de ansattes kvalifikasjoner, herunder ansiennitet, ikke blir tilstrekkelig vektlagt etter overdragelsen, med en vesentlig lønnsreduksjon som resultat for de berørte ansatte.¹⁹ Følgelig understøtter *Scattolon*-dommen oppfatningen om at direktivet søker å forhindre at arbeidstakere settes i en mindre gunstig posisjon enn tidligere, utelukkende som et resultat av overføring til en annen arbeidsgiver.²⁰

61. I en situasjon som i den foreliggende sak, der de ansatte som er overført ikke lenger nyter rettigheter i henhold til en tidligere gjeldende tariffavtale som følge av at denne avtale er utløpt, anfører Sveriges regjering derimot at de ansattes tap av retten til en bestemt lønn ikke er direkte forbundet med overdragelsen, men med tariffavtalens utløp. I en slik situasjon, legger Sveriges regjering til, er *Juuri*-dommen relevant.²¹

¹⁷ Det vises til *Juuri*, som omtalt over (avsnitt 33).

¹⁸ Det vises til *Scattolon*, som omtalt over.

¹⁹ Samme sted.

²⁰ Samme sted (avsnitt 77).

²¹ Det vises til *Juuri*, som omtalt over (avsnitt 33).

62. Sveriges regjering er videre av den oppfatning at dersom direktivets artikkel 3 nr. 3 skulle tolkes slik at den fastsetter vedvarende forpliktelser for erververen basert på en tidligere, nå utløpt tariffavtale, ville dette kunne gi utløpte tariffavtaler bestående gyldighet. Erververen ville bli bundet på ubestemt tid av tariffavtaler som han ikke selv har kunnet påvirke. Dette ville redusere avtalefriheten i en slik grad at selve substansen i erververens frihet til å opprette og drive egen virksomhet ville bli rammet.²²

63. Endelig anfører Sveriges regjering at dersom utløpte tariffavtaler skulle gis bestående gyldighet, ville dette gjøre det umulig for erververen å anvende vilkårene i en tariffavtale på overførte og ikke-overførte ansatte på en måte som ikke innebærer forskjellsbehandling, ettersom muligens flere tariffavtaler – eller rettigheter som følger av utløpte tariffavtaler – ville måtte anvendes i virksomheten.

64. Sveriges regjering foreslår følgelig at det første spørsmål besvares bekreftende.

Det annet spørsmål

65. Ifølge Sveriges regjering følger det av den nasjonale domstols anmodning at tariffavtalen som gjaldt for overdrageren, er utløpt. I lys av forslaget til svar på det første spørsmål er det følgelig ikke nødvendig å besvare det annet spørsmål.

Det tredje spørsmål

66. Etter Sveriges regjering oppfatning må det tredje spørsmål besvares benektende, ettersom en erverver ikke lenger er bundet av forpliktelser fastsatt i en tidligere tariffavtale dersom denne tariffavtale er utløpt.

67. Sveriges regjering anmoder EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

1. *Spørsmål 1: Det er forenlig med rådsdirektiv 2001/23/EF artikkel 3 nr. 1 og 3 at den ervervende virksomhet innordner den enkelte ansatte som omfattes av virksomhetsoverdragelsen, til en lønnstabell fastsatt i en gjeldende tariffavtale hos den ervervende virksomhet, fra et tidspunkt etter at tariffavtalen som gjaldt hos overdrageren er utløpt, selv om dette fører til en lønnsreduksjon for den enkelte ansatte.*

2. *Spørsmål 3: Det tredje spørsmål må besvares benektende.*

²² Det vises til *Alemo-Herron*, som omtalt over (avsnitt 33-36).

ESA

Innledende bemerkninger

68. Innledningsvis bemerker ESA at direktivet søker å sikre en rimelig balanse mellom interessene til de ansatte som overføres og erververen.²³ Videre følger det av rettspraksis at direktivets artikkel 3, lest i sammenheng med artikkel 8, ikke kan tolkes slik at den gir EØS-statene rett til å iverksette tiltak som er egnet til å ramme selve kjernen i erververens frihet til å opprette og drive egen virksomhet.²⁴

69. ESA anfører videre at direktivet bare tar sikte på en delvis harmonisering og ikke har til formål å etablere et ens nivå for beskyttelse i hele EØS.²⁵ Direktivet skal bare sikre at den overførte ansatte gis samme grad av beskyttelse i sitt forhold til erververen som vedkommende hadde i sitt forhold til den overdragende virksomhet etter lovgivningen i den berørte EØS-stat.²⁶

Det første spørsmål

70. ESA anfører at direktivet ikke harmoniserer vilkårene som regulerer en eksisterende tariffavtales utløp, og at det heller ikke harmoniserer hvordan en annen tariffavtale trer i kraft eller gis anvendelse. Følgelig er det nasjonal rett som bestemmer vilkårene for at en annen tariffavtale kan tre i kraft eller få anvendelse etter utløpet av en tidligere tariffavtale.

71. ESA gjør gjeldende at det av ordlyden i direktivets artikkel 3 nr. 3 følger at erververens forpliktelse til å overholde vilkårene i gjeldende tariffavtaler inngått av overdrageren faller bort når tariffavtalene utløper.²⁷

72. Etter ESAs oppfatning er det ingenting som tilsier at erververen skulle være bundet av andre tariffavtaler enn de som gjelder på overdragelsestidspunktet,²⁸ ettersom direktivet bare tar sikte på å ivareta de rettigheter og forpliktelser for ansatte som gjelder på datoen for overdragelsen, og ikke har til formål å beskytte rene forventninger.²⁹

²³ Samme sted (avsnitt 25).

²⁴ Samme sted (avsnitt 25-36).

²⁵ Det vises til *Juuri*, som omtalt over (avsnitt 23), og sak C-425/02 *Delahaye*, Sml. 2004 s. I-10823.

²⁶ Det vises til *Juuri*, som omtalt over (avsnitt 23), *Martin*, som omtalt over (avsnitt 41), og sak 324/86 *Tellerup mot Daddy's Dance Hall*, Sml. 1988 s. 739 (avsnitt 16).

²⁷ Det vises til *Juuri*, som omtalt over (avsnitt 33-34).

²⁸ Det vises til *Werhof*, som omtalt over (avsnitt 29).

²⁹ Det vises til *Werhof*, som omtalt over (avsnitt 29), og generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, som omtalt over (avsnitt 51).

73. ESA bemerker dessuten at direktivet ikke er til hinder for at erververen kan redusere lønnen som betales, for eksempel for å overholde gjeldende nasjonale regler for offentlig ansatte, såfremt disse nasjonale regler tolkes i lys av direktivets formål og det tas hensyn til ansiennitet.³⁰

74. ESA anfører at forpliktelsen til å ta hensyn til faktorer som ansiennitet, utdanning og erfaring, som påvirker beregningen av lønnen, synes å gjenspeile rimelighetshensyn som må tas i betraktning for å fastsette lønnen i samsvar med direktivets formål.

75. Følgelig er ESA av den oppfatning at det første spørsmål må besvares bekreftende i den utstrekning vilkårene i en tariffavtale i en ervervende virksomhet kan anvendes på de overførte ansatte, selv om dette medfører en lønnsreduksjon, forutsatt at de relevante regler i nasjonal lovgivning tolkes i lys av direktivet og det tas hensyn til de ansattes kvalifikasjoner.

Det annet spørsmål

76. Ifølge ESA berører det annet spørsmål to aspekter, ettersom det gjelder både vilkårene for anvendelse av en annen avtale og innholdet i en slik avtale.

77. Dersom tariffavtalen som gjaldt i overdragerens virksomhet fortsatt løper, følger det av ordlyden i direktivets artikkel 3 nr. 3 at når et av de alternative vilkår som der er angitt er oppfylt, vil erververens forpliktelse til å overholde vilkårene i tariffavtalen som gjaldt i overdragerens virksomhet, falle bort. Direktivet rangerer ikke alternativene, men presenterer dem som likeverdige med hensyn til vekt og virkning.

78. ESA anfører at siden direktivet ikke harmoniserer vilkårene for en eksisterende tariffavtales utløp, og det heller ikke harmoniserer hvordan en annen tariffavtale trer i kraft eller gis anvendelse, må slike situasjoner reguleres av nasjonal lovgivning.

79. Følgelig mener ESA at dersom de nasjonale vilkår for å erstatte den gjeldende kollektivavtale i overdragerens virksomhet med avtalen i erververens virksomhet er overholdt, skal vilkårene i tariffavtalen i erververens virksomhet få anvendelse, og en lønnsreduksjon er da mulig. Tilsvarende må konklusjonen bli den samme dersom de nasjonale vilkår som gjelder for å erstatte en eksisterende tariffavtale med en ny tariffavtale er overholdt.

80. Samtidig understreker ESA også at dersom de nasjonale vilkår som gjelder for å erstatte tariffavtaler ikke er overholdt, skal vilkårene i den eksisterende tariffavtalen fortsette å gjelde etter virksomhetsoverdragelsen.

³⁰ Det vises til *Delahaye*, som omtalt over (avsnitt 35).

81. Følgelig foreslår ESA at det annet spørsmål besvares bekreftende; svaret på det første spørsmål kan avhenge av om tariffavtalen i overdragerens virksomhet fremdeles gjaldt da erververens tariffavtale ble gitt anvendelse. Vurderingen av om og i hvilken grad dette kan påvirke ikrafttreddelsen eller anvendelsen av en annen avtale, vil imidlertid avhenge av reglene i den berørte EØS-stats kollektive arbeidsrett.

Det tredje spørsmål

82. Når det gjelder det tredje spørsmål, bemerker ESA at i tillegg til erververens forpliktelse til å tolke de relevante regler i tråd med direktivets formål, som allerede nevnt i tilknytning til de øvrige spørsmålene, fastsetter direktivets artikkel 4 nr. 2 ytterligere begrensninger i erververens skjønnsmyndighet til å fastsette arbeidsvilkårene til de arbeidstakere som er overført etter utløpet av de foregående tariffavtaler.

83. Etter ESAs oppfatning kan en betydelig lønnsreduksjon innebære en vesentlig endring i arbeidsvilkårene i henhold til direktivets artikkel 4 nr. 2. Dersom ansettelsesforholdet opphører som følge av denne endring i arbeidsvilkårene, fastsetter artikkel 4 nr. 2 at arbeidsgiveren skal anses som ansvarlig for opphøret, og konsekvensene av dette beror på nasjonal lovgivning. Dermed begrenser artikkel 4 nr. 2 arbeidsgiverens skjønnsmyndighet til å justere arbeidsvilkårene til gunst for de overførte arbeidstakere.

84. Ettersom svarene på spørsmål 1 og 3 er så nært knyttet til hverandre, foreslår ESA følgelig at disse to spørsmål besvares samlet.

85. ESA anmoder EFTA-domstolen om å besvare de nevnte spørsmål på følgende måte:

- 1. Spørsmål 1 og 3: Vilkårene i tariffavtalen i erververens virksomhet kan anvendes på de overførte ansatte etter utløpet av tariffavtalen i overdragerens virksomhet, selv om dette medfører en lønnsreduksjon, forutsatt at de relevante regler tolkes i lys av direktivets formål og det tas hensyn til ansiennitet i overdragerens virksomhet og andre tilsvarende faktorer ved beregning av lønnen i erververens virksomhet. Lønnsreduksjonens omfang vil være av betydning i den utstrekning det kan innebære en vesentlig endring i arbeidsvilkårene i henhold til direktivets artikkel 4 nr. 2.*
- 2. Spørsmål 2: Dersom tariffavtalen i overdragerens virksomhet fremdeles løper på datoen for overdragelsen, kan dette påvirke anvendelsen av erververens tariffavtale, avhengig av reglene som er fastsatt i den respektive stats kollektive arbeidsrett.*

Kommisjonen

Det første og tredje spørsmål

86. Kommisjonen anfører at siden tariffavtalen som den nasjonale tvist gjelder utløp før datoen for overdragelsen, er ankemotparten ikke forpliktet til å overholde vilkårene i avtalen.

87. Ifølge Kommisjonen bygger denne tolkningen på at direktivets artikkel 3 nr. 1 første ledd ikke kan tilsidesette intensjonene tariffavtalens parter har, slik intensjonene er uttrykt i avtalen. Dersom partene har fastsatt at visse rettigheter i en avtale bare skal gjelde frem til en bestemt dato, kan ikke artikkel 3 nr. 3 pålegge erververen å opprettholde arbeidsvilkårene etter denne dato.³¹

88. Kommisjonen anfører at *Scattolon*³² ikke støtter en annen tolkning av direktivet; i den foreliggende sak – til forskjell fra *Scattolon* – var den tidligere tariffavtale utløpt, og på datoen for overdragelsen var dermed ingen tariffavtale inngått av overdrageren i kraft. Videre er det i den foreliggende sak ubestridt at de overførte ansatte fikk godskrevet sin ansiennitet og kompetanse fullt ut, til forskjell fra situasjonen i *Scattolon*.

89. Kommisjonen anmoder EFTA-domstolen om å besvare det første og tredje spørsmål på følgende måte:

Spørsmål 1 og 3: Direktivets artikkel 3 nr. 3 er ikke til hinder for at den ervervende virksomhet innordner de enkelte ansatte som omfattes av en virksomhetsoverdragelse, til en lønnstabell fastsatt i en gjeldende tariffavtale hos den ervervende virksomhet, fra et tidspunkt etter at tariffavtalen som gjaldt hos den overdragende virksomhet er utløpt, uavhengig av størrelsen på lønnsreduksjonen dette eventuelt måtte medføre.

Det annet spørsmål

90. Etter Kommisjonens oppfatning innebærer ikke anvendelsen av direktivets artikkel 3 nr. 3 at en ervervende virksomhets tilsidesettelse av en tariffavtale som bandt den overdragende virksomhet men som utløp før overdragelsen, bare er begrenset til tilfelle der lønnsreduksjonen overdragelsen måtte medføre ikke er betydelig.

91. Kommisjonens anser derfor det annet spørsmål for å være hypotetisk.

³¹ Det vises til *Juuri*, som omtalt over (avsnitt 33).

³² Det vises til *Scattolon*, som omtalt over.

Carl Baudenbacher
Saksforberedende dommer