

Teorier om tariffavtalens ettervirkning

TARJEI THORKILDSEN

Tariffavtalen er ikke som andre avtaler, i den forstand at den ikke uten videre opphører ved dens avtalte utløpstid. Dette er uttrykkelig regulert i arbeidstvistloven § 8 tredje ledd ved regelen om at tariffavtalen har ettervirkning i en viss periode ved tvist om fornyelse av avtalen, dvs. frem til lovlig arbeidskamp eventuelt iverksettes. I juridisk teori er det tatt til orde for en lære om ettervirkning av tariffavtaler utover det som reguleres av lovens regel. Det gjelder dels ettervirkning av tariffavtalen som sådan i en del øvrige situasjoner, f.eks. ved fortsatt mekling etter fredspliktens opphør. Men det argumenteres også med at tariffavtalen vil bestå som en del av de individuelle arbeidsavtalene etter at tariffavtalen definitivt er brakt til opphør – såkalt individuell ettervirkning. Temaet for denne artikkelen er å analysere nærmere det rettskildegrunnlag som påberopes som grunnlag for disse teoriene om tariffavtalens ettervirkning.

NØKKEWORD: ettervirkning, tariffbundethet, tariffavtalens ufravikelighet, tariffavtalens opphør, arbeidstvistloven § 8, arbeidsmiljøloven § 16-2, virksomhetsoverdragelse, Arbeidsretten, kompetanse, domsmyndighet, Rt-1996-1218

TARJEI THORKILDSEN, cand.jur. 1989 (UiO) og Master of Law 1994 (University of Cambridge). Partner i Advokatfirmaet BAHN AS. Tidligere advokat hos Regjeringsadvokaten og dommer i Drammen tingrett.

1. Innledning¹

Som alminnelig regel er tariffavtalen en tidsbegrenset avtale, enten ved at dens varighet er avgrenset til for eksempel to år, eller ved at den er oppsigelig.² Arbeidstvistloven³ og i en viss grad alminnelige tariffrettslige regler inneholder imidlertid normer om at tariffavtaler kan ha virkning også etter sin ordinære utløpstid. Dette benevnes gjerne som tariffavtalens ettervirkning.

Arbeidstvistloven § 8 tredje ledd⁴ inneholder i så måte en praktisk regel for å forlenge tariffavtalens virketid i en interesseløstetvistsituasjon. Etter bestemmelsen vil tariffavtalen fortsette å gjelde inntil lovens frister for å igangsette arbeidskamp er utløpt. Det vil si at tariffavtalen har ettervirkning etter sin normale varighetsperiode i tilfelle tvist knyttet til forlengelse av tariffavtaleforholdet. Lovens ettervirkningsregler reiser dels spørsmål om hvor lenge slik ettervirkning gjelder, og hva som nærmere skal gjelde som lønns- og arbeidsvilkår i ettervirkningsperioden. I tillegg er det drøftet ettervirkning i en del spesielle situasjoner, for eksempel etter meklingsfristens utløp.⁵ Dette er alle problemstillinger som gjelder ettervirkning av tariffavtalen som sådan, og omtales nærmere i hovedpunkt 2.

Det har i juridisk teori vært tatt til orde for at fordi tariffavtalen utgjør en del av de enkelte arbeidsavtaler, vil dens normer for arbeidsforholdene gjelde videre som arbeidsavtalenorm også

¹ En stor takk til advokat Christian Backe for verdifulle bidrag til artikkelen.

² Se S. Evju, «Tariffavtalens ettervirkning», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1984, s. 254 (255) (Evju 1984).

³ Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven).

⁴ Artikkelen går ikke nærmere inn på den tilsvarende lovbestemmelse i lov 18. juli 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister (tjenestetvistloven) § 20 nr. 2 andre ledd.

⁵ Evju 1984, s. 270 flg.

etter opphør av tariffavtalen som ga opphav til reguleringen.⁶ Dette har gjerne vært omtalt som et spørsmål om tariffavtalen har såkalt individuell ettervirkning.⁷ I denne forbindelse er det dels et spørsmål om det er rettskildemessig grunnlag for en slik bindende ettervirkning av tariffavtalen (punkt 3.1–3.5), og i den forbindelse hva en slik eventuell lære om individuell ettervirkning eventuelt nærmere innebærer (punkt 3.6).

2. Tariffavtalens forlengede virketid – ettervirkning

2.1 Hovedregel

I motsetning til hva som er hovedregelen for ordinære avtaler, fastsetter arbeidstvistloven som nevnt at tariffavtalen ikke uten videre faller bort selv om utløpsdatoen er passert, eller avtalen er oppsagt og oppsigelsestiden utløpt. Det følger således av arbeidstvistloven § 8 tredje ledd:

«Med mindre annet er avtalt, skal den tariffavtale og de lønns- og arbeidsvilkår som gjaldt ved tvistens utbrudd, gjelde så lenge streik, lockout eller annen arbeidskamp ikke må iverksettes etter andre ledd.»

Bestemmelsen regulerer tariffavtalens ettervirkning ved interesselvister, dvs. ved tvist om tariffavtaleforholdet skal bestå, og eventuelt hvilket innhold en fortsatt tariffavtale skal ha. Der hvor én part krever at tariffavtaleforholdet skal fortsette, vil det i utgangspunktet foreligge en slik tvist at den utløpte tariffavtalen får ettervirkning.⁸ Dette gjelder selv om den andre parten er tydelig på at den har sagt opp tariffavtalen til opphør og ikke ønsker å forhandle om noen ny eller revidert tariffavtale, jf. AR-2017-12 (NRK).⁹ Her uttaler retten i avsnitt 53:

«En part kan ikke ensidig bestemme at ettervirkningen skal falle bort ved å presisere at tariffavtalen gis til opphør eller uttale at tariffreguleringen faller bort etter utløpet av oppsigelsesfristen.»

I den konkrete saken anså Arbeidsrettens flertall at det faktisk forelå en interesselvist, ved at den part som erklærte oppsigelse til opphør, hadde sagt seg villig til å forhandle om ny tariffavtale på visse vilkår. Denne dommen tar dermed ikke uttrykkelig stilling til om det kan tenkes at situasjonen er en annen i et rent tilfelle av opphørshensikt, men ordlyden i dommen sammenholdt med øvrige kilder kan tilsa at en ren opphørserklæring og -hensikt ikke er tilstrekkelig for å avskjære tariffavtalens ettervirkning.

Ettervirkningen etter arbeidstvistloven § 8 tredje ledd gjelder inntil arbeidskamp kan iverksettes eller ny tariffavtale inngås. Arbeidskamp kan iverksettes når vilkårene i arbeidstvistloven §§ 18 og 25 er oppfylt, jf. arbeidstvistloven § 8 andre ledd. Av arbeidstvistloven § 18 følger det at streik eller lockout ikke kan iverksettes før det er gitt plassoppsigelse og oppsigelsesfristen som følger av denne er utløpt, og ikke i noe tilfelle før fristene i §§ 18 og 25 har utløpt – i praksis gjerne omtalt som «meklingsfristen». Tilsvarende kan det med grunnlag i en uttrykkelig eller forutsetningsvis aksept

⁶ Se blant annet S. Evju, «Eftervirkning, bundethet og endringsadgang», *Arbeidsrett* 2019, s. 39–69 (Evju 2019); A.N. Skjønberg, «Den alminnelige regelen om ettervirkning av tariffavtaler», *Arbeidsrett* 2019, s. 18–38 (Skjønberg 2019b); og P. Berg, *Arbeidsrett*, Oslo 1930, s. 182 (heretter Berg 1930). Motsatt J. Fougner senest i Fougner, *Norsk arbeidsrett*, Oslo 2019, s. 597 flg. (Fougner 2019).

⁷ Skjønberg 2019b, blant annet punkt 1 første avsnitt, benytter begrepet «ettervirkning av tariffavtalen» som betegnelse på det som her kalles individuell ettervirkning, som motsetning til «tariffavtalens ettervirkning».

⁸ Se også V. Veggeland, «Forbudet mot endring i arbeidsvilkår etter arbeidstvistlovens § 8 tredje ledd – særlig om pensjon», *Arbeidsrett* 2018, s. 85–96 (Veggeland 2018). Veggeland drøfter særlig ettervirkning ved krav om opprettelse av tariffavtale i uorganisert bedrift og overgang fra én overordnet tariffpart til en annen.

⁹ Forfatteren var prosessfullmektig for Arbeidsgiverforeningen Spekter og NRK i saken.

foreligge en fortsatt ettervirkning der hvor partene mekler på overtid, eller der man venter på resultat av uravstemning over et meklingsforslag.¹⁰

Ovennevnte innebærer at tariffavtalen gjelder på ettervirkning inntil arbeidskamp er utløst av en av partene.

2.2 Opphør uten å initiere arbeidskamp?

Det følger av gjennomgåelsen ovenfor at tariffavtalen som gjaldt ved utbruddet av en interesseløst, fortsatt gjelder så lenge arbeidskamp ikke lovlig kan iverksettes. Arbeidskamp er imidlertid ikke eneste grunnlag for bortfall av tariffavtalens ettervirkning.

Arbeidstvistlovgivningen bygger på et prinsipp om at partene har fri rådighet over tariffavtalen. Såfremt det er enighet mellom partene, står de fritt til å kunne foreta endringer i tariffavtalen, herunder foreta endringer underveis i tariffperioden samt avtale at tariffavtalen skal falle bort.

Dette gjelder også i ettervirkningsperioden og følger direkte av ordlyden i arbeidstvistloven § 8 nr. 3 – «Med mindre annet er avtalt ...». Partene står således fritt til å avtale seg bort fra lovens ordning med ettervirkning. Hvorvidt det er inngått avtale om at tariffavtalens ettervirkning skal falle bort, beror på en tolkning. Det kan dermed være spørsmål om det foreligger en felles partsvilje, eller om partene har gitt hverandre berettigede forventninger om å fravike ettervirkningsregelen.¹¹

Det er ikke et vilkår at avtale i medhold av § 8 (3) er skriftlig. En slik felles partsvilje kan komme til uttrykk på andre måter. Hensynene som begrunner reglene om ettervirkning, tilsier – og rettspraksis fra Arbeidsretten viser – imidlertid at dersom det ikke foreligger uttrykkelige holdepunkter for en felles partsvilje, så skal det mye til før partene kan anses for å ha fraveket regelen om ettervirkning.

Som oppsummert i NRK-dommen avsnitt 53 kan man av dette for det første utlede at partene kan bli enige om at tariffavtalen skal falle bort når tariffperioden utløper. For det andre kan begrensninger i ettervirkningen følge av tariffforholdet mellom partene, jf. AR-2016-23, og for det tredje kan ettervirkningen falle bort som følge av forhandlingsforløpet og partenes opptreden i den forbindelse, jf. ARD-1992-1 og ARD-1992-14. Det er således lagt til grunn i rettspraksis fra Arbeidsretten at tariffavtalens ettervirkninger etter omstendighetene kan anses bortfalt uten at det bygger på uttrykkelig samtykke eller enighet mellom partene.

At begrensninger i ettervirkningen fulgte av tariffforholdet mellom partene, var tilfellet i AR-2016-23. I overenskomst for oljeservicebedrifter mellom LO/Industri Energi og NHO/Norsk Olje og Gass var det inntatt en såkalt sperreklause. Gjennom bestemmelsen hadde partene påtatt seg en særskilt forpliktelse til ikke å inngå avvikende overenskomster med andre parter innen avtalens virkeområde. I dette ligger et krav til likhet i innhold og redigering for parallelle avtaler. NHO/Norsk Olje og Gass hadde inngått en parallell tariffavtale (Brønnserviceavtalen – BSA) med YS/SAFE som avvek fra overenskomsten, og spørsmålet var om dette var i strid med sperreklause.

Arbeidsretten slo fast at sperreklause gjaldt etter reglene om ettervirkning, men kom likevel til at det ikke var tariffstridig å inngå en slik parallell avtale. Resultatet var begrunnet med at Norsk Olje og Gass ikke var å bebreide for at Oljeserviceavtalen ikke ble forhandlet/meklet før avtalen med YS/SAFE. Arbeidsretten uttalte følgende:

¹⁰ Se Evju 1984, s. 271–275.

¹¹ A.N. Skjønberg, *Fredsplikten i tarifforhold*, Oslo 2019, s. 427 (Skjønberg 2019a).

«Partene har i OSA [overenskomst for oljeservicebedrifter] og i parallelle avtaler med NR [Norges Rederiforbund] og SAFE avtalt at OSA skal være førende for Offshoreservicebedriftsavtalen og BSA. Begge parter har ansvar for at dette blir resultatet av forhandlingene mellom organisasjonene. Det innebærer at partene må innrette forhandlingene på en slik måte at OSA forhandles/mekles først, i det minste parallelt, med de øvrige overenskomstene. Hver av partene bærer risikoen for at egen strategi og forhandlingsopplegg muliggjør oppfyllelsen av punkt 2.1.2 og dens protokolltilførsel [sperreklausulen]. Etter en samlet vurdering er Arbeidsretten kommet til at NOG [Norsk Olje og Gass] i dette tilfelle ikke er å laste for at OSA ikke ble forhandlet/meklet ferdig før BSA. NOG har, slik Arbeidsretten ser det, gitt IE [Industri Energi] muligheten til å komme først i tid. Forbundet må derfor selv bære hovedansvaret for den situasjon som oppsto.»

Saken er spesiell, men viser at forhold mellom partene kan medføre at ettervirkning bortfaller etter en konkret vurdering. Saken har også visse likhetstrekk med ARD-1992-1 og ARD-1992-14 hvor ettervirkning falt bort som følge av forhandlingsforløpet og partenes opptreden i den forbindelse, i form av passivitet fra en av partene.

En generell uttalelse om betydningen av passivitet i tarifforhold finnes i ARD-1992-14 hvor det står følgende:

«Rettspraksis viser – i rikt monn – at passivitet i mange og ulike sammenhenger kan få selvstendig betydning og føre til tap eller bortfall av tariffmessige krav og rettigheter. Det har også, i et spesielt tilfelle, vært lagt til grunn at en tariffavtale som ikke er bragt til opphør i samsvar med lovens regler, kan være bortfalt på grunn av passivitet; jfr. ARD 1923 231. På det tariffrettslige felt vil innrettelseshensyn ofte ha betydning. Men partenes forhold, og lojalitetshensyn, står også sentralt. Det er imidlertid ikke grunn til å gå inn på en videre drøftelse av dette her. Å gi en uttømmende beskrivelse av hvilke hensyn og momenter som kan være relevante, er ikke mulig generelt. Såvel problemstillinger som saksforhold vil variere, og spørsmål om det er utvist passivitet som skal tillegges virkning, må vurderes konkret.»

Norges Praktiserende Arkitekter ANS (NPA) hadde for perioden 1988–90 tariffavtaler med Arkitektenes Fagforbund (AFAG) og med Privatansattes Fellesorganisasjon (PRIFO). Begge avtalene ble sagt opp til utløp pr. 1. mai 1990. Mellom NPA og AFAG ble det ført forhandlinger om revisjon i april. Etter brudd i forhandlingene varslet AFAG plassoppsigelse.

Etter plassoppsigelse gikk tariffrevisjonen mellom NPA og AFAG i 1990 til mekling, som ble avsluttet uten enighet. Det ble imidlertid ikke iverksatt arbeidskamp fra AFAGs side etter dette. Forhandlinger om revisjon av tariffavtalen mellom NPA og PRIFO var ikke blitt påbegynt. Etter bruddet med AFAG endret NPA sine vedtekter, slik at organisasjonen ikke lenger skal være en arbeidsgiverforening, og erklærte overfor både AFAG og PRIFO at NPA ikke lenger var part i tariffavtaler. Arbeidsretten bemerket at heller ikke i en ettervirkningsperiode etter arbeidstvistloven § 6 nr. 3 andre ledd (nå § 8 tredje ledd) kan en part ensidig erklære seg ubundet av en tariffavtale. PRIFO krevde tvisteforhandlinger i november 1990, et møte ble holdt i desember 1990, og søksmål ble først reist i august 1991. NPA fikk, under en viss tvil for perioden etter desember 1990, ikke medhold i at tariffavtalen med PRIFO var falt bort pga. passivitet, etter en vurdering hvor bl.a. NPAs forhold, innrettelses- og virkningshensyn ble tillagt vekt.

Saken illustrerer at terskelen for opphør av tariffavtalens ettervirkning som følge av passivitet er høy, selv om det gjøres kjent at avtalen ikke er ment fornyet eller revidert og arbeidstakersiden

forholder seg passivt i en lang periode. Det er likevel klart at forhandlingsforløpet og partenes opptreden i den forbindelse kan medføre at tariffavtalens ettervirkning etter omstendighetene bortfaller ved passivitet.

2.3 Arbeidskamp er ikke mulig

ARD 2017-12 (NRK) gjaldt blant annet opphør av Fjernsynsavtalen mellom NRK og Norsk Sceneinstruktørforening, og spørsmålet var om tariffavtalen gjaldt på ettervirkning mellom partene. På det tidspunkt tariffperioden utløp, hadde NRK ikke ansatte som var omfattet av tariffavtalen, og det ville ikke ha vært mulig å iverksette arbeidskamp fra NRKs side.

Arbeidsretten pekte imidlertid på at tariffavtalen var av en slik karakter at den fastsatte lønns- og arbeidsvilkår som skulle gjelde for avtaler om midlertidig ansettelse for en mindre gruppe av arbeidstakere. Denne innretningen på tariffavtalen og det arbeidet den gjaldt for, innebar at det ikke til enhver tid ville være arbeidstakere i NRK som var omfattet av tariffavtalen.

Videre konstaterte Arbeidsretten at NRK hadde avvist ettervirkning, men ikke på annen måte markert et brudd overfor foreningen og uttalte at dette for eksempel kunne vært gjort i form av en erklæring overfor tariffmotparten om at NRK ikke vil ansette tariffmotpartens medlemmer i samsvar med tariffavtalen, eller ved bruk av sympatiaksjoner.

Mer generelt uttaler Arbeidsretten:

«For å bringe ettervirkningen til opphør er det som utgangspunkt den som vil fremtvinge en endring i tariffforholdet som må markere at fasen med forhandlinger er avsluttet. Oppsigelsen av tariffavtalen er i seg selv ikke nok. Det må også gis varsel om arbeidskamp.»¹²

Dommen underbygger en lære om at ettervirkning i utgangspunktet kun kan unngås gjennom bruk av plassoppsigelse, og også den som ønsker seg ut av et tariffforhold, må utvise en aktivitet for å unngå (fortsatt) ettervirkning. Etter omstendighetene, der hvor plassoppsigelse ikke er et egnet tiltak, kan det markeres på en tilsvarende måte. På det konkrete er resonnementet knyttet til at kontakten mellom NRK og tariffmotparten frem til utløpet av tariffperioden både hadde rettet seg mot løsning av en konkret tvist og en mulig ny bestemmelse i tariffavtalen. Det bør derfor ikke utelukkes at resultatet kunne ha vært et annet dersom NRK ikke hadde begitt seg inn på reforhandling av avtalen.

Når det er sagt, er det etter dommen i ARD-2017-12 ikke klart at man selv i et slikt tilfelle vil kunne si opp avtalen til opphør uten ettervirkning uten at dette markeres på en måte som Arbeidsretten angir.

3. Individuell ettervirkning?

3.1 Problemstillingen

Som nevnt innledningsvis har det i juridisk teori vært tatt til orde for at fordi tariffavtalen inngår i arbeidsforholdet, vil tariffavtalens normer for arbeidsforholdene gjelde videre som arbeidsavtalenorm også etter opphør av tariffavtalen som ga opphav til reguleringen. Det vil si at tariffavtalen forblir bindende som arbeidsavtalebestemmelser selv om tariffavtalen som gjorde bestemmelsen til del av arbeidsforholdet, ikke gjelder lenger. Vi er således utenfor den situasjon at

¹² AR-2017-12 avsnitt 60.

tariffavtalen som sådan gjelder på ettervirkning, som var det som ble drøftet i hovedpunkt 2 ovenfor.

Stein Evju beskriver det slik:

«*Begrepet om 'ettervirkning av tariffavtalen' gjelder det forhold at normativt bestemte rettigheter og plikter i de individuelle arbeidsforholdene ikke blir til intet, de forsvinner ikke i den løse luft, selv om den tariffavtalen som de er et resultat av, faller bort. Det har sammenheng med tariffavtalens normative funksjon. Tariffavtalens normative bestemmelser er ikke utelukkende 'Tariffnormer'. De går inn i arbeidsavtalene; de skaper gjensidig bindende rettigheter og plikter mellom partene i de enkelte arbeidsavtaleforholdene. Dette er grunnleggende alminnelig arbeidsrett. Som jeg har fremholdt tidligere, er dette kjernen i det videre arbeidsrettslige begrepet om 'ettervirkning' (i senere litteratur også kalt 'individuell ettervirkning').*»¹³

Problemstillingen i dette hovedpunkt er om det er grunnlag for en slik oppfatning. Det overordnede spørsmål er om det er rettskildemessig grunnlag for den anførte bindende, og generelle, individuelle ettervirkning av en opphørt tariffavtale. Videre er det spørsmål om hva en slik regel i så fall skulle gå ut på; det vil igjen kunne kaste lys over om det er et rettslig grunnlag for en lære om individuell ettervirkning. Det kan også være spørsmål om hvilke situasjoner den anførte individuelle ettervirkningen vil komme til anvendelse på – bare ved bortfall av tariffavtalen eller også ved overgang til ny tariffavtale. Videre vil det være spørsmål om hva en eventuell lære om tariffavtalers individuelle ettervirkning innebærer for arbeidsgivers adgang til i kraft av styringsretten å gjøre endringer i de aktuelle lønns- og arbeidsforholdene etter at tariffavtalen disse var utledet av, er opphørt.

3.2 Generelt om forholdet mellom tariffavtalen og de individuelle arbeidsavtalene

Det uttales generelt at arbeidsretten bygger på et prinsipp om at tariffavtalen skal være normerende for individuelle arbeidsforhold. Paal Berg skriver følgende om dette:

«Tariffavtalen er en privatrettslig avtale, sluttet mellom en eller flere arbeiderorganisasjoner og en eller flere arbeidsgivere eller arbeidsgiverorganisasjoner som private rettssubjekter. [...]

Kjernen i en tariffavtale, og det som særpreger den, er de forskrifter som den oppstiller for de individuelle arbeidsavtaler, - normer som er ment å skulle gå inn i arbeidsavtalene som bindende og ufravikelige deler av dem. Behovet for sådanne forskrifter for de individuelle arbeidsforhold er det som i det hele har skapt tariffavtalene. [...]

Det som særpreger tariffavtalens normative del er at de arbeidsnormer som den oppstiller, er ment å skulle gå automatisk inn i de individuelle arbeidsavtaler som nødvendige deler av dem.»¹⁴

Det pekes her på at de bestemmelser om arbeids- og lønnsvilkår som skal gjelde i individuelle arbeidsforhold, såkalte normative¹⁵ tariffavtalebestemmelser, *automatisk* blir en del av arbeidsavtalen som *bindende og ufravikelige* deler av denne.

¹³ Evju 2019, s. 49.

¹⁴ Berg 1930, s. 168–169.

¹⁵ Om begrepsbruken, se blant annet Skjønberg 2019a, s. 83.

At tariffavtalens normative bestemmelser er bindende og tvingende for partene i det individuelle arbeidsforholdet, fremkommer også av arbeidstvistloven § 6 om tariffavtalens ufravikelighet. Dette uttrykkes slik at bestemmelser i arbeidsavtale som strider mot en tariffavtale som begge parter er bundet av, er ugyldige. Med «begge parter» siktes det til den enkelte arbeidsgiver og arbeidstaker.

Det er således etablert arbeidsrett at tariffavtalen er bindende for både partene og deres medlemmer innenfor avtalens virkeområde,¹⁶ og at tariffavtalen er ufravikelig i forhold til avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Av dette følger imidlertid ikke med nødvendighet at de normative bestemmelsene i tariffavtalen må bli en del av selv arbeidsavtalen. Det som følger av både tariffavtalens bindende karakter og ufravikelighetsnormene, er at tariffavtalens normative bestemmelser *skal få anvendelse* i forhold til de individuelle arbeidsavtalene som faller innenfor tariffavtalens saklige og personelle virkeområde. Det terminologiske spørsmålet om «tariffavtalens normative del er at de arbeidsnormer som den oppstiller, er ment å skulle gå automatisk inn i de individuelle arbeidsavtaler», som Berg uttrykker det, skal tas bokstavelig eller som et mer generelt uttrykk for at tariffbestemmelsene må anvendes for arbeidsforholdene, løser uansett ikke spørsmålet om den *tidsmessige dimensjon* – nemlig om de normative tariffavtalebestemmelser som gjelder for arbeidsforholdet, skal forbli bindende mellom arbeidsavtalens parter også etter at tariffavtalen selv har opphørt å være bindende. Det krever en ytterligere begrunnelse, og ikke minst et særskilt rettskildemessig grunnlag. Det er det som vil bli vurdert nærmere i fortsettelsen.

3.3 Er det grunnlag i lovgivningen for individuell ettervirkning av tariffavtaler?

Arbeidstvistloven har kun én bestemmelse om tariffavtalers ettervirkning, nemlig § 8 tredje ledd, som er en del av lovens fredspliktbestemmelser. Som nevnt ovenfor uttrykker denne at med mindre annet er avtalt «skal den tariffavtale og de lønns- og arbeidsvilkår som gjaldt ved tvistens utbrudd, gjelde så lenge streik, lockout eller annen arbeidskamp ikke må iverksettes etter andre ledd».

Bestemmelsen regulerer én spesiell situasjon: perioden mellom utbruddet av en interesseløst og tidspunktet en arbeidskamp kan iverksettes etter de prosedyreregler som gjelder. Dette er ingen regel om at tariffavtaler skal ha ettervirkning i sin alminnelighet og være tidsbegrenset. Tvert imot er utgangspunktet at en tariffavtale er tidsbegrenset.¹⁷ At ettervirkning er så spesifikt regulert for denne situasjonen, skaper en formodning mot at arbeidstvistloven bygger på at tariffavtalen har som generell virkning at alle normative bestemmelser automatisk og uten tidsbegrensning blir en bindende del av hver enkelt tariffbundet arbeidstakers arbeidsavtale.

Arbeidstvistlovens ufravikelighetsregel i § 6 gir heller ikke støtte til noen lære om at tariffavtalens normative bestemmelser vil utgjøre en del av arbeidsavtalen etter at tariffavtalen selv har opphørt å gjelde. Bestemmelsen lyder:

«Bestemmelse i arbeidsavtale som strider mot en tariffavtale som begge parter er bundet av, er ugyldig» (uthevet her).

Det er flere elementer i bestemmelsen som underbygger at denne regulerer situasjonen mens en tariffavtale gjelder, jf. særlig at det kreves at begge parter «er» bundet av vedkommende tariffavtale. Hele innretningen av bestemmelsen uttrykker det dynamiske aspekt; det er en faktisk gjeldende tariffavtale som skal ha ufravikelighet i forhold til – dvs. gå foran – eventuelle motstridende arbeidsavtalebestemmelser.

¹⁶ Se S. Evju, *Organisasjonsfrihet, tariffavtaler og streik*, Oslo-Bergen-Tromsø-Stavanger 1982, s. 163, 177.

¹⁷ Jf. arbeidstvistloven § 4 jf. § 5 (1).

Det er verken i forarbeidene til arbeidstvistlovene av 1915, 1927 eller 2012 uttalelser som kan medføre at lovens bestemmelser eller system bygger på at en tariffavtale etablerer ettervirkning på individuelt nivå etter at tariffavtalen selv har opphørt.

Arbeidsmiljøloven regulerer tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse. I § 16-2 andre ledd andre punktum slår arbeidsmiljøloven fast at erverver har adgang til å erklære seg ubundet av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av. Det innebærer at vedkommende tariffavtale vil opphøre å gjelde for de overførte arbeidstakerne. I fortsettelsen regulerer arbeidsmiljøloven virkningene på individuelt nivå av at tariffavtalebindingen opphører på denne måten, når det i tredje og fjerde punktum uttrykkes:

«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 arbeidstakerne.»

Her gis det et positivt lovgrunnlag for at de overførte arbeidstakerne som «mister» sin tariffavtale i tariffperioden, likevel skal ha rett til å opprettholde de normative bestemmelsene inntil tariffavtalens normale utløp.¹⁸ Retten til å beholde bestemte lønns- og arbeidsvilkår gjelder imidlertid bare frem til det kommer i stand ny tariffavtale som binder den nye arbeidsgiveren og de overførte arbeidstakerne, dersom det skjer. Hadde det vært slik at lovgiver mente at den tidligere tariffavtalens normative bestemmelser allerede gjaldt som del av de overførte arbeidstakernes individuelle arbeidsavtaler, ville det ikke være nødvendig å innta en særskilt bestemmelse om en viss individuell ettervirkning. Forarbeidene nøyer seg med å vise til at «[b]estemmelsen presiserer at tariffavtalens individuelle rettigheter binder den nye arbeidsgiveren inntil denne tariffavtalen utløper ...», som i og for seg allerede følger klart av lovteksten.¹⁹ Den tidsmessige avgrensningen i siste punktum ville miste sin selvstendige betydning dersom det allerede gjaldt en tidsubestemt rett til å beholde den tidligere tariffavtalens vilkår som del av hver enkelts arbeidsavtale. Reguleringen i arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd viser tvert imot at lovgiver bygger på at det ikke gjelder en alminnelig individuell ettervirkning av tariffavtalers normative bestemmelser.

3.4 Rettspraksis

3.4.1 Generelt

Rettspraksis på området er sparsom, og sakene som har berørt temaet, er så vidt spesielle at de ikke gir noen autoritativ rettleiding i spørsmålet om såkalt individuell ettervirkning.

Spørsmålet om en tariffavtale har individuell ettervirkning, er dels et spørsmål om tolkning av arbeidstvistlovgivningen, men først og fremst et spørsmål om fastleggelse av innholdet av individuelle arbeidsavtaler. Ingen av disse aspekt hører under Arbeidsrettens kompetanse etter arbeidstvistloven § 33 andre og tredje ledd.²⁰ Det er derfor naturlig å starte med å undersøke rettspraksis fra de alminnelige domstolene.

¹⁸ Se H. Jakhelln mfl., *Statens særavtaler – inngåelse, fortolkning og opphør*, Oslo 1994, s. 65, om den korresponderende § 73 B nr. 2 i lov 2. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven 1977). Jakhelln legger til grunn at det relevante utløpstidspunkt er det som er fastsatt i tariffavtalen selv, og at en eventuell forlengelse av tariffavtalens virketid etter § 6 nr. 3 andre ledd i lov 5. mai 1927 nr. 1 om arbeidstvister (arbeidstvistloven 1927) (nå § 8 tredje ledd) ikke vil medføre en tilsvarende forlengelse av utløpstidspunktet etter arbeidsmiljølovens regel.

¹⁹ Ot.prp. 49 (2004–2005) s. 339, punkt 25, merknader til § 16-2 andre ledd.

²⁰ Man kunne reise spørsmål om dette kan anses som et «krav som bygger på tariffavtale» etter arbeidstvistloven § 1 bokstav i, jf. § 33 andre ledd. Etter mitt syn refererer imidlertid dette til krav som bygger på tariffavtalen som sådan, ikke krav etter individuelle arbeidsavtaler som eventuelt har tatt opp i seg tariffavtalers normative bestemmelser.

Det er særlig tre høyesterettsavgjørelser som har vært trukket frem knyttet til spørsmålet om tariffavtaler har individuell ettervirkning.

3.4.2 Rt-1996-1218 (Rogalandsmeieriet)

Rogalandsmeieri-dommen har av enkelte i den juridiske litteratur blitt oppfattet som å fastslå at tariffavtaler har individuell ettervirkning, dvs. lever videre gjennom de individuelle arbeidsavtalene selv om tariffavtalen som sådan faller bort.²¹ Etter mitt syn vil det være å legge for mye i dommen. Det bygges i den forbindelse på uttalelsene i dommen selv og slik Høyesterett nærmere har omtalt dommen i sin etterfølgende dom i Rt-1996-1696 (Trondheim Trafikkselskap).

Bakgrunnen for Rogalandsmeieri-saken var at arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene i meieribransjen langt tilbake, i 1964, hadde inngått en avtale om meierifolkenes stilling ved eventuell rasjonalisering. Avtale ble sagt opp i desember 1990 med virkning fra 1. april 1991. Etter 1. april 1991 ble arbeidstakerpartene i saken overført til nye stillinger i Rogalandsmeieriet, med lavere lønns plassering på grunn av avvikling av meierianlegg. Partene var enige om at rasjonaliseringsavtalen var å anse som en tariffavtale etter dagjeldende arbeidstvistlov § 1 nr. 8.

Høyesterett tok utgangspunkt i at partene var enige om at rasjonaliseringsavtalen skulle ha ettervirkning dersom den inneholdt bestemmelser av såkalt normativ karakter; dette er en partspremiss som det ikke nødvendigvis var rettslig grunnlag for. Deretter slår Høyesterett fast at spørsmålet om avtalen hadde ettervirkning til fordel for medlemmene av Norske Meierifolks Landsforening, avhang av «en tolkning av avtalen» (side 1223 nest siste avsnitt). Høyesterett foretar så en inngående og konkret tolkning av avtalen, og stadfester lagmannsrettens dom som i slutningen fastsatte at «[personene] har i sine individuelle ansettelsesforhold krav på rettigheter etter avtale ...».

Med bakgrunn i partenes enighet knyttet til sakens problemformulering og formuleringen av såkalt ettervirkning er det grunn til varsomhet med hensyn til å legge for mye i Høyesteretts generelle bemerkninger om dette. Høyesterett synes å ha lagt særlig vekt på den konkrete fortolkningen, og fremhever særlig at «[d]et avtalte stillingsvernet og tilsikring av lønn ville bli sterkt uthulet om [Rogalandsmeieriet] ensidig hadde adgang til å bringe avtalene til opphør med øyeblikkelig virkning [...] i forbindelse med gjennomføring av en rasjonalisering». Det fremheves også at «[e]t slikt resultat kan ikke være i samsvar med partens intensjoner ved inngåelse av rasjonaliseringsavtalen» (side 1224). Det resultat Høyesterett kom til, harmonerer med tradisjonelle lojalitetssynspunkter i avtaleforhold, som også vil kunne ha betydning innen tariffavtaleretten. Det synes å ha fremstått klart for Høyesterett at en part ikke kunne kvitte seg med de aktuelle avtalepliktene like før den situasjon oppsto (rasjonalisering) som avtalen nettopp tok sikte på å verne arbeidstakerne mot.

3.4.3 Rt-1996-1696 (Trondheim Trafikkselskap)

Høyesteretts uttalelser i den senere dommen i Rt-1996-1696 (Trondheim Trafikkselskap), kun et par måneder etter Rogalandsmeieri-dommen, synes å bekrefte at man ikke kan legge for mye i Rogalandsmeieri-dommen i forhold til om tariffavtaler generelt har såkalt individuell ettervirkning. I Trondheim Trafikkselskap-dommen kommenterer Høyesterett direkte fagforeningenes anførsler basert på Rogalandsmeieri-dommen. Høyesterett uttaler i den forbindelse:

«I den saken – som i flere henseende var *nokså spesiell* – ble det etter en *konkret tolkning* lagt til grunn at bestemmelser i en tariffavtale om stillingsvern og tilsikring av lønn og andre økonomiske vilkår var en del av de individuelle arbeidsavtaler etter at tariffavtalen

²¹ Se Skjønberg 2019b, s. 31.

var bragt til opphør gjennom oppsigelse. I vår sak er jeg kommet til at avtalen mellom NKF og Trondheim kommune av 18 februar 1985 er erstattet med avtalen 9 desember 1991, noe som også må være bindende for foreningens medlemmer. Jeg kan da ikke se at synspunktene i nevnte dom får betydning her» (uthevet her).

Høyesterett synes forholdsvis direkte å bekrefte at retten i Rogalandsmeieri-dommen ikke generelt slo fast noe prinsipp om at tariffavtaler har såkalt individuell ettervirkning. Tvert imot underbygger disse uttalelsene det man allerede kan lese ut av Rogalandsmeieri-dommen, om at saken var «nokså spesiell», og at det Høyesterett gjorde, var å avgjøre den saken på grunnlag av en «konkret tolkning». Uttalelsene i Trondheim kommune-dommen underbygger også at Høyesterett i Rogalandsmeieri-dommen anså arbeidsgiver for å ha «tilsikret» de aktuelle ordningene til arbeidstakerne, dvs. som individuelle løfter gjennom den særskilte tariffavtalen som var inngått (rasjonaliseringsavtalen). Når Høyesterett kommer til at synspunktene fra Rogalandsmeieri-dommen ikke fikk betydning, var det ikke begrunnet med at den aktuelle dommen formelt ikke ble ansett som en tariffavtale (s. 1704), men på grunnlag av en konkret fortolkning. Det vil si at den konkrete fortolkningen falt annerledes ut i denne saken enn i den foregående Rogalandsmeieri-dommen.

Jan Fougner, som var prosessfullmektig i Trondheim kommune-saken, har uttalt at Høyesterett «i realiteten fravek de ettervirkningsprinsipper som muligens kunne leses ut av meieri-saken».²² Etter mitt syn er forbeholdet om hva som «muligens» kan leses ut av Rogalandsmeieri-dommen, viktig da det som nevnt ovenfor er vanskelig å anta at Høyesterett der slo fast noe prinsipp om individuell ettervirkning. De to høyesterettsdommene fra 1996 gir derfor ikke holdepunkt for at det gjelder noen hovedregel om at tariffavtalen lever videre gjennom de individuelle arbeidsavtalene etter at tariffavtalen selv er bragt til opphør.²³

3.4.4 HR-2016-1446-A (Natttillegg)

Denne saken, som gjaldt spørsmål om natttillegg etter tariffavtalen skulle inngå i pensjonsgrunnlaget, vedrører ikke direkte spørsmålet om tariffavtalen har individuell ettervirkning. Grunnen til at dommen her trekkes frem, er at Høyesteretts språkbruk kan gi veiledning også for de spørsmål som drøftes i denne artikkelen.

Når Høyesterett skal ta stilling til spørsmålet om nattillegget skal inngå i pensjonsgrunnlaget, bygger retten på en tolkning av tariffavtalene. Høyesterett uttaler i den forbindelse (avsnitt 62):

«Bestemmelser i tariffavtalene anses som en integrert del av den enkelte arbeidstakers ansettelsesbetingelser, og de er rettslig forpliktende for begge parter i arbeidsavtalen. Dette følger av prinsippet om tariffavtalens ufravikelighet, som er fastsatt i arbeidstvistloven § 6, jf. Aagaard med flere, Arbeidstvistloven, kommentarer og praksis side 51 følgende. Det som er fastsatt om pensjon i flyteriggavtalens bilag 4 *legger med andre ord den rettslige rammen for arbeidstakernes pensjonsordning*, og bilaget danner avtalegrunnlaget for arbeidstakernes rettigheter og arbeidsgivernes forpliktelser» (uthevet her).

Det interessante for vår sammenheng er at Høyesterett her fokuserer på at tariffavtalen, «som det primære avtalegrunnlaget» (avsnitt 61), gir «den rettslige rammen» for forholdet mellom partene i arbeidsforholdet. Det fokuseres ikke på at tariffavtalebestemmelsene utgjør en del av selve

²² J. Fougner, *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*, Oslo 1999, s. 103–104, og tilsvarende i J. Fougner mfl., *Omstilling og nedbemanning*, Oslo 2016, s. 55, og Fougner 2019, s. 599.

²³ Se også Lorentzen, «Virksomhetsoverdragelse og tariffavtalte lønns- og arbeidsvilkår», *Arbeidsrett* 2016, s. 137 (173) (heretter Lorentzen 2016).

arbeidsavtalen, men det trekkes konsekvenser av tariffavtalens bindende karakter for både arbeidsgiver og arbeidstakerne ved at tariffreguleringen representerer en bindende regulering. Det som var regulert om pensjon i tariffavtalen, utgjorde følgelig en del av «betingelsene» for de ansatte, i kraft av tariffavtalen selv og dens bindende karakter. Dette er etter mitt syn en mer dekkende terminologi enn Paal Bergs uttrykksmåte om at tariffavtalene inngår i selve arbeidsavtalen.²⁴ Så lenge tariffavtalen gjelder, har imidlertid valg av terminologi ikke avgjørende betydning.

3.4.5 Arbeidsretten

a) Generelt

Arbeidsretten har i svært begrenset utstrekning uttalt seg om hvorvidt tariffavtalen utgjør en del av de individuelle arbeidsavtalene etter at tariffavtalen som sådan har opphørt. Som nevnt ovenfor faller problemstillingen utenfor Arbeidsrettens kompetanse etter arbeidstvistloven. Dette forklarer dels at det ikke er vesentlig veiledning å finne i Arbeidsrettens praksis, og i den utstrekning det trekkes veksler på uttalelser fra Arbeidsretten om dette, bør det med bakgrunn i rettens kompetanse utvises varsomhet med å legge stor vekt på disse.

b) ARD-1926-110 (Akers Mek.)

Fra Arbeidsrettens praksis er det særlig dommen i ARD-1926-110 (Akers Mek.) som har vært tatt til inntekt for at det gjelder såkalt individuell ettervirkning.²⁵

Dommen gir imidlertid ikke grunnlag for å kunne oppstille en regel om såkalt individuell ettervirkning. I dommen legger riktignok Arbeidsretten til grunn at tariffavtalens lønnsbestemmelser uten videre og uten uttrykkelig avtale blir en del av arbeidskontraktene. Arbeidsretten uttaler således:

«Arbeidsretten er ikke enig i den av de innstevnte hevdede opfatning, at de omtvistede procenttillegg intet har å gjøre med de individuelle arbeidskontrakter. Vistnokk er hjemmelen for dem i første rekke å søke i den gamle tariffavtale. Men det kan ikke være tvilsomt at enhver under den gamle tariffavtales gyldighetstid opprettet arbeidskontrakt med forbundets medlemmer er sluttet i henhold til gjeldende tariffavtale, således at tariffavtalens lønnsbestemmelser uten videre og uten uttrykkelig avtale, blir en del av arbeidskontraktene. Enhver organisert arbeider som under den gamle tariffavtales gyldighetstid tok arbeid ved Aker, vilde under henvisning til de stiltiende forutsetninger for sin arbeidskontrakt kunne inntale procenttillegget ved de ordinære domstoler som et ordinært lønnskrav.»²⁶

Arbeidsretten uttrykker ikke med dette noe om hvorvidt disse arbeidsvilkårene gjelder etter opphør av tariffavtalen. Dette var det heller ikke nødvendig for Arbeidsretten å ta stilling til.

Problemstillingen i saken var om visse prosenttillegg skulle med i grunnlaget for en tariffavtalt lønnsreduksjon. Selv om de individuelle tillegg var basert på tidligere tariffavtale, gjaldt saken tolkning av den nye tariffavtalens bestemmelse om lønnsnedgang. Dette ble også tydelig presisert fra Arbeidsrettens side:

«Hvad striden står om i denne sak, er hvorvidt de i kraft av Akers gamle tariffavtale utbetalte procenttillegg skal regnes med som en del av de individuelle lønninger som skal

²⁴ Blant annet Berg 1930, s. 169.

²⁵ Se blant annet Skjønberg 2019b, s. 30–31.

²⁶ ARD-1926-110 (113–114).

danne grunnlaget for lønnsnedslagene. Dette er en *tvist om hvordan den nye tariffavtales reduksjonsbestemmelse er å forstå*. Og den tvist er det som Arbeidsretten har å løse.»²⁷ (uthevet her)

Arbeidsrettens konklusjon om at prosenttillegget var en del av arbeidstakernes individuelle lønn og følgelig inngikk i lønnen som dannet utgangspunkt for lønnsnedsettelsen, og de generelle uttalelser gjengitt foran, gir følgelig ikke grunnlag for noen oppfatning om at en tariffavtales lønns- og arbeidsvilkår fortsetter å gjelde gjennom arbeidsavtalen etter at den tariffavtalen de stammer fra, har opphørt.

Skjønberg uttrykker på sin side at Arbeidsretten i Akers Mek. «må [...] sies å bygge på at det gjelder en alminnelig norm om ettervirkning av tariffavtaler».²⁸ Han viser til den del av Arbeidsrettens uttalelser som gjelder spørsmålet om det aktuelle prosenttillegget var å anse som del av de individuelle lønninger. Skjønberg tar etter mitt syn disse uttalelsene ut av kontekst. Saken gjaldt utvilsomt tolkning av en eksisterende tariffavtale, jf. Arbeidsrettens presisering av at dette var «en tvist om hvordan *den nye tariffavtalens reduksjonsbestemmelse er å forstå*» (uthevet her). Det var ved tolkningen av den gjeldende tariffavtalen – dvs. hva som skulle inngå i grunnlaget for lønnsreduksjon – at det hadde betydning hva som utgjorde individuell lønn da den tidligere tariffavtalen gjaldt. Det er intet i dette som gir grunnlag for noen generell oppfatning om at en opphørt tariffavtale fortsatt vil gjelde som en del av arbeidsavtalen, noe som for øvrig ville falt utenfor Arbeidsrettens kompetanse å avgjøre.

c) AR-2019-4 og AR-2019-5

Utover Akers Mek.-dommen er det uttalelser i AR-2019-4 og AR-2019-5 som har vært tatt til inntekt for en lære om at tariffavtaler får ettervirkning på individuelt nivå gjennom ansettelsesavtalen. Det vises til følgende likelydende uttalelser:

«Det følger av tariffavtalens bindende virkning at det som avtalen bestemmer om lønns- og arbeidsvilkår, automatisk blir en del av de individuelle arbeidsavtalene, jf. blant annet arbeidstvistloven § 6. Lønns- og arbeidsvilkårene som fulgte av en tariffavtale som har opphørt, vil derfor ikke uten videre falle bort eller kunne endres av arbeidsgiver som følge av overgang til en minstelønnsoverenskomst, sml. ARD-1926-110.»²⁹

Uttalelsene gir grunnlag for flere kommentarer.

Rettens henvisning til «tariffavtalens bindende virkning» trekker frem et grunnleggende trekk ved tariffavtalene, nemlig at tariffavtalen ikke bare binder dens parter, men også dem som partene inngår avtale etter fullmakt fra. På arbeidstakersiden har således tariffavtalen bindende virkning for fagforeningens underordnede organisasjonsledd og medlemmer. På arbeidsgiversiden vil tariffavtalen binde eventuelle underordnede foreningsledd og medlemsbedriftene. Det synes ubestridt at en tariffavtale – så lenge den gjelder – gir rettigheter og plikter for de tariffbundne og som disse kan håndheve på individuelt nivå. Det samme gjelder i forhold til reglene om tariffavtalens ufravikelighet, jf. blant annet arbeidstvistloven § 6. Uttalelsen i de to dommene om at «derfor» vil forpliktelsene ikke uten videre falle bort, kan ikke bygge på normene om tariffavtalens bindende virkning eller ufravikelighet. Som redegjort for ovenfor er det ikke holdepunkter verken i arbeidstvistloven eller annen lovgivning, lovforarbeider eller

²⁷ ARD-1926-110 (113).

²⁸ Skjønberg 2019b, s. 30.

²⁹ ARD-2019-4 avsnitt 66. Tilsvarende i ARD-2019-5 avsnitt 84 som ble avsagt samtidig. Alexander Næss Skjønberg var konstituert dommer i Arbeidsretten og deltok i behandlingen av disse sakene.

lovgiverforutsetninger for øvrig for å utlede en såkalt individuell ettervirkning, dvs. en videre bundethet etter at tariffavtalen er opphørt.

Arbeidsrettens standpunkt begrunnes ikke utover det nevnte, bortsett fra å vise til ARD-1926-110 (Akers Mek.). Som nevnt ovenfor gir imidlertid denne dommen ikke grunnlag for noen lære om at tariffavtalen gjelder videre på individuelt nivå etter at tariffavtalen selv har opphørt.

Det bemerkes videre at spørsmålet om individuell ettervirkning ikke var et tema i saken, og den gjengitte uttalelsen var ikke nødvendig for å ta stilling til rettsvisten. Partene hadde sågar presisert at spørsmålet om i hvilken grad tariffavtalen fortsatt består som individuelle lønns- og arbeidsvilkår, ikke var tema i saken for Arbeidsretten.³⁰ Det er derfor overraskende at Arbeidsretten inntok tilleggsmerknadene gjengitt ovenfor. Med bakgrunn i at dette i høyden må anses som et obiter dictum, og ikke minst at det faller utenfor Arbeidsrettens kompetanse å avgjøre et spørsmål som dette, er det ikke grunn til å tillegge uttalelsene rettskildemessig vekt. Man står således tilbake med det som følger av øvrige rettskilder, og når det gjelder rettspraksis, vil det være det som kan utledes av Høyesteretts praksis.

3.4.6 Juridisk teori

Den rådende oppfatning i juridisk teori har vært at det gjelder en norm om individuell ettervirkning. Dette er blant annet lagt til grunn av Paal Berg:

«Det innhold en arbeidsavtale har fått gjennom en tariffavtales arbeidsnorm, beholder den også etter at tariffavtalens egen gyldighetstid har utløpet.»³¹

Det samme er senere lagt til grunn av Stein Evju³² og Alexander Næss Skjønberg³³.

Motsatt standpunkt er tatt av Jan Fougner³⁴ og Julie Piil Lorentzen³⁵.

Illustrerende for oppfatningen til den del av juridisk teori som anfører individuell ettervirkning, synes å være en oppfatning om at en bundethet utover tariffavtalens egen virketid ligger i den doble konstruksjon som ligger i tariffavtalens normative virkning. Skjønberg sier følgende om dette:

«[E]ttervirkningen er en konsekvens av, eller har sitt grunnlag i, normtransformasjonen; at tariffavtalens normative bestemmelser – enten ved utfylling eller substitusjon – har blitt en del av arbeidsavtalene. Poenget er ganske enkelt at når tariffnormer transformeres til arbeidsavtalenormer, vil ikke disse arbeidsavtalenormene uten videre falle bort alene fordi tariffnormene gjør det. Arbeidsavtalen er et selvstendig rettsgrunnlag, og arbeidsforholdet består fremdeles.»³⁶

Skjønberg fremhever videre at individuell ettervirkning er en grunnleggende norm i rettsordener hvor tariffavtaler har normativ virkning i arbeidsforhold,³⁷ og han peker på at normer om ettervirkning av tariffavtale finnes – med nyanseforskjeller – i tysk, svensk, finsk og dansk rett, som

³⁰ Jf. AR-2019-4 (avsnitt 36) og AR-2019-5 (avsnitt 45).

³¹ Berg 1930, s. 182.

³² Blant annet i Evju 1984, s. 257, og Evju 2016, s. 49.

³³ Skjønberg 2019a, s. 423. I tillegg har Skjønberg en lengre analyse av dette i Skjønberg 2019b.

³⁴ Se senest i Fougner 2019, s. 597 flg.

³⁵ Lorentzen 2016, s. 171 flg.

³⁶ Skjønberg 2019b, s. 29.

³⁷ Skjønberg 2019b, s. 37.

alle er rettsordener som bygger på at tariffavtalen er tvingende og bindende i individuelle arbeidsforhold.³⁸

Allerede dette utgangspunktet bør kommenteres. Den såkalte normtransfusjonen oppfattes som å være den virkning tariffavtalen har i de individuelle arbeidsforhold, jf. særlig de generelle regler om tariffavtalens bindende karakter og tariffavtalens ufravikelighet. Som redegjort for ovenfor synes det ikke å være noen uenighet om denne grunnleggende effekt av tariffavtaler, nemlig at tariffavtalens normative bestemmelser skal anvendes i de individuelle arbeidsforholdene (bindende karakter) og om nødvendig gå foran annen regulering på det individuelle plan (ufravikelighet). Det blir en smakssak om man omtaler dette som at tariffavtalenormene blir en del av arbeidsavtalen, eller om de gjøres gjeldende i arbeidsforholdet i tillegg til det som følger av arbeidsavtalen, eventuelt korrigert for bestemmelser i individuelle avtaler som er ugyldige som følge av tariffavtalens ufravikelighet. Det bærende fundament for tariffavtalens bindende karakter og eventuelle fortregning av avtalebestemmelser i strid med tariffavtalen er imidlertid at det eksisterer en tariffavtale. Disse mekanismer som skal gi effekt til tariffavtaler som gjelder, kan imidlertid ikke uten et særskilt rettskildemessig holdepunkt benyttes som grunnlag for at det samme må gjelde etter at den aktuelle tariffavtale har opphørt. Som gjennomgåelsen ovenfor viser, er det ikke et tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for å hevde læren om såkalt individuell ettervirkning. Illustrerende i så måte er at også Skjønberg erkjenner at Pål Berg

«kom ikke med en nærmere angivelse av hverken grunnlaget eller begrunnelsen for regelen utover en henvisning til tysk teori».³⁹

Etter min bedømmelse er det nettopp der vi fortsatt står rettskildemessig, og det kan ikke være tilstrekkelig til å pålegge en fortsatt bundethet på individuelt nivå etter at tariffavtalen som ga grunnlag for rettighetene eller pliktene, har opphørt.

Andre i juridisk teori har gitt uttrykk for at det ikke finnes noe rettslig grunnlag for en generell norm om individuell ettervirkning.

Lorentzen legger til grunn at tariffavtalens individuelle vilkår blir en tvingende del av arbeidsavtalene til de tariffbundne arbeidstakerne, og fokuserer i den forbindelse på ufravikelighetsaspektet som fremkommer av arbeidstvistloven § 6. Hun fremholder at tariffavtalens individuelle vilkår blir en tvingende del av arbeidsavtalene til de tariffbundne arbeidstakerne, og at det dermed kan hevdes at partene forutsetter at tariffavtalens vilkår regulerer arbeidsforholdet på en slik måte at vilkårene trer inn i arbeidsavtalene og dermed lever videre etter tariffavtalens bortfall. Med særlig henvisning til normene om tariffavtalens ufravikelighet uttaler hun imidlertid videre:

«Samtidig er det sentralt poeng at virkningene av arbtvl. § 6 opphører når tariffavtalen faller bort. Bestemmelsen begrenser innholdet av arbeidsavtalene i tariffperioden, men innebærer ikke av den grunn at skillet mellom avtaler på kollektivt og individuelt nivå utviskes. Da bestemmelsen begrenser partenes avtalefrihet, bør den ikke tolkes utvidende og i seg selv medføre at tariffavtalens vilkår tolkes slik at de har individuell ettervirkning.»⁴⁰

Hun synes med dette å legge til grunn at tariffavtalens normative del bare skal være arbeidsavtalenormer i tariffperioden.

³⁸ Skjønberg 2019b, s. 29–30.

³⁹ Skjønberg 2019b, s. 29

⁴⁰ Lorentzen 2016, s. 174.

Jeg er enig i det Lorentzen fremhever. Det virker anstrengt å hevde at arbeidstakernes individuelle lønns- og arbeidsvilkår utledet av tariffavtalens normative del skal få en bedre rettslig stilling enn sitt utgangspunkt. Tariffavtalen, herunder dens normative del, er midlertidig, og det kan derfor hevdes at det samme må gjelde med de individuelle lønns- og arbeidsvilkår som er blitt til arbeidsavtalenormer gjennom substitusjon og utfylling.

Jan Fougner har senest i Norsk Arbeidsrett i 2019 oppsummert rettstilstanden slik:

«Det er ikke riktig at det finnes en alminnelig tariffrettslig lære om individuell ettervirkning.»⁴¹

Selv om den rådende oppfatning i lengre tid har vært at det gjelder en individuell ettervirkning, synes denne først og fremst å bygge på systembetraktninger, og særlig den såkalte doble konstruksjonen nevnt ovenfor. Utover dette er det imidlertid få rettskilder som med tyngde trekker i retning av en norm om individuell ettervirkning, jf. gjennomgåelsen i punktene 3.3 og 3.4 ovenfor. Juridisk teori kan ikke veie opp for dette. Juridisk teori skal beskrive og forklare gjeldende rett, ikke skape den.

3.5 Reelle hensyn

3.5.1 Overordnet

En eventuell lære om såkalt individuell ettervirkning vil innebære forpliktelser av en slik art at det bør kreve klare rettskildemessige holdepunkter. Reelle hensyn bør i den forbindelse spille en begrenset rolle for spørsmålet om hvorvidt tariffavtalen fortsatt vil gjelde i kraft av arbeidsavtalene etter at tariffavtalen som sådan har opphørt. Her skal likevel pekes på enkelte reelle hensyn som gjør seg gjeldende, og det kommenteres enkelte av de hensyn som særlig har vært trukket frem til støtte for at tariffavtaler har individuell ettervirkning.

3.5.2 Maktutjevningshensynet

Det anføres fra enkelte forfattere at tariffavtalen bør ha individuell ettervirkning fordi det bidrar til å utjevne maktforholdet mellom arbeidsgiver- og arbeidstakersiden.⁴²

Startpunktet for en diskusjon på grunnlag av reelle hensyn bør være at muligheten for å forhandle kollektivt, anvende arbeidskamp og inngå tariffavtaler er de midler som står til rådighet for å utjevne maktforholdet mellom arbeidsgiver- og arbeidstakersiden. Mens den enkelte arbeidstaker kan være svak i forhold til arbeidsgiveren, vil fagforeningen⁴³ kunne stille jevnbyrdig med denne. Tilsvarende vil det være hvis det er inne organisasjoner på begge sider.

Maktutjevningshensynet kan ikke uten nærmere analyse utstrekkes til å begrunne en fortsatt opprettholdelse av en tariffavtales løsninger etter at denne har opphørt. Det kan være mange grunner til at en tariffavtale bringes til opphør. Det som imidlertid består etter en tariffavtales eventuelle opphør, er en parts eller begge parters mulighet til å organisere seg, fremsette krav om tariffavtale og eventuelt benytte arbeidskamp for å søke å tvinge gjennom sine krav.

Departementet trekker frem nettopp dette aspekt i forhold til den løsning man valgte om at ny arbeidsgiver kan reservere seg mot å overta tidligere arbeidsgivers tariffavtale ved

⁴¹ Fougner 2019, s. 597.

⁴² Se Skjønberg 2019b, s. 34.

⁴³ Med «fagforening» siktes her til enhver form for sammenslutning av arbeidstakere eller arbeidstakeres foreninger som har til formål å ivareta arbeidstakernes interesser overfor sin arbeidsgiver, jf. definisjonen av fagforeningsbegrepet i arbeidstvistloven § 1 bokstav c.

virksomhetsoverdragelsen. I Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) på side 339, punkt 25, merknader til § 16-2 andre ledd, fremhever departementet:

«Dersom arbeidsgiver velger ikke å bli bundet, står adgangen til arbeidskamp for å oppnå tariffavtale åpen for arbeidstakerne på vanlig måte.»

Kjernen i den kollektive arbeidsretten, og for den saks skyld det som omtales som den norske modellen, er partenes mulighet til å kjempe for å oppnå og opprettholde kollektivt forhandlede løsninger. Den kollektive arbeidsrett kan imidlertid ikke legitimere en videreføring av en opphørt tariffavtale etter at viljen eller muligheten til å opprettholde denne ikke lenger er til stede.

Som fremholdt i hovedpunkt 2 ovenfor vil et opphør av en tariffavtale normalt forutsette enten enighet mellom tariffpartene om at tariffavtalen skal opphøre, eller at en arbeidskamp har endt uten å lede til videreføring av tariffavtalerelasjonen. Dette innebærer i realiteten at fagforeningen på vegne av sine medlemmer ikke har klart å oppnå en videreføring av de lønns- og arbeidsvilkår som gjaldt. Når det til støtte for en lære om individuell ettervirkning argumenteres med at det vil være urimelig om arbeidstaker kan tape enkelte av sine lønns- og arbeidsvilkår, må det imidlertid ses i lys av at det ikke er arbeidsgiversiden som alene har, eller kan anvende, kollektive maktmidler for å sikre eller opprettholde lønns- og arbeidsvilkår. Tvert imot har arbeidstakersiden sterke virkemidler til rådighet.

3.5.3 Vil arbeidstakerne stå uten rettigheter hvis tariffavtalen ikke har individuell ettervirkning?

Når Alexander Næss Skjønberg hevder at vernehensyn taler sterkt for en norm om individuell ettervirkning, begrunnes dette særlig med at man ville stå uten en bakenforliggende normregulering i arbeidsforholdet.⁴⁴ Han stiller blant annet det retoriske spørsmålet: «Hva skulle anses som det avtalte?» Tilsvarende argumenterer Stein Evju med at det ville bli asymmetri i forholdet mellom partene dersom arbeidstakerne ikke beskyttes av en regel om individuell ettervirkning.⁴⁵

Til dette er først å kommentere at det ikke er noen naturlov at alle lønns- og arbeidsvilkår må være avtalt. En rekke av de spørsmål som reguleres i tariffavtaler, for eksempel arbeidstid, har en fullgod regulering i lov. Man kan også sette dette i perspektiv ved å peke på at mer enn 50 prosent av norske arbeidstakere ikke er organisert, og mange av disse følger heller ikke tariffavtaler som er fremforhandlet av andre.

I denne sammenheng er det også viktig å se hen til hvordan tariffavtaler inngås og fremforhandles. Tariffavtaler fremforhandles mellom to likeverdige parter, og skal i mange tilfeller utgjøre en helhetlig regulering av lønns- og arbeidsvilkår. De færreste elementer i tariffavtalen har kommet inn uten at det har vært gitt noe i andre enden. Arbeidstaker har eksempelvis fått høyere lønn for at arbeidsgiver skal få innført en bestemt arbeidstidsordning. Hvis det legges til grunn en alminnelig regel om individuell ettervirkning, vil dette normalt bety at arbeidstaker får beholde sine lønnsbetingelser etter tariffavtalens opphør. De arbeidstidsordningene som gjerne har vært grunnlaget for innføringen av lønnsbetingelsene, kan imidlertid ikke videreføres, fordi loven forutsetter en avtale for å opprettholde visse arbeidstidsordninger.

For mange som er bundet av tariffavtale, vil man allerede ha en regulering av de vesentligste lønns- og arbeidsvilkår i arbeidsavtalen. Arbeidsmiljøloven stiller krav om at arbeidsavtalen skal inneholde opplysninger om forhold av vesentlig betydning i arbeidsforholdet, så som lønn, ferie,

⁴⁴ Skjønberg 2019b s. 34.

⁴⁵ Evju 2019 s. 50.

arbeidstidsordning osv.⁴⁶ I den grad man ikke har inntatt en selvstendig regulering, kan det være fastsatt i form av henvisning til lover, forskrifter og tariffavtaler. Hvis arbeidsavtalen har gjort tariffavtalens reguleringer til sine egne gjennom en henvisning eller inkorporering, vil det bero på en tolkning av arbeidsavtalen hva som nærmere gjelder mellom partene i arbeidsforholdet. Poenget i denne sammenheng er at det er misvisende å fremstille det slik at man vil stå i et reguleringstomt rom dersom tariffavtalen ikke sikres «evig liv» gjennom å bli videreført i arbeidsavtalen, i de tilfeller tariffavtalen som ga opphav til regulering, skulle opphøre. I den grad maktbalansen i arbeidsforholdet er påvirket, vil den grunnleggende årsak til dette ikke være at tariffavtalen bortfaller, men selve den underliggende årsak til at dette har skjedd. Det kan være endringer i arbeidsstyrkens sammensetning, at den aktuelle fagforeningen har mistet medlemmer, eller andre forhold. Det er imidlertid ikke gitt at dette skal motvirkes gjennom å gi tariffavtaler et fortsatt liv gjennom en lære om individuell ettervirkning. Det skal også erindres at problemstillingen hvorvidt tariffavtaler har såkalt individuell ettervirkning, vil kunne gjelde for enhver type tariffavtale, også særavtaler. Det vil være oppsiktsvekkende og problematisk om ingen særavtale i praksis kan sies opp fordi de likevel vil gjelde videre i kraft av arbeidsavtalene.

For så vidt tariffavtalen som falt bort, hadde bestemmelser som ellers betraktes som «administrative ordninger», er det heller ikke slik at alle sider ved arbeidsrelasjonen må være avtalt. En betydelig andel av norske arbeidstakere lever godt med at disse spørsmålene ikke er avtaleregulert, eventuelt kun ved at de følger virksomhetens alminnelige ordning. Et praktisk eksempel på dette er rett til ferie utover hva som følger av ferieloven. Det praktiseres gjennomgående rett til minst fem ukers ferie i arbeidslivet, uavhengig av om virksomhetene er tariffbundet. Vi står heller ikke overfor et uakseptabelt arbeidsliv om man bygger på bakgrunnsretten, eventuelt supplert med administrativt fastsatte ordninger.

En regel om at normative lønns- og arbeidsvilkår i en tariffavtale lever videre etter tariffavtalens opphør, har også en del retts teknisk vanskelige sider. Tariffavtalene er svært forskjellige, og de inneholder ofte normative rettigheter som er avhengig av øvrige rettigheter i avtalen. Bestemmelsene i tariffavtalene er ofte uklare, og ordlyden må særlig tolkes i lys av tariffhistorikken og tariffpartenes praksis.⁴⁷ Formålet er å finne frem til tariffpartenes felles forståelse av de enkelte bestemmelser.⁴⁸ Hvis disse normative lønns- og arbeidsvilkårene skal videreføres, må det bety at de må videreføres på de vilkår som følger av den tariffavtalen som er opphørt. Dette vil skape store utfordringer både for arbeidsgiver, arbeidstaker og de alminnelige domstolene. Tariffavtalene er en særegen avtaletype, og normene om tolkning av avtalene bygger i all hovedsak på praksis fra Arbeidsretten.

Nedenfor vil det bli belyst i nærmere detalj hva det praktisk vil innebære om tariffavtalen har individuell ettervirkning eller ikke. Dette vil bli illustrert ved henholdsvis arbeidstid, ferie, lønn og pensjon.

3.5.4 Nærmere om arbeidstid

Arbeidsmiljøloven kapittel 10 inneholder utførlige regler om lengden av den alminnelig arbeidstid (§ 10-4) og adgangen til å gjennomsnittsberegne denne (§ 10-5), overtid (§ 10-6), daglig og ukentlig arbeidsfri (§ 10-8), pauser (§ 10-9), søndagsarbeid (§ 10-10) og nattarbeid (§ 10-11). Dette gir arbeidstakerne en omfattende beskyttelse uavhengig av om noen tariffavtale kommer til anvendelse eller ikke. I tillegg kommer lovens generelle krav til arbeidstidsordninger i § 10-2, herunder at ingen

⁴⁶ Arbeidsmiljøloven § 14-6.

⁴⁷ Se også T.L. Sundet, K.D. Sandnes og A. Engan, *Tariffavtaletolkning*, Oslo 2016, s. 62–69 (Sundet, Sandnes og Engan 2016), og T.Aa. Stokke, K. Nergaard og S. Evju, *Det kollektive arbeidslivet*, 2. utgave, Oslo 2013, s. 133–134.

⁴⁸ Sundet, Sandnes og Engan 2016, s. 24.

arbeidstidsordning skal utsette arbeidstakerne for uheldige fysiske eller psykiske belastninger. Her finnes også en regel om rett til nedsatt arbeidstid for dem som har fylt 62 år eller som av helsemessige, sosiale eller andre viktige velferdsgrunner har behov for det. Lovens regler er innenfor de rammer som EUs arbeidstidsdirektiv oppstiller.⁴⁹

Det er videre krav i arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav j at arbeidsavtalen skal angi lengde og plassering av den daglige og ukentlige arbeidstid. Videre skal lengden av pauser angis etter bestemmelsens bokstav k, og eventuelle særlige arbeidstidsordninger skal angis etter bokstav l. Hvis arbeidsavtalen på dette punkt henviser til tariffavtale, kan situasjonen være at partene i arbeidsforholdet har avtalt det samme som følger av tariffavtalen. I så fall verken vinnes eller tapes noe i forhold til spørsmålet om tariffavtalen har individuell ettervirkning. Det vil bero på en tolkning av arbeidsavtalen. Alternativt kan arbeidsavtalen inneholde en selvstendig regulering av disse forhold som vil gjelde uavhengig av om det består noen tariffavtale som partene er bundet av.

Tariffavtalen kan inneholde en gunstigere regulering av arbeidstid enn det som følger av loven og arbeidsavtalen. Eksempelvis fastsetter tariffavtaler gjennomgående en noe kortere arbeidstid, f.eks. 37,5 timers arbeidsuke som motsetning til lovens hovedregel om 40 timer per uke. Hvorvidt det utgjør noen praktisk forskjell, avhenger av om det er ulikhet med hensyn til om lunsjpausen skal anses inkludert i arbeidstiden etter de to alternativer. Uansett vil tariffavtalenes regulering av arbeidstid gjennomgående, i det store bildet, representere mer marginale forbedringer i forhold til det omfattende vernet som lovgivningen gir. Med hensyn til arbeidstid er det derfor etter mitt syn ikke grunnlag for noe synspunkt om at «vernehensyn taler sterkt for en norm om individuell ettervirkning», slik Skjønberg anfører generelt.⁵⁰ Man kan forstå at det kan være ønskelig å opprettholde de eventuelle forbedringer som en tariffavtale har innebåret, men det er ikke slik at man er uten et fullgodt vern i arbeidstidsspørsmål hvis tariffavtalen opphører.

Eventuelle mer begrensede forskjeller i arbeidstidsordning er noe som også kan skje innenfor en tariffavtalt ordning. Det underliggende saksforhold i Rt-1985-78 (Arkitektdommen) er et eksempel på det. Her var det gjennom tarifforhandlinger avtalt en samordning av arbeidstid mellom arbeidere og funksjonærer, noe som medførte at funksjonærene fikk lengre daglig arbeidstid. Høyesteretts dom bygger på en tolkning av en bestemmelse i arbeidsavtalene om at de skulle følge de arbeidsvilkår som til enhver tid gjelder for samme kategori arbeidstakere i bedriften. For vår sammenheng illustrerer saken at arbeidstidsforhold kan bli endret. Det er videre ingen automatikk mellom bortfall av en tariffavtale og faktiske endringer i den arbeidstidsordning man følger. For denne artikkels tema er imidlertid det sentrale at det ikke er slik at vesentlige vernehensyn neglisjeres dersom en tariffavtales arbeidstidsreguleringer skulle bortfalle.

3.5.5 Nærmere om ferie

Vi har en egen lov om rett til feriefritid og feriepenger (ferieloven).⁵¹ Her fremkommer det detaljerte regler om lengden av årlig ferie, herunder særregler for arbeidstakere over 60 år, tidspunkt og fremgangsmåte for uttak av ferie, eller endring av opprinnelig fastsatt feriefritid, beregning av feriepenger og utbetaling, samt en rekke øvrige enkeltspørsmål knyttet til retten til feriefritid og feriepenger.

Videre følger det av arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav g at arbeidsavtalen skal inneholde opplysning om arbeidstakerens rett til ferie og feriepenger, samt reglene for fastsettelse av ferietidspunktet.

⁴⁹ Rådsdirektiv 2003/88/EF.

⁵⁰ Skjønberg 2019b, s. 34.

⁵¹ Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven).

Også her gjelder at arbeidsavtalen kan inneholde en henvisning til tariffavtale. I så fall kan situasjonen være at partene i arbeidsforholdet har avtalt det samme som følger av tariffavtalen. I så fall verken vinnes eller tapes noe i forhold til spørsmålet om tariffavtalen har individuell ettervirkning. Det vil bero på en tolkning av arbeidsavtalen. Alternativt kan arbeidsavtalen inneholde en selvstendig regulering av disse forhold som vil gjelde uavhengig av om det består noen tariffavtale som partene er bundet av.

Det praktiseres gjennomgående en videre rett til betalt ferie enn det som følger av loven. Etter loven har arbeidstakere rett til feriepenger tilsvarende 25 virkedager, dvs. fire uker og én dag. I arbeidslivet praktiseres imidlertid gjennomgående rett til fem ukers betalt årlig ferie. Dette er dels regulert i tariffavtaler og bygger dels på såkalte administrative ordninger i virksomhetene, dvs. at det tilstås uten at arbeidsgiver har påtatt seg en juridisk forpliktelse til å gjøre det. Det kan fremstå som om arbeidslivet implementerte lovgivers intensjon om (på sikt) å innføre fem ukers betalt ferie uten å avvete lovgivers oppfølging. Som kjent har ferieloven ikke vært endret på dette punkt siden innføringen av den første dagen fra fire uker (den såkalte Gro-dagen).

En meget betydelig del av arbeidslivet har aldri vært omfattet av noen tariffavtale. Likevel praktiseres gjennomgående rett til fem ukers betalt ferie. Det er vanskelig å se noen risiko av betydning for at virksomheter ville «inndra» deler av den betalte ferie som i dag praktiseres, selv om en og annen tariffavtale skulle bortfalle. For så vidt gjelder retten til feriefritid og feriepenger, vil det derfor ikke være slik at «vernehensyn taler sterkt for en norm om individuell ettervirkning».

3.5.6 Nærmere om pensjon

Lov om obligatorisk tjenstepensjon pålegger alle virksomheter med ansatte utover en absolutt minimumsbemanning å ha en tjenstepensjonsordning.⁵²

Innen privat sektor har pensjon gjennomgående ikke vært tariffregulert. Valg av type pensjonsordning, innenfor de typer lovgivningen tillater, og nivået på pensjonssparingen eller de fremtidige pensjonsytelsene, beror derfor gjennomgående ikke på tariffavtale. Pensjon vil derfor ikke være sentralt i en generell diskusjon om hvilket vern arbeidstakerne vil tape om tariffavtaler ikke har individuell ettervirkning, og kan derfor verken sies å berøre «vesentlige verneinteresser» eller at man vil stå i noe reguleringstomt rom om tariffavtalen bortfaller. I de tilfellene hvor pensjon har vært regulert i en tariffavtale som faller bort, vil en eventuell endring av pensjonsordningen kunne få betydning for arbeidstakerne. Ser man på forholdet mellom hvor få tariffavtaler som gir pensjonsrettigheter, og hyppigheten av bortfall av tariffregulering, er det ikke tale om noen risiko av betydning. Vernehensyn knyttet til pensjon vil etter mitt syn ikke gi nevneverdig vekt til den anførte regel om at tariffavtaler generelt har individuell ettervirkning.

3.5.7 Nærmere om lønn mv.

Med bakgrunn i redegjørelsene ovenfor om arbeidstid, ferie og pensjon kan man få inntrykk av at forfatterne som fremholder at man vil stå uten noen regulering dersom en tariffavtale faller bort og det ikke gjelder en lære om at tariffavtaler har individuell ettervirkning, i realiteten refererer til lønn og økonomiske tillegg. Hvis så er tilfellet, fremstår det ikke som naturlig å hevde at reelle hensyn eller vernehensyn tilsier en generell regel om at hele tariffavtalen vil ha individuell ettervirkning.

⁵² Lov 21. desember 2005 nr. 124 om obligatorisk tjenstepensjon (OTP-loven) § 1, som blant annet pålegger en virksomhet å ha pensjonsordning hvis den har minst to ansatte som begge har en arbeidstid og lønn som utgjør 75 % eller mer av full stilling.

Med få unntak, som lovreglene om rett til overtidsbetaling og noen forskrifter om allmenngjøring av blant annet tarifflønn, er lønn og eventuelle tillegg ikke lovregulert i Norge. Arbeidsmiljøloven pålegger imidlertid at den gjeldende eller avtalte lønn, samt eventuelle tillegg og andre godtgjørelser, skal fremkomme av arbeidsavtalen, jf. § 14-6, første ledd bokstav i. Det er min erfaring som advokat gjennom mange år at arbeidsavtaler helt gjennomgående har bestemmelser om lønn. Det kan være i form av henvisning til tariffavtalt lønn eller fastsettelse av en særskilt lønn, herunder fastleggelse av tidspunkt for lønnsendring.

Dersom arbeidsavtalen fastsetter lønnen gjennom en henvisning til tariffavtale, vil det bero på en *tolkning* av denne arbeidsavtalebestemmelsen hva som skal gjelde dersom tariffavtalen faller bort. Hvis man kommer til at henvisningsklausulen inkorporerer tarifflønn, vil en fortsatt lønn i samsvar med nivået i tariffavtalen ikke følge av noen ettervirkning av tariffavtalen, men direkte av en tolkning av arbeidsavtalen.

Hvor arbeidsavtalen har fastsatt en lønn på selvstendig grunnlag, kan tariffavtalen ha gitt arbeidstakerne bedre rettigheter enn det som fulgte av arbeidsavtalen. Dersom tariffavtalen opphører, blir spørsmålet hvilken lønn som skal gjelde i fortsettelsen. Også det må kunne avgjøres på grunnlag av en *tolkning* og utfylling av arbeidsavtalen. Det kanskje mest praktiske spørsmål i slike situasjoner er om arbeidstakeren skal få beholde lønnsutviklingen som har skjedd i perioden arbeidsforholdet har vært omfattet av tariffavtale med lønnsbestemmelser. Etter mitt syn vil det klart ikke være naturlig at man skal falle tilbake på den lønn som ble avtalt da arbeidsforholdet ble etablert, kanskje for mange år siden. Man må derfor gjennom tolkning fastsette hvilken lønn som gjelder mellom partene i dag, og i den forbindelse vil det være nærliggende å se hen til at det har skjedd en lønnsutvikling innenfor det tariffregimet som har vært praktisert. Det vil således ved fortolkning av arbeidsavtalen kunne tas hensyn til direkte avtalt lønnsøkning i tariffavtalen og gjennom lokale forhandlinger etablert i tariffforholdet.

Det er langt fra alle tariffavtaler som inneholder lønnsbestemmelser. Innenfor NHO-området har det eksempelvis vært tradisjonen for funksjonærgrupper. Et annet eksempel er overenskomster innenfor Spekter-området for en del høyutdanningsgrupper. Det er således ikke noen gjennomgående problemstilling at man alltid må håndtere lønsspørsmål dersom virksomhetens (gjeldende) tariffavtale skulle opphøre. Arbeidstakerne arbeider selvsagt ikke uten lønn i slike arbeidsforhold. Men selv der vi har å gjøre med tariffavtaler som fastsetter lønn og gir grunnlag for lønnsøkninger, er det som illustrert ovenfor ikke slik at et eventuelt bortfall av tariffavtalen vil lede til at man ikke har et akseptabelt system for å sikre arbeidstakerne lønn.

Enten lønnen er regulert i arbeidsavtalen gjennom henvisning til tariffavtale eller som selvstendig regulering, blir det en tolkning å avgjøre hva som skal være rette lønn og eventuelle tillegg dersom tariffavtalen opphører, herunder å ta stilling til dagens lønnsnivå i forhold til lønnsøkninger som har skjedd innenfor tariffavtalesystemet. Heller ikke vernehensyn knyttet til lønn kan tilsa at det gjelder en *generell* regel om at tariffavtaler har ettervirkning, herunder for alle normative bestemmelser i tariffavtalen. Hovedsvaret på de vernehensyn man er opptatt av knyttet til lønn, er etter min oppfatning ikke å akseptere at det – uten grunnlag i lov, lovforarbeider eller autoritativ rettspraksis – gjelder en generell lære om at tariffavtaler har individuell ettervirkning. Først og fremst må kollektivt ervervede rettigheter ivaretas nettopp ved å anvende hver parts kollektiv styrke. Rettigheter man har forhandlet seg frem til, må man kjempe kollektivt for å opprettholde – hvis det er noen fare for at de ellers kan svekkes. Grunnsynspunktet er det samme som departementet la til grunn i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) på side 339, punkt 25, merknader til arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd; hvis arbeidsgiver velger ikke å være bundet av tariffavtale (lenger), er arbeidstakersidens naturlige virkemiddel å bruke sin egen kollektive styrke, eventuelt understøttet

med arbeidskamp, for å opprettholde tariffavtalte lønns- og arbeidsvilkår. Svaret er ikke at arbeidsgiveren må være henvist til å forhandle frem noe annet enn det som fulgte av en tidligere, opphørt tariffavtale.

3.5.8 Oppsummering reelle hensyn

Drøftelsen av de reelle hensyn har vært relativt omfattende sammenholdt med rettskildebildet for øvrig. Dette med bakgrunn i at rettskildesituasjonen er forholdsvis oversiktlig, og fordi de forfattere som tar til orde for en generell regel om at tariffavtaler har individuell ettervirkning, synes å vektlegge reelle hensyn sterkt.

Som fremholdt ovenfor er det etter mitt syn begrenset rom for å legge vekt på reelle hensyn. En eventuell lære om såkalt individuell ettervirkning ville være en forpliktelse av en slik art at det bør kreve klare rettskildemessige holdepunkter.

Når man likevel fokuserer på de reelle hensyn, er det etter mitt syn ikke slik at disse taler klart til fordel for at det bør gjelde en generell regel om at tariffavtaler har individuell ettervirkning. Videre, som en del av diskusjonen om de reelle hensyn, er det ovenfor illustrert at det ikke foreligger sterke vernehensyn – som enkelte forfattere hevder – til støtte for at tariffavtaler bør ha individuell ettervirkning. Tvert imot viser fremstillingen at man for de mest sentrale typer lønns- og arbeidsvilkår har gode reguleringer og mekanismer å falle tilbake på dersom tariffreguleringen faller bort.

Vi er dermed tilbake til utgangspunktet om at en så vidt fundamental forpliktelse – som en lære om at tariffavtaler får «evig liv» som ledd i de individuelle arbeidsavtalene, ville utgjøre – ikke kan antas uten klare rettskildemessige holdepunkter. Verken lovgivningen eller lovforarbeider gir støtte til noen slik generell lære. Arbeidstakersidens fremste virkemiddel for å videreføre tariffmessige rettigheter er å utnytte sin kollektive styrke til å sikre fortsatt tariffavtale; systemet har ikke som oppgave å bevare fortidige tariffavtaler utover det partsforholdet ved disse gir grunnlag for.

3.6 Hva ville en lære om individuell ettervirkning innebære?

Diskusjonen om hvorvidt tariffavtaler har såkalt individuell ettervirkning, er langt på vei et spørsmål om arbeidsgiver er avhengig av å oppnå avtale for å endre det som fulgte av den tidligere tariffavtalen, eller om partene i arbeidsforholdet faller tilbake på arbeidsavtalen og bakgrunnsretten som reguleringen mellom partene – herunder en fortolkning ut fra situasjonen i dag.

Forfatterne som tar til orde for en lære om at tariffavtalen har individuell ettervirkning, har imidlertid ikke redegjort nærmere for hva en slik lære vil innebære. Gjelder den bare ved bortfall av tariffbundethet, eller også ved overgang til ny tariffavtale? Dette har stor praktisk betydning ved arbeidsgivers utmelding fra sin arbeidsgiverorganisasjon og innmelding i en annen som har en annen innretning på tariffavtalene. Det er heller ikke gitt noen god redegjørelse for om en eventuell lære om at tariffavtaler har individuell ettervirkning, gjelder alle normative bestemmelser i den opphørte tariffavtalen, eller kun dem som er egnet til å videreføres, herunder tarifforpliktelser som arbeidsgiversiden har i forhold til andre arbeidstakere, for eksempel ved inntreden i en ny arbeidsgiverorganisasjon som allerede har tariffavtale(r) for den aktuelle type arbeid. Generelt er det en svakhet ved diskusjonen at det ikke er klarhet i hva den regel som hevdes om individuell ettervirkning av tariffavtaler, egentlig går ut på.

Videre er det, som Evju korrekt påpeker, uansett også et spørsmål om hvilket spillerom arbeidsgiver har for utøvelse av styringsrett innenfor rammen av det avtalte.⁵³ For helhetens skyld kan det være grunn til å minne om at endringsadgang ikke uten videre er avskåret selv om et forhold anses for å være avtalt mellom partene i et arbeidsforhold.

Uttalelsene i Rt-2009-1465 (Seinvakt) er i denne sammenheng illustrerende. Saken gjaldt spørsmål om to sykepleiere i hjemmesykepleien, som hadde avtale om å arbeide «seinvakt», kunne settes opp på dagvakter. Høyesterett uttalte at

«ikke enhver avtalebestemmelse om arbeidstid [vil] begrense arbeidsgivers styringsrett. Dersom ikke arbeidsgiveren har gitt særskilt avkall på styringsretten, må arbeidsgiveren i kraft av styringsretten innenfor de rammer som følger av lovgivning og tariffavtaler, kunne endre avtalebestemmelser som ikke særpreger, definerer eller fremstår som vesentlig for arbeidsforholdet».

Synspunktene er gjentatt og lagt til grunn i den senere dom i HR-2016-2286-A (Seniorpolitiske tiltak), og har røtter i alle fall tilbake til Rt-2000-1602 (Nøkk) der Høyesterett la til grunn en endringsadgang for arbeidsgiver som isolert var i strid med arbeidsavtalens regulering.

Synspunktene kan ha en viss overføringsverdi for spørsmålet om hvorvidt tariffavtaler har individuell ettervirkning, ved at det understrekes generelt at det kreves holdepunkter av vekt for å anse det for å foreligge begrensninger i arbeidsgivers styringsrett.⁵⁴ Hovedpoenget med å trekke frem dette her er imidlertid at selv om tariffavtalen skulle bestå i kraft av arbeidsavtalen etter at tariffavtalen selv har opphørt, må spørsmålet om arbeidsgiver kan gjøre endringer, vurderes også i forhold til den styringsrett arbeidsgiver har innenfor det som er avtaleregulert. Det faller utenfor rammene for denne artikkelen å gå inn på i hvor stor grad arbeidsgiver vil kunne foreta slike endringer. At en lære om tariffavtalers individuelle ettervirkning i stor utstrekning ville låse tidligere tariffavtalte løsninger fremover, er imidlertid neppe tvilsomt.

4. Oppsummering

Tariffavtalen er ikke som andre avtaler, i den forstand at den ikke uten videre opphører ved dens avtalte utløpstid. Arbeidstvistlovens ettervirkningsregel i § 8 tredje ledd har størst praktisk betydning i situasjoner med revisjon av en løpende tariffavtale, men vil også gjelde ved interessetvist knyttet til inngåelse av ny tariffavtale. Regelens hovedformål er at det skal være «status quo» i perioden frem til det eventuelt kan iverksettes arbeidskamp. Dette fremstår som naturlig der det er tale om å fornye en allerede etablert tariffavtalerelasjon eller for øvrig å inngå en tariffavtale.

Det følger videre av Arbeidsrettens praksis at tariffavtalen har ettervirkning også i de tilfeller en av partene ønsker seg ut av tariffavtaleforholdet. I utgangspunktet kan ettervirkningen bare avsluttes gjennom å gi plassoppsigelse. Det fremstår ikke uten videre naturlig for en arbeidsgiver å gå til lockout der man bare ikke vil fortsette tarifforholdet. Arbeidsretten har imidlertid lagt til grunn at det faktisk er den fremgangsmåte man må følge for å komme ut av en tariffavtale, dog med forbehold for andre måter å markere det på i situasjoner der virksomheten ikke lenger har ansatte omfattet av tariffavtalen.⁵⁵ Løsningen fremstår ikke uten videre som naturlig i situasjoner der arbeidsgiver har en ren opphørshensikt. Man kunne godt ha tenkt seg å bygge på betraktningen om at tariffavtaler blir til gjennom krav, og eventuelt arbeidskamp for å sette makt bak kravet, og at

⁵³ Evju 2019, s. 52.

⁵⁴ Jf. også Rt-2010-412 (Fokus Bank).

⁵⁵ Jf. AR-2017-12 (NRK).

tariffavtalens fortsettelse burde bero på arbeidstakersidens opprettholdelse av krav og eventuelt press. Særlig i situasjoner hvor det ikke lenger er arbeidstakere som følger tariffavtalen, fremstår løsningen som tungvint. Den samlede opplevelse av at det er tungt å komme ut av en tariffavtale virksomhetene har blitt bundet av, forsterkes ved dette. Arbeidsretten har imidlertid talt, og dette antas som gjeldende rett i dag.

Derimot er det ikke grunnlag for den lære om såkalt individuell ettervirkning som enkelte tar til orde for, og som det kan synes som om Arbeidsretten har uttalt seg i favør av i AR-2019-4 avsnitt 66 og AR-2019-5 avsnitt 84. Det er vanskelig å se noe rettskildemessig belegg for et slikt standpunkt. Det følger verken av arbeidstvistloven eller annen lovgivning at tariffavtalen vil «leve videre» gjennom arbeidsavtalene etter at tariffavtalen selv har opphørt. Noe slikt kan heller ikke utledes av lovforarbeidene, verken någjeldende arbeidstvistlov eller de tidligere lovene. Motsatt kan bruddstykker fra annen lovgivning, eksempelvis arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd, underbygge at lovgiver bygger på den oppfatning at tariffavtalen generelt ikke har såkalt individuell ettervirkning. Heller ikke rettspraksis gir noe klart grunnlag for en slik lære. Høyesterett må i Rt-1996-1696 (Trondheim kommune) nærmest anses for å ha avvist en generell lære om at tariffavtaler har individuell ettervirkning. Når det gjelder Arbeidsrettens praksis, faller spørsmålet utenfor rettens kompetanse etter arbeidstvistloven. Av den grunn er det mindre grunn til å vektlegge eventuelle synspunkter fra Arbeidsretten om dette. Den dom Arbeidsretten selv viser til i dommene fra 2019, Akers Mek.-saken fra 1926, ga heller ikke grunnlag for det syn Arbeidsretten uttalte. Det er imidlertid uheldig at Arbeidsretten, i et spørsmål som sågar falt utenfor sakens ramme og som partene hadde presisert at de ikke ønsket Arbeidsrettens syn på, kommer med slike synspunkter. Uttalelsene fremstår derfor mer på linje med juridisk teori, der det er ulike syn på spørsmålet. Det bør imidlertid fastholdes at en lære om tariffavtalers individuelle ettervirkning vil ha vesentlig betydning for forholdet mellom partene, og derfor krever klare rettskildemessige holdepunkter. Slike foreligger ikke.