



Norwegian
Business School

Denne fil er hentet fra Handelshøyskolen BIs åpne institusjonelle arkiv BI Open
<https://biopen.bi.no>.

Den inneholder akseptert og fagfellevurdert versjon av artikkelen sitert under. Den kan inneholde små forskjeller fra den originale pdf-versjonen publisert i tidsskriftet.

Skjønberg, A. N. (2020). Ettervirkning – grunnlag, rekkevidde og betydning. *Arbeidsrett*, 17(1), 75–100. <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3088-2020-01-05>

Tidsskriftets forlag, Universitetsforlaget, tillater at siste forfatterversjon legges i åpent publiseringsarkiv ved den institusjon forfatteren tilhører.
<https://www.idunn.no/info/forfatter?languageId=1>

Forlagets publikasjoner er tilgjengelige via www.idunn.no

Ettervirkning – grunnlag, rekkevidde og betydning

ALEXANDER NÆSS SKJØNBERG

Artikkelen er et innlegg i den pågående debatten om ettervirkning. Forfatteren mener at det er endel misoppfatninger om hva den alminnelige regelen om ettervirkning går ut på. I artikkelen utdypes regelens rettsgrunnlag, og forfatteren drøfter den sentrale materielle og prosessuelle betydningen av at tariffavtalens normative bestemmelser blir del av arbeidsavtalen mellom tariffbundne parter. Artikkelen behandler også ettervirkningens rekkevidde, og hvilken betydning regelen har for arbeidsgivers endringsadgang.

Nøkkelord: tariffavtaler, normativ virkning, ettervirkning, normative bestemmelser, styringsrett

ALEXANDER NÆSS SKJØNBERG, master i rettsvitenskap 2010 (UiO), ph.d. i rettsvitenskap 2018 (UiO); førsteamanuensis ved Institutt for rettsvitenskap og styring, Handelshøyskolen BI.

Det er gjort noen mindre endringer i de senere korrekturrundene.

1. Introduksjon¹

Det går et spøkelse gjennom den arbeidsrettslige verden – et tariffrettslig spøkelse – skal en tro reaksjonene til enkelte advokater. Arbeidsrettens likelydende uttalelser om ettervirkning av tariffavtaler, såkalt individuell ettervirkning, i AR-2019-4 *Kantarellen* avsnitt 66 og AR-2019-5 *Grefsenhjemmet* avsnitt 84 er beskrevet som en «bombe».² Det som er en åpenbar og grunnleggende regel med lang historie, oppfattes nå som en skremmende nyskapning. I løpet av fjoråret var ettervirkning tema for flere artikler i dette tidsskriftet³ og ble diskutert på flere arbeidsrettsseminarer.⁴ Debatten har vist at

¹ Takk til Marianne Jenum Hotvedt og Stein Evju for nyttige innspill til artikkelen.

² Jan Fougner under foredraget, «Nyheter i rettsutviklingen», på *Det årlige arbeidsrettskurset i Sandefjord*, 31. januar 2020. For ordens skyld gjør jeg oppmerksom på at jeg var én av dommerne i disse to sakene.

³ A. N. Skjønberg, «Den alminnelige regelen om ettervirkning av tariffavtaler», *Arbeidsrett* 2019 (Skjønberg 2019b), s. 18–38, S. Evju, «Ettervirkning, bundethet og endringsadgang: Randbemerkninger til arbeidstvistloven § 8 tredje ledd og arbeidsmiljølovens § 16 [§ 16-2] første og annet ledd», *Arbeidsrett* 2019 (Evju 2019a), s. 39–69, T. Thorkildsen, «Teorier om tariffavtalens ettervirkning», *Arbeidsrett* 2019 (Thorkildsen 2019), s. 261–288 og S. Evju, «Tariffavtaler og ettervirkninger», *Arbeidsrett* 2019 (Evju 2019b), s. 289–305.

⁴ *Tariffavtalers virkning for individuelle arbeidsforhold og individuell ettervirkning. Nettverk for yngre arbeidsrettsjurister (NYA)*, Oslo 12. september 2019, *JUS – Kollektiv arbeidsrett. Fordypningskurs*, Tromsø 25.–26. oktober 2019 og *Tariffavtaler og ettervirkning. Arbeidsrettsgruppens høstseminar*, Oslo 25. november 2019.

det finnes endel misoppfatninger om hva den alminnelige regelen om ettervirkning går ut på, og – mer bekymringsfullt – hvordan tariffavtaler virker i individuelle arbeidsforhold. Det siste er aktualisert med Tarjei Thorkildsens artikkel «Teorier om tariffavtalens ettervirkning», hvor det skapes klarhet om hvorvidt tariffavtalens tvingende og bindende virkning innebærer at tariffavtalens normative bestemmelser blir til arbeidsavtalenormer, en virkning som jeg har betegnet *normtransformasjonen*.⁵ Thorkildsen fremstiller dette som et spørsmål om terminologi, og på den måten utydeliggjør han grunnleggende sider ved tariffavtalen som reguleringsinstrument.

I denne artikkelen vil jeg vise at normtransformasjonen har både prosessuell og materiell betydning, og jeg vil samtidig utdype rettsgrunnlaget for den alminnelige regelen om ettervirkning (avsnitt 3).⁶ Hvordan en tariffavtale virker i individuelle arbeidsforhold – den normative virkningen – er selve premisset for denne regelen. Jeg vil vise at Thorkildsens utgangspunkt om at en ettervirkningsregel krever «et særskilt rettskildemessig grunnlag»,⁷ er feilslått, og at hans analyse av rettskildematerialet svikter på flere punkter. Jeg vil trekke frem den grunnleggende dommen i ARD 1926 s. 110 *Akers Mek.*, som Arbeidsretten viser til i de to dommene fra 2019. Thorkildsen overser sentrale sider ved faktum i avgjørelsen.

Jeg vil også gå noen skritt bort fra ettervirkningsregelens rettsgrunnlag og drøfte hvilken betydning regelen har for arbeidsgivers adgang til å gjøre endringer i bestemmelser som har ettervirkning (avsnitt 4). Dette vil vise at frykten for at ettervirkningsregelen skal «konservere arbeidsbetingelsene på en uheldig måte», som blant andre Jan Fougner har gitt tilkjenne, burde være ubegrunnet.⁸

2. Nærmere om problemstillingen

Med den alminnelige regelen om ettervirkning sikter jeg til at «det som følger av tariffavtalens såkalte normative regulering, består selv om tariffavtalen har opphørt og falt bort».⁹ Denne regelen har grunnlag i ulovfestet rett og henger nøye sammen med ufravikelighetsbestemmelsen i arbeidstvistloven¹⁰ § 6 (og tjenestetvistloven¹¹ § 13).

⁵ Skjønberg 2019b s. 25.

⁶ Jeg drøftet betydningen av normtransformasjonen relativt kort i min forrige artikkel, fordi jeg antok at ingen ville bestride denne virkningen ved tariffavtalen, se Skjønberg 2019b s. 24–26.

⁷ Thorkildsen 2019 s. 268.

⁸ Jan Fougner, *Norsk arbeidsrett*, Oslo 2019, s. 600. Synspunktet går igjen i hans arbeider tilbake til 1999, se Evju 2019a s. 49–50. Se også Julie P. Lorentzen, «Virksomhetsoverdragelse og tariffavtalte lønns- og arbeidsvilkår», *Arbeidsrett* 2016 (Lorentzen 2016), s. 137–180, som følger Fougner: «For arbeidsgiver vil det bli svært vanskelig å overskue konsekvensene, og kostnadene, ved tariffavtalen dersom det i stor grad åpnes for individuell ettervirkning» (s. 174).

⁹ Skjønberg 2019b s. 19.

¹⁰ Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven).

¹¹ Lov 18. juli 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister (tjenestetvistloven).

Ufravikelighetsbestemmelsen innebærer at tariffavtalens normative bestemmelser automatisk og uten videre blir transformert til arbeidsavtalenormer i det individuelle arbeidsforholdet mellom tariffbundne parter.¹² Normtransformasjonen skjer på det tidspunktet tariffavtalen er bindende for de individuelle arbeidsforholdene. Ettervirkning vil si at disse arbeidsavtalebestemmelsene er i behold selv om tariffavtalen, som de opprinnelige hentet sitt innhold fra, har falt bort.

Dette er den regelen som i alminnelighet kommer til anvendelse når en bestemt avtale-type, tariffavtalen, opphører uten å bli erstattet av en annen – *opphørssituasjonen*. Det er ingen som har hevdet at det også gjelder en alminnelig regel om ettervirkning ved såkalt *tariffavtaleskifte*, altså der en ny tariffavtale blir bindende og tvingende i de individuelle arbeidsforholdene.¹³ Situasjoner med tariffavtaleskifte er ganske annerledes enn opphørssituasjonen. Ved tariffavtaleskifte vil typisk hovedavtaleregler om avtalevalg, «gjøre gjeldende» organisasjonsmessige overenskomster, overgangsforhandlinger mv. være aktuelle.¹⁴ Det alminnelige tariffrettslige utgangspunktet er et annet, ved tariffavtaleskifte er det en ny tariffavtaleregulering som blir bindende og tvingende i de individuelle arbeidsforholdene. Dersom det er motstrid mellom de individuelle arbeidsavtalene og reguleringen i den nye tariffavtalen, erstattes bestemmelsene på individuelt nivå uten videre av tariffavtalens regulering.¹⁵ Dette følger direkte av ufravikelighetsbestemmelsen i arbeidstvistloven § 6. Ved tariffavtaleskifte gjelder med andre ord en annen grunnorm enn i opphørssituasjonen. Dette er ikke noe nytt, og disse utgangspunktene er kommet klart til uttrykk i AR-2019-4 *Kantarellen* avsnitt 50 og AR-2019-5 *Grefsenhjemmet* avsnitt 60.¹⁶ Noe annet er at det ikke kan *utelukkes* at en arbeidsavtalebestemmelse som har fått sitt grunnlag gjennom den tidligere tariffavtalen, fortsatt kan være i behold, jfr. *Kantarellen* avsnitt 66 og *Grefsenhjemmet* avsnitt 84.¹⁷ Hvorvidt det foreligger motstrid, beror i prinsippet på en tolkning av den nye tariffavtalen. Selv om de tariffrettslige utgangspunktene er enkle, kan den konkrete tolkningen av den nye tariffavtalen være komplisert.

¹² Se nærmere Skjønberg 2019b s. 23–26. Se også A. N. Skjønberg, «Tariffavtalen og dens sentrale rettsvirkninger», *Jussens Venner* 2019 (Skjønberg 2019c), s. 277–334 (s. 306–308).

¹³ Ingen av de forfatterne som jeg har nevnt i note 7 i Skjønberg 2019b s. 19 hevder dette.

¹⁴ Se nærmere Evju 2019b s. 296–297.

¹⁵ Skjønberg 2019b s. 21.

¹⁶ «Dersom partene ikke blir enige om annet, må den nye tariffavtalen gjennomføres etter sitt innhold, uansett om det fører til endringer til gunst eller ugunst for medlemmene, jf. blant annet ufravikelighetsregelen i arbeidstvistloven § 6. Hvilke konsekvenser den nye tariffavtalen vil få, beror på hva tariffavtalen bestemmer. Gjennomføring av ny overenskomst i virksomhetene kan få betydelige konsekvenser for de ansatte, noe den foreliggende saken illustrerer.»

¹⁷ Slik også Evju 2019b s. 297.

I ettervirkningsdebatten har det blitt argumentert med at den nye tariffavtalen vil forutsette en helhetlig regulering av de individuelle arbeidsforholdene, og at det *i seg selv* gjør at det ikke er rom for at tidligere arbeids- og lønnsvilkår gjelder videre, se AR-2019-4 *Kantarellen* avsnitt 13 og AR-2019-5 *Grefsenhjemmet* avsnitt 19. Normen om helhetlig regulering – prinsippet om negativ regulering – har først og fremst betydning i relasjon til fredsplikten.¹⁸ Normen innebærer at krav som har blitt fremmet i tariffforhandlinger, men ikke ført frem, og krav som *kunne* ha blitt fremmet, anses regulert *negativt* i relasjon til fredsplikten. Det betyr at arbeidskamp ikke kan brukes for å fremtvinge slike krav i tariffperioden. Hva som anses tariffregulert i relasjon til fredsplikten, omfatter derfor mer enn hva som kan oppstilles på grunnlag av alminnelig tolkning. Men normen om helhetlig regulering er ikke nødvendigvis til hinder for at en tariffbundet arbeidsgiver og arbeidstager i tariffperioden avtaler noe som er negativt regulert i relasjon til fredsplikten. Sånn sett er fredsplikten rekkevidde i alminnelighet mer omfattende enn ufrikelighetens rekkevidde. Spørsmålet er da om normen om helhetlig regulering skal legges til grunn ved tolkningen der spørsmålet er om en arbeidsavtalebestemmelse er i strid med den nye tariffavtalen.

Slik jeg ser det, er ikke normen om helhetlig regulering uten videre overførbar til tariffolkning i forbindelse med spørsmål om motstrid mellom tariffavtale og arbeidsavtale. Men en tariffavtale kan muligens etter en konkret vurdering anses å bygge på lignende forutsetninger. Dersom tidligere tariffavtale har hatt normative bestemmelser som utvider rettigheter etter loven, for eksempel om flere feriedager, kortere alminnelig arbeidstid, lønnet permisjon der loven bare gir rett til ulønnet, og den nye tariffavtalen ikke regulerer dette direkte, kan spørsmålet være om det er holdepunkter for at den *indirekte* har fastsatt at lovens ordning skal være den tvingende ordningen i arbeidsforholdene, slik at arbeidsgiver og arbeidstager ikke skal kunne avtale bedre vilkår seg imellom. I så fall vil individuelle avtaleordninger være i strid med tariffavtalen. Da vil det heller ikke være rom for ettervirkning av slike bestemmelser.

En tariffavtale kan videre falle bort ved en virksomhetsoverdragelse. Som jeg har påpekt tidligere, er det særlig i disse tilfellene tariffavtaleopphør er aktuelt.¹⁹ Ved virksomhetsoverdragelse kommer arbeidsmiljølovens regler i kapittel 16 til anvendelse, og av disse følger det lovbestemte regler om ettervirkning. Den alminnelige tariffrettslige regelen om individuell ettervirkning gjelder imidlertid ved siden av lovreglene, og den kan være aktuell også ved virksomhetsoverdragelse. Dette kommer jeg tilbake til i avsnitt 3.3.

3. Grunnlaget for ettervirkning

3.1 Spørsmålet

At tariffavtalens normative normer blir til arbeidsavtalenormer i det individuelle arbeidsforholdet mellom tariffbundne parter, er som nevnt premisset for ettervirknings-

¹⁸ ARD 1920–21 s. 126, ARD 1920–21 s. 155, ARD 1922 s. 86, ARD 1927 s. 87 forutsetningsvis og ARD 2014 s. 25. Se nærmere A.N. Skjønberg, *Fredsplikten i tarifforhold*, Oslo 2019 (Skjønberg 2019a), s. 192–207.

¹⁹ Skjønberg 2019b s. 20.

regelen. Spørsmålet om ettervirkning dreier seg derfor om hva som skjer med tariffbestemmelser som *allerede* har blitt til arbeidsavtalebestemmelser, hvis tariffavtalen faller bort.

Det er klart at en arbeidsavtalebestemmelse som blir ugyldig og erstattet med en tariffbestemmelse i kraft av arbeidstvistloven § 6, ikke våkner til live igjen hvis tariffavtalen, og dermed også avtalens tvingende virkning, faller bort. Ugyldighetsvirkningen etter bestemmelsen har allerede inntrådt. Det er ingen holdepunkter for at lovens virkning bare skal være en slags *suspensjon* av de motstridende bestemmelsene i arbeidsforholdet.²⁰ Dette vil være en ny og ukjent virkning. Noe annet er selvsagt at partene, når tariffavtalen har falt bort, står fritt til å avtale en ordning som tidligere ville vært i strid med tariffavtalen.

Det relevante spørsmålet er om arbeidsavtalebestemmelsen faller bort fordi tariffavtalen gjør det, eller om arbeidsavtalebestemmelsen fortsatt består fordi den er en norm i en selvstendig avtale som fortsatt gjelder.

Julie Piil Lorentzen avviser en alminnelig regel om ettervirkning, og dermed et utgangspunkt om at vilkårene er i behold, men mener at «[d]et er ... ikke helt utelukket at tariffavtaler kan ha individuelle ettervirkning etter en konkret vurdering av rettighetens art, avtalens formål, tilblivelseshistorie og arbeidstakernes behov for vern».²¹ Hun tilføyer at «[t]erskelen for å komme til et slikt tolkningsresultat er imidlertid svært høy». Hun åpner dermed for at individuell ettervirkning kan oppstilles unntaksvis etter en konkret tolkning av tariffavtalen som har falt bort. Dette er noe annet enn en tolkning og fastleggelse av om tariffbestemmelsen er normativ eller ikke. Lorentzens forankrer standpunktet i Rt. 1996 s. 1218 *Rogalandsmeieriet* og Rt. 1996 s. 1696 *Trondheim Trafikkselskap*. Men disse avgjørelsene støtter ikke en slik tilnærming.²²

En annen variant er om individuell ettervirkning kan bli resultatet etter en *konkret* tolkning av *det individuelle arbeidsforholdet*. Thorkildsen synes i realiteten å være inn på en slik tilnærming når det gjelder lønn.²³ En slik avtalerettslig tilnærming passer imidlertid ikke så bra der de sentrale arbeids- og lønnsvilkårene har blitt del av arbeidsavtalen gjennom kollektive

²⁰ Noe slikt synes å måtte bli konsekvensen av argumentasjonen til Lorentzen 2016 s. 174, der hun sier at «det [er] et sentralt poeng at virkningene av arbtvl. § 6 opphører når tariffavtalen faller bort». For at dette skal være «et sentralt poeng» som taler mot ettervirkning, må forutsetningen være noe mer enn at den tvingende virkningen faller bort. Det siste er jo åpenbart og taler ikke i seg selv mot at en bestemmelse som allerede har blitt del av arbeidsavtalen, skal falle bort. Substitusjonen har allerede skjedd. Thorkildsen 2019 s. 278 slutter seg til Lorentzen. Han tilføyer at 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». Det er uklart hva Thorkildsen sikter til med at lønns- og arbeidsvilkår skal få en *bedre* rettsstilling. Når vilkårene ikke lenger har grunnlag i tariffavtalen, er de – i motsetning til tidligere – fravikelige.

²¹ Lorentzen 2016 s. 174.

²² Se nærmere Skjønberg 2019b s. 31–34.

²³ Thorkildsen 2019 s. 285.

forhandlinger og tariffavtale. Det kan riktignok være at arbeidsavtalen har en henvisning til tariffavtalen, for eksempel at arbeidsforholdet reguleres «av den til enhver tid gjeldende tariffavtale». Men det vil neppe følge noe spesifikt av arbeidsavtalen om hva som skal gjelde dersom tariffavtalen faller bort. Dette vil heller normalt ikke være kommunisert mellom arbeidsgiver og arbeidstager ved ansettelse. Tariffavtalene er i praksis langvarige reguleringsinstrumenter. Dersom praksis i virksomheten skal være utgangspunktet for tolkningen eller utfyllingen av arbeidsavtalen, vil resultatet fort bli det samme som etter regelen om ettervirkning.

3.2 Normtransformasjonens betydning og nødvendighet

Som nevnt innledningsvis forsøker Tarjei Thorkildsen å skape tvil om tariffavtalens normative virkning. Thorkildsen fremholder:

«Det er således etablert arbeidsrett at tariffavtalen er bindende for både partene og deres medlemmer innenfor avtalens virkeområde, og at tariffavtalen er ufravikelig i forhold til avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstager. Av dette følger imidlertid ikke med nødvendighet at de normative bestemmelsene i tariffavtalen må bli en del av selv [sic] 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 tariffbestemmelser må anvendes for arbeidsforholdene ...»²⁴

Svaret på dette er ganske enkelt: Ja, det *skal* tas bokstavelig. Det er nemlig ikke tilstrekkelig at tariffbestemmelser oppstiller en plikt – «må anvendes for arbeidsforholdene» – på rent tariffrettslig grunnlag for en tariffbundet arbeidsgiver og arbeidstager. Hvorvidt en tariffbestemmelse blir del av en arbeidsavtale, og dermed en arbeidsavtalenorm, er ikke et terminologisk spørsmål, slik Thorkildsen påstår.²⁵ Det er tvert imot sentralt for det tosporede systemet. Helt vesentlige sider ved dette systemet har sitt grunnlag i den doble konstruksjonen og normtransformasjonen. Thorkildsens terminologiske spørsmål har både prosessuell og materiell betydning.

Hvis ikke tariffbestemmelsen blir del av arbeidsavtalen, oppstår spørsmålet hva som skal være rettsgrunnlaget for at en enkelt arbeidstager, eller for såvidt en arbeidsgiver,

²⁴ Thorkildsen 2019 s. 268.

²⁵ Thorkildsen forfølger dette videre på s. 273. På s. 278 sier han seg imidlertid enig med Lorentzen, og hun legger til grunn at tariffavtalens normative bestemmelser blir del av arbeidsavtalene, om enn slik at dette bare er midlertidig. Som sagt er det ingen holdepunkter for at arbeidstvistloven § 6 bare har en suspensjonsvirkning.

skal kunne bringe et krav inn for de alminnelige domstolene.²⁶ Rettsgrunnlaget kan ikke være tariffavtalen. Et medlem råder som kjent ikke over tariffavtalen, og kan ikke bringe et krav etter tariffavtalen inn for Arbeidsretten. Tariffpartene har eksklusiv søksmålsrett i tvister om tariffavtaler og krav som bygger på tariffavtale, jfr. arbeidstvistloven § 35. Et medlems rettigheter og krav etter tariffavtalen kan derfor bare gjøres gjeldende gjennom den søksmålskompetente tariffparten, og da for Arbeidsretten, jfr. for eksempel ARD 1993 s. 147, hvor retten uttalte generelt:

«Bestemmelsen i § 8 [nå § 35] bygger på at organisasjonen er medlemmets prosessuelle representant; medlemmets rettigheter må utøves gjennom organisasjonen» (s. 168).²⁷

Dette innebærer at et krav som bringes inn av et medlem for Arbeidsretten, må avvises, jfr. for eksempel ARD 1938 s. 103:

«De saksøkte arbeidere har krevet avgjort under denne sak om Hallén hadde rett til å ta inn ikke-faglærte arbeidere til det omtvistede arbeid ... Forbundet har som tariffpart ikke trukket disse spørsmål inn under saken. Arbeidsretten har derfor ikke adgang til å ta dem under behandling» (s. 106–107).

Det er like grunnleggende at et *tariffavtalekrav* ikke kan bringes inn for de alminnelige domstolene. Det som kan bringes inn av det enkelte medlem, er et *arbeidsavtalekrav* som har fått sitt innhold gjennom tariffavtalens utfyllende og tvingende virkning, normtransformasjonen.²⁸

Det kan hende at Thorkildsens siktemål med å betvile normtransformasjonen bare er ment som et terminologisk grep, slik Stein Evju har påpekt,

«som skal legge til rette for det som i realiteten er et premiss for hans standpunkt om at det ikke kan være tale om arbeidsavtalenormer som kan ha en eksistens – ettervirkning – hvis tariffavtalen ikke lenger 'eksisterer' ...».²⁹

Men det er grunn til å se nærmere på rettskildebildet, ikke minst fordi det er en fare for at noen oppfatter Thorkildsens standpunkt som et uttrykk for gjeldende rett.³⁰

²⁶ Se om disse spørsmålene S. Evju, «Prosessmonopolet. Grunnlag og grenser», i R. Eklund mfl. (red.), *Festskrift til Hans Stark*, 2001, s. 79–108 (særlig s. 95–97), og kort Skjønberg 2019c s. 309–310.

²⁷ Se også f.eks. Rt. 1987 s. 98 *Høst*: «Det følger av § 8 første ledd at den enkelte arbeidstaker ikke kan opptre som saksøker for Arbeidsretten. Høst kunne således ikke i eget navn reise søksmål på grunnlag av bestemmelsen i Hovedavtalen § 6-11 eller slutte seg til et slik søksmål som part» (s. 101), og dessuten Rt. 1988 s. 20 (s. 26).

²⁸ En arbeidstager kan selvsagt også bringe inn et krav etter loven. Der lovnormer er gjort til tariffnormer, vil det også være et dobbeltspor. Se til illustrasjon f.eks. Rt. 2012 s. 1702 og HR-2017-777-A.

²⁹ Evju 2019b s. 294.

³⁰ I Skjønberg 2019b s. 25–26 gjorde jeg dette ganske kort fordi jeg gikk ut fra ingen var uenig i normtransformasjonen.

De sentrale spørsmålene om den materielle og prosessuelle betydningen av normtransformasjonen, ble diskutert allerede i 1923 i en brevveksling mellom Paal Berg og formannen i Trondhjems Sjørett.³¹ Denne brevvekslingen har naturlig nok ikke særlig rettskildeværdi. Men, som vi skal se, gir den uttrykk for det samme som både Arbeidsretten og Høyesterett senere har bygget på. Brevvekslingen er gjengitt i *Medlemsblad for den norske dommerforening* under overskriften «Forholdet mellem Arbeidsretten og de almindelige domstole». Jeg gjengir bare den mest sentrale delen av dette:

«Om organisasjonen ikke vil ta affære og hevde sin og sine medlemmers rett efter tariffavtalen, må arbeideren kunne inntale *sin individuelle rett efter arbeidskontrakten*, og det uten hensyn til om man for å bestemme rettens innhold eller omfang må ty til en tolkning av tariffavtalen. *Kravet bygges på arbeidskontrakten, og det er det som må være avgjørende*» (original kursiv).³²

Thorkildsen nøyer seg med å vise til Paal Bergs uttalelser i *Arbeidsrett* (1930),³³ og unnlater å trekke inn rettspraksis fra Arbeidsretten som klart gir grunnlag for normtransformasjonen.³⁴ Han overser forarbeidene til arbeidstvistloven 1915, hvor det samme er lagt til grunn.³⁵ Jeg ser ingen grunn til å trekke frem disse forarbeidene atter en gang.³⁶ Men det kan jo tilføyes at forarbeidene til tjenestetvistloven klart bygger på det samme, at tariffavtalens normative bestemmelser blir transformert til arbeidsavtalenormer. Tjenestetvistkomitéen av 1956 la således til grunn:

«Tariffavtalens bestemmelser er for en vesentlig del normer som går inn i de enkelte arbeideres individuelle arbeidsavtaler som bindende og ufravikelige deler av disse. Denne såkalte normative del av tariffavtalen forutsettes helt automatisk å bli ledd i arbeidsavtalene.»³⁷

³¹ P. Berg, «Forholdet mellem Arbeidsretten og de almindelige domstole», i *Medlemsblad for den norske dommerforening* 1923 (Berg 1923), s. 16–19.

³² Berg 1923 s. 18.

³³ P. Berg, *Arbeidsrett*, Oslo 1930 (Berg 1930).

³⁴ Han synes likevel å erkjenne at Arbeidsretten la dette til grunn i ARD 1926 s. 110 *Akers Mek.*, jfr. Thorkildsen 2019 s. 274. Men her er det langt flere avgjørelser å trekke frem. Se f.eks. ARD 1930 s. 132: «Og i så fall blir arbeidsavtalene i medhold av arbeidstvistloven § 3 nr. 3 [nå arbeidstvistloven § 6] automatisk forandret i samsvar med tariffavtalen» og ARD 1950 s. 113: «Arbeidstvistlovens § 3, punkt 3 handler ikke om forbundets krav etter *tariffavtalen*, men om vedkommende arbeiders krav etter den individuelle *arbeidsavtale*» (min kursiv).

³⁵ Se f.eks. Ot.prp. nr. 29 (1912) s. 6–7.

³⁶ Se Skjønberg 2019b s. 24. Se også Evju 2019b s. 292–293. Spesifikke referanser finnes i note 32 i min artikkel. Voldgiftskomiteéns innstilling finnes som vedlegg til Ot.prp. nr. 29 (1912). Lovproposisjonen er lett tilgjengelig ved søk på www.stortinget.no.

³⁷ Innstilling fra Tjenestetvistkomitéen med utkast til lov om offentlige tjenester. Avgitt i januar 1956. Oslo: Lønns- og prisdepartementet (Tjenestetvistkomitéen 1956), s. 19.

Det er for såvidt ingen grunn til at tariffavtaler på tjenestetvistlovens område ikke skulle ha de samme rettsvirkninger for de individuelle arbeidsforholdene som etter arbeidstvistloven.

Høyesterett har konsekvent – helt i tråd med Paal Bergs argumentasjon og Arbeidsrettens praksis – bygget på at tariffavtalen skaper arbeidsavtalenormer,³⁸ og at det er på denne måten en tariffbundet arbeidstager (og arbeidsgiver) kan bringe et krav inn for de alminnelige domstolene.

Dommen i Rt. 1962 s. 122 *Opheim* er et tidlig eksempel. Saken dreiet seg om krav fra en veiarbeider, Jens Opheim, som mente seg forbigått ved ansettelse av faste arbeidere ved Statens veivesen i Lyngen. Han krevde dom for at staten pliktet å ansette ham som *fast* veiarbeider og erstatning for det tapet som forbigåelsen hadde påført ham.

Høyesterett kom – i likhet med herredsretten – til at Opheim hadde blitt utsatt for en rettsstridig forbigåelse, og han fikk medhold i erstatningskravet.³⁹

Opheim begrunnet kravet med at forbigåelsen var i strid med en ansiennitetsbestemmelse i en tariffavtale som partene var bundet av, og da også hans arbeidsavtale. For lagmannsretten påstod staten saken avvist med henvisning til at saken hørte under Arbeidsretten. Dette førte ikke frem og ble begrunnet på følgende måte:

«Lagmannsretten er enig med herredsretten i at den mellom Statens Vegdirektorat og Norsk Arbeidsmandsforbund opprettede overenskomst av 12. juli 1954 for så vidt angår ansiennitetsbestemmelsen i § 1 er en del av Jens Olsen Opheims individuelle arbeidsavtale med veivesenet. Bestemmelsen er i likhet med lønnssetningene, bestemmelsene om arbeidstid, ferie, akkordarbeid m.v. normer som er ment å være bindende og ufravikelige deler av arbeidsavtalen. (s. 130)»

Den generelle uttalelsen i siste setning er interessant. Siste del av uttalelsen er et ekko av det som ble lagt til grunn av blant andre Paal Berg, av Tjenestetvistkomitéen 1956 og i Arbeidsrettens praksis. Uttalelsen er videre interessant fordi den berører *hvilke* tariffbestemmelser som blir transformert til arbeidsavtalebestemmelser. Dette kommer jeg tilbake til i avsnitt 4. Staten opprettholdt ikke avvinningspåstanden for Høyesterett. Høyesterett fant heller ikke grunnlag for å avvise saken *ex officio* og sluttet seg til lagmannsrettens begrunnelse:

«Den ankende part har bygget sitt krav på at det var i strid med hans individuelle arbeidsavtale med veivesenet at han ble forbigått ved ansettelsen av faste arbeidere. Jeg er enig med de tidligere retter i at søksmålet da hører under de

³⁸ Se også fra lagmannsrettspraksis f.eks. LB-2017-149697: «En slik individuell rettighet kan ha blitt en del av arbeidstakerens individuelle arbeidsvilkår ved at det er en del av tariffavtalens normative regler og gjennom det blitt en del av den enkelte arbeidstagers individuelle rettigheter.» Dommen er anket og sluppet inn for Høyesterett.

³⁹ Han fikk derimot ikke medhold i kravet om fast ansettelse.

ordinære domstoler og *tiltrer for så vidt den begrunnelse de har gitt*» (s. 124, min kursiv).

For å fastslå hva som var arbeidsavtalekravet, måtte Høyesterett, på samme måte som de tidligere instansene, ta *prejudisiell* stilling til hva som fulgte av tariffavtalen. Etter en tolkning av tariffavtalens ansiennitetsbestemmelse og subsumsjon slo Høyesterett fast at

«det ikke [var] tvilsomt at veimyndighetene ved å forholde seg slik satte seg ut over § 1 i overenskomsten av 1954 og således handlet kontaktstridig overfor Opheim» (s. 125).

Dommene i Rt. 1973 s. 102 *Sulitjelma Gruber* og Rt. 1988 s. 20 *Fritidsleder* er to andre avgjørelser som tydelig viser det samme, men på ulike måter.

I den første saken ble det etter en tariffavtale («arbeidstidsavtalen av 1962») gjennomført økt arbeidstid på elleve dager mot fri hver tolvte dag, dvs. annen hver lørdag for arbeiderne ved Sulitjelma Gruber. Arbeidsgiver la den fjerde ferieuken slik at den omfattet opparbeidede frilørdager uten noen form for kompensasjon. Det ble anlagt søksmål for de alminnelige domstolene med påstand om at arbeidsgiver tilpliktet å kompensere arbeiderne som skulle ha fri. Søksmålet ble anlagt ved «arbeiderne ved Sulitjelma Gruber A/S v/formannen i Sulitjelma faglige Samorganisasjon» og «formannen i Giken Gruvearbeiderforening» (s. 102). Saken ble avvist *ex officio* av lagmannsretten fordi den hørte under Arbeidsretten. For Høyesterett viste arbeidsgiver til at denne saken ikke gjaldt

«... den situasjon at en eller flere arbeidstakere under søksmål ved de ordinære domstoler påberoper seg en tariffavtale som ledd i sine personlige arbeidsavtaler».

Høyesterett kom til at saken hørte under Arbeidsretten, og at den derfor måtte avvises. Det ble vist til at det var snakk om en tvist om tolkningen av en avtale som utvilsomt var en tariffavtale. Arbeidsgiversiden fikk medhold i at det ikke var snakk om et krav som bygget på arbeidsavtaler:

«Det er riktignok så at tariffavtalen inngår som et ledd i den enkelte arbeidstakers personlige arbeidsavtale med bedriften, og at de alminnelige domstoler i sak anlagt av enkelte arbeidstakere på grunnlag av deres individuelle avtaler må ta prejudisielt standpunkt til tariffavtalens innhold, jfr. i denne forbindelse arbeidstvistloven § 9, jfr. § 8. Det foreliggende saksanlegget er ikke basert på individuelle arbeidsavtaler ... det [dreier] seg om et kollektivt krav på grunnlag av tariffavtalen» (s. 105).⁴⁰

Den andre saken, i Rt. 1988 s. 20 *Fritidsleder*, gjaldt også krav som ble reist i forbindelse med forbigåelse til en stilling. En kvinne som søkte på en utlyst stilling som fritidsleder i en kommune, hevdet at hun ble forbigått. Det var rettskraftig avgjort av

⁴⁰ I ansettelsesbevisene var det henvist til tariffavtalen, jfr. dommen s. 106 (lagmannsrettens dom). Men for de arbeidstagerne som var tariffbundne, spilte ikke dette noen rolle.

lokal arbeidsrett at kommunens ansettelsesvedtak var i strid med en tariffbestemmelse om ansiennitet ved ansettelse. Saken for Høyesterett gjaldt erstatningskravet. Den forbigåtte anførte at tariffavtalens ansiennitetsprinsipp gjaldt for henne.⁴¹ På dette tidspunktet var hun imidlertid ikke ansatt i kommunen. Erstatningskrav på dette grunnlag måtte derfor, la Høyesterett til grunn, avvises:

«Tariffavtalen kan således ikke anses som del av en individuell arbeidsavtale. Et erstatningskrav på grunnlag av tariffstridig tilsetningsvedtak vil derfor i dette tilfelle måtte bygge utelukkende på tariffavtalen, måtte reises av vedkommende fagforening i henhold til arbeidstvistloven § 4 og høre under arbeidsretten, jf. lovens § 7 nr 2.»

Som grunnlag for dette viste retten til dommen i Rt. 1962 s. 122 *Opheim*, hvor det, etter rettens syn,

«forutsetningsvis fremgår at erstatningskrav som grunner seg på tariffavtale bare kan behandles av de ordinære domstoler når tariffavtalen inngår i en individuell arbeidsavtale. Jeg viser også til Paal Berg: *Arbeidstvistloven*, fjerde utgave side 75–76» (s. 26)».

Henvisningen til Paal Bergs kommentarutgave til arbeidstvistloven er slående, fordi Berg der gir uttrykk for nøyaktig det samme som i brevvekslingen i 1923, og det som er kommet til uttrykk om tariffavtalens normative virkning i ARD 1926 s. 110 *Akers Mek*. Han skriver blant annet:

«Søkes den umiddelbare hjemmel for kravet i en arbeidsavtale, og hevdes det at arbeidsavtalen er bygd på den uttrykkelige eller stilltiende forutsetning at arbeideren skal ha de i tariffavtalen omhandlede rettigheter, kan ikke saken avvises fra de ordinære domstoler, selv om utfallet vi bero på tolkningen av tariffavtalen. I så fall gjelder nemlig saken ikke tariffavtalen som selvstendig kontrakt. *Det er ikke en rett etter tariffavtalen som inntales. Vedkommende tariffbestemmelse påstås å være gjort til ledd av den individuelle arbeidsavtale.* Og det er som et ledd av denne individuelle arbeidsavtale at bestemmelsen kreves tolket» (min kursiv).⁴²

Bergs linje er konsekvent, Høyesteretts linje er konsekvent. Andre dommer som kan trekkes frem, er Rt. 1995 s. 1, Rt. 2002 s. 1012 og HR-2019-1914-A.⁴³

Thorkildsen forholder seg som nevnt ikke til dette rettskildematerialet. Den eneste avgjørelsen han påberoper seg som en slags støtte for sitt forsøk på reformulering av hvordan tariffavtalen virker i individuelle arbeidsforhold, er HR-2016-1446. Han viser til Høyesteretts uttalelser i avsnitt 61–62, som lyder:

⁴¹ Se dommen s. 22.

⁴² P. Berg, *Arbeidstvistloven og lønnsnemndloven*, 4. utgave, Oslo 1948. s. 76.

⁴³ Et tidlig og illustrerende eksempel fra lagmannsrettspraksis er RG 1955 s. 624.

«... Etter mitt syn er det imidlertid tariffavtalene som er det primære avtalegrunnlaget. Det avgjørende er hva som følger av disse avtalene, og pensjonsforsikringsavtalene vil uansett ikke gi arbeidstakerne bedre rettigheter. Jeg viser i denne sammenheng til følgende: Bestemmelser i tariffavtale 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 flyteriggavtalenes bilag 4 legger med andre ord den rettslige rammen for arbeidstakernes pensjonsordning, og bilaget danner avtalegrunnlaget for arbeidstakernes rettigheter og arbeidsgivernes forpliktelser ...»

Thorkildsen peker på at Høyesterett her «fokuserer på at tariffavtalen, «som det primære avtalegrunnlaget» ... gir «den rettslige rammen» for forholdet mellom partene i arbeidsforholdet», og at

«[d]et fokuseres ikke på at tariffavtalebestemmelsene utgjør en del av selve 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 tariffavtalens selv og dens bindende karakter.»

Dette mener han er «en mer dekkende terminologi enn Paal Bergs uttrykksmåte». ⁴⁴ Nå har ikke Berg – og heller ingen andre i faglitteraturen – hevdet at *tariffavtalen* inngår i selve arbeidsavtalene. Men jeg lar dette terminologiske grepet, som er gjennomgående i Thorkildens artikkel, ligge. ⁴⁵ Det kan nok være at det er upresist av Høyesterett å si at det er «tariffavtalene» som «er det primære avtalegrunnlaget» for den enkelte arbeidstakers rettighet. Men dette er nok ikke mer enn en forenklet uttrykksmåte. Det er arbeidsavtalen som er det primære rettsgrunnlaget. Men i praksis vil arbeidsavtalekravet være identisk med hva som følger av tariffavtalen, nettopp på grunn av normtransformasjonen. Dette er dessuten begrunnelsen for at arbeidsavtalekrav som «vil få sin umiddelbare avgjørelse» i en sak om tariffavtale for Arbeidsretten, kan bringes inn for Arbeidsretten sammen med tariffvistloven, jfr. arbeidstvistloven § 34 (1).

Etter mitt syn kan Høyesteretts øvrige formuleringer like gjerne sies å harmonere med Paal Bergs uttalelser om normtransformasjonen. Høyesterett påpeker at *tariffbestemmelser* «anses som en integrert del av den enkelte arbeidstakers ansettelsesbetingelser». Den enkelte arbeidstakers ansettelsesbetingelser er de betingelsene som

⁴⁴ Thorkildsen 2019 s. 273.

⁴⁵ Se Evju 2019b s. 291. Jeg er enig med Evju i at dette er mer enn en vanlig formuleringsfeil. Den er tilslørende fordi det gir inntrykk av at rekkevidden av individuell ettervirkning er mer omfattende enn den er. Dessuten er formuleringsmåten uheldig fordi den utydeliggjør forskjellen mellom ettervirkning av tariffavtale og tariffavtalens ettervirkning etter arbeidstvistloven § 8 (3). Disse er vesensforskjellige, se Skjønberg 2019a s. 423–427.

gjelder i ansettelsesforholdet, det vil si i det individuelle arbeidsavtaleforholdet. Høyesteretts formuleringsmåte svarer til hvordan Erik C. Aagaard (red.) 2014 s. 51 fig., som retten viser direkte til i samme avsnitt, beskriver normtransformasjonen:

«Av denne regelen [arbeidstvistloven § 6] utledes det også at bestemmelsene i tariffavtalen til enhver tid anses som en integrert del av den enkelte arbeidstakerens ansettelsesbetingelser. Dette kan også uttrykkes slik at tariffavtalens bestemmelser inngår som en del av den enkelte individuelle arbeidsavtale og er rettslig forpliktende for begge parter.»

I vår sammenheng kan det, selv om det ikke var tema i høyesterettsdommen, være grunn til å nevne at Aagaard (red.) i neste setning utleder en regel om ettervirkning direkte av normtransformasjonen:

«En konsekvens av dette er at de aktuelle tariffbestemmelsene kan påberopes på individuelt nivå og kan få virkninger selv om tariffavtalen blir sagt opp, eller arbeidstakeren melder seg ut av fagforeningen.»⁴⁶

Høyesteretts mening med formuleringsmåten i HR-2016-1446 har uansett neppe vært å fravike det som har vært en tydelig linje i nesten hundre år, og som vil reise en rekke prosessuelle spørsmål og kreve en ny forståelse av forholdet mellom tariffavtaler og arbeidsavtaler og det dobbeltsporede systemet.

Når det er sagt, kan det være at Thorkildsen, fra et rent teoretisk perspektiv, kan ha et poeng i at det ikke «med nødvendighet» følger av tariffavtalens bindende og ufravikelige virkning «at de normative bestemmelsene må bli en del av selv[e] arbeidsavtalen».⁴⁷ Slike spørsmål ble inngående diskutert i arbeidsrettens formative fase. Men nå er det denne løsningen som er valgt i norsk rett. Selv om det kunne være interessant som en skrivebordsøvelse, tror jeg ikke det er behov for å utvikle en ny måte å begrunne rettslig hvordan arbeidstagere og arbeidsgivere skal kunne ha individualrettslige rettigheter og plikter etter tariffavtalen som de kan bringe inn for de alminnelige domstolene.

3.3 Fra normativ virkning, normtransformasjon, til ettervirkning

Etter at Thorkildsen har problematisert om Bergs formulering skal tas bokstavelig, påpeker han at den normative virkningen

«løser uansett ikke spørsmålet om den tidsmessige dimensjonen – nemlig om de normative tariffavtalebestemmelsene som gjelder for arbeidsforholdet, skal *forbli bindende* mellom arbeidsavtalens parter også etter at tariffavtalen selv har

⁴⁶ T. Brustad [Kommentarer til § 6] i E. C. Aagaard (red.), *Arbeidstvistloven : Kommentarer og praksis*, Oslo 2014, s. 52. Dette er også lagt til grunn av N. Melsom og E. C. Aagaard [Kommentarer til § 8] i samme bok s. 88: «Dersom en tariffavtale har opphørt å eksistere som sådan, vil deler av den likevel «leve videre» gjennom de individuelle arbeidsavtalene til de arbeidstakerne som tidligere var bundet av avtalen.», jfr. Skjønberg 2019b s. 19 note 7.

⁴⁷ Thorkildsen 2019 s. 268.

opphørt å være bindende. Det kreves en ytterligere begrunnelse ...» (min kursiv).⁴⁸

Dette er jeg enig i. Men det finnes klart en begrunnelse. At tariffnormer som har blitt til arbeidsavtalenormer ikke uten videre faller bort fordi tariffavtalen de opprinnelig sprang ut av gjør det, er et konsekvensargument som henger sammen med tariffavtalens grunnformål. Grunnleggende sett er tariffavtalen først og fremst *et middel* for arbeidstagerne og arbeidsgivere til å fastsette hvilke arbeids- og lønnsvilkår som skal gjelde seg imellom i arbeidsforholdet. Arbeidstagerne har overlatt til sine organisasjoner å forhandle kollektivt på deres vegne fordi det gir dem en mer likeverdig forhandlingsposisjon i møte med arbeidsgiverne enn gjennom forhandlinger på egen hånd. Når det som fremforhandles kollektivt fastsettes i *ett* avtaledokument, er det i bunn og grunn fordi det ville være upraktisk hvis de fremforhandlede vilkårene skulle fastsettes i hver enkelt arbeidsavtale.⁴⁹ Det som gjør tariffavtalen velegnet som reguleringsinstrument, er nettopp at arbeids- og lønnsvilkår som fastsettes samlet i en avtale, får automatisk tvingende virkning for et større antall ubestemte nåtidige og fremtidige arbeidsavtaler. Det er kanskje lett å glemme dette; tariffavtalen har også andre formål og har annet innhold enn regulering av individuelle arbeids- og lønnsvilkår. Men primærformålet, som vi anser som selvsagt i dag, er tydelig fremme i de opprinnelige rettskildene. Det er dette som for eksempel ligger i uttalelsen i forarbeidene til arbeidstvistloven 1915 om at «[h]ensikten med tariffavtalerne er, at de skal danne grundlaget for alle de enkelte arbeidskontrakter». ⁵⁰ Ettverkningsens begrunnelse ligger allerede i tariffavtalen, i avtalens grunnleggende formål og rettsvirkninger.⁵¹

Når tariffavtalens rettsvirkninger og tariffrettens alminnelige regler diskuteres, fører det fort galt av sted hvis ikke tariffavtalens grunnformål og særpreg tas i betraktning. For å sikre tariffavtalen som et reguleringsinstrument i tråd med grunnformålene har vi en rekke regler som adskiller seg fra alminnelig kontraktsrett og som er tilpasset denne avtaletypen. Noen slike regler er fastsatt med lov. At tariffavtalen også er bindende og tvingende for andre enn avtalepartene, er et eksempel. Arbeidstvistlovens regler om fortsatt bundethet ved utmeldelse i § 7 og ettervirkning ved interessetvist i § 8 tredje ledd er andre eksempler. Andre regler gjelder i form

⁴⁸ Thorkildsen 2019 s. 268.

⁴⁹ P. Lotmar, *Der Arbeitsvertrag*, Erster Band, Leipzig 1902, s. 775. Lotmar var en av de første som diskuterte tariffavtalens formål, og han var den som tok til orde for at tariffavtalen måtte være ufravikelig i de individuelle arbeidsforholdene. Se nærmere Skjønberg 2019a s. 77–81. Se også S. Evju, «Ufravikelighet og tariffbundethet: historisk og aktuelt», *Arbeidsnotater* 2013:1. Oslo: Institutt for privatrett, Arbeidsrettsgruppen, særlig s. 9–10.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 29 (1912) s. 7. Se også Berg 1930 s. 168–169: «Behovet for sådanne forskrifter for de individuelle arbeidsforhold er det som i det hele har skapt tariffavtalene», og dessuten R. Knoph, *Oversikt over Norges rett*, 1. utgave, Oslo 1934, s. 264 som uttaler at tariffavtalen «gir regler for hvad arbeidsavtalen skal inneholde», og at «[d]et er altså normer for de kommende arbeidsavtaler tariffene stiller opp». Knoph fremhever dette som «[t]ariffavtalenes viktigste virkning» (s. 265). Se også nærmere Skjønberg 2019b s. 21.

⁵¹ Det er antagelig derfor ettervirkningsregelen synes å ha vært åpenbar for Paal Berg, se Berg 1930 s. 182.

av alminnelige utfyllingsnormer. Den nevnte normen om at tariffavtalen forutsetter en helhetlig regulering, og at dermed også forhold som *kunne* ha blitt avtalt anses negativt regulert i relasjon til fredsplikten, er eksempel på en slik regel. Den kan umiddelbart virke spesiell fra en kontraktsrettslig synsvinkel, men er helt i tråd med tariffavtalens grunnformål.⁵² Flere kontraktsrettslige regler har liten praktisk betydning i tariffretten, slik som regler om avtaleopphør på grunn av bristende forutsetninger eller hevning.

Etter mitt syn er det derfor allerede i utgangspunktet holdepunkter for regelen om ettervirkning. Thorkildsen vil som nevnt snu det hele. Like etter uttalelsen om at ettervirkning krever en «ytterligere begrunnelse», legger han til at det «ikke minst» kreves «et særskilt rettskildemessig grunnlag»,⁵³ og han hevder et annet sted i artikkelen at «[e]n eventuell lære om såkalt individuell ettervirkning vil innebære forpliktelser av en slik art at det bør kreves klare rettskildemessige holdepunkter».⁵⁴ Han introduserer dermed isteden et nytt og eget premiss. Heri ligger nok forklaringen i Thorkildsens forsøk på å skape klarhet om den normative virkningen og premisset for ettervirkning. Det er ingen rettskildemessige holdepunkter for et slikt utgangspunkt som Thorkildsen skisserer, og det blir stående som et postulat.

Spørsmålet er heller om det er rettskildemessige holdepunkter utover det at ettervirkning er i tråd med tariffavtalens grunnformål og rettsvirkninger. Svaret er igjen ja. Regelen kan forankres i Arbeidsrettens praksis, Høyesteretts dom i Rt. 1996 s.1218 *Rogalandsmeieriet*,⁵⁵ faglitteraturen, grunnleggende vernehensyn og utenlandsk rett. Jeg ser ingen grunn til å gå inn på alt rettskildematerialet igjen.⁵⁶ Thorkildsen bruker mye plass på å diskutere reelle hensyn, og det er fortjenestefullt at han også inkluderer hensynet til arbeidstager. Men som Evju har påpekt, blir interesseavveining spesiell: «Asymmetrien i individuelle arbeidsforhold skyves til side av en ganske engenartet argumentasjon.»⁵⁷ Thorkildsen er for eksempel ikke så bekymret for om arbeidstagerne må gå fra 37,5 timers arbeidsuke til lovens normalordning på 40 timer, og dermed

⁵² Se nærmere Skjønberg 2019a s. 199 og 207.

⁵³ Thorkildsen 2019 s. 268.

⁵⁴ S. 278. Se også s. 288: «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.»

⁵⁵ Lovavdelingens uttalelse 20. april 1998 (JDLOV-1998-3592) kan også forstås å tolke Rt. 1996 s. 1218 *Rogalandsmeieriet* til støtte for en regel om ettervirkning: «Opphør eller endring av gjeldende tariffavtale vil ikke føre til at opptjente pensjonsrettigheter faller bort. For så vidt kan det sees som en ettervirkning av en tariffavtale som gir pensjonsrettigheter, at det gjennom avtalen er etablert individuelle rettigheter til opptjent pensjon (sml. Høyesteretts dom i Rt-1996-1218, som gjaldt andre forhold enn pensjon)».

⁵⁶ Den analysen som er gjort av dette rettskildematerialet, oppfyller tydeligvis ikke Thorkildsens krav til rettsdogmatikk. Thorkildsen påminner oss nemlig om at «[j]uridisk teori skal beskrive og forklare gjeldende rett, ikke skape den», jfr. Thorkildsen 2019 s. 278. Uttalelsen blir stående i et underlig lys med tanke på Thorkildsens utlegning av tariffavtalens normative virkning og øvrige retoriske grep.

⁵⁷ Evju 2019b s. 300.

risikere å gå ned i lønn. Eller hva med tillegg for ubekvem arbeidstid, slik Evju påpeker? Og når det gjelder «den femte ferieuken», vil Thorkildsen at man skal feste lit til at arbeidsgiver ikke vil fjerne den og gå over til ferielovens ordning. Thorkildsen kommer ikke bort fra at et utgangspunkt om at arbeids- og lønnsvilkårene faller bort, vil skape uklarhet og usikkerhet, ikke minst for arbeidstagerne.

Thorkildsen hevder at bestemmelsen om individuell ettervirkning i arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd tredje og fjerde punktum ville vært overflødig ved siden av en alminnelig regel om individuell ettervirkning.⁵⁸ Dette er galt. For det første gjelder den alminnelige ettervirkningsregelen der en tariffavtale opphører og faller bort uten at det skjer en virksomhetsoverdragelse. For det andre vil regelen også kunne gjelde i forbindelse med virksomhetsoverdragelse der en tariffavtale opphører og falle bort før overdragelsestidspunktet, slik at det blir en tariffløs mellomperiode.⁵⁹ Det uavklarte spørsmålet er, slik Stein Evju har drøftet, om bestemmelsene som da har ettervirkning i perioden frem til overdragelsestidspunktet, reguleres av arbeidsmiljøloven § 16-2 første eller annet ledd. Det er ingenting i forarbeidene til arbeidsmiljøloven som tyder på at lovgiver, slik Thorkildsen hevder, har ment å avskaffe den alminnelige regelen om ettervirkning. Dette ville det heller ikke være noen grunn til å gjøre. Det gjelder ulovfestede regler om ettervirkning ved tariffavtaleopphør både etter svensk og dansk rett ved siden av reglene som gjelder ved virksomhetsoverdragelse.⁶⁰

Når det gjelder tolkningen av høyesterettspraksis, bringer ikke Thorkildsen noe vesentlig nytt. Hans argumentasjon er nærmest identisk med Fougners.⁶¹ Noe klart prejudikat for ettervirkning har vi ikke, selv om dommen i Rt. 1996 s. 1218 *Rogalandsmeieriet* trekker klart i en slik retning.⁶²

Thorkildsens tolkning av ARD 1926 s. 110 *Akers Mek.* er problematisk, og i neste punkt vil jeg se nærmere på denne avgjørelsen.

Thorkildsen hevder at det er liten grunn til å legge vekt på uttalelser om ettervirkning i Arbeidsrettens praksis.⁶³ Han viser til at dette er et spørsmål som faller utenfor Arbeidsrettens kompetanse. Det er korrekt at spørsmålet normalt vil falle utenfor Arbeidsrettens kompetanse ettersom det dreier seg om et arbeidsavtalekrav. I *opphørssituasjonen*, slik jeg har beskrevet den i avsnitt 2, vil ikke spørsmålet kunne bringes inn for Arbeidsretten. Men ved *tariffavtaleskifte* vil dette kunne være annerledes fordi Arbeidsretten ved å ta stilling til hvilke virkninger en ny tariffavtale har, også må kunne ta prejudisielt stilling til hva som følger av arbeidsavtalene, slik dommen i ARD 1926 s. 110 *Akers Mek.* viser. Dette er for såvidt ikke noe annet enn hva som i alminnelighet vil gjelde der det er spørsmål om motstrid mellom en tariffavtale og en

⁵⁸ Thorkildsen 2019 s. 269–270.

⁵⁹ Se Evju 2019a s. 54–67. Jfr. Skjønberg 2019b s. 21.

⁶⁰ Se Skjønberg 2019b s. 29–30 med videre referanser.

⁶¹ Se for øvrig Evju 2019b s. 297–298 om Thorkildsens argumentasjon på dette punkt.

⁶² Se Skjønberg 2019b s. 31–32.

⁶³ Thorkildsen 2019 s. 273.

arbeidsavtale. Selv om de alminnelige domstoler ikke formelt er bundet av Arbeidsrettens uttalelser om ettervirkning i AR-2019-4 *Kantarellen* avsnitt 66 og AR-2019-5 *Grefsenhjemmet* avsnitt 84, kan det være grunn til å spørre hvorfor en enstemmig rett, i to saker, hadde behov for å uttale seg om spørsmålet selv om det ble tatt ut av sakene og forlikt.⁶⁴

3.4. ARD 1926 s. 110 *Akers Mek.*

Thorkildsen presenterer to argumenter mot at dommen bygger på en regel om ettervirkning.⁶⁵ Begge disse henger sammen. Det ene er at saken gjaldt tolkning av den nye tariffavtalens bestemmelse om lønnsnedslag, og det andre er at det var unødvendig for Arbeidsretten å ta stilling til om arbeids- og lønnsvilkår etter den første tariffavtalen gjaldt etter at den avtalen hadde falt bort. Det første er riktig, men ikke avgjørende. Det andre er galt.

Det er åpenbart at saken dreiet seg om tolkningen av den nye tariffavtalen. Hvis ikke skulle saken ha blitt avvist. Det er heller ingen som har hevdet at saken ikke gjaldt en tariffavtaletvist. Men Thorkildsen overser hva som var det sentrale spørsmålet. Det var hvilken *faktisk* lønn som skulle regnes med ved lønnsnedslaget som skulle gjennomføres etter den nye tariffavtalen. Den nye tariffavtalen hadde ingen bestemmelser om prosenttillegg eller noe konkret som tilsa at tariffavtalen gav en rett til videreføring av prosenttillegget. Men Arbeidsretten bygget på at prosenttillegget var videreført som del av den enkeltes arbeidsavtale etter at den tidligere tariffavtalen, direkteavtalen mellom Norsk Jern- og Metalarbeiderforbund og Akers Mek., falt bort med virkning fra 1. april 1926. Arbeidsgiversiden argumenterte med det motsatte, at prosenttillegget falt bort i og med at direkteavtalen opphørte:

«Prosenttilleggene var tariff-fordeler som forbundet hadde tvunget igjennom på en tid da bedriften stod isolert, og de tilkom derfor enhver som blev ansatt i vedkommende stillinger. Nogen tilsvarende bestemmelse fantes ikke i Landsforeningens almindelige for de organiserte bedrifter gjeldende tariffavtale. Og nogen sådan bestemmelse finnes heller ikke i den nye fellesavtale. Når nu Akers mek. Verksted er kommet inn under fellesavtalen, og den gamle særavtale er bortfalt, må også dermed den gamle særbestemmelse være bortfalt» (s. 112).

At prosenttillegget hadde falt bort, begrunnet N.A.F. med at det ikke var snakk om en normativ bestemmelse, altså ikke en tariffbestemmelse som kunne bli transformert til

⁶⁴ Se Evju 2019b s. 298–299 om forliket: «Logikken i disse protokollene er tydelig nok. Individuelle vilkår kan ha ettervirkning. Men de må vike dersom de er i strid med en ny tariffavtale. Hva som er individuelle vilkår etter en tidligere tariffavtale, er et spørsmål for seg. Det er vanskelig å forstå dette på noen annen måte enn at partene i de to sakene – NHO, LO og Norsk Sykepleierforbund – har bygget på at prinsipielt sett kan normativt bestemte individuelle lønns- og arbeidsvilkår ha ettervirkning» (s. 299). Jeg er enig med Evjus tolkning. At disse protokollene ikke var fremme i Oslo tingsretts behandling av saken om Grefsenhjemmet, er overraskende. Se dom 19. juni 2019, saksnr. 17-071806TVI-OTIR/04. Dommen er anket og sluppet inn til behandling for Borgarting lagmannsrett.

⁶⁵ Thorkildsen 2019 s. 273–274.

arbeidsavtalebestemmelse og på den måten være i behold. Det ble med andre ord hevdet at prosenttillegget var en tariffbestemmelse som ikke kunne ha ettervirkning. Det er dette som ligger i N.A.F.s anførsel, som er gjengitt i dommen, om at «[p]rocenttillegget har intet med de individuelle arbeidskontrakter å gjøre. Det er ikke hjemlet i dem» (s. 112–113). Selv om det ikke i seg selv har rettskildeverdi, viser N.A.F.s argumentasjon i tilsvaret dette med all tydelighet:

«Vi bestrider, at de i stevningen omhandlede procenttillæg er en del av de personlige kontrakter, og gjør opmerksom paa, at avgjørelser av dette spørsmål neppe henligger under Arbeidsret. Dette procenttillæg har overhodet intet med de individuelle arbeidskontrakter at gjøre. Det var tariffordene, som forbundet tiltvang sig i den tid bedriften stod isolert, bestemmelsene angir sig selv at være en del av tariffen av 1924 ... Og saavel forbundet som de angjældende arbeidere har den hele tid vidst, at de individuelle ansættelseskontrakter intet indeholder om noget procenttillæg. Man var altsaa klar over, at dette kun hadde hjemmel i den utløpne tariffavtale og for øvrig kun kom til anvendelse under visse betingelser ... Dette karakteriserer jo nok som bestemmelsen som en tariffbestemmelse og er selvsagt helt uforenlig med et personlig lønstillæg. Det bortfaldt da i og med, at denne tariffavtale ikke blev fornyet» (s. 3–5, understreket i original).

Tariffbestemmelsen om prosenttillegg ble, av arbeidsgiversiden, holdt opp mot andre lønnsbestemmelser som *var* i behold også etter at direkteavtalen hadde falt bort:

«Ved siden av disse tariffbestemmelser for de enkelte stillinger har man imidlertid ogsaa enkelte personlige lønstillæg i tariffen av 1924, de nemlig som er nævnt i følgende avsnit, og hvorover vi fremlægger en specifikation i bilag 2 hermed. – Disse personlige lønstillæg har naturligvis arbeiderne beholdt» (s. 3–4).

Arbeidsretten var ikke enig med arbeidsgiversiden i at prosenttillegget «intet har å gjøre med de individuelle arbeidskontrakter» (s. 113). Retten klassifiserte tariffbestemmelsen om prosenttillegg – slik som den tidligere tariffavtalens øvrige lønnsbestemmelser – som en tariffbestemmelse som «uten videre og uten uttrykkelig avtale, blir en del av arbeidskontraktene» (s. 114). Etter rettens syn var bestemmelsen om prosenttillegg dermed en normativ bestemmelse.

Det var nødvendig for Arbeidsretten å ta stilling til om tariffbestemmelsen om prosenttillegg hadde blitt transformert til en arbeidsavtalebestemmelse. Hvis ikke, ville det ikke vært noe grunnlag for at dette kunne videreføres etter at den tidligere tariffavtalen hadde falt bort. Den nye tariffavtalen hadde som nevnt ingen slik regulering.

Rettens mindretall var derimot enig med arbeidsgiversiden i dens klassifiseringen av tariffbestemmelsene. Mindretallet tolket den tidligere tariffavtalen, direkteavtalen, og la vekt på tariffbestemmelsens art, nemlig at det var knyttet visse betingelser til dem:

«At procenttilleggene efter den gamle tariffs bestemmelse bortfaller ved arbeiderens overgang til akkordarbeid eller til annen arbeidsavdeling, er et

avgjørende bevis for, at prosenttilleggene er tariff-festet og ikke personlige tillegg for den enkelte» (s. 114).

Det er forøvrig, iallfall fra en historisk synsvinkel, interessant å merke seg at N.A.F. kommer med en bekymring i tilsvaret som ligner den som har vært fremme i ettervirkningsdebatten, nemlig at en regel om ettervirkning vil innebære at en arbeidstager, med arbeidsavtalen som grunnlag, kan «plukke med seg» tariffbestemmelser fra tidligere tariffavtale ved overgang til ny tariffavtale:

«Der blev under mæglingen ikke tat noget forbehold om, at nogen del av den ældre separate tariffavtale fremdeles skulde gjælde, der er ikke i den nye avtale fastsat spesielle bestemmelser for Akers mek. Verksted i likhet med, hvad der ellers er gjort i enkelte tilfælder (tariffavtalens § 3), og forbundet er derfor visselig klar over, at alle ældre tariffbestemmelser er bortfaldt. Men desuagtet plukker nogen ut endel bestemmelser i tariffen, som man paastaar opretholdt ikke som tariffbestemmelser, men som personlige lønstillæg, altsaa som en del av de individuelle arbeidskontrakter» (s. 3, understreket i original).

Dette «plukk og velg»-argumentet blir imidlertid for enkelt ettersom en arbeidsavtalebestemmelse bare kan være i behold ved overgang til ny tariffavtale såfremt vilkåret ikke er i strid med den nye tariffavtalen og de forutsetninger den bygger på, se avsnitt 2 foran. I praksis vil den nye tariffavtalen gjerne ha egne bestemmelser om arbeids- og lønnsvilkår. Men ved overgang fra en minstelønnsoverenskomst til en annen, vil situasjonen kunne være at arbeidstager beholder sin tidligere lønn fordi dette ikke er i strid med den nye minstelønnsoverenskomsten.

4 Hva innebærer ettervirkning?

4.1. To sentrale spørsmål

Debatten om individuell ettervirkning har hittil dreiet seg om rettsgrunnlaget for regelen og i mindre grad om hva regelen innebærer. Dette skyldes at det er grunnleggende tariffrett som bestrides. At Thorkildsen går enda et skritt tilbake og omformulerer tariffavtalens virkning i individuelle arbeidsforhold, illustrerer sånn sett viktigheten av å diskutere de prinsipielle spørsmålene. I praksis vil spørsmålet om ettervirkning bli satt på spissen først når arbeidsgiver ønsker å gjennomføre en endring i arbeidsvilkårene. Det ene sentrale spørsmålet er da hvilke tariffbestemmelser som har ettervirkning som arbeidsavtalebestemmelser, hva som er ettervirkningens *saklige* rekkevidde. Det andre er hvilken betydning en arbeidsavtalebestemmelse som gjelder videre, har for arbeidsgivers endringsadgang. Det siste er et styringsrettsspørsmål.

4.2 Ettervirkningens saklige rekkevidde

Alle de forfatterne som mener det gjelder en regel om ettervirkning, legger samtidig til grunn at rekkevidden er saklig begrenset.⁶⁶ Det er ikke tariffavtalen som sådan som har

⁶⁶ Se henvisningene i Skjønberg 2019b s. 19 note 7.

ettervirkning, slik ettervirkningsregelen i arbeidstvistloven § 8 tredje ledd innebærer.⁶⁷ Det synes å være enighet om at individuell ettervirkning i utgangspunktet bare gjelder tariffavtalens normative del. Avgrensningen har sammenheng med hva som er grunnlaget for denne ettervirkningsformen, nemlig tariffavtalens virkning for arbeidsavtalene og den transformasjonen som skjer i tariffperioden.

Normative bestemmelser utgjør bare én hovedgruppe av tariffbestemmelser. Som et utgangspunkt kan slike forklares som tariffbestemmelser om arbeids- og lønnsvilkår «som er ment å skulle gå inn i arbeidsavtalene som bindende og ufravikelige deler av dem», slik Paal Berg beskrev dem.⁶⁸ Jeg har tidligere forklart dem som «bestemmelser om arbeids- og lønnsbetingelser [som] etter sin art [er] egnet til å gå inn i arbeidstageres arbeidsavtaler».⁶⁹ Hensikten har ikke vært å gi uttrykk for noe annet, men å betone den selvsagte forutsetningen om egnethet.⁷⁰

De normative bestemmelsene skilles gjerne fra en annen hovedgruppe tariffbestemmelser; de *obligatoriske*. Dette er tariffavtalebestemmelser av rent kontraktsrettslig art om rettigheter og plikter mellom tariffpartene.⁷¹ Slike tariffbestemmelser kan naturlig nok ikke ha ettervirkning etter regelen om individuell ettervirkning. Tariffavtaleforholdet består ikke. Når tariffavtalen faller bort, har de obligatoriske bestemmelsene ikke lenger noe rettsgrunnlag. De har aldri – slik som normative bestemmelser – hatt et dobbelt rettsgrunnlag. Men de obligatoriske tariffbestemmelsene er omfattet av ettervirkningsregelen i arbeidstvistloven § 8 tredje ledd.

En særlig type tariffbestemmelser er dem som regulerer arbeidsgivers forhold til arbeidstagerne som gruppe eller fellesskap, men som ikke direkte gir den enkelte arbeidstager en individuell rettighet denne kan håndheve på egen hånd. Slike tariffbestemmelser har ingen innarbeidet term i norsk arbeidsrett, men jeg har betegnet dem *kollektive normer*.⁷²

En utfordring er at det ikke er et skarpt skille mellom ulike tariffbestemmelser, og det finnes ingen legaldefinerte kategorier. Hvorvidt en tariffbestemmelse er normativ, beror

⁶⁷ Det er derfor det blir sterkt misvisende når Thorkildsen gjennomgående snakker om at tariffavtalens gis ettervirkning gjennom arbeidsavtalen.

⁶⁸ Berg 1930 s. 169. Dette ligner på den formuleringen som finnes i ARD 1926 s. 110 *Akers Mek*, Tjenestetvistkomitéen 1956 og Rt. 1962 s. 122 *Opheim*. Formuleringsmåten svarer også med hvordan termen er brukt i nyere litteratur, se f.eks. S. Evju, «Normer og rettsvirkninger : to tariffrettslige observasjoner», *Arbeidsrett* 2013 (Evju 2013), s. 139–140 (s. 139).

⁶⁹ A. N. Skjønberg, «Tariffavtalers virkning for utenforstående arbeidstakere», *Arbeidsrett* 2011 (Skjønberg 2011), s. 1–80 (s. 5).

⁷⁰ Dette inngår også i Bergs forståelse av normativ bestemmelse, se f.eks. Berg 1930 s. 169 motsetningsvis.

⁷¹ Evju 2013 s. 139. Se også f.eks. Berg 1930 s. 169 og Skjønberg 2011 s. 5.

⁷² Skjønberg 2011 s. 5.

på en tolkning av den. Dette har jeg betegnet som et klassifiseringsspørsmål.⁷³ Tariffbestemmelser som typisk klassifiseres som normative, er bestemmelser om lønn (lønnsatser, lønnsformer), arbeidstid (lengde, inndeling, tillegg), overtidsarbeid, fridager, ferie, lønn under permisjon, oppsigelsesfrister mv. Dette er tariffbestemmelser som normalt vil skape individuelle rettigheter og plikter i arbeidsforholdet, som arbeidstager og arbeidsgiver kan håndheve på egen hånd for de alminnelige domstolene i tariffperioden. Slike tariffbestemmelser er normalt *egnet* til å bli del av arbeidsavtalen.

Egnethetskravet må også innebære at tariffbestemmelsen som har blitt del av arbeidsavtalen i tariffperioden, er egnet til å eksistere på egen hånd, uavhengig av tariffavtalen. Den må med andre ord være egnet til å være en del av arbeidsavtalen også etter tariffperioden. Tariffbestemmelser som fraviker arbeidsmiljølovens regler til ugunst for arbeidstager, vil derfor vanskelig kunne ha ettervirkning etter den alminnelige regelen. Slike tariffbestemmelser som gjør unntak fra loven, krever typisk tariffavtalen som rettsgrunnlag, se for eksempel arbeidsmiljøloven kapittel 10. Dersom det er snakk om tariffbestemmelser som er gunstigere enn arbeidsmiljølovens regler, er dette riktignok uproblematisk. Slike bestemmelser kan ha grunnlag i en arbeidsavtale alene, jfr. arbeidsmiljøloven § 1-9.

Klassifiseringsspørsmålet var som nevnt fremme i både ARD 1926 s. 110 *Akers Mek.* og Rt. 1996 s. 1218 *Rogalandsmeieriet*. I begge sakene argumenterte arbeidsgiversiden med at de aktuelle tariffbestemmelsene ikke var av en slik karakter at de ble del av arbeidsavtalene. I *Akers Merk.* avviste rettens flertall dette kort. Flertallet nøyte seg med å vise til at tariffbestemmelsen om prosenttillegg i direkteavtalen var en del av tariffavtalens lønnsbestemmelser, og at arbeidstagerne «kunne inntale procenttillegget ved de ordinære domstoler som et ordinært lønnskrav» (s. 114). At flertallet ikke gjorde en mer inngående tolkning av tariffbestemmelsene, er ikke overraskende. Det var her snakk om en lønnsbestemmelse i en regulær tariffavtale. Det var heller ikke knyttet betingelser til bestemmelsen på en slik måte at den ikke kunne eksistere som arbeidsavtalenorm uavhengig av tariffavtalen.

I *Rogalandsmeieriet* var det derimot ikke like opplagt at det var snakk om tariffbestemmelser som skapte individuelle rettigheter, normative tariffbestemmelser, og det er derfor ikke unaturlig at dette ble et større tolkningsspørsmål i saken. For Høyesterett anførte arbeidsgiversiden, slik det er gjengitt av førstvoterende, følgende:

«Det anføres nå at rasjonaliseringsavtalen ikke kan forstås slik at den inneholdt bestemmelser om individuelle rettigheter. Avtalen gjaldt retningslinjer for stillingsvern og lønn ved rasjonalisering, og bestemmelsene må forstås som kollektive rettigheter gjeldende mellom Meierienes Arbeidsgiverforening og Norske Meierifolks Landsforening. De kollektive rettigheter faller bort når tariffavtalen opphører å gjelde» (s. 1223).

⁷³ Skjønberg 2019b s. 31–32.

Denne saken gjaldt ikke en typisk overenskomst. Den aktuelle tariffavtalen regulerte ikke de sentrale arbeids- og lønnsvilkårene som skulle gjelde mellom arbeidsgiver og arbeidstagerne under arbeidsforholdet. Den fastsatte utelukkende hva som skulle gjelde i forbindelse med rasjonalisering. Det var med andre ord snakk om regulering som skulle inntre i en bestemt situasjon. I innledningen til tariffavtalen ble forpliktelsene beskrevet som «retningslinjer»:

«Med sikte på den fremtidige rasjonalisering vil det være av stor betydning at den praksis som har vært gjeldende hittil blir fastlagt i mer konkrete former. Landsforbundet og Landsforeningen er derfor enige om at følgende retningslinjer blir lagt til grunn ved behandlingen av meierifagfolk som på grunn av sammenslutninger, nedlegging av meierier eller andre rasjonaliseringstiltak må gå over til en annen stilling eller et annet arbeid i meieribruket....» (s. 1219).

Høyesterett kom som nevnt til at det var snakk om normative bestemmelser:

«Etter dette synes naturlig å forstå rasjonaliseringsavtalens bestemmelser slik at de direkte regulerer individuelle rettsforhold. Selv om bestemmelsene i innledningen til avtalen ble beskrevet som retningslinjer, inneholdt de konkrete utsagn om stillingsvern for meieribestyrere, fortrinnsrett til ansettelse for meierifagutdannede funksjonærer og tilsikring av lønn og andre økonomiske vilkår. Norske Meierifolks Landsforening og medlemmene i dette forbund har med rette oppfattet bestemmelsene i rasjonaliseringsavtalen som gjeldende direkte overfor den enkelte arbeidstaker» (s. 1224).

Høyesterett viste til at også arbeidsgiversiden syntes å ha oppfattet bestemmelsene som normative «så lenge rasjonaliseringsavtalen var gjeldende», altså i tariffperioden. Jeg står fast ved at det meste av Høyesteretts vurdering dreiet seg om tariffbestemmelsene var normative, klassifiseringsspørsmålet. At de i så fall skulle ha ettervirkning, var det enighet om. Men Høyesterett valgte å formulere seg generelt om også dette avslutningsvis:

«Disse rettighetene er av en slik art at de går inn som en del av den enkeltes individuelle arbeidsavtale. Slike individuelle rettigheter faller ikke uten videre bort om rasjonaliseringsavtalen opphører å gjelde.»

Hva som kan ha ettervirkning etter den alminnelige regelen om ettervirkning, er dermed i utgangspunktet omfattende. Det er antagelig dette som har skapt en viss motstand mot regelen. Thorkildsen omtaler ettervirkning som «en fundamental forpliktelse ... en lære om at tariffavtaler får «evig liv» som ledd i de individuelle arbeidsavtalene». ⁷⁴ Fougner frykter som nevnt innledningsvis at regelen skal «konservere arbeidsbetingelsene på en uheldig måte». Disse forfatterne synes imidlertid ikke å ta innover seg hva som er

⁷⁴ Thorkildsen 2019 s. 286.

bestemmelsens grunnlag. At noe har ettervirkning som *arbeidsavtalebestemmelse*, avskjærer ikke nødvendigvis arbeidsgivers endringsadgang.

4.3 Endringsadgang

Som jeg har påpekt tidligere, vil spørsmålet om arbeidsgiver kan gjøre endringer *ensidig* i kraft av styringsretten måtte vurderes på samme måte som ellers.⁷⁵ Utgangspunktet for arbeidsgivers endringsadgang avhenger generelt av hva som er begrensningens, eller den mulige begrensningens, rettsgrunnlag.

I en ettervirkningssituasjon finnes det ikke lenger en tariffnorm som begrenser endringsadgangen, men «bare» en arbeidsavtalenorm. Dette har betydning for endringsadgangen. En tariffavtale kan ikke fravikes medmindre den åpner opp for det, mens når det gjelder arbeidsavtalen, er utgangspunktet annerledes. Høyesteretts utgangspunkt er at «[i]kke enhver avtalebestemmelse om arbeidsvilkår begrenser styringsretten».⁷⁶ Ingen av de ni «styringsrettsdommene»⁷⁷ har dreid deg om en arbeidsavtalebestemmelse som er resultat av ettervirkning, men det er vanskelig å se hvorfor Høyesteretts tottrinns-tilnærming, slik denne er formulert særlig i Rt. 2009 s. 1465 *Senvakt* og HR-2016-2286-*A Rygge kommune*, ikke skal være anvendelig også i ettervirkningssituasjonen.⁷⁸

Det første spørsmålet etter denne vurderingen er om arbeidsgiver har påtatt seg «en særskilt forpliktelse» eller «gitt særskilt avkall» på styringsretten. Dette alternativet passer riktignok ikke så godt i ettervirkningssituasjonen hvor avtalebestemmelsen normalt ikke kan forankres i konkrete holdepunkter i forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstager. At arbeidsgiver i sin tid ble bundet av en tariffavtale, kan nok ikke i seg selv likestilles med å påta seg en særskilt forpliktelse overfor en konkret arbeidstager på individualrettslig grunnlag, slik særlig *Senvakt* dreide seg om.⁷⁹

Det er det andre elementet i Høyesteretts tilnærming som er relevant. Når det ikke er grunnlag for å si at arbeidsgiver har påtatt seg en særskilt forpliktelse, er neste trinn i vurderingen hvorvidt arbeidsgivers endring gjelder noe som «særpreger, definerer eller fremstår som vesentlig for arbeidsforholdet». Den enkelte arbeidsavtalebestemmelse, som er resultat av ettervirkning, vil da i utgangspunktet måtte vurderes konkret i tråd med de normene som ellers gjelder ved endringsspørsmål. Utgangspunktet vil da være at arbeidsgiver for eksempel ikke ensidig kan gjøre endringer i lønn, som jo er den ene

⁷⁵ Skjønberg 2019b s. 36 note 84.

⁷⁶ Rt. 2009 s. 1465 *Senvakt* avsnitt 38 og HR-2016-2286-*A Rygge kommune* avsnitt 26.

⁷⁷ Rt. 2000 s.1602 *Nøkk*, Rt. 2001 s. 418 *Kårstø*, Rt. 2001 s. 1576 *Hakon*, Rt. 2008 s. 856 *Theatercaféen*, Rt. 2008 s. 1246 *Statoil*, Rt. 2009 s. 1465 *Senvakt*, Rt. 2010 s. 412 *Fokus Bank*, Rt. 2011 s. 841 *Undervisningsinspektør* og HR-2016-2286-*A Rygge kommune*.

⁷⁸ Se Skjønberg 2019c s. 311.

⁷⁹ Det kan samtidig ikke utelukkes at en arbeidsgiver kan ha påtatt seg en særskilt forpliktelse på individualrettslig grunnlag.

hovedytelsen i kontraktsforholdet.⁸⁰ Mens for eksempel en bestemmelse om lønns-utbetalingstidspunktet, slik jeg ser det, normalt ikke kan regnes som vesentlig. Når det gjelder arbeidstid, vil for eksempel bestemmelser om arbeidstidens plassering normalt kunne endres,⁸¹ mens en økning i arbeidstiden vil være mer problematisk, iallfall hvis økningen innebærer lønnsreduksjon.

Denne tilnærmingen passer godt og er rimelig fordi den åpner opp for en avveining av *begge* parter interesser. Tilnærmingen sørger for en viss balanse mellom arbeidsarbeidsgiver og arbeidstager, og tar utgangspunkt i den ensidige endringsadgangen som arbeidsgiver allerede er tilkjent gjennom rettsnormene om styringsrett. Et utgangspunkt om at arbeids- og lønnsvilkårene som var del av tariffavtalen og arbeidsavtalen i tariffperioden skal falle bort når tariffavtalen gjør det, slik Fougner og Thorkildsen tar til orde for, vil være en regel som gir den ene parten, arbeidsgiveren, utstrakt «fleksibilitet». Men samtidig vil den skape betydelig usikkerhet for arbeidstageren. En slik regel ville ligne det som Paal Berg kalte en asosial norm.⁸²

5. Avslutning

Den kollektive arbeidsretten preges av kontinuitet og stabilitet, og endel av rettsreglene skiller seg fra den alminnelige kontraktsretten. Den kollektive arbeidsrettens særpreget er noe av begrunnelsen for at vi har en særdomstol på dette området.⁸³ Ettervirkingsdebatten har vist hvor viktig en historisk og komparativ tilnærming til grunnleggende rettsspørsmål kan være på dette rettsområdet. Av og til er det nødvendig å gå tilbake og se hva som begrunner de ulike reglene, og hvorfor de eventuelt er særpreget. Forsøk på ny argumentasjon kan da vise seg å være mer tradisjonell og ensidig fleksibilitetsargumentasjon. Den historiske og komparative tilnærmingen kan være krevende, særlig fordi endel av de grunnleggende diskusjonene finnes i forarbeidene til arbeidstvistloven 1915 og rettsvitenskapelig teori fra samme periode. I rettspraksis vil grunnforestillinger fremkomme av Arbeidsrettens tidlige avgjørelser, men ikke være fremme like ofte i dag.⁸⁴ Faren er, slik som Niklas Bruun nylig har påpekt, at slike elementer ved den kollektive arbeidsretten innebærer «att den kollektiva arbetsrätten för mången utomstående (både jurister och andra) ter sig som ett närapå obegripligt slutet system

⁸⁰ Se Rt. 2008 s. 856 *Theatercaféen* avsnitt 41 og HR-2019-928-A avsnitt 45. Se fra juridisk teori f.eks. S. Evju, «Norge», T. Sigeman mfl. (red.), *Arbetsrätten i Norden*, 1990, s. 296, Skjønberg mfl. 2017 s. 107 og Fougner 2019 s. 154–155. Men det er selvsagt et spørsmål hva som skal regnes som lønn i den forbindelse. *Theatercaféen* illustrerer nettopp dette.

⁸¹ Se f.eks. Rt. 2001 s. 418 *Kårstø* og Rt. 2009 s. 1465 *Senvakt* avsnitt 35.

⁸² Berg 1930 s. 1: «Asociale eller usociale blir rettsnormene, når de løser rettsproblemene ut fra et individualistisk, ensidig privatøkonomisk og formuerettslig syn uten å ofre de samfunnsmessige og menneskelige verdier tilstrekkelig oppmerksomhet».

⁸³ Ot.prp. nr. 29 (1912) s. 6.

⁸⁴ Det er imidlertid ikke uvanlig at Arbeidsretten viser til og begrunner standpunkter med eldre avgjørelser, se nærmere Skjønberg 2019a s. 50.

som endast öppnar sig för en liten inre krets ”arbetsmarknadsjurister”». ⁸⁵ Dette kan være noe å ta med seg, og det stilles pedagogiske krav til den lille kretsen som driver med rettsområdet. Men det kan ikke legitimere at de metodiske kravene lempes, heller ikke i faglitteratur som ikke pretenderer å være rettsvitenskap. I retten *skal* advokaten være ensidig, ⁸⁶ men i den faglige diskusjonen må det være noen krav til åpenhet og tydelighet i rettskildebruken. ⁸⁷ Den som forholder seg til arbeidsrettslig litteratur, må da ha med seg at det er snakk om et rettsområde hvor tydelige interesser står mot hverandre og hvordan dette av og til kan prege argumentasjonen. ⁸⁸

⁸⁵ N. Bruun, «Alexander Næss Skjønberg: Fredsplikten i tarifforhold», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2020, s. 103–107 (s. 107).

⁸⁶ A. Ryssdal, «Advokatprøven for Høyesterett – til bistand eller besvær?», *Lov og rett* 2019, s. 325–326 (s. 326).

⁸⁷ Se også her Evju 2019b s. 305.

⁸⁸ Domstolene bør derfor være varsomme med å legge til grunn enkeltforfatteres standpunkt uten å foreta en selvstendig analyse av rettskildematerialet. Se min kommentar til Oslo tingretts dom 19. juni 2019 saksnr. 17-071806TVI-OTIR/04, på *Rett24* 9. juli 2019 «Det er bemerkelsesverdig at retten i det vesentlige lener seg på en upublisert artikkel», <https://rett24.no/articles/det-er-bemerkelsesverdige-at-retten-i-det-vesentlige-lener-seg-pa-en-upublisert-artikkel>.