



NORGES HØYESTERETT

Den 11. oktober 2018 avsa Høyesterett dom i

HR-2018-1944-A, (sak nr. 2018/177), sivil sak, anke over dom,

DNB Næringseiendom AS
Finans Norge (partshjelper)

(advokat Anne Marie Due)

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)
(partshjelper)

(advokat Margrethe Meder)

mot

A

(advokat Jan Roald Heiberg – til prøve)

Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund
(YS) (partshjelper)

(advokat Pål Behrens)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Møse**: Saken gjelder arbeidstakers rett til å fastholde arbeidskontrakten med tidligere arbeidsgiver når virksomheten overdras til ny arbeidsgiver. Spørsmålet er blant annet hvilken betydning det har for denne valgretten at muligheten for avtalefestet pensjon (AFP) fra 62 år faller bort.
- (2) A er født 00.00 1955. Hun ble 15. august 2000 ansatt som eiendomskoordinator i et eiendomsforvaltningsselskap som var en del av DNB-konsernet. Etter å ha vært markedskoordinator i dette selskapet fra september 2006, gikk hun i desember 2012 over til DNB Næringseiendom AS som markedskoordinator for kjøpesenteret Oslo City. Hun utførte markedsføringsoppgaver og økonomisk rapportering.
- (3) Som ansatt i DNB Næringseiendom AS var A omfattet av tariffavtalen mellom Finans Norge og Finansforbundet og dermed tilsluttet ordningen med AFP i privat sektor. Forutsatt at hun var ansatt i en bedrift med denne ordningen, ville hun ved fylte 62 år

– 00.00 2017 – kunne få avtalefestet pensjon som tillegg til arbeidsinntekt eller pensjonsinntekt.

- (4) Høsten 2015 forberedte DNB-konsernet salg av Oslo City-kvartalet. Det ble utarbeidet prospekt med opplysninger om ansatte som var tilknyttet driften av kjøpesenteret. Seks ansatte i DNB Næringseiendom AS hadde arbeidsoppgaver knyttet til Oslo City. Av dem utgjorde en senterleder, to markedscoordinatorer og en trainee senterledelsen med fast kontorsted på kjøpesenteret. I tillegg var en person ansvarlig for utleie av butikklokaler, mens en annen hadde arbeidsoppgaver knyttet til teknisk vedlikehold av bygget.
- (5) Oslo City-kvartalet ble solgt til Steen & Strøm Norge AS 1. januar 2016. Ansettelsesforholdet for fire av de nevnte ansatte ble overført til Steen & Strøm AS. Ved overdragelsen beholdt de ansatte sitt lønnsnivå og sin ansiennitet opparbeidet i DNB, samt sine funksjonærlån i DNB for inntil tre år etter overdragelsen. Arbeidstakerne mottok en engangsutbetaling fra DNB Næringseiendom AS som kompensasjon for tap i innskuddspensjon som følge av overgangen til ny arbeidsgiver. A mottok 84 818 kroner.
- (6) Steen & Strøm AS hadde ikke AFP-ordning og gav varsel om at selskapet ikke ønsket å være bundet av tariffavtaler som gjaldt den overdragende virksomheten. I e-post 3. desember 2015 til den konserntillitsvalgte i DNB uttalte A at hun ønsket å benytte valget til å fortsette ansettelsesforholdet i DNB Næringseiendom AS. Selskapet imøtekom ikke kravet.
- (7) Steen & Strøm AS gav 14. desember 2015 formell meddelelse om at selskapet ikke ønsket å være omfattet av gjeldende tariffavtaler. Etter virksomhetsoverdragelsen 1. januar 2016 fortsatte A i sin stilling ved senterledelsen i Oslo City-kvartalet med Steen & Strøm AS som ny arbeidsgiver.
- (8) I januar 2016 tok A ut stevning ved Oslo tingrett med krav om fastsettelsesdom for at hun var ansatt i DNB Næringseiendom AS, subsidiært erstatning for eventuelt bortfall av AFP-rettigheter. Dette erstatningskravet ble senere frafalt. Oslo tingrett avsa 6. juli 2006 dom med slik domsslutning:
- "1. DNB Næringseiendom AS frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke."
- (9) A anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som 27. november 2017 avsa dom med slik domsslutning:
- "1. A skal anses som sammenhengende ansatt frem til i dag i DNB Næringseiendom AS i samsvar med de til enhver tid fastsatte lønn og pensjonsvilkår, herunder retten til å ta ut avtalefestet pensjon (AFP) ved fylte 62 år.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler DNB Næringseiendom AS til A innen to uker etter forkynnelsen av dommen 129 050 - etthundreogtjuenitusenogfemti - kroner og for tingretten 176 400 - etthundreogsyttisekstusenfirehundre - kroner inkludert merverdiavgift."
- (10) Lagmannsretten la til grunn at A kunne utøve valget. Som ansatt i Steen & Strøm AS hadde hun i en vanskelig situasjon mistet muligheten til å utta AFP årlig etter fylte

62 år – en pensjon som totalt utgjorde anslagsvis 1,3 millioner kroner ut fra forventet levealder. Hun hadde et lån på ca. 1,5 millioner kroner, det nye ansettelsesforholdet innebar en viss risiko for endrede arbeidsforhold, og hun hadde mistet kontakten med to av sine arbeidskolleger.

- (11) DNB Næringseiendom AS anket til Høyesterett over rettsanvendelsen. Finans Norge og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) erklærte partshjelp til støtte for ankende part. Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS) erklærte partshjelp til støtte for A. For øvrig står saken i samme stilling som for lagmannsretten.
- (12) Den ankende part, *DNB Næringseiendom AS*, og *Finans Norge* har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (13) Etter gjeldende rett er den klare hovedregel at arbeidstakeren følger med til den nye arbeidsgiver, jf. bl.a. Rt-1999-977, Rt-1999-989, Rt-2000-2047 og Rt-2000-2058. Arbeidstakeren har bare valgrett når det foreligger ikke uvesentlige negative endringer av inngripende karakter. Det er ikke situasjonen for A.
- (14) Dersom tap av AFP anses som relevant, vil valgretten ikke lenger være et snevert unntak, men bli betydelig utvidet. AFP er bare en mulighet, ingen rettighet. Ordningen bygger på et detaljert regelverk hvor en rekke vilkår må være oppfylt. Det foreligger ingen rettighet før en søknad er innvilget med grunnlag i vedtektene om AFP. En utvidet valgrett vil hindre mobilitet i næringslivet og føre til overtallighet. Det vil også gi dårlig sammenheng i reglene om virksomhetsoverdragelse.
- (15) Lagmannsrettens vektlegging av As personlige sosiale forhold er også uriktig. Personlige forhold uten direkte sammenheng med arbeidssituasjonen har ikke betydning for valgretten. Hennes private gjeldsbyrde kan derfor ikke tillegges vekt. Hvis rent personlige forhold trekkes inn, vil det føre til en utvidelse av valgretten og medføre at saksbehandlingen ved virksomhetsoverdragelser blir langt mer komplisert.
- (16) Siden bare konkrete og praktiske endringer kan tillegges vekt ved virksomhetsoverdragelse, er heller ikke de øvrige forhold av betydning. Det er ikke riktig at As arbeidssituasjon i Steen & Strøm AS ble usikker. De forholdene lagmannsretten har trukket inn, bygger på en uriktig vurdering av skjæringstidspunktet og har ikke nærliggende tidsmessig sammenheng med overdragelsestidspunktet. Den overveiende delen av As arbeidsmiljø- og arbeidsfellesskap ble videreført.
- (17) DNB Næringseiendom AS har nedlagt slik påstand:
- "1. DNB Næringseiendom AS frifinnes.
 2. DNB Næringseiendom AS tilkjennes sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett."
- (18) Finans Norge har som partshjelper nedlagt slik påstand:
- "Finans Norge tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."
- (19) *Norges Hovedorganisasjon (NHO)* har sluttet seg til den ankende parts anførsler og særlig pekt på følgende:

- (20) AFP er en kollektiv ordning, bundet til tariffavtaler, og basert på en avtale etter forhandlinger mellom NHO og Landsorganisasjonen (LO) med nøyte regulering av finansiering og forpliktelser. En ansatt har ingen rett til AFP før uttakstidspunktet og har derfor ikke grunnlag for å gjøre gjeldende en valgtrett begrunnet i "tap" av AFP.
- (21) En slik valgtrett vil innebære en utvidelse av valgtretten og det som følger av tariffavtale. Virksomhetsoverdragelse skjer meget ofte i næringslivet. En utvidet valgtrett vil hindre omstilling og medføre kostnader for bedriftene. Det dreier seg om spørsmål som ikke er vurdert av lovgiver, og domstolene bør utvise tilbakeholdenhet. Den ansattes alder er ikke relevant, og en konkret aldersvurdering vil være vanskelig å praktisere.
- (22) Norges Hovedorganisasjon har nedlagt slik påstand:
- "DNB Næringseiendom AS frifinnes."**
- (23) Ankemotparten, A, har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (24) A har valgtrett ved virksomhetsoverdragelsen siden hun ble utsatt for ikke uvesentlige negative endringer i sitt arbeidsforhold. Det følger av Høyesteretts praksis og uttalelser i forarbeidene til senere lovendringer at det kan legges vekt på en rekke momenter av ulik karakter. At det ikke foreligger rettspraksis om valgtrett på grunnlag av pensjonsrettigheter eller AFP, er ikke avgjørende.
- (25) Tap av AFP er et relevant moment ved vurderingen av om det foreligger valgtrett. Avgjørende er ikke om AFP anses som en pensjonsrettighet eller bare en mulighet, men hvilke konsekvenser bortfallet har for A. Det må foretas en konkret vurdering av om det er sannsynlig at hun ville ha mottatt AFP dersom hun hadde fortsatt i DNB Næringseiendom AS. Lagmannsretten besvarte med rette spørsmålet bekreftende. Det harmonerer med arbeidsmiljølovens regler og er ikke i strid med arbeidsgivers styringsrett.
- (26) Rettspraksis gir ikke grunnlag for å utelukke valgtrett på grunnlag av personlige og sosiale forhold. As gjeldsbyrde er et relevant moment av betydelig vekt, slik lagmannsretten kom frem til. Hennes anførsel om at den fremtidige arbeidssituasjonen hos Steen & Strøm AS var usikker, ble fremsatt i tide – allerede i stevningen. Overdragelsen medførte dessuten tap av fellesskap med kolleger. Lagmannsretten tok feil når den mente at det hadde mindre betydning at hun mistet fellesskap med to av seks kolleger.
- (27) A har nedlagt slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. DNB Næringseiendom AS dømmes til å betale sakens omkostninger for Høyesterett."**
- (28) *Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund* har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (29) Lagmannsretten har med rette funnet at fremtidig tap av AFP kan være relevant i en valgtrettsvurdering. Det har ingen betydning om AFP karakteriseres som en tariffbasert

rettighet. Det må tillegges vekt at valgretten skal hindre at overgangen til ny arbeidsgiver gir urimelige negative konsekvenser for enkeltansatte.

- (30) En dom i As favør vil ikke ha nevneverdige negative konsekvenser for arbeidsgivere, mens hun i motsatt fall vil bli satt i en meget vanskelig økonomisk situasjon. Valgretten vil fortsatt være en snever unntaksregel.
- (31) Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund har nedlagt slik påstand:
1. **Anken forkastes.**
 2. **DNB Næringsseidom AS dømmes til å betale sakens omkostninger for Høyesterett til Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund."**
- (32) *Mitt syn på saken*
- (33) Jeg er kommet til at anken må forkastes, men med en noe annen begrunnelse enn lagmannsretten.
- (34) Det er enighet om at salget av Oslo City-kvartalet 1. januar 2016 fra DNB Næringsseidom AS til Steen & Strøm AS var en virksomhetsoverdragelse i arbeidsrettslig forstand. Det er også ubestridt at A som følge av overdragelsen falt ut av ordningen med AFP. Uenigheten gjelder spørsmålet om hun kunne velge å fortsette arbeidsforholdet hos den overdragende arbeidsgiver og dermed hadde en valgrett.
- (35) Utgangspunktet er her fire dommer: Rt-1999-977 (Nemko), Rt-1999-989 (Vest-Ro), Rt-2000-2047 (Psykiatri) og Rt-2000-2058 (Miljøtransport). De fastslo at en arbeidstaker etter norsk rett har en valgrett hvis virksomhetsoverdragelse fører til "ikke uvesentlige negative endringer". I psykiatridommen ble gjeldende rett oppsummert slik:
- "Jeg oppfatter rettstilstanden å være slik at valgrett etter omstendighetene kan tilstås arbeidstakeren ved en virksomhetsoverdragelse som fører til ikke uvesentlige negative endringer i arbeidstakerens situasjon. Ikke en hvilken som helst forverring av arbeidssituasjonen bør medføre rett for arbeidstakeren til å holde seg til sin tidligere arbeidsgiver. Men visse endringer kan være av en så inngripende karakter, og bety så mye for arbeidstakerens nåtidige og fremtidige situasjon, at de bør utløse en valgrett. Som fremholdt i Nemko-dommen, vil slike endringer erfaringsmessig lettere oppstå når begrensede deler av en virksomhet overføres, enn når overføringen gjelder en hel bedrift eller en klart selvstendig del av denne.**
- Jeg tilføyer at bedømmelsen av om endringene i arbeidsforholdet er av en slik karakter at de bør utløse valgrett, må skje med utgangspunkt i situasjonen når virksomhetsoverdragelsen finner sted, også slik at nærliggende fremtidige endringer tas i betraktning. Men det må i noen grad være riktig å legge vekt på den senere kjente utvikling, i særdeleshet når den synes å bekrefte antakelser arbeidstakerne har hatt om en forverret situasjon etter overføringen, og som de ga uttrykk for før denne fant sted."**
- (36) Da de fire dommene ble avsagt, gjaldt arbeidsmiljøloven av 1977. Den hadde i 1992 fått et nytt kapittel XII A om arbeidstakeres rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Ifølge § 73 B skulle innehaverens rettigheter og plikter som fulgte av arbeidsavtalen overføres til den nye innehaver av virksomheten, mens det gjaldt særlige regler ved tariffavtaler og for pensjonsytelser. Bestemmelsen hadde ingen regler om valgrett for arbeidstakere. Siden arbeidsmiljøloven av 1977 er avløst av arbeidsmiljøloven av 2005, vil jeg først se på lovgivningsprosessen frem mot den nye loven, særlig drøftelser av valgretten.

- (37) I NOU 2004:5 avsnitt 16.6.2 om gjeldende rett beskriver arbeidslivslovutvalget valgretten slik:

"Spørsmålet om hvilke ulemper arbeidstakere må påføres ved overføringen for at valgrett skal tilstås, bygger i stor grad på skjønn. Det synes noe usikkert hvilke momenter som vil være avgjørende ved vurderingen av om en virksomhetsoverdragelse fører til slike 'ikke uvesentlige negative endringer' at valgrett må tilstås. Utgangspunktet etter arbeidsmiljøloven § 73 B er at lønns- og andre tariffestede arbeidsvilkår skal opprettholdes også hos den nye arbeidsgiver, men begrenset i tid til gjeldende tariffavtale utløper. En mulig ikke uvesentlig endring kan være at det sannsynliggjøres at endringene vil bli store etter tariffperiodens utløp. Dette nevnes spesielt av Høyesterett i psykiatridommen, men ble ikke ansett sannsynliggjort i det tilfellet. Andre forhold det der er pekt på, er spørsmål om likestilling og etter- og videreutdanningsmuligheter hos ny arbeidsgiver sammenlignet med gammel arbeidsgiver. Et annet viktig moment kan være hvilke pensjonsrettigheter arbeidstakerne vil få i forhold til tidligere, da dette er rettigheter som etter arbeidsmiljøloven § 73 B nr. 3 ikke følger med til ny arbeidsgiver. Det vil også være relevant å vurdere sannsynligheten for at de ansatte vil miste sine arbeidsplasser ved en snarlig nedbemanning hos ny arbeidsgiver."

- (38) Utvalgets flertall foreslo i avsnitt 16.6.3 å lovfeste arbeidstakers adgang til å nekte å bli med over til den nye arbeidsgiveren (reservasjonsrett overfor erververen), samt fortrinnsrett til ny ansettelse hos tidligere arbeidsgiver for arbeidstakere som utøver reservasjonsrett. Derimot gikk utvalgets flertall mot å etablere en generell valgrett eller videreføre gjeldende rett om valgrett i særlige situasjoner. Under drøftelsen av dette spørsmålet uttaler utvalget:

"Utvalget har også drøftet spørsmålet om å kodifisere gjeldende rett, dvs. en valgrett i særlige situasjoner. Dersom overdragelsen vil medføre vesentlige negative endringer i arbeidstakers situasjon kan denne velge å bli værende hos tidligere arbeidsgiver. Hva som ligger i uttrykket 'vesentlige negative endringer' følger av rettspraksis og avhenger av en konkret vurdering. Det kan vurderes om momenter som vesentlig lengre reisevei, endret innhold i arbeidet, tap av arbeidsfelleskap, tap av pensjonsrettigheter, større usikkerhet med hensyn til fremtiden osv. skal kunne tillegges vekt i en slik sammenheng. Det som i Miljøtransport-dommen ble ansett utslagsgivende for tilståelse av en valgrett var 'den usikkerhet i forhold til en overtallighetssituasjon som virksomhetsoverdragelsen her innebar'."

- (39) Arbeids- og sosialdepartementet fremhevet i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) at det som hovedregel ikke foreligger noen valgrett for arbeidstaker ved virksomhetsoverdragelse, men at det unntaksvis er en valgrett ved ikke uvesentlige negative endringer i arbeidstakerens situasjon. I avsnitt 21.4.1 beskrives gjeldende rett slik:

"Endringene må være av en særlig inngrepende karakter for at arbeidstaker skal ha valgrett. Spørsmålet om hvilke negative endringer arbeidstakere må påføres ved overføringen for at de har valgrett, avgjøres på grunnlag av en skjønnsmessig vurdering. Det vil særlig være relevant å vurdere sannsynligheten for at de ansatte vil miste sine arbeidsplasser ved en snarlig nedbemanning hos ny arbeidsgiver (jf. blant annet Rt-2000-2058). Et annet viktig moment kan være hvilke pensjonsrettigheter arbeidstakerne vil få i forhold til tidligere."

- (40) Departementet sluttet seg i avsnitt 21.4.4 til forslagene fra arbeidslivslovutvalgets flertall. Reservasjonsretten skulle lovfestes. Om valgretten sies det:

"Departementet mener likevel at det ikke bør innføres en generell valgrett. Departementet foreslår videre at gjeldende rett, det vil si en valgrett i særlige situasjoner, ikke bør videreføres.

Et viktig argument mot valgrett er, som flere høringsinstanser har påpekt, at det vil kunne virke hindrende på nødvendige omstillinger. Valgrett kan bety at flere arbeidstakere vil velge å bli hos overdragende arbeidsgiver fremfor å bli med over til erververs virksomhet. Det kan også være uheldig for arbeidsmiljøet i overdragers virksomhet at arbeidstakere som har hatt mulighet til en stilling hos erverver, i en omstillingsprosess gjør gjeldende en valgrett og deretter krever at andre arbeidstakere skal sies opp.

En valgrett vil ikke alltid være et ubetinget gode for arbeidstakerne. Der overtallighet eller andre organisatoriske eller økonomiske forhold gjør at tidligere arbeidsgiver må gå til oppsigelser, må alminnelige prinsipper om omplasseringsmuligheter og ansiennitet følges slik at arbeidstaker som har gjort gjeldende valgrett risikerer å bli sagt opp. Opphevelse av pensjonsuntaket og innføring av fortrinnsrett hos tidligere arbeidsgiver ved utøvelse av reservasjonsrett ... vil redusere behovet for en valgrett. Samlet gir reglene etter departementets vurdering en rimelig balanse mellom arbeidstakernes og virksomhetens behov."

- (41) Den nye arbeidsmiljøloven fra juni 2005 fastslo reservasjonsretten i § 16-3. Bestemmelsen var formulert slik at den avskar valgretten. Etter regjeringsskiftet høsten 2005 fremla imidlertid regjeringen Ot.prp. nr. 24 (2005–2006). Ett av forslagene var å endre § 16-3, slik at den ulovfestede valgretten ble videreført. På bakgrunn av innspill fra arbeidstakerorganisasjonene mente departementet at det burde foretas en ny vurdering av om arbeidstaker skulle ha valgrett, om den i tilfelle burde lovfestes, og i så fall hvilken rekkevidde den burde ha.
- (42) Etter at disse spørsmålene hadde vært på høring, fremla regjeringen Ot.prp. nr. 91 (2005–2006). Departementet konkluderte slik i avsnitt 3.6.4:

"Departementet ønsker ikke å foreslå en generell valgrett for arbeidstaker ved virksomhetsoverdragelse. En generell valgrett vil etter departementets vurdering kunne virke hindrende på nødvendige omstillinger.

Departementet foreslår at en valgrett slik den er kommet til uttrykk i rettspraksis, det vil si i særlige situasjoner, bør videreføres. Departementet er av den oppfatning at dersom en overføring innebærer at arbeidstakerens rettssituasjon forringes vesentlig som følge av overføringen, bør det være en adgang for arbeidstaker til å velge å videreføre ansettelsesforholdet hos sin tidligere arbeidsgiver framfor å bli overført til erverver. Ifølge rettspraksis eksisterer en unntaksvis valgrett for arbeidstaker nettopp i slike situasjoner, dvs. dersom overføringen til ny arbeidsgiver fører til ikke uvesentlige negative endringer i arbeidstakers situasjon. Det vises til at det i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) gis en utførlig redegjørelse for relevant rettspraksis.

Departementet foreslår at valgretten ikke lovfestes i denne omgang. Blant annet på bakgrunn av de innspill som er kommet i høringsrunden, mener imidlertid departementet at det kan være grunn til å se nærmere på behovet for å klargjøre og eventuelt lovregulere spørsmål knyttet til utøvelse av valgrett ved virksomhetsoverdragelse."

- (43) På bakgrunn av denne oversikten over endringene i arbeidsmiljølovgivningen legger jeg til grunn at lovgiverne har ønsket å videreføre den valgretten som er fastslått og presisert i Høyesteretts praksis. Det skal foretas en konkret skjønnsmessig vurdering av om arbeidstaker har valgrett, og en rekke momenter kan være av betydning. Hensynet til å

sikre omstilling i næringslivet har medført at valgretten ikke er gjort generell, men bare kan gjøres gjeldende i særskilte situasjoner.

- (44) Jeg ser så nærmere på de fire dommene fra 1999 og 2000. I Rt-1999-977 (Nemko), hadde arbeidsgiveren overført betjeningen av sentralbord og resepsjon til et vaktsselskap. Det var bare én arbeidstaker som fylte denne funksjonen. Høyesterett fant at arbeidstakeren måtte gis en rett til å holde seg til den opprinnelige arbeidsgiver:

"Det består en valgrett i visse spesielle tilfeller der selve overgangen antas å ha betydning for arbeidstakerens situasjon. Det må videre fremheves at spørsmålet stort sett synes å ha vært behandlet ut fra at hele bedriften eller en klart selvstendig del av bedriften skifter eier. Det er i disse tilfellene den anførte begrunnelsen for en plikt til overgang til ny arbeidsgiver slår til. Her spiller det liten rolle for arbeidstakeren hvem eieren er, jf. særlig at eieren kan sette andre til å lede og føre tilsyn med arbeidet i bedriften.

I vår sak er vi på det motsatte ytterpunkt i forhold til å overdra en hel bedrift. Her dreier det seg om å overføre det arbeidsområdet som har hørt under én arbeidstaker. Sett fra arbeidstakerens side er forskjellen til bedriftsovertakelsen markert. Selv om Astrid Markussen har beholdt sitt arbeidsområde – og dette var forutsatt ved overdragelsen – mister hun fellesskapet i forhold til det å være ansatt i Nemko, selv om hun inntil videre fortsetter å ha bedriften som arbeidssted. Videre blir hun del av en annen bedrift med et helt annet virksomhetsområde. Innholdet i arbeidsgiverens styringsrett blir dermed i faktisk henseende et helt annet, slik også Markussen har opplevd i perioder ved å bli satt som stasjonær vakt i ulike bygg. ...

Noen spesiell rettsusikkerhet finner jeg ikke at disse standpunktene skulle medføre. Det dreier seg om en normal tolkning av nasjonale rettsregler som ikke er nye, men som nok må avklares etter hvert som arbeidslivets organisering er undergitt endringer.

Samlet sett mener jeg at ved overføring av begrensede deler av en virksomhet, vil arbeidssituasjonen og arbeidskontrakten lettere skifte realitetsinnhold slik at arbeidstakeren i så fall kan fastholde sin opprinnelige arbeidskontrakt."

- (45) Konklusjonen ble at endringene som hadde inntrådt i arbeidstakerens arbeidssituasjon, klart ledet til at hun hadde rett til å holde seg til sin opprinnelige arbeidsgiver.
- (46) Rt-1999-989 (Vest-Ro) gjaldt tre arbeidstakere som motsatte seg å bli overført til et renholdsfirma. Også i denne saken fant Høyesterett at de kunne utøve en valgrett, mens arbeidsgiveren fikk medhold i at han kunne si dem opp. For så vidt gjaldt valgretten, sluttet Høyesterett seg til de generelle synspunktene i Nemko-saken og fortsatte:

"Denne saken er riktignok noe forskjellig ved at overføringen omfatter tre personer. Men jeg finner at denne forskjellen ikke kan være avgjørende. Også i vår sak er det tale om å skille ut en liten del av arbeidsstokken og overføre den til en annen bedrift med et mer omfattende virksomhetsområde, med den følge at båndene til arbeidsplassen på Vest-Ro blir svekket. Etter min vurdering må det også legges vekt på at dersom ISS skulle miste oppdraget ved Vest-Ro, ville Stokkedal som følge av avstandene i det aktuelle distriktet, bli påført vesentlig større risiko for å få atskillig lengre arbeidsreise til et nytt arbeidssted. Jeg legger således til grunn at hun hadde rett til å fastholde arbeidsforholdet med sin opprinnelige arbeidsgiver slik at denne eventuelt måtte gå til oppsigelse."

- (47) I Rt-2000-2047 (Psykiatri) var den psykiatriske omsorg ved Diakonhjemmet/Lovisenberg sektor i Oslo blitt overført fra felles kommunal ledelse til to private eiere. Høyesterett

kom til at arbeidstakerne ikke hadde valgt: I motsetning til situasjonen i Nemko-dommen og Vest-Ro-dommen, fortsatte de kommunale enhetene som ble overført til Diakonhjemmet og Lovisenberg sin virksomhet praktisk talt som før, med samme arbeidsplass med de samme ansatte, de samme arbeidsoppgavene, de samme pasientene, det samme utstyret og med samme lokale ledelse. Etter arbeidsmiljøloven § 73 B nr. 2 ble lønns- og andre tariffestede arbeidsvilkår opprettholdt, i alle fall inntil tariffperiodens utløp.

(48) Etter Høyesteretts syn var det ikke påvist at forskjellen i rammelovgivningen for henholdsvis offentlig og privat virksomhet hadde noen praktisk betydning for arbeidstakerne som ble overført. Det var heller ikke sannsynliggjort at det kommunale avtaleverket arbeidstakerne forlot medførte en klart bedre arbeidssituasjon, at overføringen fikk betydning for likestillings spørsmål, eller for de ansattes etter- og videreutdanningsmuligheter i praksis. Heller ikke hadde det nevneverdig betydning at en arbeidstaker som var humanetiker, ble overført til et sykehus som var forpliktet på et kristent verdigrunnlag, siden det ikke hadde noen betydning for hans eller andres pasientbehandling og øvrige arbeidssituasjon.

(49) Om arbeidstakernes pensjonsrettigheter uttalte Høyesterett:

"Etter arbeidsmiljøloven § 73 B nr. 3 følger ikke pensjonsrettigheter med over til den nye arbeidsgiver. Etter det opplyste er det en noe bedre pensjonsordning i Oslo kommune enn ved de private sykehusene, som gjennom Kommunal Landspensjonskasse har samme ordning som de aller fleste kommuner i landet. Forskjellen er opplyst å utgjøre 2,6 prosent brutto. Den beløpsmessige forskjell blir imidlertid redusert ved at beregningsgrunnlaget blir noe høyere ved de private sykehus, som i de senere år har hatt en bedre lønnsutvikling enn for tilsvarende stillinger i Oslo kommune. Den påviste forskjell blir også mindre ved at de ansatte sjelden oppnår full opptjeningstid, og ved at det er mange deltidsansatte. Men for Jan Strømnnæss har det angivelig ikke skjedd noen lønnsforbedring etter overføringen. Selv om han for senere år får noe dårligere pensjonsrettigheter, er forskjellen etter min mening ikke større enn at Strømnnæss må finne seg i det. Etter det opplyste endres og forbedres for øvrig tjenestepensjonsordningene relativt ofte."

(50) I den siste dommen, Rt-2000-2058 (Miljøtransport), fant Høyesteretts flertall at overgangen fra den kommunale særbedriften til aksjeselskapet Miljøtransport AS innebar så inngripende negative virkninger for arbeidstakerne at det måtte gjøres unntak fra hovedregelen om at arbeidstakerne ikke har valgt. Det var usikkerhet i forhold til en overtallighetssituasjon, siden rasjonaliseringer og bemanningsreduksjoner var en nærliggende følge på det konkurranseutsatte området. Arbeidstakernes faktiske mulighet for omplassering ville være langt bedre hos den store arbeidsgiveren Oslo kommune enn hos aksjeselskapet.

(51) Denne redegjørelsen for Høyesteretts praksis og de nevnte forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 viser at spørsmålet om det foreligger en valgt beror på en konkret vurdering av hvilke endringer virksomhetsoverdragelsen vil ha for arbeidstakernes arbeidssituasjon. Det må vurderes hva som er sannsynlig. Høyesterett har vurdert en rekke forskjellige virkninger av virksomhetsoverdragelse og har ikke lagt til grunn at noen typer konsekvenser er uten betydning og derfor ikke skal vurderes. Avgjørende har med andre ord ikke vært virkningenes art, men deres vekt ved den konkrete bedømmelsen.

- (52) Dette fører over til hovedspørsmålet i saken – om A kan påberope seg valgrett fordi hun som følge av virksomhetsoverdragelsen ikke lå an til å få AFP ved fylte 62 år. DNB Næringseiendom AS samt partshjelperne Finans Norge og NHO har anført at AFP overhodet ikke kan tillegges betydning. Etter deres syn dreier det seg ikke om en rettighet, men en mulighet, og ytelsens art står i en særstilling.
- (53) Jeg gir først en kort redegjørelse for AFP-ordningen i privat sektor, som ble avtalt under inntektsoppgjøret mellom LO og NHO (daværende NAF) i 1988. Formålet var da å etablere en tidligpensjonsordning for slitne arbeidstakere, slik at de kunne trappe ned sin arbeidsinnsats frem til de fikk rett til alderspensjon etter folketrygden ved fylte 67 år. Aldersgrensen ble etter hvert senket til 62 år.
- (54) Som en del av pensjonsreformen ble AFP i 2011 tilpasset den nye alderspensjonen i folketrygden og er nå et livsvarig påslag til denne pensjonen. Den justeres etter levealder, kan tas ut fra fylte 62 år og kan kombineres med arbeid uten avkortning av AFP-pensjonen. Siktemålet er nå å stimulere til at flere står lenger i arbeid, samtidig som det fortsatt skal være mulig å gå av tidlig. De bedrifter som omfattes av ordningen, innbetaler en premie til AFP-ordningen. Den dekker omtrent to tredjedeler av de løpende utgifter, mens staten dekker en tredjedel. Nærmere regler er gitt i AFP-tilskottsloven av 2010.
- (55) Vilkårene for AFP fremgår av vedtektene for Fellesordningen for avtalefestet pensjon fra april 2010 med senere endringer. Sentrale vilkår er at arbeidstakeren på uttakstidspunktet må ha vært sammenhengende og reell arbeidstaker i en AFP-bedrift de siste tre årene, og må – ved 62 år – ha arbeidet i minst syv av de siste ni årene i en AFP-bedrift.
- (56) DNB Næringseiendom AS har understreket at AFP ikke kan anses som noen rettighet før det er fastslått på uttakstidspunktet at vilkårene for å innvilge AFP er oppfylt. Jeg er enig i at inntil uttakstidspunktet er ytelsen beheftet med usikkerhet. Det vil avhenge av omstendighetene om man har en mer eller mindre velgrunnet forventning om å motta AFP. På den annen side kan jeg ikke se at dette i seg selv fører til at AFP er uten betydning for om det foreligger en valgrett. I rettspraksis har spørsmålet ikke vært om det foreligger noen rettighet, men hvor sannsynlig det er at den negative virkning av virksomhetsoverdragelsen inntreffer.
- (57) Etter mitt syn vil for eksempel arbeidstakere med lang tid igjen til det kan bli mulig å ta ut AFP ikke kunne bli hørt med at det er sannsynlig at de vil miste AFP og dermed må ha valgrett. Den fremtidige utviklingen både vedrørende de til enhver tid gjeldende AFP-vilkår og hva som vil være arbeidstakerens videre yrkesforløp, vil da være usikker. Men for en arbeidstaker – som A – med den nødvendige ansiennitet etter vedtektene og mindre enn to år igjen til fylte 62 år, finner jeg ikke holdepunkter i rettspraksis for at en forventning om å kunne ta ut AFP er uten betydning. Spørsmålet må her som ellers bli hvilken vekt bortfallet skal ha ved den konkrete vurdering.
- (58) Ankende part har også gjort gjeldende at AFP-ordningen bygger på en avtale etter forhandlinger mellom arbeidslivets parter, og at det kan forrykke balansen i denne kollektive tariffestede ordningen hvis AFP får betydning for valgretten. Ved AFP er det ingen sammenheng mellom premieinnbetalingen og den enkeltes krav på AFP. Det kan også nevnes at partene administrerer ordningen, jf. vedtektene § 15 om at styret er sammensatt av representanter for begge parter.

- (59) Jeg er i og for seg enig i at det er en viktig forskjell mellom AFP og ordinær pensjon hvor den enkelte arbeidstakers opptjening har direkte betydning for den senere utbetaling. Det er også riktig at AFP-vedtektene utformes og administreres av arbeidslivets parter. På den annen side kan AFP-ordningen etter mitt syn ikke vurderes isolert, men må sees i lys av den alminnelige pensjonsreformen. I april 2007 sluttet Stortinget seg til Regjeringens forslag i St.meld. nr. 5 (2006–2007) til rammer for det videre arbeid med en tilpasset AFP-ordning, hvorefter Arbeids- og inkluderingsdepartementet oppnevnte et utvalg med organisasjonene i arbeidslivet for å utforme nye regler om AFP i privat sektor. Avtalen mellom LO og NHO i april 2008 om AFP-ordningen inngikk som en del av lønnsoppgjøret, som omfattet at Regjeringen ville foreslå statstilskudd. Vedtektene ble godkjent av departementet og er i samsvar med AFP-tilskottsloven, som ble vedtatt av Stortinget i februar 2010. Da den nye AFP-ordningen så ble virksom fra januar 2011, omfattet den etter det opplyste nesten 13 000 bedrifter med omtrent 650 000 arbeidstakere.
- (60) Det ville etter mitt syn rime dårlig med Høyesteretts praksis om valgtrett ved virksomhetsoverdragelse hvis man skulle se bort fra en så praktisk og økonomisk viktig pensjonsordning som AFP fordi den er tariffestet. Ytelsen er direkte knyttet til arbeidssituasjonen gjennom de nevnte kvalifikasjonsreglene og kan ha stor økonomisk betydning for den enkelte arbeidstaker. At reduksjon av pensjon kan være et moment ved den konkrete vurderingen av om det foreligger valgtrett, ble som nevnt lagt til grunn i psykiatridommen fra 2000, hvor det samtidig ble foretatt en nærmere vurdering av hvilken virkning dette hadde for arbeidstakeren. Betydningen av pensjon ble også nevnt i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005. Jeg viser her til uttalelsene i NOU 2004:5 og Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), som jeg allerede har sitert. Jeg kan ikke se noen grunn til å utelukke AFP-ytelser som med stor sannsynlighet ville blitt utbetalt, med den begrunnelse at de følger av tariffavtale.
- (61) DNB Næringseiendom AS og partshjelperne har videre fremhevet at valgtretten ifølge rettspraksis er en unntaksregel, og at det vil innebære en betydelig utvidelse hvis AFP skal tas i betraktning. Jeg er enig i at valgtretten er ment å være en unntaksregel for ikke å hindre omstilling og for å redusere overtallighet, og at dette må tas i betraktning ved vurderingen. Det er opplyst at det årlig var mellom 9 000 og 11 000 nye mottakere av AFP fra 2011 til 2017. På den annen side er det ikke fremlagt noe tallmateriale som belyser hvor mange som kan bli berørt dersom bortfall av AFP – innen de rammer jeg har skissert foran – tas i betraktning ved virksomhetsoverdragelser.
- (62) I tråd med kravet i rettspraksis om at virksomhetsoverdragelsen må føre til "ikke uvesentlige negative endringer" i arbeidstakers situasjon, kan det ikke bli tale om å la bortfall av AFP få generell betydning for enhver arbeidstaker i bedrifter som er tilknyttet ordningen. Jeg minner her om at det følger av syvårsregelen i AFP-vedtektene § 3-4 nr. 1 at ansiennitet opptjent før 53 år ikke kvalifiserer for pensjon. I samsvar med rettspraksis må det vurderes konkret hvor sannsynlig det er at arbeidstakeren ville ha mottatt AFP hvis virksomhetsoverdragelsen ikke hadde skjedd. Ved denne vurderingen kan ikke arbeidstakerens alder alene være avgjørende. Utgangspunktet må snarere være i hvilken utstrekning vilkårene i AFP-vedtektene er oppfylt på skjæringstidspunktet, og hvor lenge det er igjen til uttakstidspunktet.
- (63) NHO har gjort gjeldende at en konkret vurdering vil være vanskelig å praktisere ved AFP og føre til merarbeid i forbindelse med virksomhetsoverdragelser. Etter mitt syn er det

vanskelig å vurdere hvor stor vekt disse hensyn har, siden tallmaterialet som nevnt gir liten veiledning. En begrensende faktor er for øvrig at det ikke vil være nødvendig med noen bortfallsvurdering når også den ervervende arbeidsgiver er tilknyttet AFP-ordningen.

- (64) Det er også anført at spørsmålet om bortfall av AFP bør ha betydning for valgretten, eventuell i hvilken utstrekning det bør skje, reiser generelle spørsmål som fortrinnsvis bør reguleres ved lovgivning. Situasjonen er imidlertid at til tross for at departementet i Ot.prp. nr. 91 (2005–2006) mente at det kunne være grunn til å se nærmere på behovet for eventuelt å lovregulere spørsmål knyttet til valgrett, har dette ikke skjedd. Når lovgiver på denne måten har overlatt rettsavklaringen til domstolene, er det etter mitt syn den beste løsning at spørsmålet om betydning av AFP løses i tråd med de generelle prinsipper som er fastslått i rettspraksis. Det er for øvrig ikke tale om å rokke ved praktiseringen av AFP-vedtektene, som ble vedtatt etter de fire dommene om valgrett ved virksomhetsoverdragelser.
- (65) I denne sammenheng tilføyer jeg i lys av partenes anførsler at arbeidsmiljøloven § 16-2 ikke gir synderlig veiledning i saken. Bestemmelsen regulerer overføring av lønns- og arbeidsvilkår, mens omfanget av valgretten er overlatt til praksis. Jeg finner det vanskelig å trekke slutninger fra det såkalte "tariffunntaket" og "pensjonsunntaket" i henholdsvis § 16-2 andre ledd og tredje ledd til løsningen av vår sak.
- (66) Jeg går så over til å vurdere As situasjon. Det er på det rene at hun ved virksomhetsoverdragelsen beholdt sitt lønnsnivå, sin ansiennitet opparbeidet i DNB, samt funksjonærlån i DNB for inntil tre år etter overdragelsen. I tillegg fikk hun 84 818 kroner som kompensasjon for tap i innskuddspensjon.
- (67) A har for det første anført at hun hadde en valgrett til å fortsette arbeidsforholdet hos DNB Næringseiendom AS fordi hun som følge av overdragelsen 1. januar 2016 til Steen & Strøm AS ikke kunne ta ut AFP ved fylte 62 år. Som nevnt foran, er mitt utgangspunkt at bortfall av AFP i prinsippet er et relevant moment, men at det må foretas en konkret vurdering.
- (68) Jeg legger til grunn at A etter all sannsynlighet ville blitt innvilget AFP ved fylte 62 år, slik at hun fra mars 2017 – ett år og to måneder etter virksomhetsoverdragelsen – ville ha mottatt slik pensjon. Det er ubestridt at hun hadde den nødvendige ansiennitet og lå an til å oppfylle de andre vilkårene i AFP-vedtektene. Årlig dreide det seg om en ytelse på 70 000 kroner fra 62 til 67 år og deretter 51 000 kroner, som med en antatt levealder på 85 år i alt ville utgjøre 1,3 millioner kroner.
- (69) DNB Næringseiendom AS har vist til rettspraksis om arbeidsgivers styringsrett hvor arbeidstakere har måttet tåle betydelige økonomiske innskrenkninger, jf. HR-2016-2286-A (Rygge) og Rt-2008-856 (Theatercafeen). Etter mitt syn kan man ikke uten videre trekke paralleller mellom virksomhetsoverdragelser og styringsretten, som hviler på andre hensyn. Hva særlig gjelder Theatercafe-dommen, lå forholdene dessuten helt annerledes an, jf. dommens avsnitt 39-45.
- (70) I lys av rettspraksis om valgrett er jeg enig med lagmannsretten i at bortfall av et totalt pensjonsbeløp på 1,3 millioner kroner som følge av virksomhetsoverdragelsen er en ikke uvesentlig negativ endring av inngripende karakter i As arbeidssituasjon.

- (71) Min konklusjon blir etter dette at A hadde en valgrett fordi hun har sannsynliggjort at hun som følge av virksomhetsoverdragelsen gikk glipp av AFP i størrelsesorden 1,3 millioner kroner.
- (72) På bakgrunn av partenes anførsler tilføyer jeg at lagmannsretten la vekt på at A hadde et privat lån på omtrent 1,5 millioner kroner, som etter det opplyste skyldtes økonomiske disposisjoner fra ektefellen på grunn av demens. Jeg har vanskelig for å følge dette resonnementet. Det er nok så at gjeldsbyrden illustrerer at AFP var viktig for henne. Men etter mitt syn følger det av rettspraksis at negative virkninger av en virksomhetsoverdragelse bare kan tillegges betydning for valgretten når de har tilknytning til arbeidssituasjonen, mens rent private forhold ikke kan tillegges vekt.
- (73) I denne sammenheng minner jeg om formuleringene i Rt-1999-977 (Nemko), hvor betydningen av arbeidssituasjonen ble vektlagt. I Rt-1999-989 (Vest-Ro) ble det lagt vekt på at overdragelsen førte til risiko for lengre arbeidsreise til et nytt arbeidssted, og i Rt-2000-2047 (Psykiatri) nådde arbeidstakeren ikke frem med sin anførsel om at han som humanetiker måtte arbeide på et sykehus som var forpliktet på et kristent verdigrunnlag. Begrunnelsen var at dette ikke hadde noen praktisk betydning for hans eller andres pasientbehandling og øvrige arbeidssituasjon, og det krevdes ingen deltagelse fra de ansattes side i de kristne aktiviteter som sykehuset arrangerte.
- (74) Lagmannsretten la også en viss vekt på at det for A vil være "en tilleggsbelastning – uten AFP – å oppleve en saklig begrunnet risiko for i hvert fall endrede arbeidsforhold og muligheten for en begrenset fremtidig lønnsutvikling". Dette har vært lite fremme i saken, og jeg finner det ikke nødvendig å ta stilling til det.
- (75) Jeg er enig med lagmannsretten i at det ikke har synderlig betydning at A ved overdragelsen mistet kontakten med to av de seks personene hun hadde arbeidet med i Oslo City-kvartalet. De fleste av dem som hadde arbeidet i senterledelsen fortsatte, og arbeidsfellesskapet må i det store og hele aneeses som intakt.
- (76) Anken har ikke ført frem og A tilkjennes sakskostnader for Høyesterett. På vegne av A er det krevet 224 750 kroner, mens YS har krevet 78 000 kroner, begge inkludert merverdiavgift. Kostnadsoppgavene legges til grunn.
- (77) Selv om anken forkastes, finner jeg det hensiktsmessig å utforme ny domskonklusjon.
- (78) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. A hadde 31. desember 2015 rett til å fortsette arbeidsforholdet med DNB Næringseiendom AS.
2. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 2, stadfestes.
3. I sakskostnader for Høyesterett betaler DNB Næringseiendom AS til A 224 750 – tohundreogtjuefiretusensyvhundreogfemti – kroner og til Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund 78 000 – syttiåttetusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

- (79) Dommer **Matheson:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (80) Dommar **Høgetveit Berg:** Det same.
- (81) Dommer **Noer:** Likeså.
- (82) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (83) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. A hadde 31. desember 2015 rett til å fortsette arbeidsforholdet med DNB Næringseiendom AS.
2. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 2, stadfestes.
3. I sakskostnader for Høyesterett betaler DNB Næringseiendom AS til A 224 750 – tohundreogtjuefiretusensyvhundreogfemti – kroner og til Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund 78 000 – syttiåttetusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: