



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 11.06.2019

Saksnr.: 17-149697ASD-BORG/02

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Ekstraordinær lagdommer

Fredrik Charlo Borchsenius
Kine Elisabeth Steinsvik
Thore Rønning

Meddommere:

Seniorrådgiver

Stuart James Taylor
Marianne Midthus Østby

Ankende part

Advokat Alexander
Salvatore Cascio

Ankende part

Advokat Alexander
Salvatore Cascio

Ankende part

Advokat Alexander
Salvatore Cascio

Ankende part

Advokat Alexander
Salvatore Cascio

Ankende part

Advokat Alexander
Salvatore Cascio

Ankende part

Advokat Alexander
Salvatore Cascio

Ankende part

Advokat Alexander
Salvatore Cascio

Ankende part

Advokat Alexander
Salvatore Cascio

Ankende part

Advokat Alexander
Salvatore Cascio

Ankende part

Advokat Alexander
Salvatore Cascio

Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio

Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio
Ankende part	Advokat Alexander Salvatore Cascio

Ankende part

Advokat Alexander
Salvatore Cascio

Ankemotpart

Iss Facility Services AS

Advokat Kurt Weltzien
Advokat Joakim Augeli
Karlsen

DOM

Saken gjelder virksomhetsoverdragelse i arbeidsforhold.

I 2016 sluttet Forsvarsbygg å forestå renhold av sine bygninger med egne ansatte medarbeidere. Renholdstjenester ble etter det kjøpt inn etter anbud. ISS Facility Services AS, heretter også bare ISS, vant anbudet. Det er enighet om at dette er en virksomhetsoverdragelse og at de ansatte i utgangspunktet fulgte med, men at de hadde en reservasjonsrett. Saken gjelder spørsmålet om hvilke rettigheter som fulgte med ved virksomhetsoverdragelsen til ISS.

Parter i saken er 61 renholdsmedarbeidere som ble overført fra Forsvarsbygg til ISS, m. fl., og ISS Facility Services AS.

Partene er enige om at faktumbeskrivelsen i tingrettens dom side 2 til 5 kan legges til grunn, og lagmannsretten gjengir dette:

Etter politisk beslutning og påfølgende anbudskonkurranse var saksøkerne blant de 209 renholderne i Forsvarsbygg som ble overført til ISS Facility Services AS (ISS/ saksøkte) 25. april 2016 etter reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven kapittel 16.

Forsvarsbygg ble i 2002 etablert som et forvaltningsorgan underlagt Forsvarsdepartementet med hovedformål om å forvalte de statlige eiendommene som forsvarssektoren disponerer. Forsvarsbygg forvalter i dag i overkant av 12 000 bygg og anlegg rundt om i landet på til sammen fire millioner kvadratmeter. I 2015 hadde Forsvarsbygg ca. 1700 ansatte hvorav 400 var ansatt i renholdstillinger, inkludert de 61 ansatte som er saksøkere i denne saken.

Som ansatte i Forsvarsbygg var saksøkerne statlige tjenestemenn og omfattet av tjenestemannslovens regler, herunder stillingsvernsreglene. De hadde sin pensjonsordning i Statens Pensjonskasse og hadde sine arbeidsforhold i tillegg regulert av Hovedavtalen i staten, samt en rekke særavtaler inngått direkte mellom Forsvarsbygg og arbeidstakerorganisasjonene. De organiserte ansatte var i all hovedsak medlemmer av Norsk Tjenestemannslag (NTL), som er tilsluttet Landsorganisasjonen (LO).

Den 9. september 2014 sendte Forsvarsbygg ut en pressemelding om at Forsvarsbyggs enerett og plikt til å levere renholdstjenester til Forsvaret ville opphøre, og at Forsvaret heretter skulle anskaffe renholdstjenester basert på konkurranse i det åpne markedet. På bakgrunn av den politiske beslutningen som var tatt ble det den 24. oktober og 25. november samme år avholdt forhandlinger mellom Forsvarsdepartementet og arbeidstakerorganisasjonene, og det ble i samsvar med Hovedavtalen i staten § 2 nr. 2 laget en omstillingsavtale der den politiske beslutningen om privatiseringen fremgår i punkt 1.1.

Det ble avholdt flere møter mellom Forsvarsdepartementet og arbeidstakerorganisasjonene hvor særlig konsekvensene for de ansattes pensjonsforhold var et sentralt tema. Forsvarsdepartementet ga deretter Forsvarsbygg i oppdrag å utrede hvilke personalmessige konsekvenser en virksomhetsoverdragelse ville ha og hvilke alternativer som fantes.

I et notat til Forsvarsdepartementet 23. mars 2015 redegjorde Forsvarsbygg for hvilke konsekvenser en utmelding fra Statens Pensjonskasse ville kunne få for de ansatte. I notatet ble særlig tap av muligheten til å benytte seg av særalderspensjon og AFP for ansatte over 55 år, som ikke vil kunne få opparbeidet seg privat AFP, særlig fremhevet. I tillegg ble det vist til økning i antall år for å få maksimal pensjonsutbetaling og lavere ytelser som negative konsekvenser. Av de alternativer som forelå ble det skissert ingen særskilte ordninger for noen ansatte, en videreføring av en lukket pensjonsordning i Statens Pensjonskasse for bestemte aldergrupper, en overgangsordning i forsvaret for bestemte grupper, eller søknad om ansiennitetsoverføring til ny AFP-ordning.

Etter at NTL innga uttalelse til forslaget den 27. mars 2015 besluttet Forsvarsbygg den 14. september 2015 å etablere en overgangsordning for alle om er født i 1956 eller tidligere med minimum 15 års ansiennitet, ved å gi disse tilbud om å fortsette sine arbeidsforhold i Forsvarsbygg frem til pensjonsalder. Som begrunnelse det vist til at:

Bakgrunnen for etableringen av overgangsordningen er at dette er en gruppe som har et særskilt vernebehov. De kommer særlig uheldig ut ved et bytte av arbeidsgiver sent i karrieren, både når det gjelder pensjonsopptjening, og det faktum at det er kort tid før de kunne ha gått av med AFP eller på særaldersgrensen. For renholdere i staten er det fastsatt særaldersgrense på 65 år. I praksis kan mange renholdere gå av allerede fra 62 år hvis summen av alder og opptjeningstid er minst 85 år. De som omfattes av ordningen har i stor grad begynt å planlegge for og innrette seg mot pensjonsalder. Samtidig er utviklingen i samfunnet slik at det forventes at arbeidstakere står lengre i arbeid enn før. FD har derfor valgt ikke å gjøre ordningen mer omfattende, blant annet fordi forsvarssektoren også må ta hensyn til disse utviklingstrekkene i arbeidslivet.

I forbindelse med konkurranseutsettingen av renholdet sendte Forsvarsbygg den 30. september 2015 ut et informasjonsskriv til de ansatte om virksomhetsoverdragelsen til de ansatte i henhold til arbeidsmiljøloven § 16-6 hvor det blant annet ble opplyst om at:

4.5. Pensjonsrettigheter

Etter aml. § 16-2 nr. 3 overføres arbeidstakers rett til videre opptjening av alders,- etterlatte- og uførepensjon i henhold til kollektiv tjenestepensjon, til ny arbeidsgiver. Ny arbeidsgiver kan imidlertid gjøre sin egen allerede eksisterende pensjonsordning gjeldene for de overførte arbeidstakerne. Dersom arbeidstakernes tidligere pensjonsordninger ikke kan videreføres etter overdragelsen, skal ny arbeidsgiver sørge for at de overførte arbeidstakerne sikres rett til videre opptjening etter en annen kollektiv pensjonsordning. Pensjonsordningen i Statens Pensjonskasse kan ikke videreføres av private

leverandører. Det er derfor sannsynlig at leverandørene vil benytte sin egen pensjonsordning. Det er ikke mulig å vite hvilken pensjonsordning som vil gjelde etter overdragelsen før leverandøren er valgt. Pensjonsordninger i private virksomheter kan være svært ulike: fra lovens minimum som er en alderspensjon med 2 % innskudd beregnet ut fra arbeidstakers lønn (innskuddspensjon) til en ytelsespensjon som gir arbeidstaker 66 % alderspensjon ved 30 års full opptjening (tilsvarende SPK). Det er vanligst med innskuddsbaserte pensjonsordninger i private virksomheter. Det kan være verdt å merke seg at ordningene med ytelsespensjon (slik som statens pensjonsordning) for tiden er under utredning med tanke på tilpasning til ny folketrygd. Det er derfor usikkert hvordan den statlige pensjonen vil være i framtiden.

4.5.1. Hva skjer med min pensjon hvis jeg blir med over til leverandøren?

Alle som har arbeidet i staten i mer enn tre år, vil få en såkalt oppsatt pensjonsrettighet i SPK. Det betyr at du beholder den pensjonen du allerede har opptjent i Forsvarsbygg. For de som har særaldersgrense, kan denne pensjonen bli utbetalt fra du er 65 år. I tillegg til pensjonen du får fra Forsvarsbygg, vil du også få pensjon fra leverandøren basert på den opptjeningstiden du har fått der. Siden det ikke foreligger noen særaldersgrense for renholdere i privat sektor, vil denne pensjonen først bli utbetalt fra du er 67 år.

4.5.3. Hva er særalderspensjon?

Hvis du har stilling som har lavere aldersgrense enn 70 år, kan du få pensjon inntil tre år før aldersgrensen hvis summen av alderen din og opptjeningstiden er minst 85 år. For renholdere som har særaldersgrense på 65 år betyr det at man kan gå av med særalderspensjon fra 62 år dersom tjenestetid+ alder= 85 år. Særalderspensjon er et alternativ til AFP for renholdere i alderen 62 til 65 år (før man kan ta ut alderspensjon). Hvorvidt man bør ta ut AFP eller særalderspensjon må avgjøres konkret i hver enkelt sak, da beregningene avgjøres basert på en rekke faktorer.

[...]

4.5.5. Kan jeg ta ut offentlig AFP selv om jeg går over til leverandør eller blir sagt opp av Forsvars bygg?

Muligheten til å ta ut offentlig AFP forutsetter at man er medlem i Statens pensjonskasse. Når man blir med over til leverandør eller bruker reservasjonsretten og blir sagt opp av Forsvarsbygg, er man ikke lenger medlem i SPK og kan heller ikke motta offentlig AFP.

Den 17. desember 2015 kunngjorde Forsvarsbygg at ISS var tildelt renholdskontraktene for de ti geografiske områdene anbudskonkurransen gjaldt.

ISS Facility Services AS er en del av det verdensomspennende selskapet ISS AS med hovedkontor i København. ISS leverer tjenester til offentlig og privat sektor innenfor renhold, catering, kontorstøtte, sikkerhet og eiendom og har i Norge ca. 9 200 ansatte.

Den 4. januar 2016 henvendte NTL seg til Forsvarsbygg for en avklaring av hvilke lønns- og arbeidsvilkår som ville bli videreført av ISS. Det ble deretter innkalt til et drøftelsesmøte, som ble avholdt den 26. januar 2016. I møtet gjorde ISS det klart at de ikke ville opprettholde den pensjonsordning som de ansatte har i Forsvarsbygg, men gjøre gjeldende sin egen eksisterende pensjonsordning overfor de overførte ansatte. Videre opplyste ISS at de i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd annet punktum ville reservere seg mot å bli bundet av de tariffavtaler som gjaldt for de ansatte i Forsvarsbygg, og at de ville tilby ansatte lønnslån for å kompensere for ulikhet i lønnsutbetalingsdatoer.

Den 29. januar 2016 sendte Forsvarsbygg ut et informasjonsbrev til de ansatte hvor det blant annet ble opplyst om følgende med hensyn til virkningen av overføringen:

1. Individuelle arbeidsvilkår og tjenestetid

Etter arbeidsmiljølovens bestemmelser om virksomhetsoverdragelse vil dine individuelle rettigheter som følger av arbeidsavtale videreføres i ISS.

Rettigheter som følger av Hovedavtalen i staten 1. mai 2014 – 30. april 2016 (HTA) i Forsvarsbygg videreføres inntil den aktuelle HTA utløper 30. april 2016 eller reforhandles.

Ved overføring til ISS beholder du din opparbeidede tjenestemannsansienhet fra Forsvarsbygg/Forsvaret.

2. Pensjons- og forsikringsforhold

Du vil beholde dine opparbeidede pensjonsrettigheter i Statens Pensjonskasse (SPK) selv om du overføres. Eksisterende pensjonsordning ISS vil imidlertid gjøres gjeldende fra overdragelsesdatoen. ISS har for tiden en innskuddspensjonsordning hvor det avsettes lønn opp til 6 G, og 4 % lønn opp til 12 G.

ISS har privat AFP-ordning for alle sine ansatte. Ansatte som er 55 år eller eldre på overføringstidspunktet vil imidlertid ikke kunne benytte seg av denne ordningen, da de ikke vil oppfylle kravene til tjenestetid.

3. Tarifforhold

ISS vil reservere seg mot at tariffavtalene som gjelder i staten overføres til dem.

ISS er bundet av renholdsoverenskomsten mellom NHO og LO og vil derfor følge denne. Norsk Arbeidsmandforbund er part i denne tariffavtalen med ISS.

[...]

7. Arbeidskontrakt

Din arbeidsavtale/ arbeidskontrakt vil bli overført til ISS. Endringene vil kun gjelde formelle forhold knyttet til skifte av arbeidsgiver.

Den 10. februar 2016 ble det gjennomført et nytt drøftelsesmøte mellom NTL og Forsvarsbygg. Den 3. mars 2016 ble det gjennomført et nytt møte hvor tariffavtaleforhold og pensjonsforhold diskutert.

Virksomhetsoverdragelsen fant sted 25. april 2016. Med unntak av de som hadde utøvd reservasjons- og valgrett ble samtlige renholdere overført til ISS. Samme dato sendte ISS reservasjon mot å bli bundet til særavtalene, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd.

Den 27. april 2016 ble det avholdt overgangsforhandlinger i medhold av Hovedavtalen § 3-7 nr. 6 mellom ISS og hovedtillitsvalgt fra NAF, som arbeidstakerne var overført til, samt NAF sentralt NTL og NHO Services. I etterkant har det oppstått uenighet om det i møtet ble avtalt at Renholdsoverenskomsten ble gjort gjeldende fra 25. april 2016 slik at den avløste tidligere avtaler, herunder særavtalene om arbeidstid og smusstillegg.

Som følge av uenighet om hvilke rettigheter og plikter som overføres til ISS har flere av de overførte arbeidstakerne ikke signert arbeidsavtalene til ISS.

Den 11. mai 2016 sendte LO på vegne saksøkerne, 61 av de overførte arbeidstakerne, ut varsel om søksmål, som den 27. juni 2016 ble besvart av ISS.

Arbeidstakerne, m. fl., tok ut stevning for Oslo tingrett. For tingretten la de ned slik påstand:

1. Stillingsvernsrettighetene, herunder oppsigelsesfristene, som saksøkerne hadde i Forsvarsbygg er omfattet av rettighetsovergangen til ISS Facility Services AS etter arbeidsmiljøloven § 16-2.
2. Rettighetene knyttet til særaldersgrense på 65 år som saksøkerne hadde i Forsvarsbygg er omfattet av rettighetsovergangen til ISS Facility Services AS etter arbeidsmiljøloven § 16-2.
3. Rettighetene knyttet til offentlig avtalefestet pensjon (AFP) som saksøkerne hadde i Forsvarsbygg er omfattet av rettighetsovergangen til ISS Facility Services AS etter arbeidsmiljøloven § 16-2.
4. ISS Facility Services AS var overfor saksøkerne forpliktet til å følge de individuelle arbeidsvilkår som fulgte av 'Arbeidstidsavtale for sivile og militære arbeidstakere i Forsvarsbygg' og 'Avtale om godtgjørelse på grunn av særlig smussig arbeid i Forsvarsbygg', frem til 01.10.2016. ISS Facility Services AS plikter å foreta etteroppgjør i samsvar med dette.
5. ISS Facility Services AS plikter overfor saksøkerne løpende å utbetale lønn for inneværende måned.

Oslo tingrett avsa 12. juni 2017 dom med slik domsslutning:

1. ISS Facility Services AS frifinnes.
2. Partene bærer egne sakskostnader.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

Arbeidstakerne har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Saken er noe snevrere anlagt for lagmannsretten enn for tingretten, og den gjelder oppsigelsesfristene, pensjonsrettighetene etter reglene om særaldersgrense og rettighetene knyttet til offentlig avtalefestet pensjon (AFP).

Norsk tjenestemannslag, NTL, har erklært partshjelp for lagmannsretten. Ankeforhandling er holdt 10. til 12. april 2019 i Borgarting lagmannsretts hus. Prosessfullmektigene møtte sammen med representanter for de ankende parter, partshjelperen og ankemotparten. Representantene for partshjelperen og ankemotparten avga forklaring, og videre avga seks vitner forklaring.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Det skyldes stor arbeidsbelastning og problemer med å samle retten. Partene ble underrettet om dette i ankeforhandlingen.

De ankende parter, arbeidstakerne, m. fl., har i hovedtrekk anført:

Reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 16 om arbeidstakeres rettigheter ved virksomhetsoverdragelse gjennomfører direktiv 2001/23/EF. Formålet er å verne arbeidstakere ved skifte av arbeidsgiver, se bl. a. direktivets fortale punkt 3. Dette er også lagt til grunn ved tolkningen av det, se bl. a. HR-2017-227-A (Aleris) avsnitt 45.

Hovedregelen etter arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd er at rettigheter arbeidstagerne hadde før overdragelsen følger med, subrogasjon. Bestemmelsen har unntak, men disse skal tolkes snevert, se bl. a. EU- domstolens dom i sak C-164/00 *Beckmann* avsnitt 29 og 30. Det er rettigheter som overføres. Dette må avgrenses mot goder som ikke er rettigheter, men kan endres ensidig av arbeidsgiver. Disse har man ikke krav på at overføres.

Lovbestemte rettigheter overføres også, se bl. a. EU- domstolens dommer i sak C-164/00 *Beckmann* avsnitt 37 og 38 og C-4/01 *Martin* domsslutningen punkt 2 annet ledd. Det samme gjelder betingede rettigheter, se bl. a. sistnevnte dom avsnitt 29.

Tingretten la til grunn at direktivet ikke pålegger at dynamiske rettigheter overføres, og tingretten bygget på EU-domstolens dom i sak C-426/11 *Alemo-Herron* avsnitt 25 til 29. Dommen er imidlertid skarpt kritisert, og i sak C-680/15 *Asklepios Kliniken* presiserte EU-domstolen at direktivet ikke er til hinder for overføring av dynamiske rettigheter så lenge ny arbeidsgiver vil kunne avtale endringer med arbeidstakeren.

Oppsigelsesfristene

Oppsigelsesfristene var lengre i Forsvarsbygg enn de er i ISS. I staten var oppsigelsesfristen seks måneder allerede fra to års tjenestetid, jf. tjenestemannsloven § 10 nr. 1, mens i det private får man seks måneders oppsigelsestid først når man er over 60 år og har minst ti års ansiennitet, jf. arbeidsmiljøloven § 15-3 første til tredje ledd.

Oppsigelsesfristene de ankende parter hadde i Forsvarsbygg var rettigheter. Oppsigelsesfristene fulgte både av arbeidsavtalene og av tjenestemannsloven. I arbeidsavtalene var det egne rubrikker for oppsigelsestid mv, og der var det henvist til tjenestemannsloven §§ 8, 9, 10 og 11. Ved henvisningen i arbeidsavtalene blir lovens regler en del av arbeidsavtalene. Dette er en dynamisk henvisning, slik at hvis loven endres, endres også innholdet i avtalen. Dette gjelder også overførte rettigheter. Også rettigheter som fulgte direkte av tjenestemannsloven fulgte med, jf. bl. a. EU-domstolens dom i sak C-164/00 *Beckmann* avsnitt 37 og 38.

Oppsigelsesfrister er en rettighet av økonomisk art som følger med ved virksomhetsoverdragelse, se bl. a. EU-domstolens dom i sak C-33/15 *Unionen* avsnitt 23. Oppsigelsesfristene fulgte ikke av tariffavtaler, og unntakene i arbeidsmiljøloven § 16-2 annet og tredje ledd kommer ikke til anvendelse. En overføring av seks måneders oppsigelsesfrist til arbeidsforholdene i ISS vil medføre at disse arbeidstakerne får lengre oppsigelsesfrist enn tilsvarende ansatte i ISS. Dette er ikke i strid med arbeidsmiljøloven, for denne kan fravikes til gunst for ansatte. Videre er det allerede noen ansatte i ISS som har seks måneders oppsigelsestid.

Pensjonsrettigheter knyttet til særaldersgrense

Som ansatte i Forsvarsbygg var de ankende parter omfattet av en særaldersgrense på 65 år. Dette fulgte av aldersgrenseloven § 2 og Stortingets vedtak. Begrunnelsen var den uvanlige fysiske belastningen ved arbeidet. Mange hadde også adgang til å gå av med særalderspensjon ved 62 år. Dette fulgte av lov statens pensjonskasse § 21 annet ledd. Om summen av alder og tjenestetid er 85 år, kan en som omfattes av bestemmelsene gå av med alderspensjon tre år før aldersgrense. Særalderspensjon er en førtidspensjonsordning.

Forsvarsbygg som arbeidsgiver kan ikke ensidig endre reglene om dette. Forsvarsbygg har som arbeidsgiver betalt premie til Statens pensjonskasse. Særalderspensjon er en rettighet for ansatte, og det følger av EU-domstolens dommer i sakene C-164/00 *Beckmann*, C-4/01 *Martin* og C-688/13 *Gimnasio Deportivo* avsnitt 53. Se også Fougner, Borge m. fl., Omstilling og nedbemanning, 3. utgave, side 353.

Særalderspensjon i Forsvarsbygg blir ikke erstattet av tilsvarende ordning i ISS. Privat AFP i ISS er ikke en tilfredsstillende erstatning for særalderspensjon.

Arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd annet punktum har unntak for pensjon, men denne bestemmelsen kommer ikke til anvendelse. Unntaket skal tolkes strengt og snevert, se EU-domstolens dommer i sakene C-164/00 *Beckmann* avsnitt 29 og 30 og C-4/01 *Martin* avsnitt 31. Rett til førtidspensjon omfattes ikke av unntaket. Bare alderspensjon som oppnås på normalt vis («end of normal working life») omfattes av unntaket, og det er her alderspensjon fra fylte 67 år.

Særalderspensjon er etter dette rettigheter de ankende parter fikk med seg ved overføringen til ISS.

Rettighetene knyttet til offentlig AFP

Offentlig AFP følger av Hovedtariffavtalen punkt 4.2.1. Den kunne ikke endres ensidig av Forsvarsbygg. Offentlig AFP er en kvalifikasjonsregel, og i dette ligger at det er en betinget rettighet. Søker en arbeidstaker om offentlig AFP og oppfyller kravene ved 62 år, har arbeidstakeren krav på dette.

En normativ rettighet i en tariffavtale blir en del av arbeidstakernes individuelle arbeidsvilkår og faller ikke bort om tariffavtalen utløper, se Arbeidsrettens dom i sak AR-2019-4 avsnitt 66. Retten til offentlig AFP var etter dette en individuell rettighet etter arbeidsavtalen for de ansatte i Forsvarsbygg, og den fulgte med etter hovedregelen i arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd.

Retten til offentlig AFP var også en individuell rettighet etter tariffavtalen for de ansatte i Forsvarsbygg. Se her bl. a. Ot. prp. 49 (2004 – 2005) side 268 og Martin Jetlund, Virksomhetsoverdragelse og avtalefestet pensjon, i tidsskriftet *Arbeidsrett*, 2015, side 128 til 132.

Individuelle rettigheter etter tariffavtaler følger med ved virksomhetsoverdragelse, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd tredje punktum. Etter fjerde punktum gjelder dette bare til tariffavtalen utløper eller det «inngås» ny tariffavtale. Man kan ikke her se bort fra den klare ordlyden i loven. De ankende parter ble medlemsbundet av Renholdsoverenskomsten, men det endrer ikke dette. Arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd tredje og fjerde punktum suspenderer ufravikelighetsvirkningen av erververs tariffavtale med mindre noe annet er avtalt. Det ble ikke avtalt å gjøre gjeldende Renholdsoverenskomsten for de overførte ansatte til fortrensel for pliktene ISS fortsatt var bundet av i kraft av arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd tredje og fjerde punktum.

Offentlig AFP er en førtidspensjonsordning og omfattes ikke av pensjonsunntaket i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd annet punktum.

Rettighetene til offentlig AFP er omfattet av rettighetsovergangen til ISS.

De ankende parter, m. fl., har lagt ned slik påstand:

1. Oppsigelsesfristene som de ankende parter hadde i Forsvarsbygg er omfattet av rettighetsovergangen til ISS Facility Services AS etter arbeidsmiljøloven § 16-2.
2. Pensjonsrettighetene knyttet til særaldersgrensen på 65 år som de ankende parter hadde i Forsvarsbygg er omfattet av rettighetsovergangen til ISS Facility Services AS etter arbeidsmiljøloven § 16-2.
3. Rettighetene knyttet til offentlig avtalefestet pensjon (AFP) som de ankende parter hadde i Forsvarsbygg er omfattet av rettighetsovergangen til ISS Facility Services AS etter arbeidsmiljøloven § 16-2.
4. De ankende parter tilkjennes sakskostnadene for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, ISS Facility Services AS, har i hovedtrekk anført:

Arbeidsmiljøloven § 16-2 gjennomfører direktiv 2001/23/EF. Direktivet er i flere sammenhenger et minimumsdirektiv og legger ikke opp til full harmonisering. Bakgrunnen for reglene i arbeidsmiljøloven var å gjøre det som var nødvendig for å gjennomføre direktivet. Vi er her på et område som ikke er harmonisert, og det innebærer at spørsmålene må løses etter nasjonal rett.

Det avgjørende er om det foreligger individuelle rettigheter, i kraft av tariffavtale eller i kraft av arbeidsforholdet med ansettelseskontrakten. Individuelle rettigheter etter arbeidsforholdet omfattes av første ledd og er varige. Individuelle rettigheter etter tariffavtale omfattes av annet ledd, og har begrenset varighet etter leddets siste punktum.

Oppsigelsesfristene

Oppsigelsesfristene i Forsvarsbygg fulgte av tjenestemannsloven og var ikke en individuell rettighet.

Subsidiært anføres at ansettelser i offentlig sektor gjøres ved enkeltvedtak, jf. statsansatteloven § 6 og forvaltningsloven § 2 annet ledd. Enkeltvedtak er ikke avtaler. Det foreligger dermed ingen ansettelsesavtaler.

Selv om det foreligger en ansettelsesavtale, er det ikke avtalt noe særskilt om oppsigelsestid. Henvisningen til tjenestemannsloven er bare informasjon som har opplysningsverdi og ikke et genuint avtalt element, se bl. a. Fougner m.fl., Kommentartutgave til arbeidsmiljøloven, til § 14-6, nedlastet fra Juridika.no 2. april 2019.

Oppsigelsestidens lengde er et spørsmål om ansiennitet, og ansiennitet som sådan går ikke over ved virksomhetsoverdragelse. Videre må rettigheten ha oppstått på tidspunktet for virksomhetsoverdragelsen. Retten til oppsigelsestid oppstår først når oppsigelse er gitt. Her var ingen oppsagt da virksomheten ble overført.

Kravet på oppsigelsesfrist som hos Forsvarsbygg var etter dette ikke en individuell rettighet og fulgte ikke med ved virksomhetsoverdragelsen.

Pensjon knyttet til særaldersgrense

Særalderspensjon utløses av plikt til å fratre ved 65 år. ISS kan ikke, og vil ikke, pålegge ansatte å fratre fra aldersgrensen som følger av aldersgrenseloven. ISS kan da heller ikke ha plikt til å betale pensjon knyttet til dette.

Ordningen med særaldersgrense og særalderspensjon bygger på aldersgrenseloven og Stortingets vedtak om stillingskoder i staten. Dette er generelle stillingskoder for hele staten og har ingen virkning i privat sektor hvor ISS er.

Særalderspensjon er ikke en individuell rettighet som følger av arbeidsforholdet.

Subsidiært anføres at pensjonsunntaket i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd annet punktum kommer til anvendelse. Det er ikke grunnlag for å tolke dette innskrenkende.

Rettighetene knyttet til offentlig AFP

Offentlig AFP er ikke en rettighet for den enkelte. Det er en kvalifikasjonsordning. Man må søke om offentlig AFP. Først når man har søkt og har fått innvilget offentlig AFP, har man fått rett til det. Den enkelt kan ha en forventning om å få AFP, men dette er ingen rettighet, se bl.a. EFTA-domstolens dom i sak E-10/14 (Devici) avsnitt 59. Ordningen bygger på tariffavtale, og denne kan partene endre. Offentlig AFP er ingen rettighet som følger av arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet. Slike eventuelle rettigheter reguleres da ikke av arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd.

Offentlig AFP er et tariffavtalt kollektivt arrangement. Forsvarsbygg som arbeidsgiver var ikke pliktsubjekt for ytelsene, og søknad om offentlig AFP sendes NAV. Offentlig AFP er ikke del av de individuelle arbeidsvilkårene. Det er da ikke grunnlag for at offentlig AFP overføres etter arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd.

Subsidiært anføres at pensjonsunntaket i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd annet punktum kommer til anvendelse. Det er ikke grunnlag for å tolke dette innskrenkende.

Dersom man kommer til at det er individuelle rettigheter etter tariffavtalen, må det fastlegges hvor lenge disse var i behold, og dette er en atter subsidiær anførsel knyttet til kravet om offentlig AFP.

Arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd fjerde punktum bestemmer at en overført rettighet med grunnlag i en tariffavtale gjelder «.. inntil denne tariffavtalen utløper eller til det inngås ny tariffavtale som er bindende for den nye arbeidsgiver og de overførte arbeidstakere». Dette er en regel som avviker fra regelen i direktivet. Den aktuelle bestemmelsen der er artikkel 3 nr. 3, og den bestemmer at rettighetene gjelder «... inntil den dato tariffavtalen sies opp eller utløper, eller en annen tariffavtale trer i kraft eller får anvendelse». Da bestemmelsene om arbeidstakers stilling ved virksomhetsoverdragelse ble gitt, var lovgivers mål å gjøre det som var nødvendig for å gjennomføre direktivet. Det er ikke grunnlag for at man ønsket å gi arbeidstaker bedre vern enn det som var nødvendig etter direktivet. Rettskildebildet er uklart, og man kan ikke tolke den norske regelen etter ordlyden, men må forstå den i overensstemmelse med direktivet.

Når man legger denne forståelsen av arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd fjerde punktum til grunn, er det to alternative grunnlag for at rettigheter fra tariffavtalen i Forsvarsbygg ikke følger med til ISS.

For det første kom Renholdsoverenskomsten automatisk til anvendelse. Alminnelig norsk tariffjus bygger på automatisk overgang og anvendelse av tariffavtale der arbeidsgiver er bundet av tariffavtale, og den omfatter det aktuelle arbeidet, jf. arbeidsrettens dom i sak AR-2019-11 (ISS). Her var ISS bundet av Renholdsoverenskomsten. ISS hadde reservert seg mot tariffavtalen i Forsvarsbygg. Da kom Renholdsoverenskomsten automatisk til anvendelse. Alternativet om «annen tariffavtale ... får anvendelse» gjelder derfor, og rettighetene fra tariffavtalen i Forsvarsbygg kommer ikke til anvendelse for de ansatte som ble overført til ISS.

Renholdsoverenskomsten har på flere punkter dårligere vilkår enn tariffavtalen i Forsvarsbygg. Dette må arbeidstakere finne seg i, jf. EU-domstolens dom i sak C-108/10 *Scattolon* premiss 69 og 74 og EFTA-domstolens dom i sak E-10/14 *Devici* avsnitt 56, 79, 80 og 81.

For det annet kommer unntaket om «utløper» til anvendelse. Virksomhetsoverdragelsen skjedde med virkning fra 25. april 2016. Hovedavtalen i staten løp ut 30. april 2016. Det innebærer at dette alternativet kom til anvendelse, og rettighetene fra tariffavtalen i Forsvarsbygg kommer ikke til anvendelse for de ansatte som ble overført til ISS etter 30. april 2016.

For det tilfelle at arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd fjerde punktum skal forstås etter sin ordlyd, har ISS en atter subsidiær anførsel. Det er inngått en ny tariffavtale. I forbindelse med virksomhetsoverdragelsen var det overgangsforhandling den 27. april 2016. Her var representanter fra NTL, NAF, NHO og ISS tilstede. ISS anfører at det da var enighet om at Renholdsoverenskomsten skulle gjelde. Det er utarbeidet en protokoll fra møtet, men

representanten fra arbeidstakerne har ikke signert denne. Den 30. juni 2016 traff deltagere fra møtet den 27. april 2016 hverandre hos ISS i forbindelse med et annet spørsmål. ISS anfører at selskapet da fikk bekreftet sin oppfatning om at det var enighet om at Renholdsoverenskomsten skulle gjelde.

Ankemosparten, ISS Facility Services AS, har lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. ISS Facility Services AS tilkjennes sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Lagmannsretten ser slik på saken:

Hvilke rettigheter som overføres til ISS som ny arbeidsgiver ved virksomhetsoverdragelsen fra Forsvarsbygg reguleres av arbeidsmiljøloven § 16-2. Bestemmelsen lyder:

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

Ny arbeidsgiver blir bundet av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av. Dette gjelder ikke hvis ny arbeidsgiver senest innen tre uker etter overdragelsestidspunktet skriftlig erklærer overfor fagforeningen at ny arbeidsgiver ikke ønsker å bli bundet. De overførte arbeidstakerne har likevel rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtale som den tidligere arbeidsgiver var bundet av. Dette gjelder inntil denne tariffavtalen utløper eller til det inngås ny tariffavtale¹ som er bindende for den nye arbeidsgiver og de overførte arbeidstakere.

Arbeidstakernes rett til videre opptjening av alders-, etterlatte- og uførepensjon i henhold til kollektiv tjenstepensjon, overføres til ny arbeidsgiver etter reglene i første og andre ledd. Ny arbeidsgiver kan velge å gjøre allerede eksisterende pensjonsordninger gjeldende for de overførte arbeidstakerne. Dersom arbeidstakernes tidligere pensjonsordninger ikke kan videreføres etter overdragelsen, skal ny arbeidsgiver sørge for at de overførte arbeidstakerne sikres rett til videre opptjening etter en annen kollektiv pensjonsordning.

Denne bestemmelsen gjennomfører direktiv 2001/23/EF. Det fremgår av fortalet punkt 3 at et formål med direktivet er å verne arbeidstakere ved overdragelse av virksomhet, og punktet lyder:

Det er nødvendig å fastsette bestemmelser om vern av arbeidstakere ved skifte av arbeidsgiver, særlig for å sikre at deres rettigheter blir ivaretatt.

Det er lagt vekt på dette ved tolkningen av bestemmelsene i norsk rett, se HR-2017-2277 (Aleris) avsnitt 45:

Som det fremgår av fortalens punkt 3, er direktivets formål å beskytte arbeidstakerne og ivareta deres rettigheter ved skifte av arbeidsgiver. EU-domstolen har i tråd med dette anlagt en formålsstyrt tolking av direktivet i favør av arbeidstakerne, jf. Rt-2011-1755 avsnitt 45 (Gate Gourmet).

Reglene bestemmer bare at det er «rettigheter og plikter» som overføres, og disse må følge av arbeidsavtale eller arbeidsforholdet. Det avgjørende er om det foreligger en individuell rettighet for arbeidstakerne, det er disse som følger med. Goder som ikke er rettigheter for arbeidstaker følger ikke med. Et sentralt kriterium her er om arbeidsgiver kan endre forholdet ensidig. Hvilket grunnlag rettighetene bygger på er av betydning. Første ledd regulerer rettigheter som følger av «arbeidsavtale eller arbeidsforholdet». Annet ledd har en egen regulering av rettigheter som bare bygger på tariffavtale.

Oppsigelsesfristene

Forsvarsbygg er en del av staten, og arbeidsforhold der reguleres i dag av statsansatteloven fra 2017. Tidligere ble arbeidsforholdene regulert av tjenestemannsloven fra 1983, og den gjaldt da virksomheten ble overført til ISS. Oppsigelsesfristene i tjenestemannsloven §§ 9, 10 og 11 er gunstigere for den ansatte enn etter arbeidsmiljøloven § 15-3 første til tredje ledd som gjelder for ISS.

Flertallet, lagdommerne Fredrik Charlo Borchsenius, Kine Steinsvik og meddommer Marianne Midthus Østby, ser slik på spørsmålet: Det er rettigheter som følger av «arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet» som følger med. De ansatte hadde arbeidsavtaler. Det er ikke grunnlag for anførselen fra ISS om at ansettelser i staten skjer ved vedtak og at det derfor ikke foreligger arbeidsavtaler. Arbeidsavtalene hadde en egen rubrikk for oppsigelsestid. Der står det:

Oppsigelsestid i medhold av tjenestemannsloven §§ 8, 9, 10 og 11.

ISS har argumentert med at henvisningen bare er informasjon om hva som gjelder om oppsigelsestid i staten. Flertallet peker på at det her er en henvisning på et bestemt punkt til fire konkrete paragrafer, og henvisningen bærer ikke preg av en mer generell opplysning om hva som gjelder om oppsigelsesfrister i staten. Tjenestemannslovens bestemmelser ville uansett gjelde i kraft av loven. Dersom punktene i avtalen skal ha noen betydning, er det nettopp ved å innta en særskilt henvisning til tjenestemannsloven i arbeidsavtalen. Partene har derved gjort disse bestemmelser til en del av avtalen. Avtalen fremtrer således utad som et genuint avtalt element, og dette må være et sentralt moment i en sak av denne karakter. Innholdet i tjenestemannsloven kan endres av Stortinget. Det er et argument for at henvisningen ikke skal forstås slik at den gjør bestemmelsene til en del av ansettelsesavtalen, men som en henvisning til de lovbestemte oppsigelsesfrister for tjenestemenn slik de til enhver tid gjelder. Flertallet finner ikke dette avgjørende, og

flertallet oppfatter henvisningen dynamisk - de til enhver tid gjeldende lovbestemte oppsigelsesfrister for tjenestemenn er en del av avtalen.

Overføring av rettigheter etter tjenestemannsloven §§ 8 til 11 herunder med seks måneders oppsigelsesfrist til arbeidsforholdene i ISS vil medføre at disse arbeidstakerne får lengre oppsigelsesfrist enn tilsvarende ansatte i ISS. Det er ikke i strid med arbeidsmiljøloven, for denne kan fravikes til gunst for ansatte. Oppsigelsesfristene får først virkning når en oppsigelse foreligger og er på den måten betingede rettigheter. Men flertallet forstår reglene slik at også denne type rettigheter omfattes og viser til EU-domstolens dom i sak C-4/01 *Martin* premiss 29.

Oppsigelsesfristene etter tjenestemannsloven var på denne bakgrunn individuelle rettigheter og fulgte med virksomhetsoverdragelsen etter arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd.

Mindretallet, ekstraordinær lagdommer Thore Rønning og meddommer Stuart Taylor, er kommet til at oppsigelsesfristene ikke var individuelle rettigheter og at de ikke fulgte med ved overdragelsen. Oppsigelsesfristene som er inntatt i arbeidsavtalen følger direkte av tjenestemannsloven §§ 8, 9, 10 og 11 og bygger derfor på Stortingets lovvedtak. Som lovfastsatte og bindende bestemmelser for den enkelte arbeidstaker ved inngåelse av arbeidsavtalene var det ikke adgang til å avtale andre betingelser vedrørende oppsigelsesfristene. Henvisningene til tjenestemannsloven i arbeidsavtalen kan derfor ikke ha hatt noen annen funksjon enn som informasjon om hva som gjelder om oppsigelsestid i staten. Det dreier seg her om kollektive lovfastsatte rettigheter og som angår alle ansatte i samme yrkesgruppe. Mindretallet kan på dette grunnlag ikke finne at oppsigelsesfristene i tjenestemannsloven kan rubriseres som individuelt fastsatte oppsigelsesfrister i arbeidsavtalen.

Mindretallet peker også på at arbeidsgiver ISS er bundet av renholdsoverenskomsten. Følgelig foreligger det krav om fastsettelse av kollektive oppsigelsesfrister for denne yrkesgruppen. Av den grunn menes det rimelig å forstå at de overdratte ansatte ved overgang til ny tariff vil få tilsvarende betingelser vedrørende oppsigelsesfrister, som de øvrige ansatte i denne yrkesgruppen i ISS.

Mindretallet tar ikke stilling til om lovbestemte rettigheter kan overføres etter arbeidsmiljøloven § 16-2. Etter tjenestemannsloven og statsansatteloven følger lengden av oppsigelsesfristene i staten som en funksjon av ansiennitet og alder. Ansiennitet som sådan følger ikke med ved virksomhetsoverdragelse. Det er da ikke grunnlag for de særlige oppsigelsesfristene som gjaldt i Forsvarsbygg, og kravet fører ikke frem.

Pensjon knyttet til særaldersgrensen

I staten er den alminnelige aldersgrensen 70 år, og i tillegg er det flere særaldersgrenser. Dette følger av aldersgrenseloven § 2 og Stortingets vedtak. Renholderne i Forsvarsbygg hadde en slik særaldersgrense på 65 år. Stortingsvedtaket fastsatte at stillingskodene for renholdspersonale ble omfattet av særaldersgrensen på 65 år. Særaldersgrensen innebærer en rett og plikt til å fratre ved fylte 65 år, og samtidig får man pensjon, særalderspensjon. Denne får man frem til 67 år. Etter dette får man vanlig alderspensjon, etter folketrygden og offentlig tjenstepensjon, og det siste er en bruttopensjon. Etter lov om statens pensjonskasse § 21 har den som har adgang til å gå av med særalderspensjon også rett til å gå av tre år før, ved fylte 62 år, etter den såkalte «85-årsregelen». Vilkåret er at summen av alder og tjenestetid er 85 år. Bestemmelsen er generell og gjelder uavhengig av den fastsatte aldersgrensen for stillingen.

Det er ikke ordninger hos ISS som erstatter særaldersgrense og særalderspensjon.

Lagmannsretten legger til grunn at særalderspensjon må karakteriseres som en lovfestet førtidspensjonsordning, ved at den gir den ansatte rett til å fratre med pensjon før den alminnelige pensjonsalderen, jf. NOU 2004: 5 side 58.

Flertallet, lagdommerne Borchsenius, Steinsvik og meddommer Midthus Østby ser slik på saken:

Renholdernes rett til pensjon ved oppnådd særaldersgrense på 65 år, eventuelt 62 år, følger av aldersgrenseloven og lov om statens pensjonskasse. I de individuelle arbeidsavtalene er det også henvist til at tilsetting skjer «på de vilkår som til enhver tid gjelder for statens tjenestemenn etter arbeidsmiljøloven, og på grunnlag av [...] lov om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn m.fl. av 21. desember 1956 nr. 1».

Det avgjørende for om særaldersgrensen og rett til fortsatt opptjening og utbetaling av særalderspensjon fulgte med ved virksomhetsoverdragelsen etter hovedregelen i arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd, er om det dreier seg om «rettigheter» som følger av «arbeidsavtale eller arbeidsforhold».

Det følger av rettspraksis fra EU-domstolen at også rettigheter som følger av lov omfattes av det som overføres, se sak C-164/00 *Beckmann* avsnitt 37 og 38 og C-4/01 *Martin* domsslutningen punkt 2 annet ledd. Slik denne saken ligger an, finner lagmannsretten ikke grunn til å gå nærmere inn på om det kan tenkes unntak fra dette ut fra innholdet i de aktuelle rettighetene mv., sml. Evju, *Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger i Arbeidsrett*, utvalgte artikler 2001-2010 (2010) side 462-463.

Flertallet tar utgangspunkt i at bestemmelser om aldersgrenser og pensjonsalder som gjelder i en virksomhet utgjør en sentral del av de ansattes lønns- og arbeidsvilkår.

Forsvarsbygg som arbeidsgiver kunne ikke ensidig endre disse reglene, det var det bare Stortinget som lovgiver som kunne gjøre. Dette taler etter flertallets syn for at det her er snakk om rettigheter den enkelt arbeidstaker har i arbeidsforholdet som følge av disse lovene.

Flertallet legger videre vekt på at Forsvarsbygg har betalt pensjonspremie for den enkelte ansatte til Statens pensjonskasse basert på at renholderne hadde rett til å gå av med særalderspensjon. Renholderne har således individuelle opptjente pensjonsrettigheter, som de har rett til å ta ut ved oppnådd aldersgrense. Dette taler også for at særalderspensjon er en rettighet som omfattes av arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd. Særalderspensjonen skiller seg på dette punktet fra offentlige AFP som lagmannsretten kommer tilbake til nedenfor.

ISS har vist til at selskapet ikke har aldersgrense på 65 år eller 62 år, og at selskapet hverken kan eller vil tvinge noen til å gå av ved disse aldrene. Pensjon er uløselig knyttet til gjeldende aldersgrense og pensjonsalder. ISS har videre anført at det ikke er meningen med reglene om virksomhetsoverdragelse at de ansatte skal få bedre vilkår etter overdragelsen, se EU-domstolens dom i sak C-108/10 *Scattolon* avsnitt 77. Det ville de få om de skulle ha rett til å gå av ved alderen for særaldersgrense uten å ha plikt til å gjøre det slik regelverket i staten er.

Flertallet bemerker at retten til pensjon vil være betinget av at den ansatte slutter i arbeidsforholdet. Partene har ikke opplyst nærmere om de ankende parter eventuelt kan ta ut en oppsatt pensjon fra Statens pensjonskasse fra særaldersgrensen, men flertallet kan uansett ikke se at dette er avgjørende. At rettigheten ikke er aktualisert på overføringstidspunktet, og dermed er en betinget rettighet er uten betydning, se sak C-164/00 *Beckmann* avsnitt 28 og 29. Det kan heller ikke være avgjørende om ISS eventuelt skulle velge å la de overførte renholderne arbeide ut over aldersgrensen og dermed frasi seg retten til opptjent førtidspensjon i ISS så lenge de står i arbeid. Også i staten har ansettelsesmyndigheten anledning til å la den ansatte fortsette i stillingen ut over aldersgrensen på nærmere vilkår. Flertallet kan heller ikke se at det er andre rettslige hindre for ISS å la disse ansatte slutte med pensjon ved oppnådd alder for særalderspensjon.

På bakgrunn av ovennevnte konkluderer flertallet med at særaldersgrensen og den tilknyttede pensjonsordningen, som renholderne hadde etter aldersgrenseloven og lov om statens pensjonskasse, er en rettighet i arbeidsforholdet som i utgangspunktet fulgte med ved virksomhetsoverdragelsen til ISS etter arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd. Spørsmålet er videre om særregelen i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd kommer til anvendelse og i tilfellet innebærer at ISS likevel står fritt til å gjøre eksisterende pensjonsordning i virksomheten gjeldende for de overførte arbeidstakerne, eventuelt sikre rett til videre opptjening i en annen kollektiv pensjonsordning. Det er kun

pensjonselementet som i tilfellet vil omfattes av tredje ledd, ikke retten til å gå av ved den fastsatte aldersgrensen.

Ved arbeidsmiljøloven av 2005 ble det tidligere pensjonsunntaket i arbeidsmiljøloven av 1976 § 73 B nr. 1 og 2 opphevet. Pensjonsunntaket, som gjennomførte rådsdirektiv 2001/23/EF artikkel 3 nr. 4 bokstav a, innebar at hovedregelen om rettighetsovergang ikke kom til anvendelse på «arbeidstakerens rettigheter i forbindelse med alderspensjon og invaliditet eller ytelser til etterlatte i henhold til pensjonsordninger».

Arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd etablerer nå en særregel for overføring av pensjonsrettigheter. Utgangspunktet er at arbeidstakernes pensjonsrettigheter overføres til ny arbeidsgiver på samme måte som andre rettigheter. Det gjelder imidlertid unntak fra dette der den nye arbeidsgiveren enten selv har en kollektiv pensjonsordning for sine arbeidstakere, eller der den pensjonsordningen arbeidstakerne var omfattet av før overdragelsen, av ulike grunner ikke lar seg overføre, jf. § 16-2 tredje ledd andre og tredje punktum.

Anvendelsesområdet for § 16-2 tredje ledd er arbeidstakernes rettigheter til «alders-, etterlatte- og uførepensjon i henhold til kollektiv tjenstepensjon». Spørsmålet er om førtidspensjonsordningen renholderne hadde i Forsvarsbygg må anses som en «alderspensjon ... i henhold til kollektiv tjenstepensjon», eller om ordningen er en førtidspensjon, som etter rettspraksis faller utenfor, jf. nedenfor.

Det følger av praksis fra EU-domstolen at unntaket i direktivet artikkel 3 nr. 4 skal tolkes strengt og snevert, se sakene C-164/00 *Beckmann* avsnitt 29 og 30 og C-4/01 *Martin* avsnitt 31. Dette er i tråd med formålet med direktivet om å sikre arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse, se også Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 263.

Selv om arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd første punktum nå er formulert med motsatt utgangspunkt om rettighetsovergang, legger lagmannsretten til grunn at anvendelsesområdet for bestemmelsen er ment å svare til anvendelsesområdet for pensjonsunntaket i direktivet artikkel 3 nr. 4 bokstav a. Dette støttes av forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 339, der det fremgår følgende om anvendelsesområdet:

Tredje ledd er ny og gjelder overføring av rettigheter til pensjonsordninger. Bestemmelsen gjelder kun kollektive pensjonsordninger. Med kollektive pensjonsordninger menes supplerende yrkesbaserte eller fleryrkesbaserte pensjonsordninger. Rettigheter i forhold til individuelle supplerende pensjonsavtaler vil normalt overføres i henhold til hovedregelen i første ledd.

Flertallet har funnet avgjørelsen tvilsom, men har kommet til at særalderspensjonen ikke faller inn under § 16-2 tredje ledd. Begge de nevnte dommene i *Beckmann* og *Martin* gjaldt spørsmålet om førtidspensjonsordninger var omfattet av pensjonsunntaket, og begge

dommene konkluderer med at førtidspensjonsordninger ikke faller inn under pensjonsunntaket. Flertallet forstår avgjørelsene slik at bare alderspensjon som oppnås på normalt vis («end of normal working life») omfattes av unntaket, og det er her den alminnelige alderspensjon fra folketrygden fra fylte 67 år.

Flertallet kan heller ikke se at rettighetsovergang i dette tilfellet vil innebære noen ubalanse mellom arbeidstakers og arbeidsgivers interesser, sml. sak C-426/11 *Alemo-Herron m.fl.* Ut fra det resultat flertallet har kommet til vedrørende offentlig AFP, fulgte ikke retten til AFP med ved rettighetsovergangen. Samtidig er det opplyst at flere av de ankende partene, ut fra alder på overføringstidspunktet, ikke vil komme inn under den private AFP-ordningen i ISS. I en slik situasjon tilsier hensynet til arbeidstakerne at den lovfestede førtidspensjonsordningen de tidligere hadde i Forsvarsbygg omfattes av rettighetsovergangen.

Det er ikke nødvendig for flertallet å ta nærmere stilling til hvordan ordningen i praksis skal gjennomføres av ISS. Dersom de ansatte ikke kan fortsette sitt medlemskap i SPK etter søknad og som en lukket ordning, eller en tilsvarende pensjonsordning kan gjennomføres på annen måte, må ISS eventuelt holde de overførte arbeidstakerne skadesløse på annet måte.

Mindretallet, ekstraordinær lagdommer Rønning og meddommer Taylor, er kommet til at kravet her ikke fører frem og at særaldersgrensen ikke er en individuell rettighet. Særaldersgrensen kan, i likhet med oppsigelsesfristene fastsatt i tjenestemannsloven, ikke anses som individuelle rettigheter etter arbeidsmiljøloven 16-2 første ledd. Særaldersgrensen bygger på vedtak i Stortinget og knytter seg til stillingskoder. Retten til å gå av ved 65 år kan derfor ikke bygge på arbeidsavtalen mellom den enkelte renholder og Forsvarsbygg. At Stortingsvedtaket materielt bygger på renholdsarbeidets karakter og behov for å fratre før 67 år, har i denne sammenheng ingen betydning. Mindretallet har lagt vekt på at selskapet ikke kan pålegge noen å slutte da, og det er et vilkår for å få alderspensjon at man slutter å arbeide.

Rettighetene knyttet til offentlig AFP

Offentlig AFP er en ordning der arbeidstaker i det offentlige kan gå av ved 62 år og få pensjon etter denne ordningen frem til normal alderspensjon ved 67 år. Ordningen har sitt grunnlag i lov om avtalefestet pensjon for medlemmer av Statens pensjonskasse og Hovedtariffavtalen punkt 4.2.1. Offentlig AFP finansieres løpende. Det vil si at det ikke innbetales premier eller bygges opp fond for å dekke fremtidige utbetalinger.

Det avgjørende for hvorvidt rettighetene til offentlig AFP fulgte med ved virksomhetsoverdragelsen til ISS er om dette var individuelle rettigheter for den enkelte arbeidstager. 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. Eller det kan være rettigheter den enkelte arbeidstaker har direkte etter tariffavtalen.

En samlet lagmannsrett har kommet til at offentlig AFP ikke er en rettighet for den enkelte. *Meddommer Midthus Østby* bemerker at det er under betydelig tvil at hun har kommet til dette resultatet. Lov om avtalefestet pensjon for medlemmer av Statens pensjonskasse § 2 lyder:

- Arbeidstaker som fratrer sin stilling etter fylte 62 år, har rett til avtalefestet pensjon etter denne loven når dette er bestemt i tariffavtale hvor staten er part eller i tariffavtale godkjent av departementet, og arbeidstakeren
- a) er i lønnet arbeid på uttakstidspunktet,
 - b) har en pensjonsgivende inntekt på uttakstidspunktet som omregnet til årsinntekt overstiger gjeldende grunnbeløp i folketrygden, og hadde en pensjonsgivende inntekt over gjennomsnittlig grunnbeløp i året før uttaksåret,
 - c) er godskrevet pensjospoeng i folketrygden¹ for minst 10 år i perioden fra og med det år vedkommende fylte 50 år til og med året før uttaksåret, eller har minst 10 års medlemskap i Statens pensjonskasse² etter fylte 50 år. Det kan bestemmes i tariffavtale at medlemskap i annen offentlig tjenestepensjonsordning er likestilt med medlemskap i Statens pensjonskasse, og
 - d) har hatt en gjennomsnittlig pensjonsgivende inntekt på minst to ganger grunnbeløpet i folketrygden i de 10 beste inntektsårene etter 1966. Det gjennomsnittlige grunnbeløpet i det enkelte inntektsår legges til grunn.

Den samlede lagmannsrett kan ikke se at ordlyden gir noen klar løsning. Den utelukker ikke at offentlig AFP er en rettighet for den enkelte. Men den gir heller ingen klar indikasjon på at den er det. Lagmannsretten peker på at det står at den «som fratrer sin stilling etter 62 år», og videre kommer en rekke vilkår vedkommende må oppfylle for å få offentlig AFP. Lagmannsretten finner at dette taler for at det er først når man har fylt 62 år og det er fastslått at vilkårene er oppfylt at man har krav på offentlig AFP.

Arbeids- og sosialdepartementet sendte 17. oktober 2018 ut et høringsnotat om forslag til ny tjenestepensjon for ansatte i offentlig sektor. I punkt 5.4 er gjeldende offentlig AFP omtalt, og der står det:

1963-kullet fyller 62 år i 2025. Det er altså mer enn fem år til det tidligst skal utbetales ny offentlig AFP. Videre er AFP en kvalifikasjonsordning og ikke en opptjent og forsikret pensjonsordning. Det er således ikke nødvendig å få et opptjeningsystem på plass som skal implementeres av leverandørene i forkant. Det er derfor rom for videre utredning før et konkret lovforslag utformes.

Lagmannsretten er av den mening at dette støtter oppfatningen om at arbeidstakere ikke har krav på offentlig AFP, men at dette er en kvalifikasjonsordning der man først har krav på ytelsen når man er blitt 62 år, har søkt og vilkårene er oppfylt.

Det er beskjedne rettspraksis om AFP. HR-2018-1944-A gjaldt virksomhetsoverdragelse i privat sektor. En ansatt ville miste rett til privat AFP ved overdragelsen, men vedkommende kunne reservere seg mot ny arbeidsgiver om det var en ikke uvesentlig endring i arbeidsforholdet. Høyesterett kom til at hun hadde rett til å fortsette arbeidsforholdet med den gamle arbeidsgiveren. I avsnitt 56 og 57 fremgår det klart at privat AFP ikke er en rettighet før det er fastslått på uttakstidspunktet at vilkårene for å innvilge AFP er oppfylt. Selv om dette gjelder privat AFP, finner lagmannsretten at det noen likhetstrekk mellom privat og offentlig AFP, slik at dommen har en viss overføringsverdi.

Rolf Andreas Negård er forhandlingsdirektør i NHO. Han forklarte seg som vitne i saken her. Han forklarte om privat AFP at dette ikke er en rettighet for den enkelte og at «ingen har krav på AFP, før han eller hun har fått AFP». Også dette gjelder privat AFP, men lagmannsretten finner at uttalelsen har en viss overføringsverdi.

I Rt. 2002 side 1576 kom Høyesterett til at en privat bedrift hadde adgang til å endre en kollektiv pensjonsordning. Etter lagmannsrettens syn er også det et lite moment for at offentlig AFP ikke er en rettighet for den enkelte.

Hovedtariffavtalen i staten punkt 4.2.1 første ledd lyder:

Arbeidstakere i staten og undervisningspersonalet har rett til å fratre med straks begynnende pensjon (AFP) ved fylte 62 år. Pensjonen beregnes etter de regler som framgår av lov om avtalefestet pensjon for medlemmer av Statens pensjonskasse. I tillegg til denne pensjonen utbetales et skattepliktig tillegg på kr 1 700 pr. mnd. som tilsvarende det skattefrie sluttvederlag i LO/NHO-området. Arbeidstakere som fratrer med AFP tilstås en ytelse slik at ingen får mer enn 70 % av løpende lønnsinntekt på årsbasis.

Første setning sier «har rett til å fratre ...». Dette kan forstås slik at offentlig AFP er en rettighet. Men flertallet finner det mer naturlig å forstå bestemmelsen slik at det er en henvisning til de alminnelige reglene i loven § 4. Lagmannsretten peker på at det er en reservasjonsrett ved virksomhetsoverdragelser. Lagmannsretten finner derfor at hovedtariffavtalen ikke gir støtte til at offentlig AFP er en individuell rettighet.

Offentlig AFP er en ordning som finansieres løpende, og det betales ikke premie eller legges opp fond for å dekke fremtidige utgifter. Etter lagmannsrettens syn er dette et viktig moment for at den enkelte arbeidstager ikke har et individuelt krav på offentlig AFP. Lagmannsretten er etter dette kommet til at offentlig AFP ikke er en individuell rettighet for den enkelte. Det er da ikke grunnlag for at rett til offentlig AFP følger med etter arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd eller annet ledd.

Oppsummeringsvis er lagmannsrettens flertall kommet til at arbeidstakerne har fått medhold når det gjelder de to første punktene, oppsigelsesfristene og pensjon knyttet til særaldersgrenser, mens ISS får medhold på det tredje punktet knyttet til offentlig AFP.

Saksomkostninger

Ved avgjørelsen av saksomkostningene skal hver dommer legge sitt resultat til grunn.

Flertallet, *lagdommerne Borchsenius og Steinsvik og meddommer Midthus Østby*, har kommet til at arbeidstakerne får medhold på to punkter og arbeidsgiverne får medhold på et punkt. Begge parter nedlagt stort arbeid i punktet om offentlig AFP, og dette punktet har antagelig størst økonomisk betydning for partene. De to øvrige punktene har imidlertid også medført betydelig arbeid og har stor økonomisk betydning. Flertallet finner at begge parter har fått medhold av betydning uten å vinne saken. Tvisteloven § 20-3 kommer til anvendelse. Utgangspunktet er at partene da bærer hver sine omkostninger. Unntak gjelder der tungtveiende grunner tilsier det, og bestemmelsen viser til momentene i tvisteloven § 20-2 tredje ledd og hvor mye partene har fått medhold og omkostningene knyttet til dette. Flertallet bemerker at selv om det var mest arbeid og størst økonomisk verdi knyttet til spørsmålet om offentlig AFP, var også de andre spørsmålene av betydning. For begge parter er dette en prinsipiell sak, og rettskildebildet er til dels vanskelig tilgjengelig. Flertallet finner ikke at det foreligger tungtveiende grunner til at noen av partene skal tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten.

Lagmannsretten skal også avgjøre saksomkostningene for tingretten. Resultatet for lagmannsretten skal legges til grunn, jf. tvisteloven § 20-9 annet ledd. Flertallet viser til begrunnelsen ovenfor og finner at ingen av partene skal tilkjennes saksomkostninger for tingretten.

Ekstraordinær lagdommer Rønning og meddommer Taylor har kommet til at arbeidsgiverne har fått medhold på alle tre punkter. Hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd er at den som vinner saken skal tilkjennes saksomkostninger. Dette mindretallet finner imidlertid at saken er så tvilsom at tungtveiende grunner gjør det rimelig at hver av partene bærer sine omkostninger for lagmannsretten.

Dette mindretallet skal også avgjøre saksomkostningene for tingretten, og det resultatet dette mindretallet har kommet til skal legges til grunn. Dette mindretallet viser til begrunnelsen overfor og finner at partene bærer hver sine omkostninger også for tingretten.

Saksomkostningsspørsmålet avgjøres etter flertallets syn.

Dommen er avsagt under dissens.

DOMSSLUTNING

1. Oppsigelsesfristene som de ankende parter hadde i Forsvarsbygg er omfattet av rettighetsovergangen til ISS Facility Services AS etter arbeidsmiljøloven § 16-2.
2. Pensjonsrettighetene knyttet til særaldersgrensen på 65 år som de ankende parter hadde i Forsvarsbygg er omfattet av rettighetsovergangen til ISS Facility Services AS etter arbeidsmiljøloven § 16-2.
3. Anken forkastes for så vidt gjelder kravet om at rettighetsovergangen til ISS Facility Services AS omfatter rettigheter til offentlig AFP.
4. Hver av partene bærer sine omkostninger for tingrett og lagmannsrett.

Kine Elisabeth Steinsvik

Fredrik Charlo Borchsenius

Thore Rønning

Stuart James Taylor

Marianne Midthus Østby

Dokument i samsvar med undertegnet original.

Madeleine Eliassen (signert elektronisk).