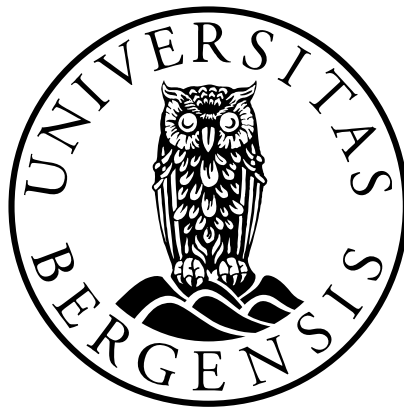


Arbeidstakers tilknytning ved virksomhetsoverdragelse

Særlig om grensedragningen ved overdragelse av en del av virksomheten og ved sammensatte arbeidsgiverforhold

Kandidatnummer: 199045

Antall ord: 13275



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

9.12.2014

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Introduksjon av tema	1
1.2	Det må ha skjedd en virksomhetsoverdragelse.....	2
2	Rettskildesituasjonen	5
2.1	Rettspraksis fra EFTA- og EU-domstolen.....	5
2.2	Formålsbasert tolkning og arbeidstakers vern	7
2.3	Rettspraksis og rettslig argumentasjon fra EU-land	8
3	Utgangspunktet – “arbeidsavtale og arbeidsforhold” videreføres	9
4	Arbeidstakers tilknytning ved overdragelse av en del av virksomheten.....	11
4.1	Problemstilling.....	11
4.2	Botzen-dommen.....	12
4.2.1	Presentasjon av dommen	12
4.2.2	Generaladvokatens rådgivende uttalelse	13
4.3	Hvilke generelle retningslinjer kan oppstilles på grunnlag av Botzen-dommen?.....	14
4.3.1	Momenter som følger direkte av domstolens tolkningsuttalelse.....	14
4.3.2	Er organisatorisk eller reell tilknytning avgjørende?	15
4.3.3	Kan Generaladvokatens uttalelse anvendes som et generelt vurderingstema? ..	19
4.4	Primær tilknytning – en norsk løsning i samsvar med EU-retten?.....	21
4.4.1	Et sideblikk til andre jurisdiksjoner	22
4.4.2	Er «primær tilknytning» et egnet vurderingstema?	25
4.4.3	Hvilke momenter avgjør hvor arbeidstaker har sin primære tilknytning?	27
5	Arbeidstakere med «sammensatte arbeidsgiverforhold»	32
5.1	Problemstilling.....	32
5.2	Presentasjon av rettspraksis	33
5.2.1	Albron-dommen – C-242/09	33
5.2.2	Stena Drilling-dommen – Rt. 2012 s. 983.....	35
5.3	Momenter ved kartleggingen av arbeidstakers tilknytning	37
5.3.1	Momenter som kan utledes direkte av rettspraksis	37
5.3.2	Det rettslige utgangspunktet.....	39
5.3.3	Øvrige momenter i vurderingen	39
6	Forsøk på omgåelse	42

6.1	Problemstilling.....	42
6.2	Gjennomgang av rettspraksis.....	42
6.3	Oppsummering	44
7	Avslutning	46
8	Referanser	47
8.1	Litteratur	47
8.2	Lover og direktiver	47
8.3	Forarbeid.....	48
8.4	Norsk rettspraksis	48
8.5	EU-domstolen	49
8.6	EFTA-domstolen	50
8.7	Rettspraksis fra andre jurisdiksjoner	50
8.8	Andre kilder	51

1 Innledning

1.1 Introduksjon av tema

Arbeidstakeres rettigheter ved virksomhetsoverdragelse følger av arbeidsmiljøloven¹ kapittel 16. Dersom arbeidstaker har et arbeidsforhold som faller inn under lovens bestemmelser, vil vedkommende ha rett til å opprettholde sine «rettigheter og plikter» overfor ny arbeidsgiver, jf. § 16-2 (1).² I rettspraksis er det blitt uttalt at arbeidstaker må ha en tilstrekkelig «tilknytning» for å være omfattet av virksomhetsoverdragelsen.³ Loven angir imidlertid ikke hvordan man skal avgjøre hvilke arbeidstakere som har tilstrekkelig tilknytning til den overdratte enhet, og spørsmålet er sparsommelig behandlet i norske rettskilder.

Utviklingen og internasjonaliseringen i norsk næringsliv har medført at virksomheter i større grad enn tidligere ser behov for økt organisatorisk fleksibilitet. Dette viser seg eksempelvis ved at mer enn 1 million arbeidstakere i Norge nå er ansatt i konsern⁴. Videre velger flere virksomheter å organisere deler av arbeidsstokken i nye strukturer, slik som «matriseorganisasjon»⁵ og «ressurspooler»⁶, for effektivt å kunne disponere sine arbeidstakere. Bruken av ressurspooler er særlig fremtredende i oljeindustrien der aktørene har behov for å disponere arbeidsstokken fleksibelt for å kunne imøtekomme skiftende oppdragsmengde, funn, korreksjoner i markedet etc.

Arbeidsgivers ønske om økt fleksibilitet vil i mange tilfeller medføre at arbeidstakers tilknytning til en konkret avdeling viskes bort. Dersom arbeidstaker er organisert i en «ressurspool» vil den ansatte gjerne utføre arbeid for en rekke ulike deler av virksomheten.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø arbeidstid og stillingsvern mv. Der det i fortsettelsen tales om en bestemmelse uten gjengivelse av en konkret lov, vises det til arbeidsmiljøloven.

² Men ingen plikt, se arbeidstakers reservasjonsrett, jf. arbeidsmiljøloven § 16-3 (1).

³ Se eksempelvis Rt. 2012 s. 983, avsnitt 95.

⁴ NOU 2010: 1 - Medvirkning og medbestemmelse i arbeidslivet, punkt 3.3.1.5, tabell fra SSB.

⁵ Med en matriseorganisasjon menes eksempelvis det forhold at flere administrativt adskilte avdelinger utfører et prosjekt i fellesskap jf. definisjon av «matriseorganisasjon» i Store norske leksikon, <https://snl.no/matriseorganisasjon>, hentet 1.12.2014.

⁶ Hva som ligger i en «ressurspool», vil avhenge av hva som er avtalt med de enkelte arbeidstakerne. Noen arbeidstakere vil kunne være 100 % ansatt i en «ressurspool» med arbeid for en rekke avdelinger, mens det i Arbeidsrettens dom ARD 2012.23 ble tatt stilling til om SAS sin organisering av kabinansatte i opptil 28 % stillingsgrad var ulovlig indirekte forskjellsbehandling på bakgrunn av kjønn.

Når bare en del av virksomheten overdras, vil det kunne oppstå spørsmål om arbeidstaker er tilknyttet akkurat denne delen, eller en gjenværende del. Ulike problemstillinger vedrørende arbeidstakers tilknytning vil gjennomgås i fortsettelsen.

Reglene om virksomhetsoverdragelser har sin bakgrunn i EU-retten. Det vil derfor være nødvendig å knytte enkelte bemerkninger til hvilke særlige følger dette har for rettskildesituasjonen, jf. punkt 2. I punkt 4 vil arbeidstakers tilknytning ved overdragelse av «del av virksomhet»⁷ kartlegges, før det i fremstillingens punkt 5 vil tas stilling til problemstillinger knyttet til arbeidstakers tilknytning som oppstår ved «sammensatte arbeidsgiverforhold»⁸. Sistnevnte situasjon er særlig aktuell i konsernforhold. Avslutningsvis vil det i punkt 6 knyttes noen bemerkninger til betydningen av virksomhetens forsøk på omgåelse av arbeidsmiljølovens bestemmelser.

1.2 Det må ha skjedd en virksomhetsoverdragelse

For at spørsmålet om arbeidstakers tilknytning skal oppstå, er det i utgangspunktet en forutsetning at det har skjedd en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven kapittel 16. Fremstillingen vil derfor drøftes under forutsetningen av at det foreligger en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1 (1). Av hensyn til oversikten vil likevel de generelle vilkår for at det er skjedd en virksomhetsoverdragelse nevnes innledningsvis.

Arbeidsmiljøloven § 16-1 (1) er i høyesterettspraksis blitt tolket slik at tre selvstendige vilkår må være oppfylt for at det foreligger en virksomhetsoverdragelse.⁹ For det første må overføringen gjelde en selvstendig økonomisk enhet. For det andre kreves det at virksomheten er overført til ny innehaver på grunnlag av kontrakt eller ved sammenslåing av

⁷ Jf. arbeidsmiljøloven 16-1 (1).

⁸ Med «sammensatte arbeidsgiverforhold» menes en situasjon der mer enn én arbeidsgiver utøver arbeidsgiverfunksjoner overfor arbeidstaker, se omtalen i punkt 5.

⁹ Eksempelvis Rt. 2011 s. 1755 avsnitt 46-49.

virksomheter¹⁰, og for det tredje må den videreførte virksomheten i det vesentlige være den samme som før overdragelsen slik at dens identitet er bevart.¹¹

Spørsmålet om hvilke arbeidstakere som overdras, kan oppstå allerede ved kartleggingen av om det har skjedd en virksomhetsoverdragelse.¹² Spijkers-dommen¹³ illustrerer dette ved at ett av momentene i vurderingen av om det foreligger en selvstendig økonomisk enhet, vil være omfanget av ansatte som overdras. Næss viser i sin fremstilling til at spørsmålet om arbeidstakers tilknytning, bør løses ved først å ta stilling til hva som utgjør den økonomiske enhet, for så å spørre hvilke arbeidstakere som inngår i enheten.¹⁴ Tilnærming er for øvrig identisk med fremgangsmåten i britisk rett, jf. Eddie Stobart Ltd v Moreman.¹⁵ Domstolen viste til at det er uunngåelig at spørsmålene delvis overlapper hverandre, jf. uttalelsen «the two points nevertheless self-evidently overlap to a very considerable extent».¹⁶

Gruppen av arbeidstakere uten en klar og definert tilknytning til virksomheten vil i de fleste tilfeller utgjøre en mindre gruppe arbeidstakere i virksomheten. Vurderingen av om det foreligger en selvstendig økonomisk enhet, kan dermed foretas i to trinn der det først tas stilling til hvilke arbeidstakere som klart er tilknyttet den konkrete økonomiske enhet. Drøftelsen av de mer komplekse arbeidsforholdene kan deretter analyseres særskilt. Bruken av uklare og sammensatte organisasjonsstrukturer kan vanskeliggjøre fastleggelsen av hva som utgjør den selvstendige enheten.¹⁷ Det er imidlertid slått fast i Total-dommen¹⁸ fra EFTA-domstolen at «valg av organisasjonsstruktur kan [...] ikke i seg selv gjøre direktivet uanvendelig». En slik fortolkning ville ifølge EFTA-domstolen ha ført til at «Direktivets

¹⁰ Dette vilkåret er av EU-domstolen og Høyesterett tolket svært vidt i lys av lovens formål. Dette har medført at også mer avledete «overdragelser» som i Rt. 2010 s. 330 omfattes av reglene. I saken ble bakkemannskap ansatt i nytt firma etter tapt anbudskonkurranse uten at det forelå noen kontrakt mellom tidligere og ny anbudsvinner. Saksøkerne fikk medhold i at det hadde skjedd en «kontraktsmessig overdragelse», jf. avsnitt 48.

¹¹ For en generell gjennomgang av vilkårene, se Skjøsberg og Hognestad, *Individuell arbeidsrett*, Oslo 2014, s. 372-381.

¹² Omfanget av ansatte er et alminnelig moment ved vurderingen av om det er overdratt en «selvstendig økonomisk enhet», Se eksempelvis Rt. 2006 s. 71, avsnitt 78.

¹³ Sak 24/85 Jozef Maria Antonius Spijkers v Gebroeders Benedik Abbatoir CV og Alfred Benedik en Zonen BV [1986] EFD I-119.

¹⁴ Mona Næss, *Virksomhetsoverdragelse*, Oslo 2013, s. 101.

¹⁵ Eddie Stobart Ltd v Moreman and others, IRLR 356 [2012].

¹⁶ Avsnitt 16.

¹⁷ Støtte for denne fremgangsmåten følger av Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning*, Oslo 2011, s. 185.

¹⁸ Sak E-2/04 Reidar Rasmussen, Jan Rossavik, og Johan Kåldman v Total E&P Norge AS (Total).

formål om å beskytte arbeidstakernes rettigheter, som beskrevet ovenfor, ville bli undergravet.»¹⁹

Avhandlingen vil i fortsettelsen forutsette at en selvstendig økonomisk enhet kan identifiseres, og at det har skjedd en virksomhetsoverdragelse i henhold til arbeidsmiljøloven § 16-1.

¹⁹ Avsnitt 33-34 i dommen.

2 Rettskildesituasjonen

Reglene om virksomhetsoverdragelser i arbeidsmiljølovens kapittel 16 gjennomfører rådsdirektiv 2001/23/EF.²⁰ Direktivet er en konsolidering av rådsdirektivene 77/187/EØF og 98/50/EF, og var ikke ment å medføre noen realitetsendring.²² De første bestemmelsene ble tatt inn i norsk lovgivning da Norge sluttet seg til EØS-samarbeidet.²³ Direktivet er et minimumsdirektiv.²⁴ Dette kommer til uttrykk i direktivets artikkel 8 der det fremgår at medlemsstatene står fritt til å «anvende eller fastsette lover eller forskrifter som er mer fordelaktige for arbeidstakerne». I arbeidsmiljøloven slår § 1-9 fast at loven ikke kan fra «fravikes til ugunst» for arbeidstaker.

Utviklingen av regelverket om virksomhetsoverdragelser har først og fremst skjedd gjennom EU-domstolens rettsavgjørelser. Domstolens betydning som rettskilde vil reflekteres av avgjørelsens omtale og omfang i avhandlingen. Noen av de karakteristiske utfordringene som oppstår når norske rettsregler med bakgrunn i EU-lovgivning skal anvendes, vil derfor omtales innledningsvis. I den videre fremstilling vil begrepene «EU-domstolen» og «EU-rett» bli brukt, da de etter ikrafttreddelsen av Lisboa-traktaten 1. januar 2009 har overtatt for eldre begrepsbruk.

2.1 Rettspraksis fra EFTA- og EU-domstolen

Av EØS-avtalen²⁵ artikkel 6 følger det at bestemmelsene med utgangspunkt i direktiv skal «fortolkes i samsvar» med EU-domstolens avgjørelser fra før undertegningen av EØS-

²⁰ Rådsdirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overføring av virksomhet, bedrifter eller del av bedrift (virksomhetsoverdragelse).

²¹ Når det i fortsettelsen henvises til «direktivet», refereres det til rådsdirektiv 2001/23/EF.

²² Skjøsberg og Hognestad s. 372.

²³ De første reglene ble innført ved tilslutningen til EØS-samarbeidet i 1992 gjennom et nytt kapittel XII A i arbeidsmiljøloven av 1997. Endringene trådte i kraft samtidig som EØS-avtalen 1. januar 1994.

²⁴ «minimumsdirektiv» må leses med en liten reservasjon. En ny sak fra EU-domstolen, Sak C-426-11 Alemo-Herron m.fl. v Parkwood Leisure Ltd omtalt i punkt 2.2, slår fast at hensynet til arbeidsgiver ikke kan tilsidesettes helt.

²⁵ Avtale om Det europeiske økonomisk samarbeidsområde. Inntatt i lov 27 nov 1992 nr.109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

avtalen. Videre følger det av ODA-avtalen²⁶ artikkel 3 nr. 2 at EFTA-domstolen skal ta «tilbørlig hensyn til de prinsipper» som er fastlagt av EU-domstolen. EFTA-domstolen kan i medhold av ODA-avtalen artikkel 34 avgi «rådgitende uttalelser om fortolkningen av EØS-avtalen» etter anmodning fra en domstol i et medlemsland. For norske domstoler følger dette av domstoloven § 51 A.

EFTA-domstolens uttalelser er rådgitende, men blir i praksis tillagt adskillig vekt. I Verftsdommen²⁷ oppsummerer Høyesterett den rettskildemessige vekten av EFTA-domstolens avgjørelser. Høyesterett uttalte at tidligere avgjørelser fra EFTA-domstolen må «tillegges vesentlig vekt» slik at det må «kreves særlige grunner for at Høyesterett skal kunne fravike den».²⁸ Høyesterett har vist til at etterfølgende rettspraksis fra EU-domstolen kan være et mulig grunnlag for å fravike EFTA-domstolens tolkning, jf. Elkem-dommen²⁹ der Høyesterett uttalte at det må «forvente[s] at EFTA-domstolen ikke ville kunne opprettholde synspunktene fra Fokus Bank-saken»³⁰ dersom problemstillingen oppstod på ny.³¹

Som nevnt ovenfor skal EØS-retten tolkes i samsvar med EU-domstolens avgjørelser fra før undertegnelsen av EØS-avtalen. Hvordan EU-domstolens avgjørelser fra tiden etter avtaleinngåelsen skal vektlegges, er ikke omtalt i lovgivningen. Høyesterett uttalte seg om spørsmålet i Rt. 1997 s. 1954. Av domspremissene fremgår det at avgjørelsene er «sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet», og at de «få[r] direkte betydning for hva som er norsk rett på dette området».³²

Gjennomgangen viser at rettspraksis fra både EU- og EFTA-domstolen har betydelig vekt når reglene om virksomhetsoverdragelser skal tolkes. Rettspraksis viser også at Høyesterett er

²⁶ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelsen av et Overvåkningsorgan og en Domstol. Inn tatt i EØS-loven.

²⁷ Rt. 2013 s. 258.

²⁸ Avsnitt 94.

²⁹ Rt. 2010 s. 1500.

³⁰ Sak E-1/04 - Fokus Bank ASA mot staten Norge v/Skattedirektoratet ved EFTA-domstolen.

³¹ Avsnitt 112 og 113.

³² Rt. 1997 s. 1954, på s. 1960.

beredt til å sette avgjørelser fra EFTA-domstolen til side dersom de på bakgrunn av avgjørelser fra EU-domstolen eller andre rettskilder, finner at et annet utfall er riktig.³³

2.2 Formålsbasert tolkning og arbeidstakers vern

EU-domstolen har gjennom sin rettspraksis vist stor vilje til å oppnå fellesskapsrettslige målsetninger ved å anvende en formålsbasert tolkningslære, i stedet for en streng ordlydsfortolkning.³⁴ Et eksempel er Ny Mølle Kro-dommen³⁵ der det var spørsmål om det forelå en virksomhetsoverdragelse når en eier på grunn av forpakterens mislighold av forpaktningensavtalen selv overtok driften. Med henvisning til at direktivet har til «formål at sikre, at arbeidstagerens rettigheter opretholdes i videst mulig omfang» kom EU-domstolen til at også disse tilfellene falt inn under direktivets virkeområde, til tross for at tilbakeføringen ikke nødvendigvis vil betegnes som en «overdragelse» etter en naturlig språklig forståelse.

a) Direktivets formål om å verne arbeidstaker

Det sentrale formålet i rådsdirektiv 2001/23/EF fremgår av fortalens punkt (3) der det uttales at det er nødvendig med regler for virksomhetsoverdragelser for «beskyttelse af arbeidstagerne». Formålet vil, som vist til ovenfor i Ny Mølle Kro-dommen fra EU-domstolen, kunne få meget stor betydning ved tolkningen og utvikling av fellesskapsretten på området for virksomhetsoverdragelse. Av arbeidsmiljøloven § 1-1 b) fremgår det at lovens formål er å «sikre trygge ansettelsesforhold». Videre har Høyesterett i flere dommer vist til betydningen av direktivets formål.³⁶

Til tross for at vernet av arbeidstaker er det grunnleggende hensynet bak direktivet, har EU-domstolen i en fersk dom kommentert at direktivet skal «sikre den rette balance mellem sidstnevntes interesser på den ene side og hververens interesser på den anden side».³⁷

Utfallet ble at virksomhetsoverdragelsen ikke omfattet en lokalt forhandlet tariffavtale som

³³ Se Høyesteretts uttalelse om både «rett og plikt» i Verftsdommen avsnitt 94.

³⁴ Mette Klingsten, *Ansattelsesrettslige aspekter ved virksomhedsoverdragelse*, København 2002, s. 12.

³⁵ Sak C-287/86, Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v Ny Mølle Kro [1989].

³⁶ Se eksempelvis avsnitt 78 i Rt. 2012 s. 983.

³⁷ Sak C-426-11, Alemo-Herron m.fl. v Parkwood Leisure Ltd, avsagt 18. juli 2013, særlig avsnitt 25.

hadde blitt vedtatt etter tidspunktet for overdragelsen. Det er imidlertid grunn til å understreke at dommens resultat av flere ble sett på som overraskende³⁸, og at det bærende formålet ved tolkningen av direktivet fortsatt vil være vernet av arbeidstaker.

2.3 Rettspraksis og rettslig argumentasjon fra EU-land

Direktivet om virksomhetsoverdragelser er felles for medlemslandene i EU/EØS-samarbeidet. Dette innebærer at de enkelte medlemsstatene må gjennomføre direktivets bestemmelser nasjonalt, og at statenes domstoler vil måtte tolke og ta stilling til direktivets rekkevidde. Oppfatninger og rettsavgjørelser fra andre stater vil formelt ha liten rettskildemessig vekt, men vil kunne ha argumentasjonsverdi og illustrere mulige løsninger der norske rettskilder ikke gir entydige svar. Dommer fra de ulike jurisdiksjonene er vanskelig tilgjengelige, men vil gjengis der rettspraksis er tilgjengelig og relevant for problemstillingene i avhandlingen.³⁹

³⁸ Se eksempelvis *The Institute of Employment Rights: “ECJ unexpectedly finds in favour of employer in Alemo-Herron vs. Parkwood Leisure TUPE Case”*.

³⁹ Dommene er avsagt på ulike språk og er i varierende grad gjort allment tilgjengelige.

3 Utgangspunktet – “arbeidsavtale og arbeidsforhold” videreføres

Arbeidsmiljøloven § 16-1 regulerer ikke hvilke arbeidstakere som omfattes av lovbestemmelsen, men viser at regelverket kommer til anvendelse når det skjer en overdragelse til en annen «arbeidsgiver». Bestemmelsen suppleres av § 16-2 (1) som fastslår at den nye arbeidsgiveren overtar de eksisterende «rettigheter og plikter» som følger av «arbeidsavtale eller arbeidsforhold» på «tidspunkt[et] for overdragelsen».

Av direktivets artikkel 2 nr. 2 fremgår det at begrepene «arbeidsavtale» og «arbeidsforhold» er nasjonalrettslige.⁴⁰ Dette innebærer at spørsmålet om det foreligger et arbeidsforhold, må løses på bakgrunn av nasjonale rettskilder. Da det ikke er gitt noen legaldefinisjon av begrepene i arbeidsmiljølovens kapittel 16, må lovens alminnelige definisjon av «arbeidstaker» i § 1-8 danne utgangspunktet ved fastleggelsen av hvem som omfattes av en «arbeidsavtale eller arbeidsforhold».^{41,42} Bestemmelsen viser til at «arbeidstaker» er «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste», mens «arbeidsgiver» er den som har «ansatt arbeidstaker [...] i sin tjeneste», jf. arbeidsmiljøloven § 1-8 (1) og (2). Arbeidstakerbegrepet er utviklet gjennom rettspraksis og i lovforarbeid.⁴³ I forarbeidene fremheves det at det må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering der det reelle underliggende forhold er avgjørende.⁴⁴ Det er i rettspraksis blitt lagt til grunn at arbeidstakerbegrepet skal tolkes vidt.⁴⁵

Ved at regelverket er begrenset til arbeidsforhold, vil visse personer som utfører arbeid for bedriften, falle utenfor virkeområdet for reglene om virksomhetsoverdragelser. Dette gjelder blant annet selvstendige oppdragstagere, innleide fra bemanningsbyrå og personer som utfører arbeid for bedriften gjennom entreprisekontrakter.⁴⁶ Denne følgen av direktivet kan

⁴⁰ Den offisielle danske språkversjonen benytter «arbejdskontrakt eller arbejdsforhold».

⁴¹ Næss s. 98.

⁴² Sikrer dermed «indre koherens» mellom vilkårene som anvendes i arbeidsmiljøloven.

⁴³ Tron Dalheim, *Rettsdata.no*, kommentarer til arbeidsmiljøloven § 1-8 og Jan Fougner m.fl., *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgaver.no*, Punkt III.2, 07-07-2014.

⁴⁴ Ot.prp.nr.49 (04-05) s. 73.

⁴⁵ Eksempelvis i Rt. 2013 s. 354 der Høyesterett kom til at avlaster for en familie var «arbeidstaker» til tross for at arbeidsavtalen omtalte forholdet som en «oppdragskontrakt» som utelukket feriepenger.

⁴⁶ Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning*, Oslo 2011, s. 180-181.

eksempelvis utledes av Strø Mølle-dommen⁴⁷ der det uttales at det ved avgjørelsen om det foreligger en økonomisk enhet, er sentralt at «aktivitet[ene] ikke er begrenset til utførelsen af en nærmere bestemt entreprise».⁴⁸

Det er tidligere arbeidsgivers «rettigheter og plikter» som følger av et «arbeidsforhold», som overdras ved en virksomhetsoverdragelse.⁴⁹ Bestemmelsen ivaretar direktivets målsetning om at arbeidstaker skal bevare sin rettslige posisjon hos ny arbeidsgiver.⁵⁰ Dette innebærer at arbeidstaker beholder sine lønns- og arbeidsvilkår. Videre vil arbeidstaker ha rett til å gjøre rettigheter og plikter som følger av arbeidsmiljøloven, gjeldende overfor ervervende virksomhet. Arbeidstaker vil eksempelvis kunne fremme krav om fast ansettelse på bakgrunn av ulovlig midlertidig ansettelse etter § 14-11 (1) eller fast ansettelse på bakgrunn av ulovlig innleie etter § 14-14, jf. § 14-12. Dersom arbeidstaker ville hatt krav på fast ansettelse hos overdragende virksomhet, vil arbeidstaker kunne kreve å få sitt arbeidsforhold videreført til ny virksomhet. Konkrete vurderinger knyttet til arbeidsmiljølovens preseptoriske bestemmelser faller imidlertid utenfor fremstillingens rammer.

⁴⁷ Sak C-48/94 Ole Rygaard v Strø Mølle Akustik A/S [1995].

⁴⁸ Avsnitt 20.

⁴⁹ Arbeidsmiljøloven § 16-2 (1).

⁵⁰ Næss s. 152.

4 Arbeidstakers tilknytning ved overdragelse av en del av virksomheten

4.1 Problemstilling

I mange tilfeller vil arbeidstaker utføre arbeidsoppgaver for flere avdelinger i en virksomhet. Når kun «en del av virksomheten» etter § 16-1 (1) blir overdratt, oppstår spørsmålet om arbeidstaker følger med den overdratte enhet. Av forarbeidene til implementeringen av direktiv 77/187/EØF fremgår det at lovgiver var klar over utfordringene med å fastlegge hvilke arbeidstakere som omfattes ved overdragelse av en del av virksomheten.⁵¹ Om problemstillingen uttales det:

«Det kan være vanskelig å avgrense denne gruppen. Det avgjørende må være hvor arbeidstakerne primært har hatt sin tilknytning, og hvor det derfor er mest naturlig at vedkommende fortsetter».⁵²

Videre ble det på samme sted forarbeidene vist til Botzen-dommen⁵³. EU-domstolens avgjørelse er bindende for norsk tolkning av direktivet, da den er avsagt før Norges tilslutning til EØS-avalen, jf. EØS-avtalens artikkel 6. Det fremheves at EF-domstolen la avgjørende vekt på om den «avdeling arbeidstakerne var tilknyttet, og som fra et organisatorisk synspunkt dannet rammen om deres arbeidsforhold, ble overført eller ikke». Botzen-dommen er den sentrale avgjørelsen for spørsmålet om arbeidstakers tilknytning ved overdragelse av en del av virksomheten. Hvordan grensdragningen skal foretas har, noe overraskende, ikke vært gjenstand for behandling i nyere praksis fra EU-domstolen. Det er sprikende oppfatninger i nasjonal og internasjonal juridisk teori knyttet til hvilke prejudikatsvirkninger dommen har. På bakgrunn av at Botzen-dommen er bindende for norsk tolkning av direktivet, vil avgjørelsen gjennomgås grundig innledningsvis.

⁵¹ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 32.

⁵² Samme sted.

⁵³ Sak C-186/83 Arie Botzen m.fl. v Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV [1985].

4.2 Botzen-dommen

4.2.1 Presentasjon av dommen

Botzen og de syv andre arbeidstakerne som anla sak for de nasjonale domstolene, var ansatt hos et nederlandsk selskap (RDM). Da driften i RDM begynte å gå dårlig, ble det bestemt å skille ut deler av selskapet. Saksøkerne var ansatt i administrative avdelinger som ikke ble overdratt til «Nye RDM», men hadde bistått avdelingene med diverse støttefunksjoner.⁵⁴ Det sentrale spørsmålet domstolen måtte ta stilling til, var hvorvidt direktivet også omfatter arbeidstakere tilhørende administrative avdelinger som bare har utført «visse oppgaver» for den overførte del.⁵⁵

I forkant av domstolens behandling hadde EU-kommisjonen uttalt seg om den rettslige problemstillingen.⁵⁶ Domstolen valgte å slutte seg til uttalelsen fra kommisjonen om at det «eneste afgørende» vilkåret for at rettigheter og plikter går over til erververen, er om avdelingen arbeidstakerne er «tilknyttet, og som fra et organisatorisk synspunkt dannede rammen om deres arbeidsforhold, overføres eller ej».⁵⁷

Videre ble det uttalt at «[a]rbejdsforholdet er nemlig i alt væsentligt karakteriseret ved den tilknytning, arbeidstageren har til den del af virksomheden eller bedriften, ved hvilken han er placeret for at udøve sit hverv» og at det er «tilstrækkeligt at fastslå, hvilken del af virksomheden eller bedriften den pågældende arbejdstager var ansat i.»⁵⁸

Domstolen slo fast at artikkel 3. nr. 1 i direktiv 77/187 skulle fortolkes slik at bestemmelsen ikke omfatter arbeidstakere ansatt i administrative avdelinger, til tross for at arbeidstakerne hadde «utført [...] visse oppgaver» til fordel for den overførte del.⁵⁹ Domstolen valgte å avgrense sin tolkningsuttalelse til den konkrete saken, i stedet for å angi et generelt

⁵⁴ Av Generaladvokatens forslag til avgjørelse i saken vises det til at alle arbeidet i administrative avdelinger slik som personaltjenesten, portnerstjeneste, ekspedisjonen, driftskontoret osv.

⁵⁵ Avsnitt 11.

⁵⁶ Avsnitt 14.

⁵⁷ Avsnitt 15, jf. avsnitt 14.

⁵⁸ Avsnitt 15.

⁵⁹ Domstolens domsavsigelse avsnitt 2).

vurderingstema.⁶⁰ Saksforholdet i Botzen-dommen gir imidlertid ikke grunn til å tro at domstolen stod overfor et grensetilfelle som nødvendiggjorde mer prinsipielle drøftelser.⁶¹

4.2.2 Generaladvokatens rådgivende uttalelse

Generaladvokatens uttalelse er en begrunnet innstilling til domstolen med et forslag til avgjørelse. Sejersted viser til at uttalelser fra Generaladvokaten vil ha varierende rettskildemessig vekt.⁶² Generaladvokatene har imidlertid spilt en viktig rolle under utviklingen av EU-retten.⁶³

I Botzen-dommen har Generaladvokaten en mer prinsipiell tilnærming til tvisten.⁶⁴

Generaladvokaten uttaler at det kun er arbeidstakerne som har vært «fuldt beskæftiget» eller «wholly engaged»⁶⁵ i den overførte delen, som er berettiget til å påberope seg direktivets vern. Det eneste unntaket fra «fuldt beskæftiget» Generaladvokaten ville anerkjenne, var i de tilfeller der oppgaver for andre var utført i et omfang som må «betegnes som ubetydeligt».⁶⁶ Generaladvokaten konkluderer så med at de ansatte som faktisk tar del i aktiviteter i «hele bedriften, eller i flere dele heraf», ikke kan sies å være «ansat i» denne delen av virksomheten. Standpunktet begrunnes i hensynet til en forutberegnelig og klar regel, samt direktivets formål om å videreføre de eksisterende arbeidsforholdene.

Avslutningsvis viser Generaladvokaten hvordan det oppstilte vurderingstema kan anvendes i et tilfelle med en arbeidstaker i en lønningsavdeling. Ifølge Generaladvokaten vil en arbeidstaker som behandler lønnskrav for hele bedriften, utføre mer enn ubetydelige oppgaver for andre avdelinger, og dermed falle utenfor direktivets virkeområde. Annerledes vil det være for lønnsmedarbeideren som arbeider «udelukkende» med lønningene i den overdratte

⁶⁰ Samme oppfatning i Fougner m.fl., *Arbeidsmiljøloven, Kommentarutgave*, kommentarer til § 16-2, punkt 1.3.

⁶¹ Arbeidstakerne hadde kun gjort mindre oppgaver for de overførte enhetene.

⁶² Sejersted m.fl. s. 135.

⁶³ Noreen Burrows og Rosa Greaves, *The Advocate general and EC law*, Oxford 2007.

⁶⁴ Generaladvokatens rådgivende uttalelse siste avsnitt, avsagt 8. november 1984.

⁶⁵ Formuleringen i den tilsvarende engelske oversettelsen av uttalelsen.

⁶⁶ I den engelske versjonen benyttes det latinske begrepet «de minimis» for det samme begrepet.

avdeling. Vedkommende arbeidstaker må da «betragtes som kontorassistent i den overførte del, hvad han i virkeligheden også er».⁶⁷

4.3 Hvilke generelle retningslinjer kan oppstilles på grunnlag av Botzen-dommen?

Domstolens tolkning i Botzen er mindre prinsipiell enn Generaladvokatens uttalelse. Dommen er likevel den sentrale dommen fra EU-domstolen for spørsmålet om hvilke arbeidstakere som omfattes av en overdragelse av del av virksomheten.⁶⁸ Domspremissene må derfor gjennomgås grundig med sikte på å avklare den rettslige rekkevidden av domstolens uttalelser. I denne prosessen er det nødvendig å se domstolens argumentasjon i lys av saksforholdet som nødvendiggjorde foreleggelsen fra den nasjonale domstolen.

4.3.1 Momenter som følger direkte av domstolens tolkningsuttalelse

Domstolen konkluderte, som nevnt ovenfor⁶⁹, med at arbeidstakerne ikke hadde den nødvendige tilknytningen til den overdratte enhet for at direktivets vern skulle komme til anvendelse. I de ulike språkversjonene av Botzen-dommen anvendes ulike formuleringer for å beskrive den nødvendige tilknytningen. Eksempelvis benyttes begrepene «ansatt i», «hvor arbeidstaker er plassert for å utøve sitt hverv» og «tilknyttet» i tre ulike kontekster i den danske dommen. I den engelske versjonen av dommen benyttes «assigned» for alle de tre tilfellene.⁷⁰ I den tyske versjonen benyttes begrepet «angehört» som kan oversettes som «tilhører» på norsk. Det danske begrepet «ansatt i» og det engelske begrepet «assigned» kan gi uttrykk for helt forskjellige situasjoner, og viser at man må utvise varsomhet ved tolkningen av EU-domstolens avgjørelser.

⁶⁷ Generaladvokatens rådgivende uttalelse siste avsnitt, avsagt 8. november 1984.

⁶⁸ Spørsmålet har ikke kommet opp i andre saker, men se omtalen av Albron-dommen der tilgrensende spørsmål behandles.

⁶⁹ Se punkt 4.2.1 der domstolens uttalelser gjennomgås.

⁷⁰ Oversettes til norsk som «tilordnet» eller «allokert».

⁷¹ De ulike språkversjonene påpekes også av Martin Jetlund i, «Arbeidstakerens tilhørighet ved overdragelse av del av virksomhet», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 4, 2010 s. 295-363 (på s. 310).

Det er ikke noe formelt hierarki mellom de ulike språkversjonene fra domstolen.⁷² I praksis løser domstolen den språklige utfordringen ved at de gjennomgår flere språkversjoner for å finne formuleringen som best samsvarer med direktivets formål eller EU-retten som helhet. Ser man de ulike språkversjonene i lys av formålet om å videreføre eksisterende arbeidsforhold, bør det avgjørende være hvilken avdeling arbeidstaker faktisk hører til. I den videre fremstilling vil begrepet «tilknyttet» benyttes, da begrepet synes å være dekkende for formuleringene i de ulike språkversjonene.⁷³ Som det vil fremgå av den videre fremstilling, er det usikkert hvordan man skal avgjøre hvilken avdeling en bestemt arbeidstaker er tilknyttet.

4.3.2 Er organisatorisk eller reell tilknytning avgjørende?

a) Problemstillingen

EU-domstolen sluttet seg til EU-kommisjonens uttalelse om at det eneste avgjørende kriteriet for om arbeidstaker overdras, er arbeidstakers «organisatoriske» tilknytning.⁷⁴ Jetlund⁷⁵ konkluderer, under henvisning til Botzen-dommen, med at «organisatorisk synspunkt» er avgjørende dersom det kan påvises formelle organisatoriske rammer. Det kan imidlertid spørres om en slik formalistisk forståelse av dommen er i samsvar med EU-retten.⁷⁶

Arbeidstaker vil ofte utføre sitt arbeid i den samme avdelingen som vedkommende også fra et organisatorisk synspunkt er tilknyttet. I disse tilfellene vil arbeidstakers tilknytning være klar. Problemstillingen aktualiseres først dersom arbeidstakers organisatoriske tilknytning ikke samsvarer med den reelle. En slik situasjon kommer til uttrykk i Generaladvokatens eksempel om kontorassistenten som måtte omfattes av direktivet, til tross for at vedkommende ikke var organisatorisk tilknyttet den overdratte enhet.⁷⁷

⁷² Mer om de språklige utfordringene i Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, Bergen 2012 s. 215-217. Forfatterne argumenterer for at fransk, som er EU-domstolens arbeidsspråk, bør legges til grunn ved flertydighet.

⁷³ «Tilknyttet» som samlebegrep for: «Assigned», «Angehört», og «placéret» i eller ansatt i.

⁷⁴ Se omtalen ovenfor i punkt 4.2.1 og Botzen-dommen avsnitt 14.

⁷⁵ Jetlund, s. 306-307.

⁷⁶ Dalheim reiser spørsmålet på *Rettsdata.no* i note 639 til arbeidsmiljøloven, men spørsmålet blir ikke drøftet nærmere.

⁷⁷ Se omtalen av Generaladvokatens eksempel i punkt 4.2.2 siste avsnitt.

Nedenfor vil det på bakgrunn av direktivets formål og relevant rettspraksis foretas en nærmere undersøkelse av EU-domstolens uttalelser i Botzen-dommen. Det vil tas stilling til om uttalelsen skal forstås slik at den organisatoriske tilknytningen uansett har forrang, eller om det må foretas en konkret vurdering basert på hvor arbeidstaker reelt sett har sin tilknytning.

b) Formålsbetraktninger og rettspraksis

Som nevnt innledningsvis har formålsbetraktninger en sentral plass i EU-retten. Dette har blant annet kommet til uttrykk ved at EU-domstolen har strukket ordlyden i direktivbestemmelser svært langt for å ivareta formålet om å verne arbeidstaker.⁷⁸

Formålsbetraktninger har vært særlig fremtredende i EU-domstolens praksis knyttet til spørsmålet om det har skjedd en «overførsel» av en virksomhet som følge av en «overdragelse eller fusjon», jf. direktivets artikkel 1 nr. 1 bokstav a.⁷⁹ I Bardufoss flyservice-dommen⁸⁰ viser Høyesterett til at EU-domstolen har tolket «kontraktsmessig overdragelse» på en måte som ikke nødvendigvis sammenfaller med det som naturlig følger av ordlyden for å sikre «arbeidstakerens behov for beskyttelse».⁸¹ På bakgrunn av denne tolkningspraksisen konkluderte Høyesterett med at det hadde skjedd en virksomhetsoverdragelse. Det var ikke avgjørende at det ikke forelå et kontraktsforhold mellom tidligere leverandør og selskapet som vant den nye anbudskonkurransen.

En problemstilling med flere likheter til Botzen-dommen var oppe i Albron-dommen⁸². Spørsmålet for EU-domstolen var om en arbeidstaker som formelt var ansatt i et bemanningsselskap, men som utførte sitt arbeid for et annet datterselskap i samme konsern, var omfattet av virksomhetsoverdragelsen. Dommen skiller seg fra Botzen-dommen ved at den ikke gjelder overdragelse av en del av en virksomhet, men overdragelse fra en annen enhet enn den arbeidstaker er tilknyttet gjennom en arbeidsavtale.

⁷⁸ Eksempelvis i Ny Mølle Kro-dommen omtalt i punkt 2.2, samt EU-domstolens sak C-135/83 (Abels).

⁷⁹ Tilsvarende arbeidsmiljøloven § 16-1 (1).

⁸⁰ Rt. 2010 s. 330 avsnitt 42-51.

⁸¹ Avsnitt 50.

⁸² Sak C-242/09, Albron Catering Albron Catering BV v FNV Bondgenoten [2010]. Dommen behandles utførlig i punkt 5.2.

Domstolen konkluderte med at en «kontraktuel tilknytning» til overdrageren ikke under alle omstendigheter er påkrevd.⁸³ Videre ble det presisert at et arbeidsforhold som ikke bygger på en arbeidsavtale, ikke er underordnet et arbeidsforhold med grunnlag i kontrakt. Domstolens uttalelse viser vilje til å oppnå avgjørelser i samsvar med direktivets formål.

Formålets gjennomslagskraft kommer også til uttrykk i Generaladvokatens rådgivende uttalelse. Av uttalelsens avsnitt 48-49 fremgår at det ville være i «overensstemmelse med direktivets mål om at sikre opretholdelse af arbejdstagernes rettigheder» å gi direktivet anvendelse i saken. Videre fremheves det at en slik forståelse er «påkrævet for at undgå, at koncerner af selskaber, når de tilrettelægger deres arbejdsforhold, sådan som Heineken-koncernen har gjort, kan udelukke anvendelsen af dette.» Uttalelsene fra Generaladvokaten viser hvordan direktivets formål om å verne arbeidstaker, kan hindre omgåelse av direktivet.

Støtte for at de reelle forholdene må være avgjørende, kan også utledes av systembetraktninger. Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven er preget av lovens preseptoriske karakter, jf. § 1-9. Dette medfører at partenes oppfatning, og definisjon av arbeidsforholdet, ikke er avgjørende dersom de reelle forhold tilsier en annen løsning. Et eksempel på dette er sondringen mellom innleie fra bemanningsforetak etter § 14-12 og innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie etter § 14-13.

Sondringen mellom de to formene for innleie kom opp for Høyesterett i Rt. 2013 s. 1730 (YIT). Spørsmålet var om en IT-tekniker fra YIT kunne kreve fast ansettelse i Statoil som følge av at han hadde vært innleid i mer enn 4 år, jf. arbeidsmiljøloven § 14-12 (4), jf. § 14-9. I avsnitt 48 går Høyesterett inn på forskjellen mellom bestemmelsene, og fastslår at det «[f]or å unngå omgåelser av reglene om arbeidsutleie» må foretas en «konkret vurdering av virksomhetens arbeidsutleie». Videre fremgår det at spørsmålet må løses på bakgrunn av en helhetsvurdering der «formålene bak bestemmelsen står sentralt», der det er «de reelle forhold som må være avgjørende, ikke hva utleier selv oppgir, jf. Ot.prp.nr.70 (1998-1999)». Høyesterett konkluderte med at forholdet måtte betegnes som innleie etter § 14-12. Dette

⁸³ Avsnitt 24.

medførte at arbeidstaker fikk rett på fast stilling i Statoil. Statoil var opprinnelig av den oppfatning at arbeidstakeren var omfattet av en entrepriseavtale med YIT, men Høyesterett slo fast at «bedriften selv [må] bære konsekvensene» hvis de feilvurderer situasjonen.⁸⁴

Selv om de faktiske forhold i de gjennomgåtte dommene er forskjellige fra den foreliggende situasjonen, vil argumentasjonen likevel ha overføringsverdi til spørsmålet det tas stilling til i dette underkapittelet. Vernet av arbeidstaker er det sentrale formålet bak reglene om virksomhetsoverdragelser. Dersom man legger til grunn en streng organisatorisk tilnærming, vil arbeidsgiver med enkle grep kunne plassere arbeidstakere i avdelinger ut fra hvilke arbeidstakere som ønskes omfattet av virksomhetsoverdragelsen. Dette vil kunne medføre fare for «omgåelse» på samme måte som i Rt. 2013 s. 1730.

c) Oppsummering

Gjennomgangen viser at formålsbetraktninger med tyngde taler mot å tillegge den organisatoriske tilknytningen avgjørende vekt ved kartleggingen av hvilke arbeidstakere som omfattes av virksomhetsoverdragelsen. Som vist til av Generaladvokaten i Albron-dommen, vil en organisatorisk tilnærming åpne opp for omgåelse ved at aktører kan velge å organisere virksomheten strategisk. Ut over henvisningen til EU-kommisjonens uttalelse i Botzen-dommen, og enkelte uttalelser i juridisk teori, har det ikke lyktes å finne avgjørende hensyn som taler for at den organisatoriske tilknytningen skal være avgjørende. Ivaretagelsen av arbeidstakers vern må veie tyngst i en slik situasjon. Gjennomgangen taler klart for at den reelle tilknytningen bør være avgjørende for fastleggelsen av arbeidstakers tilknytning.

Da «organisatorisk tilknytning» ikke kan regnes som et avgjørende moment ved vurderingen, blir spørsmålet hvilket vurderingstema som kan danne utgangspunktet for fastleggelsen av arbeidstakers tilknytning. Basert på det gjennomgåtte materialet er det klart at formålet bak direktivet vil spille en sentral rolle ved fastleggelsen av vurderingstemaet.

⁸⁴ Avsnitt 49.

4.3.3 Kan Generaladvokatens uttalelse anvendes som et generelt vurderingstema?

Generaladvokaten i Botzen-dommen forsøkte i større grad enn EU-domstolen å oppstille anvendelige og prinsipielle retningslinjer for avgjørelsen av hvilke arbeidstakere som blir omfattet av en virksomhetsoverdragelse. I forslaget ble det av Generaladvokaten forutsatt at bare arbeidstakerne som er «fuldt beskæftiget» eller «wholly engaged» i avdelingen overdras. Videre uttalte han at arbeidstakere som utfører mer enn «ubetydelig[e]» arbeidsoppgaver for andre avdelinger ikke vil være «fuldt beskæftiget».⁸⁵ Sett i lys av konklusjonen ovenfor om at organisatorisk tilknytning ikke kan være avgjørende, er det grunn til å vurdere hvorvidt Generaladvokatens uttalelse kan tjene som et prinsipielt og funksjonelt vurderingstema.

Barnard tar i sin fremstilling av den EU-rettslige arbeidsretten til orde for å la Generaladvokatens uttalelse danne utgangspunktet for vurderingen av arbeidstakers tilknytning ved overdragelse av en del av virksomheten.⁸⁶ Begrunnelsen for å legge dette vurderingstemaet til grunn er at man ellers risikerer at en arbeidstaker som har arbeidet for flere avdelinger, eksempelvis med vedlikehold eller personaltjenester, vil kunne få et endret arbeidsforhold ved overdragelsen.

Skal vurderingstemaet oppstilt av Generaladvokaten anvendes som et funksjonelt kriterium, er det sentralt om det er fleksibelt nok til å kunne benyttes i de ulike situasjonene som kan oppstå ved overdragelse av en del av virksomheten. I det følgende vil det kartlegges hvordan vurderingstemaet vil slå ut i enkelte typetilfeller. Selv om Generaladvokaten uttaler at vurderingstemaet skal kunne anvendes generelt, vil tolkningsuttalelsene ofte være preget av de faktiske forhold i saken.

I Botzen-dommen var spørsmålet om de ansatte i administrative stillinger var omfattet av virksomhetsoverdragelsen. Arbeidstakerne utførte kun enkelte oppgaver for de overdratte enhetene, og det var dermed heller ikke naturlig at var omfattet av overdragelsen. For ansatte i administrative avdelinger vil det være forholdvis vanlig å utføre arbeid på tvers av

⁸⁵ Generaladvokatens rådgivende uttalelse nest siste avsnitt.

⁸⁶ Catherine Barnard, *EU Employment Law Fourth Edition*, Oxford 2012, s. 602.

avdelingene i virksomheten. Arbeidet kan eksempelvis omhandle lønnsutbetalinger til de ansatte eller alminnelig vedlikehold. Ved å anvende et strengt kriterium vil man sikre at ansatte i støttefunksjoner forblir i avdelingen de organisatorisk hører til, og der det er naturlig at arbeidstakerne fortsetter. Det er dermed holdepunkter for at uttalelsen kan være anvendelig for arbeidstakerne i støttefunksjoner.

For at vurderingstemaet skal være egnet som et generelt utgangspunkt for fastleggelse av arbeidstakers tilknytning, er det en forutsetning at det er anvendelig også overfor andre grupper av arbeidstakere. Det vil derfor foretas nærmere vurdering av hvordan vurderingstemaet slår ut for arbeidstakere tilknyttet kjernevirksomheten⁸⁷ i selskapet. Et eksempel kan være et tilfelle der arbeidstaker er ansatt som sveiser i en bedrift med to produksjonslokaler, og arbeidet fordeles med 70 % i avdeling A og 30 % i avdeling B. Dersom bedriften velger å selge avdeling A, der arbeidstaker tilbringer 70 % av tiden, blir spørsmålet om arbeidsforholdet overdras. Ved å anvende vurderingstemaet oppstilt av Generaladvokaten, vil løsningen klart bli nei. Til tross for at arbeidstaker utfører 70 % av sitt arbeid i avdeling A, er 30 % av arbeidstiden i avdeling B mer enn det som kan betegnes som «ubetydelig[...]».⁸⁸ Arbeidstaker er dermed ikke «fuldt beskæftiget» i den overførte avdeling.

Anvendelse av vurderingstemaet oppstilt av Generaladvokaten, vil for denne gruppen arbeidstakere kunne komme i strid med direktivets og arbeidsmiljølovens formål om å «sikre trygge ansettelsesforhold», jf. arbeidsmiljøloven § 1-1 bokstav b. Arbeidstaker vil ikke få videreført arbeidsforholdet der han har utført størstedelen av sine oppgaver. Ovenfor ble det vist til at vurderingstemaet oppstilt av Generaladvokaten er begrunnet i at et mindre strengt kriterium vil kunne lede til at arbeidsforholdet blir endret. En virksomhetsoverdragelse vil imidlertid ofte medføre endringer for arbeidstaker. Generaladvokatens vurderingstema vil også kunne medføre endringer for arbeidstaker. Dersom arbeidstaker ikke overdras til tross for at han har utført 70 % av arbeidet sitt i den overdratte enhet, vil arbeidstakeren risikere å

⁸⁷ Med «kjernevirksomhet» menes selskapets basisvirksomhet.

⁸⁸ Formuleringen i henholdsvis den engelske og danske utgaven av Generaladvokatens uttalelse i Botzen-
dommen.

få arbeidsforholdet sitt endret. Avdelingen der arbeidstaker har utført 30 % av arbeidet sitt, vil for øvrig også risikere overtallighet og påfølgende fare for nedbemanning.

Som det fremgår av gjennomgangen ovenfor, kan det ikke utelukkes at vurderingstemaet oppstilt av Generaladvokaten kan tjene som vurderingstema i de tilfellene der arbeidstaker er tilknyttet en administrativ enhet som yter tjenester for en kjernevirksomhet i bedriften.⁸⁹ Gjennomgangen viser imidlertid at uttalelsene ikke er anvendelige for de tilfellene der arbeidstaker utfører oppgaver for flere avdelinger som alle ligger innenfor selskapets kjernevirksomhet. Generaladvokatens uttalelse er dermed lite egnet som en prinsipiell og funksjonell regel ut fra formålsbetraktninger og rettstekniske hensyn. Det vil derfor være tvilsomt at et synspunkt om at en arbeidstaker må være «fuldt beskæftiget» i den overdratte enhet, slik det kommer til uttrykk i generaladvokatens uttalelse og i juridisk teori,⁹⁰ kan anvendes.

Spørsmålet blir dermed hva som kan tjene som et rettslig utgangspunkt for fastleggelsen av arbeidstakers tilhørighet. Generaladvokatens uttalelse om at det er sentralt at vurderingstemaet er et «kriterium, der er klart og let at anvende», er en treffende uttalelse i denne sammenheng. Nedenfor vil det tas stilling til om vurderingstemaet «primær tilknytning» kan tjene som en funksjonell og rettsteknisk enkel regel når arbeidstakers tilknytning skal fastlegges.

4.4 Primær tilknytning – en norsk løsning i samsvar med EU-retten?

Av drøftelsen ovenfor fremgår det at verken EU-kommisjonens uttalelse om «organisatorisk» tilknytning, eller Generaladvokatens uttalelse om «wholly engaged/fuldt beskæftiget», er godt egnet som et generelt og absolutt vurderingstema ved fastleggelsen av arbeidstakers

⁸⁹ Se omtalen av Dalheim på *Rettsdata.no*, Arbeidsmiljøloven § 16-2 note 639 der det uttales at det kan diskuteres om arbeidstakere som «utelukkende utfører oppgaver til fordel for denne også vil omfattes av overføringen. F.eks. dersom en IT-medarbeider er dedikert til vedkommende avdeling og utelukkende utfører arbeid for denne».

⁹⁰ Se Barnard s. 602 der uttalelsen gjengis som en generell hovedregel ved overdragelse av del av virksomheten.

tilknytning.⁹¹ Som nevnt innledningsvis var lovgiver klar over at spørsmålet om arbeidstakers tilknytning kunne by på uklarheter allerede ved implementeringen av direktiv 77/187/EØF.⁹² I forarbeidene blir det uttalt at usikkerheten må løses ved å kartlegge «hvor arbeidstakerne primært har hatt sin tilknytning, og hvor det derfor er mest naturlig at vedkommende fortsetter».⁹³ Forarbeidene gir ingen videre veiledning om hvordan den konkrete grensedragningen skal foretas.

I juridisk litteratur er det sprikende oppfatninger om hva som utgjør det rettslige utgangspunktet, men de fleste sentrale fremstillingene har med en henvisning til forarbeidenes uttalelse.⁹⁴ Ved vurderingen av om «primær tilknytning» kan tjene som et generelt vurderingstema, er det sentralt å kartlegge om vilkåret er generelt og fleksibelt nok til å favne om de mange ulike situasjonene som måtte oppstå, men samtidig konkret nok til at unødvendige søksmål og tvister unngås. Nedenfor vil det først tas stilling til om «primær tilknytning» er egnet som vurderingstema, før det går nærmere inn på hvilke momenter som vil kunne inngå i vurderingen av arbeidstakers tilknytning.

4.4.1 Et sideblikk til andre jurisdiksjoner

Som gjennomgått i punkt 2 har reglene om virksomhetsoverdragelser sin bakgrunn i rådsdirektiv 2001/23/EF. Det vil derfor belyses hvordan direktivet er tolket og gjennomført i andre jurisdiksjoner. Oppfatningene i Danmark, Sverige og Storbritannia gjennomgås og holdes opp mot det norske utgangspunktet. Landene er valgt ut på bakgrunn av deres faktiske og språklige tilgjengelighet.

⁹¹ Se domstolens tilslutning av uttalelsen i Botzen-dommen avsnitt 15.

⁹² Se omtalen i punkt 4.2.

⁹³ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 32.

⁹⁴ Skjønberg og Hognestad s. 382 noyer seg med en helt enkel henvisning til forarbeidenes uttalelse. Næss s. 101 tar også utgangspunkt i forarbeidene, men holder spørsmålet om man skal ta utgangspunkt i en faktisk eller organisatorisk tilknytning åpent. I Arbeidsrett.no (kommentarer av Evenrud på s. 1563) tas det utgangspunkt i forarbeidenes uttalelse, men det lanseres et kriterium om prosentvis fordeling for å avgjøre hovedtilknytning. Jetlund s. 311 tar til orde for et vurderingstema om primær tilknytning, men da kun for de tilfeller der det ikke kan fastslås en organisatorisk tilknytning. I Fougner m.fl. (Oslo 2011) s. 184-185 uttales det, med henvisning til forarbeidene, at arbeidstakers faktiske tilknytning til virksomheten må være avgjørende, men det bemerkes at det er uklart hvilken betydning uttalelsene om «organisatorisk tilknytning» i Botzen-dommen har.

a) Danmark

I dansk juridisk teori er det tatt til uttrykk for et vurderingstema som er svært likt utgangspunktet i de norske forarbeidene. Klingsten viser til uttalelsen i Botzen-dommen og at det kan oppstå vanskeligheter med å avgrense hvilke arbeidstakere som omfattes av virksomhetsoverdragelsen.⁹⁵ For tvilstilfellene skriver hun at det må legges vekt på hvor den enkelte arbeidstaker har hatt sin «hovedtilknytning», og hvor det er «mest naturlig» at vedkommende fortsetter. Avslutningsvis konkluderer hun med at det avgjørende må «i praksis være, hvor medarbeideren har haft sin primære, faktiske tilknytning, uanset den formelle, organisatoriske indplacering af medarbeideren».⁹⁶

b) Sverige

I svensk juridisk teori er spørsmålet sparsommelig behandlet. Mulder kommenterer helt kort at det er arbeidstakerne som er «knutna till den överlåtna» delen av virksomheten som overdras.⁹⁷ Källström og Malmberg fremholder at det bare er de «arbetstagare som tillhör» den overdratte enheten som overdras.⁹⁸ Videre fremholdes det at grensdragningen må foretas på bakgrunn av hvor arbeidstakerne har hatt sin «huvudsakliga anknytning», og hvor det er «mest naturlig» at de fortsetter. Forfatterne viser at denne uttalelsen har støtte i de svenske forarbeidene.⁹⁹

c) Storbritannia

I motsetning til i Norden har spørsmålet om arbeidstakers tilknytning vært gjenstand for omfattende behandling i britiske domstoler og i juridisk teori. Spørsmålet er regulert i TUPE¹⁰⁰ artikkel 4 (1). Av bestemmelsen fremgår det at arbeidstakere som er «assigned» i den overdratte økonomiske enhet, overdras. «Assigned», er som nevnt tidligere, det engelske begrepet brukt om tilknytning/plassering i Botzen-dommen.¹⁰¹

⁹⁵ Klingsten, s. 158-59.

⁹⁶ Samme sted.

⁹⁷ Mulder, s. 310.

⁹⁸ Kent Källström og Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 3 utg. Uppsala 2013 s. 284.

⁹⁹ Samme sted - note 16 s. 284.

¹⁰⁰ «The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006» SI 2006/246 som implementerer rådsdirektiv 2001/23/EF i britisk rett.

¹⁰¹ Se punkt 4.2.1.

I den ferske dommen *Costain LTD v Armitage*¹⁰² fra UK Employment Appeal Tribunal (EAT)¹⁰³ blir det foretatt en grundig gjennomgang av britisk rettspraksis knyttet til vurderingen av arbeidstakers tilknytning. Spørsmålet i saken var om en prosjektleder ble overdratt til Costain som følge av at Costain overtok kontrakten prosjektlederen arbeidet med i tiden før overdragelsen. Domstolen konkluderte med at underrettens premisser ikke godtgjorde at riktig rettsforståelse var lagt til grunn, og sendte derfor saken tilbake til behandling i Employment Tribunal. Dommen er likevel av interesse ved at dommeren går langt i å kartlegge både det overordnede vurderingstemaet («legal test») og de ulike momentene som inngår i vurderingen etter britisk rettspraksis. For spørsmålet om arbeidstaker var «assigned» i den økonomiske enheten, viser dommeren til at *Botzen*-dommen utgjør det rettslige utgangspunktet. Domstolen bygger imidlertid ikke på uttalelsene fra EU-kommisjonen eller Generaladvokaten, men legger til grunn at det må foretas en helhetlig vurdering. Dette fremgår av dommens avsnitt 39 der det uttales at domstolen må «consider the whole facts and circumstances».

d) Oppsummering – en felles skandinavisk forståelse og en velutviklet britisk praksis

Som det fremgår av gjennomgangen ovenfor, argumenteres det for et vurderingstema tilsvarende «primær tilknytning» både i dansk og svensk litteratur. Rettslig samarbeid med våre naboland har lange tradisjoner.¹⁰⁴ Sett i lys av historiske bånd og felles rettskultur er det ikke oppsiktsvekkende at løsningene som presenteres i stor grad sammenfaller. En felles forståelse i landene kan ikke i seg selv begrunne anvendelse av «primær tilknytning» som generelt vurderingstema, men er med å styrke et synspunkt om at forarbeidenes løsning er anvendelig.

¹⁰² *Costain Ltd. v Armitage and others* [2014], UKEAT 0048/14/0207, avsagt 2.juli 2014.

¹⁰³ Ankeinstans for dommer avsagt i Employment Tribunal. Dommer fra EAT kan igjen ankes til Court of Appeal.

¹⁰⁴ Et samarbeid som går helt tilbake til det første nordiske juristmøte i København i 1872, jf. Store norske leksikon, https://snl.no/nordisk_lovsamarbeid, Hentet 31.10.2014.

Situasjonen i Storbritannia skiller seg fra den skandinaviske ved at det foreligger et velutviklet regelsett for avgjørelsen om arbeidstakers tilknytning.¹⁰⁵ Materielt synes den britiske tilnærmingen å samsvare godt med vurderingstemaet «primær tilknytning».

4.4.2 Er «primær tilknytning» et egnet vurderingstema?

Som nevnt i innledningen til punkt 4.3.3, må et vurderingstema som skal anvendes generelt være fleksibelt nok til å gi et riktig resultat i de mange ulike situasjoner som måtte oppstå. Det er imidlertid sentralt at vurderingstemaet ikke er så vidt at det medfører unødig usikkerhet og søksmål.

EU-retten og tolkningen av direktivet preges av en formålsbasert tilnærming der EU-domstolen er ansvarlig for rettsutviklingen. Et generelt vurderingstema må derfor være fleksibelt nok til å ta høyde for den fremtidige utviklingen av arbeidstakers rettigheter, samtidig som det ivaretar hensynet til forutberegnelighet for de involverte parter.

Ordlyden «primær tilknytning» er vid og gir rettsanvender mulighet til å foreta en bred vurdering basert på den faktiske situasjonen i hver enkelt sak, ved avgjørelsen av hvor arbeidstaker reelt sett har den sterkeste tilknytningen. I underpunkt 4.4.3 vil det gås nærmere inn på hvilke kriterier som kan inngå i vurderingen av arbeidstakers tilknytning. Ved å vurdere den faktiske situasjonen i stedet for den rent organisatoriske, vil man også være med å hindre forsøk på omgåelse av direktivet. På denne måten er vurderingstemaet egnet til å ivareta direktivets formål om å verne de eksisterende arbeidsforhold. I praksis vil en helhetlig vurdering gjøre det vanskelig for arbeidsgiver å plassere arbeidstaker i en avdeling ut fra et ønske om å beholde/kvitte seg med arbeidstakeren.

Barnard argumenterer for at vurderingstemaet må være strengt, og viser til at en annen løsning vil kunne medføre at arbeidsforholdet endrer karakter («scope»¹⁰⁶). Dersom

¹⁰⁵ Storbritannia har et common law-basert rettssystem som medfører at også underrettsdommer har betydelig prejudikatsvirkning.

arbeidstaker har en tilknytning til flere deler av virksomheten vil det være vanskelig å unngå endringer ved en overdragelse. Foretar man en helhetlig vurdering på bakgrunn av hvor arbeidstaker har hatt sin primære tilknytning, vil endringene i arbeidstakers arbeidsforhold kunne begrenses til et minimum. Dersom arbeidstaker har sin primære tilknytning til den overdratte enhet, innebærer dette at han samlet sett er sterkere tilknyttet denne enheten enn den gjenværende.

Vurderingstemaet må passe for alle de ulike situasjonene som måtte oppstå. I Botzen-dommen er det ikke tvilsomt at resultatet ville blitt det samme, dersom «primær tilknytning» hadde blitt anvendt som vurderingstema. Arbeidstakerne utførte majoriteten av arbeidet i sine respektive administrative enheter, og gjorde kun «visse oppgaver» for de overdratte enheter. Samlet sett var deres tilknytning klart sterkest til de gjenværende avdelinger.

Tidligere i fremstillingen vises det til to hovedgrupper av arbeidstakere. Disse to gruppene er arbeidstakere i støttefunksjoner og arbeidstakerne som er ansatt i kjernevirksomheten. «Primær tilknytning» vil kunne anvendes for begge gruppene av arbeidstakere. I motsetning til ved anvendelse av Generaladvokatens vurderingstema¹⁰⁷, vil en arbeidstaker som arbeider 70 % i en avdeling kunne være omfattet av virksomhetsoverdragelsen. Arbeidstaker vil i de fleste tilfeller ha sin sterkeste tilknytning til avdelingen der han har utført hoveddelen av arbeidet sitt. For ansatte i støttefunksjoner vil man med vurderingstemaet «primær tilknytning» kunne foreta en bred vurdering. I denne vurderingen kan den faktiske utøvelsen av arbeid for avdelingene holdes opp mot den organisatoriske tilknytningen, før det konkluderes med hvor det er mest naturlig at arbeidsforholdet videreføres.

Samlet sett taler gjennomgangen for at vurderingstemaet «primær tilknytning» er godt egnet som et alminnelig og funksjonelt utgangspunkt for avgjørelsen av arbeidstakers tilknytning. Vurderingstemaet samsvarer med domstolens tolkningsuttalelse i Botzen-dommen og legger til rette for en fortsatt dynamisk rettsutvikling ved tolkningsspørsmål vedrørende

¹⁰⁶ Barnard s. 603.

¹⁰⁷ Se punkt 4.4.1

arbeidstakers tilknytning. Avslutningsvis er det grunn til å vektlegge at vurderingstemaet vil bidra til å verne de eksisterende arbeidsforholdene, og således også sikre direktivets formål.

4.4.3 Hvilke momenter avgjør hvor arbeidstaker har sin primære tilknytning?

Som nevnt i punkt 4.4.2 ble det i forarbeidene vist til at arbeidstakers tilknytning må avgjøres ut fra hvor arbeidstaker «primært har hatt sin tilknytning, og det derfor er mest naturlig at vedkommende fortsetter». En naturlig språklig forståelse av begrepet «primær tilknytning» taler for at det må foretas en samlet vurdering av hvilken avdeling arbeidstaker er sterkest tilknyttet. Arbeidstaker kan ikke være sterkest tilknyttet mer enn én avdeling. Uttalelsen gir ingen anvisning på hvilke kriterier som inngår i selve vurderingen av arbeidstakers primære tilknytning. Da verken lovteksten eller forarbeidene inneholder uttalelser om hvilke kriterier som skal inngå i vurderingen, åpner det for at rettsanvenderen kan foreta en helhetlig vurdering av arbeidstakers tilknytning.¹⁰⁸ Utfallet av denne vurderingen vil angi hvor det «derfor er mest naturlig at vedkommende fortsetter».

Når det skal foretas en konkret helhetsvurdering, vil den faktiske vurderingen være unik for hvert enkelt tilfelle. Eksempelvis vil vurderingen av om ansatte i støttefunksjoner omfattes av overdragelsen, bli en annen enn for de ansatte som utfører arbeid i flere avdelinger innenfor virksomhetens kjerneområde. Det må forventes at utviklingen av hvilke momenter som inngår i vurderingen, vil bli påvirket gjennom fremtidige rettsavgjørelser i Høyesterett og EU-domstolen. Vurderingstemaet er imidlertid vidt og gir rom for å vektlegge en rekke ulike momenter. I fortsettelsen vil det vurderes hvordan sentrale momenter vil kunne bidra til å fastlegge arbeidstakers tilknytning.

a) Utgangspunktet – det karakteristiske ved arbeidsforholdet

Helhetsvurderingen må ta utgangspunkt i de omstendigheter som karakteriserer arbeidsforholdet. Vurderingen vil kunne bli svært ulik for en arbeidstaker i en støttefunksjon

¹⁰⁸ Dette er også tilfellet i Storbritannia, se omtalen i punkt 4.4.1 c).

og en arbeidstaker i kjernevirksomheten. For en arbeidstaker i en støttefunksjon vil det ligge i arbeidsforholdets natur at man utfører arbeidsoppgaver for andre enheter enn den man er ansatt i. Arbeidstakerne vil dermed ha en sterk tilknytning til avdelingen hvor de organisatorisk er ansatt, selv om de yter tjenester for andre. Med mindre selve støttefunksjonen overdras, vil terskelen for at arbeidstaker omfattes være høy. Det er grunn til å tro at de restriktive uttalelsene i Botzen-dommen var preget av at spørsmålet knyttet seg til arbeidstakere i administrative enheter som ikke var omfattet av overdragelsen.

Praksis fra EU-domstolen støtter opp om at det må foretas en konkret vurdering ut fra hva som er særegent for arbeidsforholdet. I saken *Jouini m.fl. v Princess*¹⁰⁹ var det sentrale spørsmålet hvilke arbeidstakere som utgjorde en «økonomisk enhet» ved en delvis overdragelse av et vikarbyrå. Domstolen konkluderte med at det ikke kunne være avgjørende at arbeidstakerne var utstasjonert hos forskjellige arbeidstakere på tidspunktet for overdragelsen. Det ble fremhevet at utstasjonering er både vanlig og nødvendig ved normal drift av et vikarbyrå. Videre ble det vektlagt at arbeidstakerne mottok lønn direkte fra byrået, som ifølge domstolen «bekræfter [...] deres tilknytning».¹¹⁰ Selv om dommen direkte gjaldt fastleggelsen av den «økonomiske enhet», viser avgjørelsen hvordan de konkrete omstendighetene vil være med å prege vurderingen.

Rettspraksisen fra EU-domstolen bekreftes av Høyesterett i *SAS-dommen*¹¹¹. I dommen uttaler Høyesterett at dersom en virksomhet har vært karakterisert av «én innsatsfaktor» har EU-domstolen «ofte lagt utslagsgivende vekt på denne». Høyesterett viser så til at dersom det ikke kan identifiseres en særskilt faktor, må spørsmålet «avgjøres ut i fra en samlet bedømmelse av alle de faktorer som etter EF-domstolens praksis er relevante».¹¹² Selv om dommene gjaldt spørsmålet om hva som utgjør en «økonomisk enhet», illustrerer de hvordan domstolene er avhengig av å foreta helt konkrete vurderinger basert på de karakteristiske forholdene ved den enkelte virksomhetsoverdragelse.

¹⁰⁹ Sak C-458/05, Mohamed Jouini m.fl. v Princess Personal Service GmbH [2007].

¹¹⁰ Avsnitt 36.

¹¹¹ Rt. 2006 s. 71.

¹¹² Avsnitt 86.

b) Fordeling av arbeidstid

Et naturlig moment ved vurderingen av arbeidstakers tilknytning vil være fordelingen av tid mellom de ulike enhetene arbeidstaker har en tilknytning til. Fordelingen av tid vil ofte samsvare med arbeidstakers faktiske tilknytning. Evenrud¹¹³ argumenterer for at det bør foretas «en prosentvis fastsettelse av hvor hovedtilknytningen har vært» ved overdragelser av hele virksomheten til ulike rettssubjekt. Det gis ingen nærmere forklaring på hvordan man skal foreta en slik prosentvis fastsettelse.

En avgjørelse basert utelukkende på den prosentvise fordelingen av arbeidstiden, vil ikke alltid gjenspeile hvor arbeidstaker har sin hovedtilknytning. For de ansatte i støttefunksjoner er dette tydelig. Arbeidstaker kan eksempelvis tenkes å utføre vedlikehold for to ulike avdelinger med en prosentvis fordeling på 40/60. Overdras avdelingen der arbeidstaker har utført 60 % av arbeidet, vil arbeidstaker ofte fortsatt ha en sterkere tilknytning til selve støttefunksjonen der vedkommende har sin arbeidsavtale.

I rettspraksis fra Storbritannia er det lagt til grunn at arbeidstiden alene ikke kan avgjøre arbeidstakers tilknytning. Et eksempel er ovennevnte¹¹⁴ dom *Costain Ltd v Armitage*. I dommen foretok førstvoterende en bred gjennomgang av de rettslige prinsippene som ligger til grunn for fastleggelsen av arbeidstakers tilknytning etter britisk rett. Vedrørende vektleggingen av arbeidstid ble det i avsnitt 39 vist til at «simply stating that an employee spent 100 % of their time on the contract»¹¹⁵ ikke vil være tilstrekkelig for at arbeidstaker er tilknyttet enheten. Begrunnelsen for standpunktet er at man ellers risikerer at fordelingen av tid kun viser et øyeblikksbilde på et mer eller mindre tilfeldig tidspunkt, som ikke nødvendigvis gjenspeiler realitetene i arbeidsforholdet. Domstolen fremhever så at fordelingen av tid bare er ett av flere momenter som spiller inn. Blant de øvrige momentene som ble gjengitt fra tidligere rettspraksis, var den verdimessige betydningen av arbeidet, vilkår som fremgår av arbeidskontrakten og arbeidsgivers allokering av kostnader.¹¹⁶

¹¹³ Evenrud, *Arbeidsrett.no*, kommentarer på s.1563 i nettutgaven.

¹¹⁴ Se punkt 4.4.1.

¹¹⁵ Dette var tilfellet i *Edinburgh Home-Link Partnership v The City of Edinburgh Council* (EATS/0061/11).

¹¹⁶ Særlig vist til *Duncan Web Offset (Maidstone) Ltd v Cooper and Another* [1995] IRLR 633.

Rettspraksis fra Storbritannia har formelt liten rettskildemessig vekt. Argumentasjonen dommene bygger på, er likevel overbevisende, og passer godt innenfor rammene av det norske vilkåret «primær tilknytning». Det er ikke tvilsomt at tidsmomentet også vil være relevant i Norge når arbeidstakers tilknytning skal fastlegges, men det kan imidlertid ikke være det eneste vurderingsmomentet. Dersom fordelingen av arbeidstid alene hadde vært avgjørende, ville arbeidsgiver enkelt kunne avgjort arbeidstakers skjebne ved å gjøre endringer i arbeidsforhold rett forut for overdragelsen. Ved at deling av arbeidstiden kun inngår som et viktig moment i helhetsvurderingen, vil man bedre kunne ivareta direktivets formål om å verne eksisterende arbeidsforhold.

c) Arbeidsavtalen

Ved avgjørelsen av arbeidstakers tilknytning vil arbeidsavtalen kunne gi veiledning. Avtalen vil vanligvis regulere viktige forhold som arbeidsted, arbeidstid, arbeidsoppgaver, lønn etc. Avhengig av de konkrete omstendighetene i saken vil momentene kunne vektlegges ved kartleggingen av arbeidstakers tilknytning. Dersom det har skjedd en endring av arbeidsted rett i forkant av overdragelsen, kan dette være helt i samsvar med arbeidsavtalen.

Eksempelvis kan det være avtalt at arbeidstaker skal ha sitt primære arbeidssted og få opplæring i avdeling X før vedkommende etter to år vil bli overført til en avdeling Y som krever mer ekspertise. Blir avdeling Y overdratt ved en virksomhetsoverdragelse umiddelbart etter en endring av arbeidstakers arbeidsted i tråd med gjeldende arbeidsavtale, vil arbeidsavtalen være et tungtveiende argument for at arbeidstakers primære tilknytning må ha gått over til avdeling Y, til tross for at vedkommende kanskje bare har tilbrakt et par dager i denne avdelingen.

d) Øvrige momenter og avsluttende merknader

Som nevnt i gjennomgangen av *Costain Ltd v Armitage*¹¹⁷ har den verdimeslige betydningen av arbeidet og arbeidsgivers allokering av kostnader blitt vektlagt ved vurderingen av arbeidstakers tilknytning. Disse momentene vil være med å vise hva som kjennetegner

¹¹⁷ Punkt 4.4.1.

arbeidsforholdet og arbeidstakers tilknytning, og bør derfor også kunne inngå i fastleggelsen av hvor arbeidstaker har sin primære tilknytning etter norsk rett. Videre vil det også i norsk rett, som i *Costain Ltd v Armitage*, være grunn til å se arbeidsforholdet over en viss tid ved fastleggelsen av hvor arbeidstaker reelt sett har sin sterkeste tilknytning.

Det sentrale vil være at tilknytningen avgjøres på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering, basert på de karakteristiske forholdene i en enkelte sak. Så lenge momentene som anføres er egnet til å belyse de ulike sidene ved arbeidsforholdet og arbeidstakers tilknytning, bør momentene kunne inngå i helhetsvurderingen.

5 Arbeidstakere med «sammensatte arbeidsgiverforhold»

5.1 Problemstilling

Det er tidligere i avhandlingen vist til at det bare er «arbeidsforhold» som inngår i den overførte økonomiske enhet, som overdras.¹¹⁸ Arbeidstakere kan imidlertid også ha et «sammensatt arbeidsgiverforhold»¹¹⁹. Med et «sammensatt arbeidsgiverforhold» menes en situasjon der arbeidstaker, gjennom rettigheter og plikter er tilknyttet mer enn én arbeidsgiver. Begrepet vil også benyttes for de tilfeller som i forarbeidene er omtalt som «delt arbeidsgiveransvar».¹²⁰ Et eksempel der Høyesterett har fastslått delt arbeidsgiveransvar, er Wärtsilä-dommen¹²¹. I saken ble mor- og datterselskap holdt solidarisk ansvarlig for lønnskrevet til en avdelingsdirektør i datterselskapet. Problemstillingen som forsøkes klarlagt i dette kapitlet, er hva som avgjør om arbeidstakere med «sammensatte arbeidsgiverforhold» overdras ved en virksomhetsoverdragelse.

Ut fra beskrivelsen av «sammensatte arbeidsgiverforhold» ovenfor vil også innleide arbeidstakere omfattes. Spørsmålet om arbeidstakers tilknytning vil vanligvis ikke oppstå for arbeidstakere som er lovlig innleid etter arbeidsmiljøloven § 14-12 og § 14-13.¹²² Arbeidstakerne i bemanningsforetak har etter arbeidsmiljøloven § 14-12 et arbeidsforhold til utleier, og vil ikke være omfattet dersom den innleide virksomhet blir overdratt ved en virksomhetsoverdragelse. For foretak som ikke har til formål å drive utleie, er det en forutsetning at arbeidstaker er «fast ansatt hos utleier», jf. arbeidsmiljøloven § 14-13 (1). Arbeidstaker vil i disse situasjonene kunne forholde seg til det firmaet der vedkommende er fast ansatt ved en virksomhetsoverdragelse.

¹¹⁸ Se gjennomgangen i kapittel 3.

¹¹⁹ Begrepet brukt av Konsernutvalget. NOU 1996: 6, punkt 3.12.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 75. Det fremgår her at situasjonen kan oppstå ved at «det er avtalt flere arbeidsgivere, at flere selskaper reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvd arbeidsgiverfunksjoner, eller at arbeidsforholdet har kontraktmessige uklårheter».

¹²¹ Rt. 1990 s. 1126.

¹²² Viser det seg at arbeidstaker har vært ulovlig innleid, vil vedkommende kunne gjøre denne rettighetsposisjonen gjeldende også overfor ervervende virksomhet, jf. gjennomgangen av § 16-2 i punkt 3.

Arbeidstakers tilknytning ved «sammensatte arbeidsgiverforhold» har særlig blitt aktualisert i konsern. Dette kan forklares med at konsern velger en rekke ulike organisasjonsmodeller for å kunne imøtekomme kommersielle og praktiske utfordringer. Drøftelsen i dette kapittelet vil, av hensyn til fremstillingens omfang, begrense seg til problemstillinger knyttet til arbeidstakers tilknytning som springer ut av konsernforhold. Fremstillingen vil ta utgangspunkt i problemstillinger som kan utledes fra Albron-dommen¹²³ fra EU-domstolen og Stena Drilling-dommen¹²⁴ fra Høyesterett. Det vil imidlertid også bli vist til mer overordnede vurderingstema der det er rettskildemessig grunnlag for dette. I begge sakene forelå det «sammensatte arbeidsgiverforhold». Spørsmålet domstolene måtte ta stilling til, var om arbeidstakerne var omfattet av virksomhetsoverdragelsen, til tross for at de formelt var ansatt i et annet selskap innad i samme konsern.

5.2 Presentasjon av rettspraksis

Albron-dommen inngår som en sentral del av argumentasjonen til Høyesterett i Stena Drilling-dommen. Dommen fra EU-domstolen vil derfor gjennomgås først, før rettsavgjørelsene sammenholdes med sikte på å kartlegge hvilken prejudikatsvirkninger avgjørelsene har.

5.2.1 Albron-dommen – C-242/09

a) Sakens bakgrunn

Albron-dommen gjaldt arbeidstakere ansatt i Heineken-konsernet. Arbeidstakerne i virksomheten var organisert slik at alt personell ble ansatt i konsernets eget bemanningsselskap (HBN). Saksøker hadde arbeidet i HBN fra 1985 til 2005, og var utplassert i cateringavdelingen Heineken Nederland BV frem til Heineken i 2005 valgte å «outsource» cateringvirksomheten til Albron Catering. EU-domstolen ble bedt om å ta prejudisielt stilling til om arbeidstakerne som var permanent utstasjonert i et selskap i konsernet, uten å være tilknyttet dette selskapet ved arbeidsavtale, var omfattet av

¹²³ Sak C-242/09.

¹²⁴ Rt. 2012 s. 983.

virksomhetsoverdragelsen til tross for at de hadde en formell arbeidsavtale med et annet selskap i virksomheten.

b) Domstolens slutninger

EU-domstolen tar utgangspunkt i direktivets artikkel 3 nr. 1, som slår fast at det er rettigheter og forpliktelser etter en «arbejdskontrakt eller et arbeidsforhold» som overføres. Videre viser domstolen til at direktivet ikke gir grunnlag for å hevde at et arbeidsforhold som ikke er basert på en arbeidsavtale, er «subsidiært»¹²⁵. Et arbeidsforhold etablert gjennom en arbeidsavtale, kan dermed ikke «have en systematisk fortrinsret».¹²⁶¹²⁷ Domstolen fremhever at direktivets formålsbestemmelse, som viser til «nødvendigheden af at beskytte arbeidstagerne i tilfælde af ny «indehaver», støtter denne konklusjonen.¹²⁸

Domstolens konklusjon på det prejudisielle spørsmålet var at direktivet kan komme til anvendelse for arbeidstakere som har vært permanent utstasjonert i en enhet uten arbeidskontrakt, til tross for at de hadde en arbeidsavtale med et annet selskap innen samme konsern. Domstolen tok ikke stilling til spørsmålet om saksøker var omfattet av direktivet.¹²⁹

130

c) Generaladvokatens uttalelse

Domstolens begrunnelse er kortfattet. Det kan derfor være grunn til å se avgjørelsen i lys av Generaladvokatens uttalelse. I Generaladvokatens forslag til avgjørelse argumenteres det i avsnitt 46 for at man burde tolke de faktiske forhold slik at bemanningsselskapet inngikk arbeidskontraktene på vegne av de enkelte driftsselskapene.¹³¹ Generaladvokaten mente løsningen ville samsvare best med systembetraktninger og direktivets formål, og at

¹²⁵ Begrepet «subsidiært» må i lys av sin kontekst forstås som «underordnet» eller med «dårligere prioritet».

¹²⁶ Albron-dommen avsnitt 25.

¹²⁷ «Forrang» vil i fortsettelsen bli benyttes i stedet for begrepet «fortrinsret» som benyttes i den danske utgaven av dommen.

¹²⁸ Avsnitt 30.

¹²⁹ 5. april 2013 avgjorde Hoge Raad, (Høyesterett i Nederland) i sak CPG 12/00667, at saksøker var omfattet av virksomhetsoverdragelsen.

¹³⁰ I avsnitt 100 i Stena Drilling-dommen gjengis det uriktig at saksøker i «det foreliggende tilfellet hadde krav på ansettelse i det ervervende selskap».

¹³¹ Generaladvokatens rådgivende uttalelse, avsagt 3. juni 2010.

anvendelse i den konkrete situasjon var «påkrævet for at undgå» at konsern tilrettelegger arbeidsforhold for å unngå anvendelse av direktivet.¹³² Dersom konsern selv kan avgjøre direktivets anvendelighet, vil det ifølge Generaladvokaten stride med direktivets «præceptive karakter og med det mål, det forfølger». Avslutningsvis uttaler Generaladvokaten at det avgjørende må være «stabiliteten» i forbindelsen mellom arbeidstaker og den overførte enhet.

Generaladvokaten konkluderte med at direktivet skulle fortolkes slik at direktivets bestemmelser kom til anvendelse i den foreliggende situasjon.

5.2.2 Stena Drilling-dommen – Rt. 2012 s. 983

a) Sakens bakgrunn

Sakens faktiske bakgrunn er meget omfattende og vil derfor bare gjengis i den grad den er nødvendig for å ta stilling til problemstillingen knyttet til arbeidstakers tilknytning. Spørsmålet om arbeidstakers tilknytning kom opp ved at Høyesterett måtte ta stilling til om fire arbeidstakere utplassert på en borerigg gjennom «secondmentavtaler», ble omfattet av virksomhetsoverdragelsen fra Stena Drilling AS til Songa Management AS/Songa Services AS.

Arbeidstakerne hadde sitt arbeidsforhold hos Stena Drilling Pte Ltd¹³³, men arbeidet på boreriggen gjennom secondmentavtaler mellom Stena Drilling Pte Ltd og Stena Drilling AS som stod for den daglige driften av riggen. Begge selskapene inngikk i Stena-konsernet. Secondmentavtalene ble opprinnelig inngått for ett år og deretter forlenget på ubestemt tid. Det var tatt inn en klausul om at avtalene kunne avsluttes «on notice by either Stena Drilling AS or Stena Drilling Pte Limited».¹³⁴ Klausulen var imidlertid supplert med en tariffavtale som fastslo at forflytning ikke kunne skje uten «good reason», og begrunnelsen var «found reasonable by the local union».¹³⁵ Sakens faktum viser at arbeidstakerne var tilknyttet mer enn én arbeidsgiver gjennom rettigheter og plikter, og at det dermed forelå et sammensatt arbeidsgiverforhold.

¹³² Se avsnitt 49 i Generaladvokatens rådgivende uttalelse.

¹³³ Stena Drilling Pte Ltd var et Singapore registrert firma innenfor Stena-konsernet.

¹³⁴ Se dommen avsnitt 106.

¹³⁵ Samme sted.

b) Høyesteretts slutninger

Høyesterett tok utgangspunkt i at spørsmålet om arbeidstakerne var omfattet av overdragelsen, måtte avgjøres på bakgrunn av om de hadde et «arbeidsforhold til Stena Drilling AS» på tidspunktet for overdragelsen. Avgjørende i denne vurderingen var ifølge Høyesterett om arbeidstakerne hadde en «tilknytning [...] som ga dem rett til å fortsette arbeidsforholdet med Songa Services AS som arbeidsgiver?». ¹³⁶

Høyesterett viser i neste avsnitt til at avgjørelsen beror på om det foreligger en «ansettelsesmessig tilknytning til riggen før overdragelsen». Noe utradisjonelt ¹³⁷, går Høyesterett til en artikkel skrevet av den skotske advokaten Barry Nichol for å forklare secondmentbegrepet. Basert på forklaringen konkluderer førstvoterende med at arbeidstakerne ikke kan ha hatt «et ordinært ansettelsesforhold» til Stena Drilling AS. Førstvoterende går så over til å vurdere hvorvidt arbeidstakerne likevel kan «sies å ha hatt et arbeidsforhold til Stena Drilling AS» ¹³⁸ som kan gi grunnlag for overføring etter arbeidsmiljøloven § 16-2.

Store deler av Albron-dommen gjengis i premissene fra Høyesterett. ¹³⁹ Rettskildebruken viser den sentrale posisjonen EU-domstolens avgjørelser har ved kartleggingen av gjeldende norsk rett. Av momentene gjengitt fra Albron-dommen, fremhever Høyesterett at selv om arbeidstaker i Albron var «utstasjonert til cateringselskapet på permanent basis», må dommen forstås slik at det «også i andre tilfelle kan ligge slikt an at et ikke-kontraktuelt arbeidsforhold kan gi grunnlag for ansettelse hos erververen ved virksomhetsoverdragelse». ¹⁴⁰

Høyesterett gjenga så flere punkter i den britiske artikkelen om «secondments», før førstvoterende kort sa seg «enig i den[ne] rettsforståelsen». ¹⁴¹¹⁴² Videre ble det uttalt at

¹³⁶ Avsnitt 95.

¹³⁷ Dommen har mottatt kritikk fra flere hold på grunn av rettskildebruken. Eksempelvis fra Stein Evju i «Nytt i privatretten» nr. 3/2012 s. 1-7.

¹³⁸ Avsnitt 99.

¹³⁹ Albron-dommen avsnitt 24-32 siteres i sin helhet.

¹⁴⁰ Avsnitt 101.

¹⁴¹ Avsnitt 103.

dersom den opprinnelige arbeidsgiver skal beholde status som arbeidsgiver, må denne «opprettholde det vesentlige av arbeidsgiverfunksjonene».

Lagmannsretten hadde rettskraftig slått fast at Stena Drilling AS «for alle praktiske formål» hadde opptrådt som deres arbeidsgiver. På denne bakgrunn konkluderte Høyesterett med at arbeidstakerne, «for så vidt gjelder rettigheter som følger av virksomhetsoverdragelse, må anses som ansatte i Stena Drilling AS».¹⁴³ Høyesterett viste så til at betraktningen måtte sies å være i samsvar med EU-domstolens avgjørelse i Albron-saken.

5.3 Momenter ved kartleggingen av arbeidstakers tilknytning

Argumentasjonen i dommene fra henholdsvis EU-domstolen og Høyesterett preges av de konkrete saksforholdene. Eksempelvis var spørsmålet EU-domstolen skulle ta stilling til, begrenset til om direktivet kom til anvendelse. Domstolene foretar i liten grad generelle drøftelser egnet til å oppstille prinsipielle retningslinjer for fastleggelsen av arbeidstakers tilknytning ved overdragelse av «sammensatte arbeidsgiverforhold». Rettsavgjørelsene har likevel stor rettskildemessig vekt. Rekkevidden av slutningene i dommene vil drøftes innledningsvis, før det tas stilling til om det kan oppstilles et bredere vurderingstema som kan danne det rettslige utgangspunktet.

5.3.1 Momenter som kan utledes direkte av rettspraksis

a) Arbeidsforhold basert på arbeidsavtale har ikke forrang

Som nevnt ovenfor slo EU-domstolen fast at den kontraktuelle arbeidsgiveren ikke kan «have en systematisk fortrinsret». Domstolen begrunnet denne slutningen med at en slik tolkning var nødvendig for å oppfylle direktivets formålsbestemmelse om å ivareta arbeidstakerne ved

¹⁴² Det er vanskelig å følge Høyesterett på dette punkt. Artikkelen forklarer hvordan en britisk advokat mener man kan unngå at posisjonen som arbeidsgiver går over til selskapet arbeidstaker er «secondert» til. Spørsmålet om hva som utgjør et arbeidsforhold skal avgjøres nasjonalt jf. rådsdirektiv 2001/23/EF artikkel 2 nr. 2.

¹⁴³ Avsnitt 104.

overdragelse til ny virksomhet. EU-domstolen uttalte imidlertid ikke noe om hvordan den konkrete avveiningen mellom arbeidsforholdene skulle foretas. Høyesterett fulgte opp uttalelsen, men presiserte at Albron-dommen måtte tolkes slik at det ikke er et vilkår at arbeidstakerne er utstasjonert på permanent basis for at uttalelsen om forrang er gyldig.

Konklusjonen samsvarer godt med drøftelsen ovenfor i punkt 4.3.2 der det konkluderes med at den reelle tilknytningen måtte gå foran den organisatoriske tilknytningen ved avgjørelsen av arbeidstakers tilknytning. Videre samsvarer løsningen godt med systemet i arbeidsmiljøloven med preseptoriske lovbestemmelser som ikke påvirkes av partenes organisering og klassifisering.¹⁴⁴ Ovenfor ble Rt. 2013 s. 1730 (YIT) nevnt som et eksempel på at Høyesterett ser på de faktiske forholdene ved vurderingen av om lovbestemmelsene kommer til anvendelse. I dommen kom Høyesterett til at det aktuelle forholdet måtte betegnes som innleie etter § 14-12, til tross for at Statoil anså arbeidstakeren som del av en entrepriseavtale.

b) Arbeidstakerne med et arbeidsforhold med tilstrekkelig «tilknytning» overdras

I Stena Drilling-dommen uttalte Høyesterett at spørsmålet om arbeidstakerne var omfattet av overdragelsen, måtte avgjøres på bakgrunn av om de hadde et «arbeidsforhold» og en «tilknytning [...] som ga dem rett til å fortsette arbeidsforholdet».¹⁴⁵ På bakgrunn av en bred gjennomgang av særtrekk ved «secondmentavtaler» kom Høyesterett til at opprinnelig arbeidsgiver må «opprettholde det vesentlige av arbeidsgiverfunksjonene» for ikke å miste posisjonen som arbeidsgiver.

Høyesterett gir ingen nærmere veiledning på hva som utgjør det «vesentlige av arbeidsgiverfunksjonene». Den summariske behandlingen av spørsmålet må ses i lys av sakens bakgrunn, der lagmannsretten rettskraftig hadde avgjort at Stena Drilling AS for «alle praktiske formål» var arbeidsgiver for arbeidstakerne. Høyesteretts uttalelse taler for at de viktigste arbeidsgiverfunksjonene må være i behold ved overdragelsen.

¹⁴⁴ Se også Generaladvokatens uttalelse om direktivets «præceptive karakter» ovenfor i punkt 5.2.1.

¹⁴⁵ Avsnitt 95.

5.3.2 Det rettslige utgangspunktet

En arbeidstaker med et sammensatt arbeidsgiverforhold er tilknyttet mer enn én arbeidsgiver. Fastleggelsen av hva som utgjør et arbeidsforhold, faller utenfor rammene av fremstillingen, og er som nevnt ovenfor et nasjonalrettslig spørsmål.¹⁴⁶ Dersom arbeidstaker omfattes av en virksomhetsoverdragelse, vil ikke nødvendigvis arbeidstakers rettigheter og plikter overfor gjenværende virksomhet¹⁴⁷ kunne overdras. Et sammensatt arbeidsgiverforhold vil være stiftet på bakgrunn av en særlig relasjon mellom virksomhetene.¹⁴⁸ Denne relasjonen vil i mange tilfeller ikke være mulig å videreføre. Eksempelvis vil det ikke være naturlig at et morselskap beholder visse arbeidsgiverfunksjoner overfor en avdelingsdirektør dersom datterselskapet overdras til en virksomhet utenfor konsernet.¹⁴⁹

Som i Albron-dommen, må det tas stilling til spørsmålet om arbeidstakerne er tilknyttet den overdratte økonomiske enhet eller ikke. Da arbeidstakers rettslige stilling uansett utfall blir endret, er det naturlig å avgjøre spørsmålet på bakgrunn av hvor arbeidstakeren samlet sett er sterkest tilknyttet. En slik løsning vil samsvare med direktivets formål om å bevare de eksisterende arbeidsforhold ved at endringene for arbeidstaker blir minst mulig.

5.3.3 Øvrige momenter i vurderingen

a) Likheter med anvendelse av vurderingstemaet primær tilknytning

Det er tidligere i fremstillingen kartlagt hvilke retningslinjer som gjelder der arbeidstaker har utført arbeid for flere avdelinger i en bedrift der bare del av virksomheten overdras.¹⁵⁰ Selv om utgangspunktet er annerledes, er formålet å kartlegge hvor arbeidstaker har sin sterkeste tilknytning. Ovenfor ble dette omtalt som et spørsmål om hvor arbeidstaker har sin «primære

¹⁴⁶ Se omtalen i punkt 3.

¹⁴⁷ Med gjenværende virksomhet menes virksomheten som inngår i det sammensatte arbeidsgiverforholdet, men som ikke er gjenstand for virksomhetsoverdragelsen.

¹⁴⁸ Eksempelvis mor- og datterselskap, eller forholdet mellom to datterselskap som i Stena Drilling-dommen.

¹⁴⁹ Slik faktum var i ovennevnte Wärtsilä-dommen.

¹⁵⁰ Se punkt 4.

tilknytning». I Albron-dommen argumenterte Generaladvokaten for at «stabiliteten» i forbindelsen mellom arbeidstaker og den overførte enhet måtte være avgjørende.

Begrepsbruken vil imidlertid ikke være avgjørende. Den konkrete vurderingen vil ha mange likhetstrekk med omtalen av mulige moment som kan inngå i vurderingstemaet «primær tilknytning» i punkt 4.4.3. Det vil derfor ikke foretas en fullstendig behandling av momentene som tidligere er gjennomgått, men det vil vises hvordan enkelte moment vil kunne få særlig stor betydning ved sammensatte arbeidsgiverforhold.

Vurderingen av hvor arbeidstakerne har sin sterkeste tilknytning må, som for primær tilknytning, avgjøres på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering. Vekten av de ulike momentene vil variere ut i fra de faktiske forhold i den enkelte sak. Eksempelvis kan den bakenforliggende avtalen inneholde bestemmelser med stor innvirkning på hvilken vekt som kan ilegges utøvelsen av arbeidsgiverfunksjonene.

b) Avtaleforholdene og utøvelsen av arbeidsgiverfunksjoner

Utgangspunktet for vurderingen av arbeidstakers tilknytning bør være den opprinnelige arbeidsavtalen. Arbeidsavtalen viser den formelle organisatoriske tilknytningen til arbeidstakeren. Den vil i mange tilfeller også regulere viktige momenter i helhetsvurderingen, slik som hvilke arbeidsgiverfunksjoner som ligger til de involverte partene.

Betydningen av arbeidsavtalen kom til uttrykk i Wärtsilä-dommen¹⁵¹. Høyesterett konkluderte med at mor- og datterselskapet hadde et delt arbeidsgiveransvar for lønnsforpliktelser til en arbeidstaker i datterselskapet. Begrunnelsen for delt ansvar var at arbeidstaker hadde inngått en arbeidsavtale med morselskapet som ga morselskapet avgjørende innflytelse på lønns- og pensjonsforhold, samt en viss instruksjonsadgang. Når arbeidsforholdet er regulert gjennom kontrakt, vil det være et tungtveiende argument for at arbeidstaker er sterkest tilknyttet denne virksomheten. Hensynet til partenes kontraktsfrihet taler for dette standpunktet, selv om både Albron-dommen og Stena Drilling-dommen viser at det ikke kan oppstilles noe hierarki

¹⁵¹ Rt. 1990 s. 1126.

mellom kontraktuelle arbeidsforhold og arbeidsforhold etablert på annet grunnlag. Det vil i praksis måtte foreligge særlige forhold for å fravike det kontraktuelle arbeidsforholdet.

I Stena Drilling-dommen stilte Høyesterett opp et krav om at opprinnelig arbeidsgiver må «oppretholde det vesentlige av arbeidsgiverfunksjonene» for ikke å miste sin posisjon som arbeidsgiver. Uttalelsen må tolkes i lys av de faktiske forhold i saken. I enkelte situasjoner vil vurderingstemaet kunne slå uheldig ut. Opprinnelig oppdragsgiver kan for eksempel ønske at «verten»¹⁵² overtar arbeidsgiverfunksjonene i perioden arbeidstaker er «sekondert». Secondmentavtalen kan i et slikt tilfelle inneholde en bestemmelse om at verten skal overta «det vesentlige av arbeidsgiverfunksjonene» over en tidsperiode på to år før arbeidstaker går tilbake til opprinnelig arbeidsgiver. Dersom det alene legges vekt på at deler av arbeidsgiverfunksjonene er gått over til en annen virksomhet, vil arbeidstaker miste sitt kontraktuelle arbeidsforhold. En slik løsning vil harmonisere svært dårlig med direktivets formål. Det vil derfor være sentralt at vektleggingen av hvordan arbeidsgiverfunksjonene er fordelt, tolkes i lys av de eksisterende avtaleforhold. Hvilken arbeidsgiver som utøver arbeidsgiverfunksjonene, vil imidlertid ofte gi klare indikasjoner på arbeidstakers reelle tilknytning, og således være et viktig argument ved kartleggingen av hvor arbeidstaker samlet sett har den sterkeste tilknytningen.

Avslutningsvis må det nevnes at bruken av «secondment», vil kunne falle inn under preseptoriske bestemmelser i arbeidsmiljøloven. Dette kan illustreres ved at det i dommen fra lagmannsretten¹⁵³ ble anført at arbeidstakerne i realiteten var midlertidig ansatt, og kunne kreve fast ansettelse etter 4-årsregelen i § 14-9 femte ledd. Videre vil «secondment», avhengig av vilkårene, kunne regnes som innleie etter arbeidsmiljøloven § 14-12 eller § 14-13. Gjennomgangen av Rt. 2013 s. 1730 (YIT) i punkt 4.3.2 viser hvordan lovens regler da går foran partenes oppfatning og definisjon av arbeidsforholdet.

¹⁵² Begrepet «vert» anvendes av Høyesterett i Stena Drilling-dommen for å beskrive arbeids «mottaker» i en secondmentavtale. Tilsvarende det engelske begrepet «host» som også vises til i dommen.

¹⁵³ LB-2011-14108.

6 Forsøk på omgåelse

6.1 Problemstilling

Problemstillingen som behandles avslutningsvis, er hvorvidt det er grunnlag for å foreta en gjennomskjæring der virksomheten illojalt har forsøkt å tilpasse virksomhetsoverdragelsen til skade for arbeidstaker. Virksomheten kan eksempelvis ha et ønske om å gjøre den aktuelle økonomiske enheten mer salgbar ved å omplassere attraktive arbeidstakere eller fjerne uønskede arbeidstakere. Forhandlingene om overdragelsen vil ofte gå over en viss tid slik at arbeidsgiver vil ha mulighet til å foreta endringer i tiden før overdragelsen.

Som vist til innledningsvis er arbeidsmiljøloven preseptorisk. Arbeidstaker kan dermed kreve fast ansettelse etter fire år selv om partene ikke har vært av den oppfatning at arbeidsforholdet kan defineres som innleie etter arbeidsmiljøloven § 14-12.¹⁵⁴ Reglene er gjort preseptoriske for å «unngå omgåelser av direktivet».¹⁵⁵ Ved innføringen av arbeidsmiljøloven ble det vurdert å inkludere en bestemmelse som eksplisitt ville gjøre omgåelse til et moment ved vurderingen av om det er skjedd en virksomhetsoverdragelse.¹⁵⁶ Utvalget konkluderte imidlertid med at spørsmålet burde overlates utviklingen i rettspraksis.¹⁵⁷

6.2 Gjennomgang av rettspraksis

I Stena Drilling-dommen ble det anført at Stena Drilling Pte Ltd var et rent «papirselskap» uten organisasjon.¹⁵⁸ Høyesterett hadde dermed anledning til å drøfte hvilken betydning omgåelseshensikt kan ha for vurderingen av arbeidstakers tilknytning. Anførselen ble imidlertid ikke behandlet i dommen da Høyesterett kom til at også et «ikke kontraktuelt» arbeidsforhold kan gi grunnlag for ansettelse hos erververen.¹⁵⁹ Faktum viser hvordan det innad i konsern kan være ønskelig å organisere arbeidsstokken slik at man ikke risikerer at

¹⁵⁴ Se saksforholdet i YIT-dommen gjennomgått i punkt 4.3.2.

¹⁵⁵ YIT-dommen avsnitt 48.

¹⁵⁶ NOU 2004: 5, s. 364.

¹⁵⁷ Samme sted s. 366.

¹⁵⁸ Avsnitt 46.

¹⁵⁹ Avsnitt 101.

arbeidstakerne i virksomheten blir overdratt til et selskap utenfor konsernet ved en virksomhetsoverdragelse.¹⁶⁰

Albron-dommen er et annet eksempel på hvordan problemstillingen kan oppstå. Som nevnt ovenfor var alle arbeidstakerne i firmaet formelt tilsatt i et bemanningsselskap. EU-domstolen valgte å ikke behandle omgåelsesspørsmålet direkte i Albron-dommen. Domstolen konkluderte med at et «kontraktuelt» arbeidsforhold ikke kunne ha en forrang dersom det forelå flere arbeidsforhold. Uttalelsen var begrunnet i direktivets formålsbestemmelse som viser til behovet for å «beskytte arbeidstagerne i tilfælde af ny 'indehaver'». ¹⁶¹ Selv om EU-domstolen ikke oppstiller en gjennomskjæringsregel, viser domsavsigelsen hvordan en liberal formålstolkning kan lede til det samme utfallet for arbeidstaker. I Albron-dommen viste dette seg ved at arbeidstaker, i direktivets forstand, kunne tilhøre virksomheten der han faktisk hadde utøvd sitt arbeid til tross for at konsernet formelt hadde ansatt han i det felles bemanningsselskapet.

Formuleringer knyttet til spørsmålet om partenes adgang til å innvirke på direktivets anvendelse, kom også opp i saken *Abler v Sodexho*¹⁶². Saken gjaldt spørsmålet om det var skjedd en virksomhetsoverdragelse, til tross for at ny virksomhet ikke overtok noen av de tidligere ansatte ved et storkjøkken. Ved saksforberedelsen ble det av Storbritannia og EU-kommisjonen påpekt at utfallet av avgjørelsen kunne lede til at nye «kontrahenter har mulighed for at omgå direktivet i arbeidsintensive brancher ved at unnlade at overatage den gamle kontrahents personale». ¹⁶³ EU-domstolen tok ikke stilling til hvorvidt Sodexho hadde unngått å overta arbeidstakerne for å hindre direktivets anvendelighet, men konkluderte med at arbeidstakerne kunne omfattes av virksomhetsoverdragelsen. Det ble av domstolen vist til at spørsmålet om det foreligger en virksomhetsoverdragelse, må løses på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering. Videre ble det presisert at manglende overtagelse av arbeidstakerne ikke kunne være avgjørende for direktivets anvendelse. Dersom manglende overtakelse hadde

¹⁶⁰ Unngåelse av reglene om virksomhetsoverdragelser kan være et av mange hensyn som kan begrunne en slik organisering. Det er imidlertid ikke rom for å gå inn på skattemessige eller selskapsrettslige spørsmål i denne fremstillingen.

¹⁶¹ Avsnitt 25.

¹⁶² Sak C-340/01, *Carlito Abler and Others v Sodexho MM Catering Gesellschaft* [2003].

¹⁶³ Generaladvokatens uttalelse, avsnitt 80.

blitt ilagt avgjørende vekt, ville det ifølge domstolen «være i strid med det, der er det væsentlige formål med direktiv 77/187/EØF, nemlig at erhververen, selv mod sin vilje, er forpligtet til at fortsætte de arbejdsaftaler, som overdrageren har indgået med sine ansatte.»¹⁶⁴

Høyesterett tok i Rt. 2006 s. 71 stilling til om en virksomhet hadde beholdt sin «identitet» slik at det forelå en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1. Faktum i saken gjaldt overdragelse av bakke- og avisningstjenester fra Braathens til SAS på et tidspunkt begge selskapene inngikk i SAS-konsernet. Fra de ankende parter ble det anført at når et konsern velger å slå to virksomheter sammen, og driver dem videre i rasjonalisert form, må det som utgangspunkt foreligge en virksomhetsoverdragelse. Høyesterett behandlet ikke anførselen, men viste til at det er «grunn til å tro at identitetsvilkåret i praksis oftere vil være oppfylt ved virksomhetsoverdragelser mellom selskaper som har et interessefellesskap».¹⁶⁵ Den konkrete vurderingen måtte imidlertid foretas på bakgrunn av kriteriene «som EF-domstolen har utviklet». Høyesterett tar heller ikke her eksplisitt stilling til om omgåelseshensikt skal vektlegges ved spørsmålet om virksomheten har bevart sin «identitet». Uttalelsen viser imidlertid at de særegne forholdene i interessefellesskap (også konsern) kan medføre at identitetskravet oftere vil være oppfylt.

6.3 Oppsummering

På bakgrunn av gjennomgangen av rettspraksis er det ikke holdepunkter for å legge til grunn en regel om gjennomskjæring ved omgåelseshensikt i norsk rett. Verken EU-domstolen eller Høyesterett har imidlertid avslått muligheten for at momentet kan vektlegges. Da direktivet er et minimumsdirektiv, vil en vektlegging av omgåelse heller ikke komme i strid med EU-retten. Dette kan illustreres ved at det i Storbritannia foreligger dommer der omgåelse av direktivet er blitt vektlagt. Et eksempel er dommen *Carisway v Richards*¹⁶⁶ der en arbeidstaker ble omplassert like før en virksomhetsoverdragelse. Domstolen konkluderte med at arbeidstaker ikke var tilknyttet den aktuelle enheten som ble overdratt. Begrunnelsen var at

¹⁶⁴ *Abler v. Sodexo*, avsnitt 37.

¹⁶⁵ Rt. 2006 s. 71 Avsnitt 88.

¹⁶⁶ *Carisway Cleaning Consultants v Richards & Cooper Cleaning Services*, UKEAT/629/97, [1998].

arbeidsgiveren bevisst hadde villedet arbeidstaker til å begynne i den delen av virksomheten som skulle overdras.

Selv om det ikke er oppstilt en generell gjennomskjæringsregel, viser gjennomgangen hvordan en tolkningspraksis basert på formålet om å bevare de eksisterende arbeidsforhold, begrenser arbeidsgivers mulighet til å omgå direktivet. Direktivets formål var et avgjørende moment da det ovenfor ble konkludert med at arbeidstakers «primære tilknytning» måtte løses på bakgrunn av en helhetsvurdering, og ikke alene den organisatoriske tilknytningen.¹⁶⁷

Sett i lys av arbeidsmiljølovens preseptoriske karakter kan det argumenteres for at Høyesterett bør vektlegge «omgåelseshensikt» der det er klart at manglende overdragelse av de ansatte er motivert i et ønske om å unngå lovens anvendelse. Moland argumenterer i denne retning i sin artikkel, der hun på bakgrunn av gjennomgått rettspraksis konkluderer med at domstolene «anser det relevant at det foreligger et forsøk på å omgå reglene, men at domstolen bruker ulike teknikker for å vektlegge momentet».¹⁶⁸ Gjennomgangen viser imidlertid at domstolene unngår å behandle spørsmålet om omgåelse dersom tvisten kan løses på bakgrunn av andre objektive kriterier. Det må forventes at tolkningspraksisen opprettholdes. En endelig avklaring på spørsmålet om Høyesterett vil vektlegge «omgåelseshensikt», vil først foreligge når arbeidstakers tilknytning ikke kan fastlegges på bakgrunn av objektive kriterier.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Se punkt 4.3.2.

¹⁶⁸ Kine Moland «*Virksomhetsoverdragelse: Betydningen av omgåelseshensikt ved vurderingen av om virksomheten har beholdt sin identitet etter arbeidsmiljøloven § 16-1*», *Arbeidsrett* 2009 nr. 2, s. 55-97, på s. 87.

¹⁶⁹ For domstolene vil det kunne være vanskelig å bevise hva som var den egentlige hensikt bak disposisjonen. Videre vil det være en belastning for de involverte virksomhetene at handlingene blir karakterisert som illojale.

7 Avslutning

Fremstillingen viser at spørsmålet om arbeidstakers tilknytning kan komme opp i en rekke ulike situasjoner når virksomheten, eller en del av den, overdras. Det konkluderes med at det ikke er grunnlag for å opprettholde den tidligere oppfatningen om at organisatorisk tilknytningen alene er avgjørende ved overdragelse av en del av virksomheten. Videre argumenteres det for at tilknytningen må fastlegges på bakgrunn av en bred helhetsvurdering der det avgjørende spørsmålet er hvor arbeidstakerne reelt sett har hatt sin sterkeste tilknytning.

Gjennomgangen viser at spørsmålet om arbeidstakers tilknytning i liten grad har blitt behandlet i rettspraksis. Som nevnt innledningsvis i fremstillingen, er stadig flere arbeidstakere ansatt i virksomheter med uklare og sammensatte organisasjonsstrukturer. På denne bakgrunn er det grunn til å forvente en økning i av antall virksomhetsoverdragelser der arbeidstakers tilknytning er usikker. I praksis vil de involverte partene ofte være best tjent med å finne en smidig og praktisk løsning. Det er dermed usikkert om en økning av antall arbeidstakere med uklar tilknytning vil gjenspeiles i fremtidige saker for domstolene.

8 Referanser

8.1 Litteratur

- Barnard, Catherine, *EU Employment Law Fourth Edition* (Oxford 2012)
- Burrows, Noreen og Rosa Greaves, *The Advocate general and EC law* (Oxford 2007)
- Dalheim, Tron, Ingeborg Moen Borgerud og Rune Ytre-Arna, *Gyldendal rettsdata, Kommentarer til arbeidsmiljøloven*, Nettutgave: www.rettsdata.no
- Evju, Stein, «Virksomhetsoverdragelse, arbeidsavtalebegrep og common law – Rt. 2012 s. 983», *Nytt i privatretten* nr. 3/2012, s. 1-7 (Oslo 2012)
- Fougner, Jan m.fl., *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave*, nettutgave: www.kommentarutgaver.no, oppdatert 07-07-2014.
- Fougner, Jan m.fl., *Omstilling og nedbemanning*, 2. utgave (Oslo 2011)
- Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett* (Bergen 2012)
- Jetlund, Martin, «Arbeidstakerens tilhørighet ved overdragelse av del av virksomhet», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, s. 295-363, Bind 4 (2010)
- Klingsten, Mette, *Ansættelsesrettslige aspekter ved virksomhedsoverdragelse* (København 2002)
- Källström, Kent og Malmberg Kent, *Anställningsförhållandet*, 3 utg (Uppsala 2013)
- Moland, Kine, «Virksomhetsoverdragelse: Betydningen av omgåelseshensikt ved vurderingen av om virksomheten har beholdt sin identitet etter arbeidsmiljøloven § 16-1», *Arbeidsrett* 2009 nr. 2, s. 55-97
- Mulder, Bernard Johann, *Anställningen vid verksamhetsövergång* (Lund 2004)
- Næss, Mona, *Virksomhetsoverdragelse* (Oslo 2013)
- Sejersted, Fredrik m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011)
- Skjønberg, Alexander Næss og Eirik Hognestad, *Individuell arbeidsrett* (Oslo 2014)

8.2 Lover og direktiver

a) Norge:

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø arbeidstid og stillingsvern mv.

Lov 27. november 1992 nr 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

Lov 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø» (opphevet)

Lov 13. august 1915 om domstolene

b) Storbritannia:

The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006 (TUPE)

c) EU:

Rådsdirektiv 77/187/EØF

Rådsdirektiv 98/50/EF

Rådsdirektiv 2001/23/EF

8.3 Forarbeid

Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) «*Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale*»

St.prp. nr.100 (1991-1992) «*Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)*»

NOU 1996: 6 «*Arbeidstakernes stilling i konsernforhold m.v.*»

NOU 2004: 5 «*Arbeidslivslovutvalget - Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst*»

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) «*Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.(arbeidsmiljøloven)*»

NOU 2010: 1 «*Medvirkning og medbestemmelse i arbeidslivet*»

8.4 Norsk rettspraksis

a) Høyesterett

Rt. 1987 s.424

Rt. 1997 s. 1954

Rt. 1997 s. 1965

Rt. 1999 s. 977

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2002 s. 391

Rt. 2006 s. 71 (SAS)

Rt. 2010 s. 1500 (Elkem)

Rt. 2011 s. 1755 (Gate Gourmet)

Rt. 2012 s. 983 (Stena Drilling)

Rt. 2013 s. 258

Rt. 2013 s. 998 (Statoil)

Rt. 2013 s. 1730 (YIT)

b) Lagmannsretten

LB-2011-14108 (Stena Drilling)

c) Arbeidsretten

ARD 2012.23

8.5 EU-domstolen

Sak C-186/83	Arie Botzen m.fl. v Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV [1985]
Sak C-24/85	Jozef Maria Antonius Spijkers v Gebroeders Benedik Abbatoir CV og Alfred Benedik en Zonen BV [1986]
Sak C-287/86	Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v Ny Mølle Kro [1989]
Sak C-209/91	Anne Watson Rask og Kirsten Christensen v Iss Kantineservice A/S [1992]
Sak C-48/94	Ole Rygaard v Strø Mølle Akustik A/S [1995]
Sak C-171/94 og C-172/94	Forente saker, Albert Merckx og Patrick Neuhuys v Ford Motors Company Belgium SA [1996]
Sak C-13/95	Ayse Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice [1997]
Sak C-234/98	Allen m.fl. v Amalgamated Construction Co. Ltd. [1999]
Sak C-340/01	Carlito Abler and Others v Sodexo MM Catering Gesellschaft [2003]
Sak C-458/05	Mohamed Jouini m.fl. v Princess Personal Service GmbH (PPS) [2007]
Sak C-242/09	Albron Catering Albron Catering BV v FNV Bondgenoten [2010]
Sak C-426-11	Alemo-Herron m.fl. v Parwood Leisure Ltd [2013]

8.6 EFTA-domstolen

Sak E-1/04	Fokus Bank ASA v staten Norge v/Skattedirektoratet
Sak E-2/04	Rasmussen, Jan Rossavik, og Johan Kåldman v Total E&P Norge AS

8.7 Rettspraksis fra andre jurisdiksjoner

a) Storbritannia

Carisway Cleaning Consultants v Richards & Cooper Cleaning Services, [1998]

UKEAT/629/97

Costain Ltd. v Armitage and others [2014] UKEAT 0048/14/0207

Duncan Webb Offset (Maidstone) Ltd v Cooper and Another [1995] IRLR 633

Eddie Stobart Ltd v Moreman and others [2012] IRLR 356

Edinburgh Home-Link Partnership v The City of Edinburgh Council, EATS/0061/11

b) Nederland

Sak CPG 12/00667: Dom i Hoge Raad (nederlandsk høyesterett) i saken som ble forelagt EU-domstolen i Albron-dommen, <http://uitspraken.rechtspraak.nl>

8.8 Andre kilder

The Institute of Employment Rights: “*ECJ unexpectedly finds in favour of employer in Alemo-Herron vs. Parkwood Leisure TUPE Case*”, <http://www.ier.org.uk/news/ecj-unexpectedly-finds-favour-employer-alemo-herron-vs-parkwood-leisure-tupe-case>, hentet 22.10.2014

Store norske leksikon, «*nordisk lovsamarbeid*», https://snl.no/nordisk_lovsamarbeid, hentet 31.10.2014

Store norske leksikon, «*matriseorganisasjon*», <https://snl.no/matriseorganisasjon>, hentet 1.12.2014