

Mastergradsoppgåve i rettsvitskap JUS 399

Universitetet i Bergen

Det juridiske fakultet

Vår 2011

ARBEIDSRETTSLEGE ANSVARSFORHOLD I KONSERN

- KAN EIT DOTTERSELSKAP SITT ARBEIDSGJEVARANSVAR
OVERFØRAST TIL MORSELSKAPET, OG NÅR KAN DETTE I SÅ
FALL SKJE?

Kandidatnummer: 182352

Rettleiar: Silje Remøy

Antal ord: 14957

INNHALDSLISTE

| | | |
|----------|---|----|
| 1. | INNLEIING..... | 4 |
| 1.1. | Emne og problemstilling | 4 |
| 1.2. | Behov for avklaring av rettsstilstanden? | 5 |
| 1.3. | Avgrensingar | 6 |
| 1.4. | Vegen vidare..... | 7 |
| 2. | DEFINISJONAR OG OMGREPSAVKLARINGAR M.M. | 7 |
| 2.1. | Kva er eit konsern?..... | 7 |
| 2.2. | Arbeidsgjevaromgrepet | 8 |
| 2.2.1. | Utgangspunkt: Den som ”har ansatt” arbeidstakaren | 8 |
| 2.2.2. | Samanhengen med verksemdsomgrepet..... | 8 |
| 2.2.3. | Partsangjeving i tilsetjingsavtalen | 11 |
| 2.2.4. | Arbeidsgjevaromgrepet er funksjonelt og relativt | 12 |
| 2.3. | Arbeidsgjevar sin styringsrett..... | 12 |
| 2.4. | Arbeidsgjevaransvaret | 13 |
| 2.4.1. | Kva meinast med arbeidsgjevaransvar?..... | 13 |
| 2.4.2. | Historisk tilbakeblikk – arbeidsgjevaransvaret..... | 14 |
| 3. | OVERSIKT OVER RETTSKJELDEBILETET..... | 16 |
| 3.1. | Forholdet mellom arbeidsavtalen og andre rettskjelder..... | 16 |
| 3.2. | Lovgjeving og førearbeid | 16 |
| 3.3. | Rettspraksis..... | 17 |
| 3.4. | Juridisk litteratur..... | 17 |
| 3.5. | Reelle omsyn og vurderingar..... | 17 |
| 3.6. | Utanlandsk rett - eit komparativt blick..... | 18 |
| 4. | GJEV NORSK RETT HEIMEL FOR FELLES ARBEIDSGJEVARANSVAR? | 18 |
| 4.1. | Utgangspunkt: Dotterselskapet er arbeidsgjevar | 18 |
| 4.2. | Kan morselskapet likevel påleggjast arbeidsgjevaransvar?..... | 18 |
| 4.2.1. | Utviding av arbeidsgjevaromgrepet..... | 18 |
| 4.2.2. | Felles arbeidsgjevaransvar?..... | 20 |
| 4.2.3. | Rettspraksis om felles arbeidsgjevaransvar | 21 |
| 4.2.3.1. | Høgsterettsavgjerder | 21 |
| 4.2.3.2. | Rettspraksis frå lågare instansar | 23 |

| | | |
|----------|---|----|
| 5. | NÅR KAN MORSELSKAPET VERTE MEDANSVARLEG? | 27 |
| 5.1. | ”særskilt grunnlag” | 27 |
| 5.2. | Vilkår og moment for felles arbeidsgjevaransvar..... | 28 |
| 5.2.1. | Konsernforholdet er ikkje tilstrekkeleg | 28 |
| 5.2.2. | Konkret vurdering | 28 |
| 5.2.3. | Kven utøvar styringsrett og andre arbeidsgjevarfunksjonar? | 28 |
| 5.2.4. | Avgjerande disposisjonar om drifta..... | 31 |
| 5.2.5. | Organiseringa av konsernet | 32 |
| 5.2.5.1. | Tilknytingsforholda | 32 |
| 5.2.5.2. | Heileigde dotterselskap..... | 34 |
| 5.2.5.3. | Holdingselskap eller felles verksemd? | 34 |
| 5.2.6. | Omgåingsforsøk?..... | 36 |
| 5.2.7. | Subjektive forhold | 37 |
| 5.2.8. | Heilskapsvurdering og reelle omsyn | 38 |
| 5.3. | Sideblikk..... | 40 |
| 5.3.1. | Innleige av arbeidskraft frå dotterselskap | 40 |
| 5.3.2. | Utanlandsk rett om felles arbeidsgjevaransvar | 44 |
| 6. | ENKELTE SÆRLEGE SPØRSMÅL | 46 |
| 6.1. | Innleiing..... | 46 |
| 6.2. | Kan arbeidsgjevaransvaret variere med typen arbeidsgjevarplikt? | 46 |
| 6.3. | Kven kan krevje flytting av arbeidsgjevaransvaret?..... | 48 |
| 6.4. | Kan morselskapet påleggje arbeidstakar plikter? | 49 |
| 6.5. | ”Arbeidsgiver” versus arbeidsgjevaransvar - nokon skilnad? | 50 |
| 7. | KONKLUSJON OG AVSLUTTANDE REFLEKSJONAR..... | 52 |
| 8. | KJELDELISTE..... | 54 |
| 8.1. | Lover..... | 54 |
| 8.2. | Førearbeid..... | 55 |
| 8.3. | Rettspraksis..... | 55 |
| 8.4. | Litteratur..... | 57 |
| 8.5. | Andre kjelder | 58 |

1. INNLEIING

1.1. Emne og problemstilling

Når arbeidsgjevar og arbeidstakar inngår ei arbeidsavtale, etablerast eit gjensidig retts- og pliktforhold. Arbeidsgjevar si grunnleggjande plikt overfor arbeidstakaren er å betale løn for motteken yting, medan arbeidstakaren si hovudplikt er sjølve arbeidsplikta.¹

Arbeidsavtaler er i norsk rett underlagt streng preseptorisk lovgjeving. Trass denne omfattande og langt på veg tvingande bakgrunnsretten, byggjer partane sine rettar og plikter på kontraktmessig grunnlag. Som elles i kontraktretten vil det vanlegvis vere klart kven som er eins kontraktmotpart. Dette gjeld særleg i arbeidsforhold, ettersom det her finst lovfaste partsangjevingskrav,² og fordi det oftast berre eksisterar ein aktuell medkontrahent. Spesielt arbeidstakaren, som er ein konkret fysisk person, er såleis normalt svært enkel å identifisere. Oftast er det også lett å fastslå identiteten til arbeidsgjevar, anten dette er ein fysisk eller juridisk person.

Stundom kan det likevel oppstå tvil om kven som har rettar, og særleg plikter som arbeidsgjevar. Dette gjeld særleg i meir komplekse arbeidsforhold, med fleire involverte partar. Emnet for denne avhandlinga knyt seg til ein type av slike samansette arbeidsforhold, nemleg konsern.

Problemstillinga er om dotterselskapet sine plikter overfor arbeidstakarane enkelte gonger kan overførast til morselskapet, og på kva vilkår dette i så fall kan skje. Omgrepet 'overførast' siktar her til om morselskapet kan verte medansvarleg for dotterselskapet sitt arbeidsgjevaransvar. Temaet held hovudsakleg heime innan den individuelle arbeidsretten, men vil òg kaste lys over enkelte selskapsrettslege spørsmål.

¹ Om arbeidsplikta, sjå Jakhelln 2007 s. 262-268.

² Jf arbeidsmiljølova (aml) § 14-6 første ledd bokstav a.

1.2. Behov for avklaring av rettstilstanden?

I seinare tid har det skjedd dels store endringar i eigar- og organisasjonsstrukturane i næringslivet. Frå eit arbeidsrettsleg perspektiv har utviklinga gått frå eit arbeidsliv prega av mindre verksemdar, gjerne drivne av personleg ansvarlege innehavarar, til stadig fleire samansette arbeidsforhold. Eit døme finn vi i oppblomstringa av konserndanningar. I dag er over ein million arbeidstakarar i Noreg tilsett i konsernselskap, noko som utgjer nesten halvparten av alle yrkesaktive.³

Desse strukturendringane har gjort partsrelasjonane i mange arbeidsforhold meir komplekse, slik at arbeidstakaren gjerne må halde seg til fleire verksemdar under utføringa av arbeidet. Til tider kan dette gjere det problematisk for arbeidstakaren å fastslå kven som har dei plikter arbeidsgjevarposisjonen medfører. Slike spørsmål aktualiserast sjeldan så lenge forholdet mellom arbeidsgjevar og arbeidstakar er godt, men kan kome på spissen ved tvist mellom partane.

Som illustrasjon kan nemnast situasjonen der ein arbeidstakar som formelt er tilsett i eit dotterselskap, vert oppsagt grunna verksemda sine forhold. Skal oppseiinga vere lovleg, må arbeidsgjevar tilby "annet passende arbeid" dersom slikt finst, sjå aml. § 15-7 andre ledd. Har dotterselskapet ikkje anna arbeid å tilby vil det for den oppsagte vere av stor tyding om også morselskapet kan påleggjast arbeidsgjevaransvar, ettersom dette gjev betre omplasseringsmogelegheiter. Dermed kan det vere heilt avgjerande for arbeidstakaren si rettsstilling kven denne omplasseringsplikta påkvilar; berre dotterselskapet, eller også morselskapet.

Ein annan liknande praktisk situasjon der ein tilsett i eit dotterselskap kan ha behov for at også morselskapet reknast som arbeidsgjevar, er ved nedbemanningssituasjonar og vurdering om overtalligheit. Skilet mellom å ha eit arbeid å gå til, eller å verte arbeidsledig, kan her vere

³ Sjø NOU 2010: 1, punkt 3.3.1.5.

prisgjeve om overtalligheitsvurderinga skal avgrensast til dotterselskapet, eller om også stillingar i morselskapet skal takast i betraktning.⁴

Som døma viser er spørsmålet om også morselskapet kan ha arbeidsgjevaransvar særleg aktuelt i samband med stillingsvernet, men det kan òg oppstå i andre samanhengar.

Problemstillinga manglar direkte avklaring i lovverket, og samanhelde med den stadige auken av konserndanningar, er det behov for ei rettsleg avklaring.

1.3. Avgrensingar

Spørsmål knytte til arbeidsrettslege ansvarsforhold er ikkje særeigne for konsernforhold. Liknande problemstillingar aktualiserast ved arbeidsinnleige, der det kan spørjast om og i kva grad innleigeverksemda kan ha arbeidsgjevaransvar sjølv om utleigefirmaet er formell arbeidsgjevar. Eit anna døme gjeld ansvarsfordelinga mellom opphavleg og ny arbeidsgjevar ved verksemdsoverdragingar.⁵ Også der eit managerselskap handlar på vegne av arbeidsgjevar, kan tvilstilfelle oppstå.

Sistnemnde situasjon illustrerast av den såkalla Reksten-dommen. Høgsterett meinte her at eit selskap som handla som manager for taubåtar som hadde flagga ut til Panama, måtte reknast som arbeidsgjevar i høve til maskinsjefen på ein av båtane. Høgsterett la vekt på at managerselskapet som hadde stått for tilsetjinga, ikkje hadde gjeve klart nok uttrykk for at reieren, og ikkje det norske managerselskapet, var arbeidsgjevar.⁶

Av omfangsmessige omsyn avgrensast det her mot desse situasjonane. Unntaket er arbeidsinnleige mellom konsernselskap, som er gjenstand for eit sideblikk i punkt 5.3.1.

Vidare vil framstillinga relatere seg til arbeidsforhold regulert av arbeidsmiljølova, og det avgrensast mot dei meir yrkesspesifikke reglar i mellom anna sjømannslova og tenestemannslova. Fokus vil rettast mot arbeidsgjevar sine plikter overfor arbeidstakarane, og

⁴ Merk likevel at dess fleire stillingar som inngår i overtalligheitsvurderinga, dess fleire arbeidstakarar er det som konkurrerar om stillingane. Såleis er det ikkje nødvendigvis i arbeidstakar si interesse at også stillingar i morselskapet takast i betraktning.

⁵ Sjø nærare Jakhelln, 2007 s. 497-498

⁶ Rt. 1993 s. 490

ansvaret overfor det offentlege og tredjemenn haldast utanfor. Heller ikkje spesialregelen i aml. § 1-8 andre ledd andre punktum om ansvar for ”den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten” vil bli nærare vurdert, ettersom denne ikkje seier noko om overføring av ansvaret, men om å erstatte arbeidsgjevar sin funksjon.

1.4. Veggen vidare

Før spørsmålet om ansvarsoverføring frå dotter- til morselskap underleggjast nærare analyse, er det hensiktsmessig å avklare nokre omgrep som vil stå sentralt i det følgjande. Dette gjerast i kapittel 2. For å vise kva kjelder eg baserar avhandlinga på, vil rettskjeldebiletet deretter kort gjennomgåast i kapittel 3. Avhandlinga si problemstilling samt enkelte særlege spørsmål vil så verte grundig drøfta i kapittel 4 til 6, før det i kapittel 7 vil gjerast nokre avsluttande refleksjonar.

2. DEFINISJONAR OG OMGREPSAVKLARINGAR M.M.

2.1. Kva er eit konsern?

Omgrepet konsern er utførleg definert i fleire lover, mellom anna i aksjelova (asl.) §1-3.⁷ Det vil her føre for langt å gå i detalj på grensedraginga kring denne regelen, og eg nøyar meg difor med å klargjere kjernen i konsernomgrepet.

Enkelt sagt er eit konsern ei gruppe av juridiske personar, som gjennom eigarskap eller avtale har slik tilknytning til kvarandre at eitt av selskapa har ”bestemmende innflytelse” over eitt eller fleire andre, sjå asl. § 1-3 andre ledd første punktum. Selskapet med slik ”bestemmende innflytelse” er morselskapet, medan dei underordna juridiske personane kallast dotterselskap.

Sjølv om konsern ofte fungerer som heilskaplege føretak, er utgangspunktet at kvart selskap er rettsleg sjølvstendig, og underlagt dei allmenne reglar for vedkommande selskapsform. Den selskapsrettslege hovudregelen er dermed at det enkelte konsernselskap er eige retts- og

⁷ Samanlikn allmennaksjelova § 1-3, og selskapslova § 1-2 første ledd bokstav h

pliktsubjekt i ulike samanhengar.⁸ Likevel kan konsernkonstellasjonen aktualisere spørsmål kring dei arbeidsrettslege ansvarsforholda mellom mor- og dotterselskap.

2.2. Arbeidsgjevaromgrepet

2.2.1. Utgangspunkt: Den som "har ansatt" arbeidstakaren

Etter aml. § 2-1 er det arbeidsgjevar sitt ansvar å sørge for at reglane gjeve i og i medhald av lova vert etterlevd. Arbeidsgjevar definerast i § 1-8 andre ledd første punktum som "...enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste".

Formuleringa "har ansatt" tilseier at det berre er den som formelt har stått for tilsetjinga som er arbeidsgjevar, og at regelen ikkje heimlar at det ansvaret denne har kan påkvile også andre. Som ordlyden "enhver" viser, stillast det vidare ingen personelle avgrensingar. Både fysiske og juridiske personar kan dermed vere arbeidsgjevarar.

Lovgjevinga inneheld ingen spesialreglar for forståinga av arbeidsgjevaromgrepet i konsernforhold.⁹ Utgangspunktet er då at det selskap i konsernet som formelt "har ansatt" arbeidstakaren, er arbeidsgjevar.

2.2.2. Samanhengen med verksemdsomgrepet

Ei praktisk avgrensing i høve til arbeidsgjevaromgrepet ligg vidare i samanhengen med verksemdsomgrepet. Desse uttrykka er nært knytt saman, for det første ved at arbeidsmiljølova gjeld for "...virksomhet som sysselsetter arbeidstaker", jf § 1-2 første ledd. Også andre reglar viser at det er eit nært band mellom desse omgrepa, sjå eksempelvis § 15-7 andre ledd om arbeidsgjevar si plikt til å tilby "annet passende arbeid i virksomheten".

⁸ Andenæs, 2006 s 43-44. Sjå også ansvarsavgrensinga i asl. § 1-2 første ledd som slår fast at aksjonærane, ikkje heftar overfor kreditorane for selskapet sine plikter.

⁹ Det finst likevel enkelte arbeidsrettslege særreglar ymta på konsernforhold, sjå aml. §§ 14-13 andre ledd andre punktum og 15-3 sjette ledd, samt asl. § 6-5.

Ei rein ordlydstolking av uttrykket ”virksomhet” kunne tilseie at dette også omfatta konsernforhold, slik at eitt konsern vart rekna som ei verksemd. Spørsmålet er så om lovgjevar har meint det slik.

Verksemdsombegrepet er fleire stader i arbeidsmiljølova nytta som uttrykk for dei driftsmessige aktivitetar som leiast av arbeidsgjevar innan ei organisatorisk råde, og som i ulik grad kan vere geografisk avgrensa.¹⁰ I § 1-2 første ledd nyttast omgrepet i staden for den tidlegare formuleringa ”bedrift”. Etter førearbeida til arbeidsmiljølova 1977 var det med dette ”...ikke tilsiktet vesentlige realitetsendringer, idet bedriftsbegrepet...er blitt fortolket sterkt utvidende. Det er f.eks. helt på det rene at offentlig forvaltning har vært dekket av bedriftsbegrepet, selv om et offentlig kontor ikke vil bli karakterisert som « bedrift » etter alminnelig språkbruk.”¹¹

For å reknast som ”virksomhet” i lova si tyding krevjast det også ein viss grad av organisasjon og varigheit.¹² Den største tydinga av verksemdsombegrepet i § 1-2 første ledd er såleis å avgrense mot arbeidsgjevarforhold som organisatorisk sett ikkje kan karakteriserast som verksemdar, typisk reint privatbaserte forhold. Omgrepet har ut frå dette ei vid tyding, og stengjer ikkje i seg sjølv for at konsern er omfatta.

Trass dette er som nemnd kvart konsernselskap eit sjølvstendig rettssubjekt, sjå punkt 2.1. Ein konsekvens av dette er at det er det enkelte selskap, og ikkje konsernet som sådan, som tek på seg kontraktuelle plikter. Dette gjeld òg ved inngåing av arbeidskontraktar, og arbeidsgjevarposisjonen må difor ligge hos det enkelte rettssubjekt i konsernet. Ut frå dette er hovudregelen at kvart selskap er arbeidsgjevar berre for egne tilsette, og at morselskapet ikkje har arbeidsgjevaransvar for tilsette i dotterselskap.¹³

Dette selskapsrettslege utgangspunktet må òg få tyding for forståinga av arbeidsmiljølova sitt verksemdsombegrep. Å la ordlyden ”virksomhet” omfatte konsern, ville vere lite i samsvar med konsernselskapa sitt sjølvstende. I førearbeida er det også lagt til grunn at avgrensinga av

¹⁰ Jakhelln, 2007 s 24-25.

¹¹ Ot.prp. nr.3 (1975-1976), s 101.

¹² Jakhelln, 2007 s. 45

¹³ Jf Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74

verksemdsomgrepet normalt vil ”...falle sammen med det rettssubjekt som er arbeidsgiver”.¹⁴ Når hovudregelen er at konsernselskapa er ulike arbeidsgjevarar, tilseier dette at dei òg driv kvar si verksemd i lova si tyding.

Ei slik løysing støttast også av at lovgjevar på enkelte punkt har vald å gje særreglar for konsern. Såleis heiter det i aml. § 15-3 sjette ledd at ved utrekning av tilsetjingstid i høve til oppseiingsfristane, skal medreknast den tid arbeidstakaren ”...har vært ansatt i annen virksomhet innenfor konsern som arbeidsgiver tilhører...”. Denne presiseringa hadde ikkje vore naudsynt dersom verksemdsomgrepet generelt var meint å omfatte konsern. Regelen viser også at lovgjevar har vore merksam på problematikken kring verksemdsomgrepet si rekkevidde i konsernforhold. Det må antakast at dersom lovgjevar meinte verksemdsomgrepet skulle omfatte konsern også i andre relasjonar, eksempelvis i høve til omplasseringsplikta etter § 15-7 andre ledd eller fortrinnsretten etter § 14-2, ville dette ha vore uttrykkeleg angjeve. I mangel av slike særlege presiseringar må verksemdsomgrepet difor som hovudregel antakast å peike hen åleine på det rettssubjekt arbeidstakaren er tilsett i.¹⁵

Konklusjonen må etter dette bli at verksemdsomgrepet på generelt grunnlag ikkje er meint å omfatte konsernforhold, og at dei enkelte konsernselskap driv kvar si ”virksomhet”.

I særlege tilfelle kan det likevel stille seg annleis. Eit døme er Rt. 1993 s. 345, Matherson-Selig European. Høgsterett sitt kjæremålsutval fann at lagmannsretten hadde bygd på riktig lovforståing då den rekna mor- og dotterselskap som same ”virksomhet” i høve til plikta til å tilby ”annet passende arbeid i virksomheten” etter aml. 1977 § 60 nr 2. Grunnlaget for oppseiingane var at arbeidsgjevarverksemda Matherson-Selig var utkonkurrert av utbrytarar. Før oppseiingane fann stad hadde arbeidsgjevarverksemda likevel kjøpt opp aksjemajoriteten i konkurrenten, slik at det var danna eit konsern. Produksjonen i Matherson-Selig var lagt ned, og utstyret var overdrege til dotterselskapet. At selskapa vart rekna som same ”virksomhet” må sjåast på bakgrunn av desse spesielle omstenda, og kan ikkje takast til inntekt for at eit konsern i allminnelegskap er å rekne som ei verksemd.¹⁶

¹⁴ NOU 2004: 5, s. 148

¹⁵ Slik også Fougner m.fl, 2011 s. 36, 256 og 313

¹⁶ Lagmannsretten si avgjerd finst i LE 1992 s. 2881

Oppsummert er utgangspunktet at berre den ”virksomhet” som formelt ”har ansatt” arbeidstakaren, er arbeidsgjevar. Verken arbeidsgjevar- eller verksemdsomgrepet gjev dermed direkte heimel for å overføre eit dotterselskap sitt arbeidsgjevaransvar til morselskapet.

2.2.3. Partsangjeving i tilsetjingsavtalen

Ved tvist om kven som har arbeidsgjevaransvar, må utgangspunktet etter dette takast i kva for verksemd som ”har ansatt” arbeidstakaren. Dette gjer det naturleg å sjå hen til den skriftlege arbeidsavtalen, som jf aml. § 14-6 første ledd bokstav a skal klarleggje ”partenes identitet”.¹⁷ Dette partsangjevingskravet gjer at det oftast vil vere klart kven som ”har ansatt” arbeidstakaren, og dermed kven arbeidsgjevaransvaret i utgangspunktet påkvilar.

Nokre gonger kan likevel skriftleg arbeidsavtale mangle, slik at denne kjelda til avklaring fell bort. Det kan også vere at partsopplysningane ikkje stemmer med dei faktiske forholda, og at det difor er grunnlag for tvil om kven som skal reknast som arbeidsgjevar.

I sistnemnde tilfelle vil det å leggje partsangjevinga ukritisk til grunn, medføre fare for omgåing av det lovpålagte arbeidsgjevaransvar.¹⁸ Ein kunne risikere at arbeidsgjevar, som den presumptivt sterkaste part i arbeidsforholdet, gjennom arbeidsavtalen avgrensa sitt eige ansvar til ugunst for dei tilsette. Ei slik meir eller mindre einsidig ansvarsfråskrivning ville stride mot omsyna bak aml. § 1-9, som gjev uttrykk for at arbeidstakarane ikkje kan gje avkall på sitt lovfeste vern. Konsekvensen av dette må vere at den formelle partsangjevinga ikkje utan atterhald kan vere utslagsgjevande, men berre er eitt av fleire moment i vurderinga av kven som er arbeidsgjevar. Det er såleis realiteten i forholdet som til sist må vere avgjerande.¹⁹

¹⁷ Merk òg aml. § 15-4 andre ledd bokstav d om at oppseiing frå arbeidsgjevar skal opplyse om ”hvem som er arbeidsgiver og rett saksøkt i en eventuell tvist”.

¹⁸ I denne retning NOU 1996: 6 punkt 3.15.

¹⁹ Slik også Dege, 2009 s. 56, med tilvising til Rt. 1990 s. 903 og Rt. 1993 s. 490.

2.2.4. Arbeidsgjevaromgrepet er funksjonelt og relativt

At ein ved fastsetjinga av kven som er arbeidsgjevar må sjå hen til realitetane er også lagt til grunn i førearbeida, som visar til eit funksjonelt arbeidsgjevaromgrep. Arbeids- og sosialdepartementet gjev uttrykk for at det må leggjast vekt på ”...*hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og som har utøvet arbeidsgiverfunksjoner*”, og opnar for at arbeidsgjevaransvaret etter ei konkret vurdering kan plasserast hos fleire.²⁰ Ein står dermed overfor eit relativt arbeidsgjevaromgrep, som kan ha ulik rekkevidde ettersom spørsmålet om kven som har arbeidsgjevaransvar kan oppstå i forskjellige relasjonar.²¹

2.3. Arbeidsgjevar sin styringsrett

I forlenginga av arbeidsgjevaromgrepet er det også naturleg å trekkje fram arbeidsgjevar sin styringsrett, som er ein viktig arbeidsgjevarfunksjon.

Styringsretten er ikkje lovfesta, men definerast gjennom høgsterettspraksis som arbeidsgjevar sin rett til å ”*organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet*”,²² samt retten til å tilsetje og seie opp arbeidstakarar. Kort sagt er det dermed tale om ein rett for arbeidsgjevar til å ta ein-sidede avgjerder med verknad for arbeidsforholdet. Styringsretten reknast som ein naudsynt konsekvens av arbeidsavtalen, og det lydighets- og underordningsforhold denne medfører.²³

Arbeidsgjevar står likevel ikkje fritt til å gjere slike ein-sidede disposisjonar, i det styringsretten er underlagt vesentlege innskrenkingar: Den må utøvast innan rāmene av arbeidsavtaler, lovgjeving, forskrifter og tariffavtaler, samt allmenne saklegheitskrav.²⁴ Styringsretten kan difor karakteriserast som ein ’restkompetanse’, i den tyding at styringsretten gjev uttrykk for dei avgjerder arbeidsgjevar ein-sidedig kan treffe etter at krava i lov- og avtaleverk er overhalde. Som det vil gå fram står spørsmålet om kven som utøver

²⁰ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 76.

²¹ Samanlikn Dege, 2009 s. 56.

²² Jf mellom anna Rt. 2000 s. 1602

²³ Jakhelln, 2007 s. 48

²⁴ Sjø Rt. 2001 s. 418

mellom anna denne restkompetansen sentralt for om overføring av dotterselskapet sitt arbeidsgjevaransvar kan skje, sjå nærare kapittel 4 og 5.

2.4. Arbeidsgjevaransvaret

2.4.1. Kva meinast med arbeidsgjevaransvar?

Når spørsmålet er om dotterselskapet sitt arbeidsgjevaransvar kan overførast til morselskapet, blir det naudsynt å klarleggje kva som meinast med 'arbeidsgjevaransvar'. Dette uttrykket brukast ofte om arbeidsgjevar sitt erstatningsansvar for skade arbeidstakarane valdar, sjå skadeserstatningslova § 2-1. Her vil omgrepet derimot nyttast som ei fellesnemning på alle dei *plikter* arbeidsgjevar har overfor arbeidstakarane som følgje av arbeidsforholdet, samanlikn aml. § 2-1. I det følgjande er det viktig å vere merksam på at eg såleis har gjeve uttrykket ei vid tyding.

Terminologisk vil spørsmålet om overføring av arbeidsgjevaransvar enkelte stader omtalast som 'felles arbeidsgjevaransvar'. Dette fordi det ikkje er tale om å 'flytte' dotterselskapet sine plikter slik at dette fritakast for ansvar, men derimot om at morselskapet vert ansvarleg saman med dotterselskapet. Førearbeida nyttar terminologien 'delt' ansvar,²⁵ men som Jakhelln påpeikar er dette noko uheldig, "*...fordi det snarere er tale om et ansvar som kan påhvile så vel den ene som den annen arbeidsgiver, og da kan det være mer treffende å tale om et felles arbeidsgiveransvar...*".²⁶

Arbeidsgjevaransvaret er i stor grad lovregulert og sanksjonert, sjå straffereglane i arbeidsmiljølova kapittel 19. Slik har det ikkje alltid vore, og for å få eit bakteppe for den vidare drøftinga, samt synleggjere behovet for og tydinga av arbeidsgjevaransvaret, vil neste punkt viast til eit overblikk over den historiske utviklinga.

²⁵ Slik Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 74-77

²⁶ Jakhelln, 2007 s 41

2.4.2. Historisk tilbakeblikk – arbeidsgjevaransvaret

Utviklinga av eit styrka lovvern for arbeidstakarane og eit dertil stadig meir tyngande arbeidsgjevaransvar, går i stor grad hand i hand med industrialismen sitt gjennomslag på andre halvdel av 1800-talet. Før dette var den arbeidsrettslege lovgjevinga sparsam, og sentrert kring særlege yrkesgrupper som bergverksarbeidarar, tenestefolk og sjøfolk.²⁷ Rettstilstanden var prega av stor kontraktfridom, og det fanst få allmenne reglar om arbeidstakarvern, sjølv om enkelte normer kan sporast heilt tilbake til lagtingslovene.²⁸

Med industrialiseringa følgde større økonomiske einingar og konsentrasjon av mange arbeidstakarar på små område, noko som gav behov for meir detaljerte reglar om arbeidstakarane si stilling.²⁹ I tillegg danna fleire streikar i 1870-åra grunnlaget for dei første fagforeiningane, der arbeidarane ved å slå seg saman ville oppnå *”likeverd i styrke og makt med arbeidsgiver”*.³⁰

I tråd med dette vart det også innført stadig fleire og strengare lovreglar. Ved lov 27. juni 1892 vart det etablert eit generelt vern for arbeidarar i ”enhver fabrikkmessig drevet virksomhet”.³¹ Verkeområdet for vernereglane vart utvida i 1909, og seinare vidareført i lov 18. september 1915 om arbeiderbeskyttelse i industriell virksomhet. Dette er vår første eigentlege lov om arbeidarvern, og med unntak av enkelte tidlegare særreglar, vart dei første arbeidstidsreglane innført ved denne.³²

Sjølv om dei nemnde regelverk var viktige på sine område, vart det først i 1936 vedteke ei allmenn arbeidarvernlov. Denne omfatta nær alle arbeidsforhold på land, og etablerte eit

²⁷ Dege, 2009 s 35

²⁸ Jakhelln, 2007 s. 141

²⁹ Som note 28

³⁰ Dege, 2009 s. 37

³¹ Storeng, Beck og Due Lund, 1996 s. 11

³² Dege, 2009 s. 39

allment oppseiingsvern og ferierett.³³ Lova vart revidert i 1956, før lov om arbeidervern og arbeidsmiljø vart vedteke i 1977, og denne vart erstatta av dagens arbeidsmiljølov i 2005.

I heile denne tidsepoken har styrking av arbeidstakarvernet stått sentralt. Illustrerande er sterkare og meir effektivt oppseiingsvern, strengare reglar for midlartidige tilsetjingsforhold og arbeidstid, samt høgare krav til arbeidsmiljø, informasjon og medbestemming.

Siktemålet med denne stadig strengare reguleringa kjem mellom anna til uttrykk i aml. § 1-1, som ”...gir uttrykk for lovens overordnede visjon og verdisyn”.³⁴ Etter denne skal lova mellom anna sikre arbeidstakarane si helse, trygge tilsetjingsforhold og eit inkluderande arbeidsliv. Desse måla kan berre nåast dersom arbeidsgjevarsida dreg sin del av lasset - og det blir då heilt essensielt å vite kven som har arbeidsgjevaransvar.

Føremålsregelen peikar også hen på framleis vern av arbeidstakarane, og eit felles arbeidsgjevaransvar for mor- og dotterselskap vil utan tvil utgjere eit ytterlegare bidrag i denne retning, særleg i høve til oppseiingsvernet. Det kan også hevdast at ei erkjenning av felles arbeidsgjevaransvar er eit utviklingstrekk i tråd med lovgjevar sin tendens til stadig sterkare arbeidstakarvern.

Historikken viser også eit klart behov for den nemnde vernelovgjeving. Utan pålegg frå lovgjevar ville arbeidsgjevarane neppe ha påteke seg fleire plikter overfor dei tilsette enn strengt naudsynt, og lovgjevar si innblanding har difor vore eit viktig bidrag i kampen om betre arbeidstakarrettar. Også i høve til konsernarbeidsforhold har verneaspektet vore i fokus i seinare tider, og i 1996 vart det fremja lovforslag om eit utvida arbeidsgjevaromgrep. Etter politisk debatt vart forslaget lagt på is, men dette illustrerar likevel at verneomsyn framleis står sentralt - også i konsernforhold. Nedanfor i punkt 4.2.1. vil det gjevast eit nærare innblikk i dette lovforslaget.

³³ Storeng, Beck og Due Lund, 1996 s. 11

³⁴ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 68

3. OVERSIKT OVER RETTSKJELDEBILETET

3.1. Forholdet mellom arbeidsavtalen og andre rettskjelder

Fordi arbeidsretten har line til mange rettsområde, og også er underlagt internasjonal regulering, karakteriserast denne rettsdisiplinen av mange rettskjelder, og eit dertil samansett rettskjeldebilete.³⁵

Arbeidsretten er likevel først og fremst av privatrettsleg karakter. Dette viser seg særleg ved at den individuelle arbeidsavtalen står sentralt i arbeidsforholdet, og dannar utgangspunkt for partane sine rettar og plikter.³⁶ Som også det historiske tilbakeblikket viste, har partane sin avtalefridom med tida likevel vorte vesentleg avgrensa gjennom lovgjevinga, som etter aml. § 1-9 i all hovudsak er preseptorisk til fordel for arbeidstakarane. Arbeidsavtalane må difor vere i overeinskomst med lovgjevinga, samt eventuelle tariffavtaler.³⁷

3.2. Lovgjeving og førearbeid

Svært mange lover og enkeltreglar har tyding på arbeidsretten sitt område, og den mest sentrale av desse er arbeidsmiljølova. Som vist i kapittel 2 er spørsmålet om felles arbeidsgjevaransvar i konsern likevel ikkje lovregulert, og vi er dermed på lovtomt område.

Trass dette har det som nemnd vore fremja lovforslag om felles arbeidsgjevaransvar i konsern.³⁸ Sjølv om spørsmålet ikkje er lovregulert, vil difor ulike lovførearbeid stå sentralt. Dette i tråd med norsk rettsbrukslære, der førearbeid tradisjonelt utgjer ein viktig rettskjeldefaktor.³⁹

³⁵ Jakhelln, 2007 s. 80

³⁶ Om arbeidsavtalen, sjå nærare aml. §§ 14-5 og 14-6.

³⁷ Jf arbeidstvistlova § 3 nr 3. Dette ufråvikelegheitsprinsippet inneber at klausular i arbeidsavtalen som strid med tariffavtalen, utan vidare vil erstattast med tariffavtalen sine vilkår, med mindre tariffavtalen heimlar at vilkåra kan fråvikast. Sjå nærare Fougner m.fl. 2004, kapittel 10.3.

³⁸ NOU 1996: 6.

³⁹ Nygaard, 2004 s. 37

3.3. Rettspraksis

Domstolane har gjeve grunnlag for, utvikla og presisert mange vesentlege rettsreglar innan arbeidsretten.⁴⁰ Spesielt viktig er domstolsavgjerder på lovtomme område, og rettspraksis vil følgjeleg vere ein sentral rettskjeldefaktor i denne avhandlinga.

Sjølv om det i første rekkje er høgsterettsavgjerder som har særleg vekt som rettskjelde, vil òg dommar frå lågare rettsinstansar nyttast. Dette skuldast for det første mangelen på lovheimel, som gjer signal frå domstolane ekstra relevante. I tillegg finst det få høgsterettsprejudikat, og sidan avgjerdene frå lågare instansar byggjer på og presiserar høgsterettspraksis, vil desse ha sjølvstendig argumentasjonsverdi.⁴¹

3.4. Juridisk litteratur

I kraft av gjeldande rettskjeldeprinsipp vil også juridisk litteratur nyttast under fastlegginga av gjeldande rett.⁴² Fleire juridiske forfattarar nemnar problemstillingar kring arbeidsrettslege ansvarsforhold i konsern, men utan å gå særleg i djupna. Unntaka er særleg Henning Jakhelln og Jan Tormod Dege.

3.5. Reelle omsyn og vurderingar

Arbeidsretten er dels karakterisert av detaljregulering. Her som elles opnar likevel mange reglar for skjønsmessige avgjerder, der reelle omsyn og rettsbrukaren sine vurderingar spelar inn. På generelt grunnlag kan det minnast om at arbeidstakarvern er det sentrale omsyn bak arbeidsrettslovgjevinga. I tvilstilfelle kan difor verneomsyn tilseie ei tolking i favør av arbeidstakaren.⁴³

⁴⁰ Sjø Jakhelln, 2007 s 118

⁴¹ Andenæs, 1997 s. 44

⁴² Sjø Andenæs, 1997 s. 130-134.

⁴³ Slik også Storeng, Beck, Due Lund, 2006 s. 33

3.6. Utanlandsk rett - eit komparativt blikk

Sjølv om siktemålet med avhandlinga er å avklare rettstilstanden i Noreg, er det også av interesse å sjå hen til forholda i andre land - særleg dei nordiske landa som norsk rett tradisjonelt har stor grad av rettsfellesskap med. Ei slik samanlikning kan òg bidra til klarlegginga av gjeldande rett, ettersom lovgjevar synast å ta eit visst omsyn til rettstilstanden i andre nordiske land, og søkje å harmonisere norsk rett med denne.⁴⁴

4. GJEV NORSK RETT HEIMEL FOR FELLES ARBEIDSGJEVARANSVAR?

4.1. Utgangspunkt: Dotterselskapet er arbeidsgjevar

Når ei verksemd drivast av ein juridisk person, til dømes eit aksjeselskap, vil den juridiske personen vere arbeidsgjevar etter aml. § 1-8 andre ledd. Arbeidsgjevarfunksjonane utøvast derimot av den juridiske personen sine organ, eller andre som kan handle på vegne av den. Tilsvarande gjeld i konsernforhold, der ”...den enkelte virksomhet ...er arbeidsgiver for sine arbeidstakere”.⁴⁵ Det klare utgangspunktet er dermed at morselskapet ikkje har arbeidsgjevaransvar overfor tilsette i dotterselskap, jf også punkt 2.2.

4.2. Kan morselskapet likevel påleggjast arbeidsgjevaransvar?

4.2.1. Utviding av arbeidsgjevaromgrepet

Trass denne klare hovudregelen har rekkevidda av arbeidsgjevaromgrepet i konsernforhold som nemnd vore gjenstand for diskusjon, og har vore foreslått utvida.

Det første generelle utvidingsforslaget kom i NOU 1996: 6, frå det såkalla Konsernutvalget med Gudmund Knudsen i spissen. Utvalet ville endre aml. 1977 § 4, som med minimale språkskilnadar tilsvarte dagens § 1-8 andre ledd. Etter forslaget skulle paragrafen få eit nytt

⁴⁴ Sjå eksempelvis Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 77 der departementet viser til tolkinga av arbeidsgjevaromgrepet i andre nordiske land.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74

tredje ledd, som utvida arbeidsgjevaromgrepet til å omfatte ”...dernest også ethvert annet foretak som kan utøve bestemmende innflytelse over arbeidsgiver”. Den som etter dette vart rekna som arbeidsgjevar, kunne likevel unngå ansvar ved å gjere det ”...overveiende sannsynlig at det likevel ikke har vært utøvd bestemmende innflytelse...”, jf forslaget til nytt fjerde ledd.⁴⁶

Konsernutvalget presiserte at rettane og pliktene etter utvidingsforslaget skulle kome ”...i tillegg til de rettigheter og plikter som følger av § 4 første ledd”, som definerte arbeidsgjevar som ”enhver som har tilsatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste.” Den formelle arbeidsgjevar skulle dermed ikkje fritakast for ansvar.⁴⁷

Vidare ville Konsernutvalget også endre aml. 1977 § 60 nr. 2 om plikta til å tilby ”annet passende arbeid i virksomheten”, samanlikn dagens § 15-7 andre ledd. Etter forslaget skulle avgrensinga ”i virksomheten” fjernast, slik at plikta skulle ”... knyttes til arbeidsgiveren som sådan. I konsernforhold innebærer dette at plikten...ikke er begrenset til selskap hvor arbeidstakeren formelt er ansatt, men konsernet som sådan”.⁴⁸

Desse endringsforslaga innebar ei vesentleg utviding av arbeidsgjevaromgrepet, og ville som uttalt i førearbeida til 2005-lova gje arbeidstakarane ”...rettigheter i forhold til flere enn den som ansettelsesforholdet formelt er knyttet til”.⁴⁹ I konsernforhold ville resultatet ha vorte eit automatisk arbeidsgjevaransvar for morselskapet. Jakhelln meiner ansvaret dermed ville plasserast der ”...de reelle beslutninger treffes og hvor den økonomiske interesse ligger”.⁵⁰

Grunna kritikk under høyringsrundande og stor usikkerheit knytt til økonomiske og administrative konsekvensar, vart forslaget lagt dødt. Under arbeidet med arbeidsmiljølova 2005 vart det igjen drøfta om arbeidsgjevaransvaret skulle plasserast ”...også hos konsernselskaper og andre med bestemmende innflytelse eller lignende”. Konklusjonen vart

⁴⁶ NOU 1996: 6 punkt 5.1.

⁴⁷ NOU 1996:6 punkt 5.2.

⁴⁸ NOU 1996: 6 punkt 0.3.

⁴⁹ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 76

⁵⁰ Jakhelln, 2007 s. 42

at arbeidsgjevaromgrepet ikkje burde endrast, mellom anna fordi eit kriterium om ”bestemmende innflytelse” ville vere vanskeleg handterbart.⁵¹

Bakgrunnen for utvidingsforslaga og diskusjonen kring arbeidsgjevaromgrepet må sjåast i samanheng med dei nemnde strukturendringar i norsk arbeidsliv.⁵² I tillegg må forslaga truleg relaterast til den omgåingsfaren som ligg i hovudregelen om at kvart konsernselskap berre har arbeidsgjevaransvar for egne tilsette. Dette inneber at eit selskap nokså enkelt kan unngå arbeidsgjevaransvar ved å etablere dotterselskap, og gjere tilsetjingar i dette heller enn i morselskapet. At ein gjennom val av organiseringsmåte slik skal kunne kome unna ansvar, kan hevdast å innebere ei omgåing av arbeidsrettsleg lovgjeving som ikkje er verneverdig.

4.2.2. Felles arbeidsgjevaransvar?

Dagens rettstilstand er altså at det ikkje etter lovgjevinga gjeld noko utvida arbeidsgjevaromgrep i konsernforhold. Spørsmålet er så om det likevel enkelte gonger kan vere grunnlag for å overføre dotterselskapet sitt arbeidsgjevaransvar til morselskapet.

For å svare på dette er det først naturleg å sjå hen til førearbeida til dagens arbeidsmiljølov. Her påpeikar Arbeids- og sosialdepartementet at det etter gjeldande rett ”...er åpning for at arbeidsgiveransvaret etter en konkret vurdering kan plasseres hos flere dersom det foreligger et særskilt grunnlag for det, for eksempel at andre reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet arbeidsgiverfunksjoner”.⁵³ Dette viser at sjølv om Konsernutvalget sitt lovforslag vart forkasta, er det på ulovfest grunnlag heimel for felles arbeidsgjevaransvar mellom mor- og dotterselskap.

Departementet viste vidare til at i den grad rettspraksis har etablert felles arbeidsgjevaransvar, har det ”... vært et særskilt grunnlag for det. Slike særlige grunnlag har i hovedsak vært at det er avtalt flere arbeidsgivere, at flere selskaper reelt har opptrådt som arbeidsgiver og

⁵¹ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 76

⁵² Jf punkt 1.2.

⁵³ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 76

*utøvd arbeidsgiverfunksjoner, eller at arbeidsforholdet har kontraktmessige uklarheter”*⁵⁴
(mine understrekingar).

I denne utsegna opnar departementet for felles arbeidsgjevaransvar i tre typetilfelle. Det første, avtalegrunnlaget, vil ikkje vurderast nærare her. Som nemnd er arbeidsmiljølova som utgangspunkt preseptorisk, men kan fråvikast til gunst for arbeidstakarane. Eit morselskap kan såleis fritt avtale å ta på seg arbeidsgjevarplikter for tilsette i dotterselskap. Utan konkrete avtaler å tolke vil likevel ei drøfting av felles arbeidsgjevaransvar basert på avtalegrunnlag gje lite. Tilsvarende gjeld det tredje typetilfellet, at arbeidsforholdet har kontraktmessige uklårleikar.

Det er dermed situasjonen der dotterselskapet er primærarbeidsgjevar, men der også morselskapet reelt har opptrede som arbeidsgjevar, som står sentralt. I det følgjande vil eg prøve å klarleggje kva som skal til for at morselskapet i slike situasjonar kan verte medansvarleg for dei tilsette sine krav.

4.2.3. Rettspraksis om felles arbeidsgjevaransvar

4.2.3.1. Høgsterettsavgjerder

Her i punkt 4.2.3. vil dei sentrale rettsavgjerder om felles arbeidsgjevaransvar gjennomgåast. Det kan innleiingsvis nemnast at avgjerdene hovudsakleg gjeld tolkinga av arbeidsmiljølova 1977, men at desse framleis har relevans fordi arbeidsgjevaromgrepet står uendra i 2005-lova.

Den eldste høgsterettsdommen av interesse er Ulrikka-dommen, Rt. 1937 s. 21. Saka gjaldt krav etter sjømannslovgjevinga, men antakast å byggje på generelle omsyn.⁵⁵

Saksforholdet gjaldt det norske skipet Ulrikka som søkte naudhamn i Italia grunna havari. Skipet vart kondemnert, altså erklært uskikka for reparasjon, og mannskapet fekk avskjed. Ulrikka var overhefta med pantegjeld til Bergen Privatbank, og det var banken som reelt sett

⁵⁴ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 75. Sjå også den liknande formuleringa i NOU 2004: 5 s 151

⁵⁵ NOU 1996: 6 punkt 3.8.2.

styrte drifta av skipet. Det var også banken som avgjorde at skipet skulle seljast, og ikkje reparerast.

Etter sjømannslova 1923 hadde mannskap som fekk avskjed etter urettmessig kondemnering rett på ekstrahyre, det vil seie løn i ei viss tid etter avskjeden. Mannskapet meinte kondemnasjonen var ulovleg, og retta krav om ekstrahyre både mot reiarlaget og banken. Alle rettsinstansar meinte kondemnasjonen ikkje hadde skjedd i tråd med gjeldande reglar, og fann at mannskapet hadde krav på ekstrahyre. Når det gjaldt ansvaret for hyrekravet slutta Høgsterett seg til byretten, som meinte banken måtte hefte solidarisk med reiarlaget når *”...panthaveren faktisk hadde hånd og hals over skibets drift og avgjørelsen ved skibets salg og kjøpesummens innbetaling...”*.

Dommen byggjer på at den som treff avgjerande disposisjonar om drifta, med den konsekvens at arbeidsforholdet opphøyrar, også blir ansvarleg for arbeidstakarane sine krav som følgje av opphøyrret.⁵⁶ Sjølv om avgjerda ikkje gjaldt konsernforhold, er den interessant fordi den dannar eit prejudikat for at òg andre enn primærarbeidsgjevar kan ha arbeidsgjevaransvar. Det bør likevel haldast fast ved at avgjerda er avgrensa til arbeidstakarane sine hyrekrav, altså eit lønsskrav. Som nemnd er lønsplikta arbeidsgjevaren si hovudplikt overfor arbeidstakaren, noko som kan byggjast på det grunnleggjande prinsippet om yting mot yting. Dermed er det ikkje nødvendigvis sikkert at banken ville ha vorte pålagt ansvar i høve til andre, og særleg mindre sentrale, arbeidsgjevarplikter.

Neste avgjerd av interesse er Rt. 1990 s. 1126 Wärtsilä, som er den mest sentrale høgsterettsdommen om arbeidsgjevaransvaret i konsernforhold. Ein administrerande direktør meinte seg her usakleg oppsagt, og kravde erstatning for lønstap fordi han ikkje hadde fått fortsetje i stillinga medan tvisten verserte.⁵⁷ Arbeidstakaren var opphavleg tilsett i eit finsk morselskap, men flytta til Noreg for å leie eit dotterselskap. På oppseiingstidspunktet var direktøren formelt tilsett i dotterselskapet, men arbeidsforholdet var fastsett i avtale med morselskapet. Etter avtalen kunne direktøren tre inn att i morselskapet når tilsetjingsforholdet i dotterselskapet tok slutt, og morselskapet kunne seie opp direktøren dersom dotterselskapet

⁵⁶ Slik Dege, 2009 s. 57

⁵⁷ Jf aml 1977 § 61 nr 4, tilsvarende dagens § 15-11

vart nedlagt. Av avtalen gjekk det òg fram at morselskapet hadde avgjerande påverknad på direktøren sine løns- og pensjonsforhold.

Høgsterett fann samrøystes at ”...også morselskapet måtte anses som arbeidsgiver etter arbeidsmiljøloven § 4...”, og påla difor selskapa solidaransvar for erstatningskravet. I grunngevinga vart det peika på at det etter arbeidsmiljølova ikkje er noko ”...til hinder for å anse et datterselskap og et morselskap for å ha felles arbeidsgiveransvar hvor arbeidsgiverfunksjonene er delt mellom begge selskaper...”.

I høve til førearbeida sine nemnde typetilfelle av grunnlag for felles arbeidsgjevaransvar,⁵⁸ kan Wärtsilä-dommen hevdast å byggje på ein kombinasjon av to av desse. At tilsetjingsforholdet var fastsett i avtale med morselskapet, kan takast til inntekt for at solidaransvaret bygde på avtalegrunnlag. Ein slik synsvinkel er innteke i LB 2001 s. 1965, der lagmannsretten meinte det i Wärtsilä-saka ”...forelå et klart avtalerettslig grunnlag mellom arbeidstakeren og morselskapet”.

Likevel var det i avtalen ikkje direkte nedfelt at også morselskapet hadde arbeidsgjevarplikter. Sjølv om morselskapet hadde påverknadskraft i høve til løna, skjedde utbetalingane frå dotterselskapet. At avtalen gav morselskapet instruksjonsrett kan etter mitt syn heller ikkje sjåast som uttrykk for at solidaransvaret var heimla i eit avtalegrunnlag. Dette fordi instruksjonsretten er ein av dei sentrale arbeidsgjevarfunksjonar, og Høgsterett som nemnd fann at felles arbeidsgjevaransvar kan etablerast når fleire føretak delar på desse. Dermed kan det hevdast at det ikkje var avtalegrunnlaget som åleine var avgjerande, men også at morselskapet hadde utøvd arbeidsgjevarfunksjonar på ein slik måte at det reelt hadde framstått som arbeidsgjevar.

4.2.3.2. Rettspraksis frå lågare instansar

Frå underrettspraksis kan først nemnast RG 2004 s. 255, Adresseavisen (Frostating). Sjølv om dette er ei lagmannsrettsavgjerd avsagt under dissens vil domspremissane i denne saka verte

⁵⁸ Jf punkt 4.2.2.

hyppig nytta. Dette skuldast for det første at vi er på ulovfest område, slik at rettspraksis frå lågare instansar får større vekt. I tillegg er dommen grundig, og godt grunngjeve.

Saksforholdet gjaldt to tilsette i Adresseavisens Telefontjeneste, eit heileigd dotterselskap av Adresseavisen. Dei to var opphavleg tilsette som kveldsarbeidande abonnementsseljarar, men fekk tilbod om dagarbeid i eitt år. Under dagarbeidet jobba dei samlokalisert og samarbeidande med tilsette i morselskapet, før dei så vart oppsagt grunna sviktande oppdragsmengd. Tvisten gjaldt om plikta til å tilby ”annet passende arbeid” etter aml. 1977 § 60 nr 2⁵⁹ kvilte berre på dotterselskapet, eller òg på morselskapet.

Fleirtalet minna innleiingsvis om at konsernselskap som utgangspunkt har ”...*hvert sitt selvstendige arbeidsgiveransvar, begrenset til ansatte i eget selskap*”. Vidare vart det peika på at arbeidsgjevaromgrepet likevel er relativt, og må tole ”...*tilpasning til virkelighetens verden når de formelle strukturer forstyrres av motstridende realiteter*”. Det vart også slått fast at arbeidsgjevaransvar på tvers av det formelle krev ”...*et særskilt grunnlag og beror på en konkret vurdering*” (mine understrekingar).

I denne vurderinga vart det mellom anna framheva at selskapa blanda rollene sine, at morselskapet hadde ”...*en sterk overordnet styring med virksomheten...*”, og at selskapa dreiv felles verksemd. Fleirtalet fann difor at morselskapet i høve til dagarbeidet tok hand om dei fleste arbeidsgjevarfunksjonar, og at arbeidstakarane ”...*hadde to arbeidsgivere, som bør likestilles*”.

I tillegg trakk fleirtalet fram ein del prinsipielle forhold av interesse. Det vart vist til at arbeidsmiljølova gjev preseptoriske vernereglar, og at lova sitt føremål ”...*skal iakttas i enhver sammenheng – relevant her er å sikre trygge tilsetningsforhold*”. Vidare vart det peika på at det avgjerande ikkje var korleis konsernstrukturen var tenkt på papiret, men ”...*hvordan dette ble i virkelighetens verden*”. Fleirtalet viste også til at det eigentleg berre var formalia som hindra at morselskapet bar arbeidsgjevaransvaret åleine, sjå nærare punkt 5.2.6. nedanfor.

⁵⁹ Tilsvarande aml. 2005 § 15-7 andre ledd

I Adresseavisen-saka fanst det ikkje nokon avtale mellom arbeidstakar og morselskap. Avgjerda viser såleis at felles arbeidsgjevaransvar kan vere basert åleine på utøving av arbeidsgjevarfunksjonar.

Mindretalet fann derimot at samrøra mellom selskapa ikkje utgjorde noko særskilt grunnlag. I grunngevinga vart det lagt viss vekt på at endringsforslaget i NOU 1996: 6 ”...ikke er brakt frem som lovforslag ...”.

Konsekvensane av denne mangelen på lovheimel vog ifølgje fleirtalet ikkje tungt nok til å hindre felles ansvar. Ei slik forståing er etter mi meining i samsvar med lovgjevarvilja, ettersom det berre er ei generell utviding av arbeidsgjevaromgrepet lovgjevar har vegra seg mot, og også førearbeida opnar for felles arbeidsgjevaransvar.

Ei anna relevant avgjerd er RG 2002 s. 1551, Oddstøl (Frostating). To arbeidstakarar i morselskapet gjekk her over til dotterselskapet då dette vart skilt ut som eige selskap. Dotterselskapet gjekk seinare konkurs, og dei to vart oppsagt. Dei reiste oppseiingssak både mot dotterselskapet sitt konkursbu og morselskapet. Saka mot konkursbuet vart heva, men heradsretten fann at morselskapet måtte påleggjast arbeidsgjevaransvar. Resultatet var grunngeve med at ”Båndene mellom selskapene i Oddstøl-konsernet danner en tett vev der eierkonstellasjonene bringer selskapene sammen, og det trer frem et bilde av et foretak der ingen avgjørelse av noen vekt, uansett hvor de tas i organisasjonen, blir truffet uten at de er sanksjonert av Sverre Oddstøl [styremedlem i begge selskap] og morselskapet.”⁶⁰

Lagmannsretten meinte derimot at heradsretten hadde hefta seg for mykje ved Sverre Oddstøl sin sentrale posisjon i begge selskap. Etter lagmannsretten si oppfatning var både koordinering av verksemdene og samanfallande styremedlem i konsernselskap normalt og fullt lovleg. Retten viste også til at det ikkje førelåg avtaler som ”...arbeidsmessig, lønns- og pensjonsmessig kan sammenlignes med forholdene i Wärtsilä-dommen...”, samt at det ikkje var grunnlag for å trekkje parallellar til Ulrikka-saka berre fordi morselskapet eigde dotterselskapet fullt ut. Lagmannsretten konkluderte med at det dreidde seg om eit ”regulært konsernforhold”, og at det ikkje var grunnlag for å konstatere ansvar for morselskapet.

⁶⁰ Sunnmøre herredsrett nr. 01-00866 A, innteke i RG 2002 s. 1551

Særleg interessant er at lagmannsretten synast å nytte eit noko avvikande vurderingstema for når felles arbeidsgjevaransvar kan kome på tale. Medan kriteriet etter førearbeida og tidlegare rettspraksis er at det må føreligge ”*særskilt grunnlag*”,⁶¹ meinte lagmannsretten at morselskapet berre kunne påleggjast arbeidsgjevaransvar ”*i høyst ekstraordinære tilfeller*”. Etter ordlyden stiller dette opp ei strengare norm enn det som tidlegare er statuert. Sjølv om Oddstøl-dommen tilhøyrer den nyaste rettspraksis på området, er dette ei lagmannsrettsavgjerd av avgrensa vekt, og avviket er ikkje kommentert i domsgrunnane. Dette tilseier at formuleringa neppe inneber ei endring av rettstilstanden.

Neste avgjerd av interesse er LB 2001 s. 1965, Fontana (Borgarting), der ein arbeidstakar i eit dotterselskap meinte seg usakleg oppsagt, og retta erstatningskrav både mot dotter- og morselskap. Lagmannsretten meinte det ikkje var grunnlag for felles arbeidsgjevaransvar. Det vart vist til at solidaransvaret i Wärtsilä-dommen bygde på avtalegrunnlag,⁶² og at verken avtale eller anna særskilt grunnlag førelåg i denne saka. At selskapa hadde same eigar og styreformann, kunne ikkje endre dette. Avgjerande vekt la retten på at mor- og dotterselskap ”*...ikke hadde noen felles virksomhet som gjør et felles arbeidsgiveransvar naturlig*” (mi understreking).

Ei grundig drøfting av arbeidsrettslege ansvarsforhold i konsern er også gjort i RG 1998 s. 1415 (Tønsberg). Som byrettsdom har avgjerda avgrensa rettskjeldemessig vekt. Den inneheld likevel interessante drøftingar, og kan vere ei kjelde til synspunkt og argument.

Twisten gjaldt gyldigheita av 47 oppseiingar i eit heileigd dotterselskap grunna nedlegging av selskapet si produksjonsavdeling. Byretten fann at morselskapet gjennom avgjerder som førte fram til nedlegginga hadde utført arbeidsgjevarfunksjonar, og at selskapa måtte identifiserast.

Etter ein gjennomgang av tidlegare rettspraksis fann retten at det avgjerande var om morselskapet ”*...reelt sett har utøvet arbeidsgiverfunksjoner ...*”. Det interessante er at det ikkje var tale om utøving av allminnelege arbeidsgjevarfunksjonar som lønsyting eller

⁶¹ Eksempelvis Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s 75 og RG 2004 s. 255

⁶² Sjø punkt 4.2.3.1.

instruksjon, men om at morselskapet gjennom å stogge ordrar frå dotterselskapet indirekte hadde bidrege til oppseiingane, sjå nærare punkt 5.2.4.

Bakgrunnen for at morselskapet vart pålagt arbeidsgjevaransvar, låg i at dette var dotterselskapet sin største og viktigaste kunde. Gjennom denne posisjonen hadde morselskapet avgjerande påverknad på dotterselskapet sitt inntektsgrunnlag. Morselskapet hadde difor ”...en langt sterkere styringsmulighet enn den som den rene eierinteresse tilsier”. Retten meinte avgjerdene om å stogge ordrane måtte sjåast som utføring av reelle arbeidsgjevarfunksjonar. Det vart uttala at ein vanskeleg kunne sjå forholda annleis enn om morselskapet ”...gjennom direkte instruks hadde fått [dotterselskapet] til å si opp de ansatte...”, og at det faktum at utveljinga og gjennomføringa av oppseiingane vart overlete til dotterselskapet ”...bare [kan] ha mindre vekt”.

5. NÅR KAN MORSELSKAPET VERTE MEDANSVARLEG?

5.1. ”særskilt grunnlag”

Etter gjennomgangen overfor er det lite tvilsamt at eit dotterselskap sitt arbeidsgjevaransvar unntaksvis kan overførast til morselskapet, men at dette krev ”særskilt grunnlag”. Spørsmålet blir då kva som meir konkret ligg i kravet til ”særskilt grunnlag” i situasjonar der også morselskapet har utøvd arbeidsgjevarfunksjonar.⁶³

Ordlyden ”særskilt grunnlag” er vag, og gjev i seg sjølv ikkje uttrykk for meir enn at omstenda må skile seg frå ’normalen’. Den konkrete avgjerda må difor i alle høve avhenge av ”...en bred skjønnsmessig vurdering, hvor de forskjellige interesser har blitt veiet opp mot hverandre”.⁶⁴

Kva for omstende og interesser som har tyding i denne avveginga, gjev vurderingstemaet derimot ikkje svar på. At ein såleis manglar klare retningslinjer, gjer det vanskeleg både for arbeidstakar, arbeidsgjevar og andre å ta stilling til om vilkåra er innfridde. Å kunne oppstille

⁶³ Jf punkt 4.2.2. Andre grunnlag som avtale og kontraktuelle uklårleikar haldast utanfor drøftinga.

⁶⁴ RG 1998 s. 1415.

ei meir spesifikk rettssetning vil vere av stor interesse, fordi dette kan danne grunnlag for meir einsarta rettspraksis. Dette vil igjen betre rettsvissa⁶⁵ og dermed rettstryggleiken til partane i arbeidslivet. Av denne grunn vil det no undersøkjast om det er mogeleg å utleie nokre fellestrekk og/eller vilkår for når kravet om ”*særskilt grunnlag*” er innfridd, og dermed når eit dotterselskap sitt arbeidsgjevaransvar kan overførast til morselskapet.

5.2. Vilkår og moment for felles arbeidsgjevaransvar

5.2.1. Konsernforholdet er ikkje tilstrekkeleg

For det første kan det minnast om at kvart konsernselskap som klar hovudregel har eit eige sjølvstendig arbeidsgjevaransvar. Den reine eigedomsinteressa til morselskapet er dermed etter gjeldande rett ikkje tilstrekkeleg til identifisering.

5.2.2. Konkret vurdering

At konsernforholdet i seg sjølv ikkje opnar for felles arbeidsgjevaransvar, inneber naturleg nok at ein i vurderinga må gå konkret til verks og ta omsyn til alle særeigenheiter i forholdet mellom arbeidstakar, dotter- og morselskap. Dette er også uttrykkeleg framheva av domstolane, sjå eksempelvis RG 2004 s. 255 Adresseavisen om at arbeidsgjevaransvar på tvers av det formelle ”...beror på en konkret vurdering”.

5.2.3. Kven utøvar styringsrett og andre arbeidsgjevarfunksjonar?

Når vurderingstemaet ”*særskilt grunnlag*” skal klarleggjast med sikte på typetilfellet at også morselskapet reelt har opptrede som arbeidsgjevar, vil spørsmålet om kven som utøvar arbeidsgjevarfunksjonane sjølvstgå stå sentralt.

Ei side av dette gjeld kven som organiserar, leiar, kontrollerar og fordelar arbeidet, samt tilset og seier opp arbeidstakarar - altså kven som utøvar styringsretten. At ein må sjå hen til kven som utøvar denne kompetansen er ei følgje av at styringsretten er ein sentral

⁶⁵ Dvs. ’forutberegneligheten’

arbeidsgjevarfunksjon, ⁶⁶ og at det er utøving av styringsretten som utløyer dei vidare rettar og plikter i arbeidsforholdet. Som Jakhelln uttrykkjer det er det då nærliggande å leggje til grunn at ”...*det ansvar som forsåvidt måtte oppstå synes naturleg å måtte plasseres der styringsretten utøves*”. ⁶⁷

Arbeidsgjevarfunksjonane er likevel ikkje avgrensa til styringsretten. Eksempelvis er det arbeidsgjevar som pliktar å yte løn og sørgje for eit forsvarleg arbeidsmiljø, og arbeidsgjevar kan også i kraft av arbeidsavtalen ha rett til å fastsetje stillingsinstruksar og liknande.

Arbeidsgjevarfunksjonane famnar dermed mykje vidare enn berre styringsretten, og ved spørsmålet om det føreligg ”*særskilt grunnlag*”, må det også takast omsyn til om det er mor- eller dotterselskap som har stått for utøvinga av slike funksjonar.

Også Konsernutvalget meinte at ein må sjå hen til kven som har utøvd styringsrett og andre arbeidsgjevarfunksjonar. Det vart framheva at det er ”...*nærliggende å legge til grunn at ansvaret for at rammene for styringsretten blir overholdt må ligge der hvor styringsretten kan utøves, og hvor de reelle beslutninger blir truffet*...”. ⁶⁸ I ein noko anna samanheng er det også hevda at ansvarsreglane må ”...*ta utgangspunkt i hvem som faktisk har muligheter til å iverksette tiltakene*”. ⁶⁹

Som døme på domstolane sitt syn på utøvinga av arbeidsgjevarfunksjonar, kan det først visast til Wärtsilä-dommen, Rt. 1990 s. 1126. Høgsterett peika her på at morselskapet hadde ”...*avgjørende innflytelse på [arbeidstakaren sine] lønns- og pensjonsforhold og at han var forpliktet til å følge de direktiver som til enhver tid ble gitt av morselskapets ledelse*”. Det vart også vist til at morselskapet hadde indirekte oppseiingsrett, samt at oppseiinga vart gjeve av morselskapet. Jakhelln tolkar dette som at ”...*Høyesterett eksplisitt begrunner ansvarsgrunnlaget med arbeidsgiverfunksjonene*”. ⁷⁰

⁶⁶ Jf mellom anna RG 2004 s. 255

⁶⁷ Jakhelln, *Arbeidstakeres rettigheter mot morselskap* s. 87

⁶⁸ NOU 1996: 6 punkt 3.4.2.

⁶⁹ Ot.prp. nr 3 (1975-76) s. 31

⁷⁰ Jakhelln, *Arbeidstakeres rettigheter mot morselskap* s. 87

Enno meir uttrykkeleg i høve til tydinga av kven som utøvar arbeidsgjevarfunksjonar er RG 2004 s. 255, Adresseavisen. Her meinte fleirtalet at mellom anna ”...spørsmålet om hvem som utøver styringsretten...” var særleg viktig for plasseringa av arbeidsgjevaransvaret. I denne vurderinga trakk retten fram at morselskapet si styring med dei tilsette i dotterselskapet hadde vorte stadig meir synleg, og at morselskapet hadde ”...en sterk overordnet styring med virksomheten... - langt mer enn det som følger av eierskapet gjennom konsern og styre”. I praksis hadde morselskapet sin salsleiar vore arbeidstakarane sin reelle overordna, medan salsleiaren i dotterselskapet hadde ei meir perifer rolle. Lagmannsretten meinte arbeidstakarane sitt ”...arbeid og skjebne i realiteten var styrt og organisert...” av morselskapet, og at dette difor måtte reknast som arbeidsgjevar.

Dei nemnde utdrag frå rettspraksis og førearbeid viser at morselskapet si utøving av arbeidsgjevarfunksjonar, under dette styringsrett, er ein føresetnad for at det skal føreligge ”særskilt grunnlag”. Med Dege sine ord er det sentrale spørsmålet ”...om styringsretten i realiteten utøves også utenfor det enkelte foretak, for eksempel ved felles administrative funksjoner, eventuelt også felles styre i mor-datterselskapet etc”.⁷¹ Har morselskapet ikkje utøvd styringsrett er det derimot sjeldan naturleg å identifisere selskapa.⁷²

Spørsmålet blir så om ei kvar utøving av arbeidsgjevarfunksjonar frå morselskapet er tilstrekkeleg, eller om det også stillast krav til omfanget.

I denne samanheng kan det først visast til førearbeida, der det uttrykkjast at det avgjerande er kvar ”den reelle avgjørelsesmyndigheten” ligg, og kven som i praksis ”...har utøvet arbeidsgiverfunksjoner”.⁷³ At det her talast om reell avgjerdsmyndigheit og arbeidsgjevarfunksjonar i fleirtal, kan tilseie at sporadisk og lite omfattande utøving av arbeidsgjevarfunksjonar frå morselskapet ikkje er nok. Også Wärtsilä-saka kan indirekte seiast å gje uttrykk for det same, sidan morselskapet der i stor grad hadde utøvd arbeidsgjevarfunksjonar.⁷⁴

⁷¹ Dege, 2009 s. 57

⁷² RG 1998 s. 1415

⁷³ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 76

⁷⁴ Samanlikn omtalen av dommen i punkt 4.2.3.1. og tidlegare i punkt 5.2.3.

Meir eksplisitt er eit slikt omfangskrav stilt i RG 1998 s. 1415, der byretten meinte det avgjerande var om morselskapet hadde utøvd arbeidsgjevarfunksjonar ”...i et omfang av noen størrelse”. Merkast kan også RG 2004 s. 255 (Adresseavisen), der morselskapet i kraft av sin posisjon som ”... styrende av vesentlige arbeidsgiverfunksjoner”, vart rekna som arbeidsgjevar (mine understrekingar).

Dette tilseier at ikkje ei kvar utøving av arbeidsgjevarfunksjonar er tilstrekkeleg. Vilkåret om at morselskapet må utøve arbeidsgjevarfunksjonar må dermed tole den modifisering at utøvinga må ha vore av eit visst omfang.

5.2.4. Avgjerande disposisjonar om drifta

I førre punkt var fokus retta mot tydinga av at morselskapet har utøvd allminnelege arbeidsgjevarfunksjonar. No vil søkjelyset derimot rettast mot spørsmålet om også meir indirekte utøving av arbeidsgjevarfunksjonar kan vere eit moment som tilseier at det føreligg ”*særskilt grunnlag*”.

Her kan det først sjåast hen til RG 1998 s. 1415, der morselskapet vart pålagt arbeidsgjevaransvar fordi det ved å stogge bestillingane indirekte hadde avgjort å leggje ned produksjonsavdelinga i dotterselskapet. Arbeidsgjevaransvar vart pålagt til trass for at det meste av styringa frå morselskapet neppe stilte seg ”...*særlig annerledes enn hva som må kunne forventes i konsernforhold*”, og sjølv om morselskapet ”...*i hovedsak ikke har utøvet de sedvanlige arbeidsgiverfunksjoner i relasjon til de oppsagte, f.eks. ved rene instruksjer, lønnsforhandlinger m.m.*”

Dette domsresultatet er både grunngeve i og støtta av Rt. 1927 s. 21 Ulrikka, der det som byretten sjølv uttrykker det vart lagt til grunn at ”...*den som reelt sett har den økonomiske interesse i en beslutning kan bli ansvarlig i arbeidsforhold...*”. Begge avgjerder tilseier at eit morselskap sine avgjerande disposisjonar om drifta i dotterselskapet, er ei omstende som kan trekke i retning av felles arbeidsgjevaransvar. Dette kan hevdast å ha samband med slike disposisjonar si tyding for arbeidstakarane. Når morselskapet sine avgjerder indirekte medfører oppseiingar i dotterselskapet, slik tilfellet var i RG 1998 s. 1415, er dette handlingar som grip sterkt inn i arbeidstakarane si stilling. Dette kan tilseie at dess meir inngrepande

morselskapet sine avgjerder er overfor arbeidstakarane i dotterselskap, dess tyngre trekk dette i retning av at det føreligg ”*særskilt grunnlag*”.

Konklusjonen må bli at også meir indirekte utøving av arbeidsgjevarfunksjonar kan tale for at det føreligg ”*særskilt grunnlag*”.

5.2.5. Organiseringa av konsernet

5.2.5.1. Tilknytingsforholda

I NOU 1996: 6 la Konsernutvalget til grunn at kor vidt arbeidsgjevarfunksjonane utøvast av andre enn den formelle arbeidsgjevar, ”...*vil måtte avgjøres ut fra tilknytningsforholdene...*” mellom føretaka.⁷⁵ Liknande synspunkt er framheva av Dege, som meiner ”...*et sentralt element i om det foreligger felles arbeidsgiveransvar i konsern, [vil] være hvordan gruppen er organisert*”. Det peikast på at felles administrasjon, nokså fri flyt av tilsette, felles opptreden utad, samt viss integrasjon av aktiva og passiva, er forhold som kan tale for felles arbeidsgjevaransvar.⁷⁶

Desse utsegnene viser at også organiseringa av konsernet, under dette koplingane mellom selskapa, kan ha tyding i særskilt grunnlag-vurderinga. I dei følgjande avsnitt vil det undersøkjast korleis dette har gjeve seg utslag i rettspraksis.

Først kan nemnast Wärtsilä-dommen,⁷⁷ der solidaransvaret var basert på ei samla vurdering av mellom anna ”...*forholdet mellom datterselskap og morselskap...*”. Særleg illustrerande er vidare RG 2004 s. 255 Adresseavisen, der fleirtalet meinte at den ”...*valgte struktur og nære tilknytning kan gi grobunn for gjennomskjæring*”. Dei to selskapa hadde ”...*blandet sine roller og greide ikke holde på skillelinjene*”, og det var ”...*tette relasjoner og dobbeltroller...*” mellom mor- og dotterselskap.

⁷⁵ NOU 1996: 6 punkt 3.4.3.

⁷⁶ Dege, 2009 s. 61

⁷⁷ Rt. 1990 s. 1126

Fleirtalet meinte også at ein ”...*særdeles sterk tilknytning mellom mor- og datterselskap illustreres av organisering og struktur og mangel på formaliteter*”. Datterselskapet var i byrjinga ikkje oppført i konsernet sitt organisasjonskart, og var i årsrapporten presentert som del av morselskapet sitt kundesenter. Dette vart endra etter kvart, men internt såg ein heile tida datterselskapet som ein del av morselskapet sin administrasjon. Vidare vart skriftlege leige- og samarbeidsavtaler mellom selskapa ikkje oppretta før etter at stevjing i saka var utteke. Desse omstenda illustrerte ein framtrédande nærleik mellom føretaka.

Den nære interaksjonen mellom konsernselskapa var i Adresseavisen-saka basert på tett samarbeid og manglande skileliner. Ein noko anna type tilknytning finn vi i RG 1998 s. 1415, der morselskapet som nemnd var datterselskapet sin største kunde. At konsernspissen såleis hadde ”...*avgjørende innflytelse på om datterselskapet har hatt et marked ...*”, gjorde at både bindeledda og morselskapet sine styringsmogelegheiter var mykje sterkare enn dei som i seg sjølv følgde av konsernforholdet.

Også i RG 2002 s. 1551 Oddstøl var lagmannsretten inne på tydinga av tilknytingsforholda. Retten fann at ”*Forholdet mellom mor- og datterselskap har vært som i konsern flest*”, og at det ikkje førelåg særskilt grunnlag. Det vart peika på at det ”...*normalt er koordinering av virksomhetene innenfor konsern*”, og at gjennom ”...*helhetlig styring kan dette bidra til rasjonell drift og gi synergieffekt, og det er fullt lovlig*”. Avgjerda gjev også grunnlag for å slå fast at det faktum at selskapa har samanfallande eigarskap og styre, ikkje i seg sjølv trekk i retning av at det føreligg ”*særskilt grunnlag*”.⁷⁸

Praksis viser dermed at tilknytingsforholda må vere nokså mykje sterkare enn ’normalen’ før dei kan gje grunnlag for arbeidsgjevaransvar for andre enn primærarbeidsgjevar. Likevel er det klart at nærleiken mellom mor- og datterselskap utgjer eit viktig moment i vurderinga av om det finst ”*særskilt grunnlag*”.

⁷⁸ Jf omtalen i punkt 4.2.3.2. Slik også LB 2001 s. 1965

5.2.5.2. Heileigde dotterselskap

Når det gjeld tilknytingsforholda kan det også merkast at alle dei nemnde rettsavgjerder har gjeldt heileigde dotterselskap. Ettersom koplinga mellom konsernselskapa formelt er sterkast ved fullt eigarskap, er dette neppe tilfeldig. Såleis er det gjerne overfor tilsette i heileigde dotterselskap at morselskapet har høve til å utøve arbeidsgjevarfunksjonar. Difor er det hovudsakleg der morselskapet er eineigar av dotterselskapet at felles arbeidsgjevaransvar kan vere aktuelt.

5.2.5.3. Holdingselskap eller felles verksemd?

Eit neste spørsmål som kan stillast i samband med organiseringa av konsernet, er om det spelar nokon rolle kva for verksemd morselskapet driv.

Er morselskapet eit holdingselskap som berre har til føremål å eige dotterselskapet, vil fleire omsyn etter mi meining tale mot felles arbeidsgjevaransvar. For det første vil morselskapet då sjeldan utøve arbeidsgjevarfunksjonar i særleg grad, fordi det ikkje har noko med drifta i dotterselskapet å gjere. For det andre vil bindeledda gjerne vere svakare når morselskapet er eit passivt eigarselskap, enn dersom det meir aktivt utførar overordna leiingsfunksjonar, eller driv felles verksemd med dotterselskapet.

Endeleg kan det peikast på at arbeidstakarane sitt behov for at morselskapet trer inn som medansvarleg minkar når dette er eit reint holdingselskap. Dette fordi felles arbeidsgjevaransvar som vist hovudsakleg er i arbeidstakar si interesse i oppseiings- og nedbemanningssituasjonar. Eit reint holdingselskap vil gjerne ha få tilsette, og berre administrative stillingar. For ein arbeidstakar i eit driftsdotterselskap, vil det dermed vere lite hjelp i å få fastslått at også morselskapet pliktar å tilby ”annet passende arbeid”, eller at overtalligheitsvurderinga også skal ta omsyn til stillingar i morselskapet.⁷⁹

Sistnemnde moment er derimot ikkje like treffande for arbeidstakaren sine økonomiske krav. Om ein tilsett reiser erstatningskrav mot eit dotterselskap med dårleg betalingsevne, kan han

⁷⁹ Samanlikn punkt 1.2.

like fullt ha behov for at morselskapet gjerast medansvarleg sjølv om dette er eit holdingselskap. Også for økonomiske krav må det likevel takast i betraktning at bindeledda mellom selskapa ofte er mindre framtreidande når morselskapet er eit holdingføretak, noko som kan tale mot at det føreligg ”*særskilt grunnlag*”.

Mot dette kan det argumenterast med at organisasjonsmåten med eit eigarselskap i spissen gjerne byggjer på skattemessige og risikoreducerande forhold, utan at det dermed er gitt at eigarselskapet ikkje utførar overordna leiingsfunksjonar. Det kan dermed hevdast at også tilknytninga mellom eit holdingselskap og eit dotterselskap kan vere så sterk at dette talar for at kriteriet ”*særskilt grunnlag*” er innfridd. Difor bør det ikkje vere utelukka at eit dotterselskap sitt arbeidsgjevaransvar kan overførast også til eit reint eigarføretak, dersom den faktiske tilknytninga er sterk.

Spørsmålet om mor- og dotterselskap driv felles verksemd, er også framheva i rettspraksis. Først kan nemnast LB 2001 s. 1965 Fontana, der lagmannsretten meinte det ikkje var grunnlag for å konstatere arbeidsgjevaransvar for mor- eller søsterselskap. Utslagsgjevande var at føretaka ”...*ikke hadde noen felles virksomhet som gjør et felles arbeidsgiveransvar naturlig. Produksjonen foregikk i Fontana [dotterselskapet], mens Bjørbu Trading [morselskapet] hele tiden har vært et rent eierselskap uten egen virksomhet.*” (mi understreking). Når situasjonen var slik, var det heller ikkje avgjerande at bindeledda elles var nære ved at selskapa hadde same eigar og styreformann, og at eigaren hadde bidrege aktivt i omleggingsprosessen som førte til oppseiinga. Det vart heller ikkje sett som avgjerande at lønsutbetalingane delvis hadde kome frå eit søsterselskap. Utbetalingane hadde skjedd for den formelle arbeidsgjevar sitt namn og rekning, og hadde berre vore ”*en praktisk foranstaltning*”.

Dette viser også samspelet mellom dei ulike momenta i særskilt grunnlag-vurderinga, her mellom tydinga av dei formelle bindeledda gjennom eigarskap og styre, og morselskapet sin karakter av passivt eigarselskap.

Også RG 2004 s. 255, Adresseavisen er relevant i høve til tydinga av at konsernføretaka driv felles verksemd. Fleirtalet uttrykte at kven som utøvar styringsretten, samt ”...*om det utføres sammenfallende oppgaver...*”, var særleg viktig for om morselskapet kunne påleggjast arbeidsgjevaransvar. I tråd med dette vart det framheva at arbeidstakarane ”...*arbeidet i det*

alt vesentlige med det samme og på samme måte mot samme kundegruppe og med samme produkter... ” som tilsette i morselskapet (mi understreking).

Sjølv om morselskapet eig dotterselskapet fullt ut, bør det altså òg leggjast vekt på om dette er eit holdingselskap, eller om konsernføretaka driv felles verksemd. Oppsummert kan det slåast fast at sterke bindingar mellom selskapa tekk i retning av *”særskilt grunnlag”*, særleg dersom dotterselskapet er heileigd, og morselskapet ikkje er eit reint holdingselskap.

5.2.6. Omgåingsforsøk?

Som påpeika av Konsernutvalget reiser den konkrete vurderinga av tilknytingsforholda vanskelege spørsmål, *”...hvor også formålet med tilknytningsformen kan ha betydning”*.⁸⁰ Det kan her først vere grunn til å understreke at det finst ei rekkje legitime årsaker til å danne konsern, og at val av organiseringsmåte som utgangspunkt høyrer under arbeidsgjevar sin styringsrett.⁸¹ Likevel kan føremålet med organiseringsmåten nokre gonger vere lite verneverdig, slik tilfellet typisk er ved forsøk på å omgå det lovfaste arbeidsgjevaransvar.

Slike omgåingssynspunkt kan for det første vere aktuelle der sjølve opprettinga av dotterselskapet har til siktemål å unngå eller omgå arbeidsgjevaransvar.⁸² Her kan Oddstøldommen, RG 2002 s. 1551, tene som døme. Lagmannsretten fann *”...intet påfallende ved utskillingen av datterselskapet... ”*, og meinte opprettinga av dette hadde si naturlege forklaring i næringsforholda. Det *”...dreide seg ikke om omgåelse av loven; utilbørlige transaksjoner i selskapsforhold som ikke tåler dagens lys eller som av andre grunner ikke fortjener lovbeskyttelse”*. Dette viser at retten som ledd i vurderinga av om det var grunnlag for felles arbeidsgjevaransvar, tok omsyn til føremålet med etableringa av dotterselskapet.

Tilsvarande gjeld RG 2004 s. 255 Adresseavisen, der fleirtalet påpeikte at opprettinga av dotterselskapet for å dekke morselskapet sine behov og generere inntekter, *”...bygde på et forretningsmessig konsept og hadde et tilforlatelig formål”*. Det vart også framheva at det

⁸⁰ NOU 1996: 6 punkt 3.4.3.

⁸¹ Slik NOU 1996: 6 punkt 5.2.

⁸² Sjø om omgåingssynspunkt også punkt 2.2.3. og 4.2.1.

”...er egentlig kun den formelle struktur Adresseavisen har valgt som forhindrer at den ikke bærer arbeidsgiveransvaret alene”, og at det ”...fremstår som en tilfældighet om man er ansatt i «store mor », med de muligheter det gir, eller i « lille datter », fratatt de samme goder med hensyn til arbeidstakervernet”. Å la dotterselskapet bere arbeidsgjevaransvaret åleine ville innebere ei skilnadshandsaming ”...som ikke er verneverdig, en avveining av interessene tatt i betraktning - dette uaktet at Adresseavisens intensjoner ved opprettelsen av datterselskapet er verneverdige”.

Desse utsegnene viser at ikkje berre føremålet med, men også verknaden av tilknytingsforholda kan spele inn. Sjølv om dotterselskapet ikkje er danna i eit medvite forsøk på å unngå arbeidsgjevarplikter, kan også det at tilknytingsforholda faktisk har ein slik effekt trekkje i retning av felles arbeidsgjevaransvar. Morselskapet må *”...hefte objektivt for de objektive forhold”*,⁸³ noko som inneber at felles arbeidsgjevaransvar ikkje er avhengig av noko medvite omgåingsforsøk gjennom val av organisasjonsstruktur og tilknytning.

5.2.7. Subjektive forhold

At morselskapet kan verte ansvarleg uavhengig av om det medvite har forsøkt å sleppe unna slikt ansvar, inneber at konsernleiinga sine subjektive forhold er utan tyding. I denne samanheng kan det også vere naturleg å vise til Adresseavisen saka, RG 2004 s. 255, der morselskapet påropte seg at arbeidstakarane visste at dotterselskapet var deira arbeidsgjevar. Til dette svarte lagmannsretten at *”Hva arbeidstakerne visste og forsto, og hva de hadde akseptert, er...uten betydning”*, ettersom arbeidsmiljølova gjev preseptoriske vernereglar. Dette viser at heller ikkje arbeidstakarane sin kunnskap om at det faktisk er dotterselskapet som er hovudansvarleg for arbeidsgjevarpliktene, har tyding.

Eit vidare spørsmål er om arbeidstakarane sine subjektive oppfatningar også er utan tyding i situasjonar der desse har levd i den tru at også morselskapet har eit visst ansvar. I eit tilfelle som i Adresseavisen-saka, der bindeledda var tette og arbeidstakarane i konsernselskapa arbeidde side om side, kan det lett tenkjast at desse uklåre ytre skilelinene gjev tilsette i dotterselskapet forventningar om at også morselskapet har arbeidsgjevaransvar. Det kan då

⁸³ Jf RG 2004 s. 255

hevdast at omstenda gjev ein indikasjon på at morselskapet har handla på ein slik måte at arbeidstakaren sine subjektive oppfatningar er verneverdige. Etter mitt syn kan det difor hevdast at den tilsette sine forventningar om at også morselskapet har arbeidsgjevaransvar, etter omstenda vil vere eit moment som kan tale for at det føreligg *”særskilt grunnlag”*.

5.2.8. Heilskapsvurdering og reelle omsyn

Som nemnd må avgjerda av om det føreligg *”særskilt grunnlag”* til slutt avhenge av ei heilskapsvurdering, der også dei ulike interesser er vega opp mot kvarandre. Spørsmålet er no kva for interesser og generelle omsyn som kan vektleggjast i vurderinga.

Normalt er det arbeidstakaren som har interesse i at også morselskapet reknast som arbeidsgjevar. Morselskapet vil oftast ønskje å unngå dette, fordi arbeidsgjevarposisjonen medfører auka arbeidsmengd og kostnader. I vurderinga av om det føreligg *”særskilt grunnlag”* er det dermed først og fremst to interesser som står mot kvarandre: Omsynet til arbeidstakaren og omsynet til morselskapet, under dette eit levedyktig næringsliv, vekst, effektivitet og sysselsetjing.⁸⁴ Desse omsyna er begge verneverdige, og på generell basis er det vanskeleg å la det eine vege tyngre enn det andre. Difor må det i kvart tilfelle gjerast ei konkret avveging av dei motstridande interesser.

For både arbeidstakar- og arbeidsgjevarsida, under dette det potensielt ansvarlege morselskapet, er rettsvise og klarleik kring arbeidsforholdet av stor tyding. Som framheva i førearbeida er det viktig *”...at hvem som har arbeidsgiveransvaret fremgår tilstrekkelig tydelig av loven”*.⁸⁵ Omsynet til rettsvise kan ut frå dette tilseie varsemd med å påleggje morselskapet eit arbeidsgjevaransvar det grunna mangelen på lovheimel ikkje er førebudd på. Ofte vil det nok også vere korrekt å hevde at ein arbeidstakar som formelt er tilsett i dotterselskapet, ikkje har grunngjeve forventningar om at også morselskapet har arbeidsgjevarplikter.

⁸⁴ Om avveginga mellom slike omsyn, sjå mindretalet i NOU 1996: 6 punkt 5.3.

⁸⁵ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 77

Som nemnd i punkt 5.2.7 kan omstenda likevel nokre gonger gje arbeidstakaren slike forventningar, slik at argumenta i førre avsnitt ikkje treff så godt. I tillegg har framstillinga vist at norsk rett opnar for felles arbeidsgjevaransvar, og det kan med god grunn hevdast at *”...arbeidstakernes rettsstilling ikke bør være avhengig av formelle foretaksstrukturer, men av de underliggende og reelle forhold”*.⁸⁶ Vidare kan det peikast på at dersom tilknytingsforholda mellom selskapa blir nære nok, kan det også framstå som tilfeldig for arbeidstakarane kvar dei formelt er tilsett.⁸⁷

Desse omstenda kan noko grovt samlast under kategorien arbeidstakarvern. Slike verneomsyn har lenge stått sentralt innan norsk arbeidsrett, og gjer det framleis, jf òg aml. § 1-1. Å verne arbeidstakarane, under dette å sikre trygge tilsetjingsforhold, kan dermed tilseie at omsynet til rettsvise nokre gonger må vike.

Eit anna omsyn, som òg vart trekt fram i høyringsrundane til arbeidsmiljølova, er å unngå pulverisering av arbeidsgjevaransvaret.⁸⁸ Med dette siktast det til at ei fordeling av ansvaret på fleire rettssubjekt, kan gjere at det i praksis vert vanskeleg å halde nokon ansvarleg. Tradisjonelt talast det gjerne om ansvarspulverisering der ansvaret er fordelt på ei rekkje rettssubjekt, slik at det i praksis ikkje ligg hos nokon enkelt av dei. Ved felles arbeidsgjevaransvar mellom mor- og dotterselskap er det derimot berre tale om to, og ikkje mange, ansvarssubjekt. I tillegg har domstolane der felles arbeidsgjevaransvar har vorte konstatert, pålagt selskapa solidaransvar, til dømes for arbeidstakaren sitt erstatningskrav.⁸⁹ Dette inneber at arbeidstakaren normalt kan halde seg til kven han vil for å få gjennomført sine krav, og at regressomgangen er ei sak mellom konsernselskapa åleine.⁹⁰ Dermed skulle ikkje eit felles arbeidsgjevaransvar innebere nokon form for pulverisering, og etter mitt syn er dette omsynet difor normalt ikkje særleg tungtvegande.

⁸⁶ NOU 1996: 6 punkt 5.2.

⁸⁷ Slik RG 2004 s. 255, jf punkt 5.2.6.

⁸⁸ Sjø Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 76.

⁸⁹ Sjø til dømes domsslutninga i Rt. 1990 s. 1126 om at mor- og dotterselskap *”betaler en for begge og begge for en erstatning”* til arbeidstakaren.

⁹⁰ Hagstrøm, 2004 s. 104 og 690

Noko meir treffande kan pulveriseringssynspunkt vere i høve til ikkje-økonomiske krav. Om ein tilsett i dotterselskapet til dømes rettar krav mot både mor- og dotterselskapet om at arbeidsmiljøet må betrast, kan ein tenkje seg at ansvaret blir 'kasta' fram og tilbake mellom selskapa, utan at nokon tek hand om problemet. Likevel bør omsynet til å hindre ansvarspulverisering etter mi meining heller ikkje her vere avgjerande, i det arbeidstakaren i slike tilfelle har andre middel til rådigheit. Eksempelvis kan arbeidstakaren få pålegg frå Arbeidstilsynet om at selskapa pliktar å ordne opp i forholdet.⁹¹ Alternativt kunne slike problem tenkjast avhjelpert ved at arbeidstakaren fekk valrett med omsyn til kven han ville rette kravet mot, men at føretaka på arbeidsgjevarsida vart solidarisk ansvarlege for kravet.⁹² Dette ville gje arbeidstakaren høve til å 'låse' kravet til eitt av selskapa, slik at det så var opp til desse å fordele det endelege ansvaret seg imellom.

Dei her nemnde omsyn har ikkje kome særleg tydeleg til uttrykk i rettspraksis. Skal siktemålet om ein meir einsarta praksis kring vurderingstemaet "*særskilt grunnlag*" nåast, er det likevel viktig å ha i minne at det må gjerast ei heilskapsavveging også av dei generelle og gjerne motstridande interesser, og ikkje berre dei konkrete saksfakta.

5.3. Sideblikk

5.3.1. Innleige av arbeidskraft frå dotterselskap⁹³

I mange tilfelle kan det vere i arbeidsgjevar si interesse ikkje å ha arbeidsgjevaransvar. Som vist kan etablering av dotterselskap vere ein måte å omgå slikt ansvar. Ein annan moglegheit er å leige inn arbeidskraft frå andre verksemder.⁹⁴

Innleige av arbeidstakarar er ei rekrutteringsform som vert stadig meir nytta i arbeidslivet,⁹⁵ og som kan vere særleg praktisk innan konsern. Dette fordi konsernselskapa ofte har ei tettare

⁹¹ Sjøå aml. § 18-6

⁹² Dette ville ha vore ei løysing liknande den vi for verksemdsoverdragingar finn i aml. § 16-2 første ledd.

⁹³ Terminologisk nyttast utleige og innleige av arbeidstakarar om kvarandre, avhengig av kva for synsvinkel ein inntek. Sjøå nærare Jakhelln, 2007 s. 168-169

⁹⁴ Sjøå definisjonen i arbeidsmarknadsløva § 25 andre ledd, og dei nærare vilkår i aml. §§ 14-12 til 14-14.

tilknytning som gjev leiinga betre oversikt over arbeidsstokken, slik at ein gjennom arbeidsinnleige kan utnytte den arbeidskraft og kunnskap som finst i konsernet best mogeleg.

Eksempelvis kan det tenkjast at morselskapet for ein periode har behov for kompetansen til ein arbeidstakar i eit dotterselskap, og at denne difor leigast ut til morselskapet. Slik kan behovet for fleksibilitet løysast utan formelle omplasseringar, og utan å innhente ekstern ekspertise. Dette kan særleg gagne morselskapet, som gjerne vil ha større påverknadskraft både på innleigevilkår og mogelegheitene for ei rask ordning enn dersom innleiga skjedde frå eit utanforståande føretak.

Arbeidsgjevaransvaret for innleigde arbeidstakarar påkviklar i utgangspunktet utleigar som formell arbeidsgjevar, sjå aml. § 1-8 andre ledd samanhelde med arbeidsmarknadslova § 25 andre ledd. Trass dette har også innleigar eit visst lovfest ansvar etter aml. § 2-2 første ledd bokstav a.⁹⁶ Her heiter det at når andre enn eigne tilsette utførar oppgåver i samband med arbeidsgjevar sin aktivitet, ”skal arbeidsgiver...sørge for” at også desse er sikra ”et fullt forsvarlig arbeidsmiljø”. Utleigar er likevel ikkje fritaken for ansvar, i det ”*Primæransvaret for arbeidsmiljøet ligger...hos den arbeidsgiver som en arbeidstaker er ansatt hos*”.⁹⁷

Arbeidsutleige medfører såleis klart nok eit avgrensa arbeidsgjevaransvar for innleigar. Det interessante i høve til denne avhandlinga, er om det ved innleige mellom konsernselskap lettare etablerast felles arbeidsgjevaransvar utover ansvaret etter § 2-2.

Svaret på dette må ta utgangspunkt i at utleigar er formell arbeidsgjevar, og dermed er den som etter aml. § 2-1 er ansvarleg for å etterleve arbeidsmiljølova. Arbeids- og administrasjonsdepartementet har likevel på generelt grunnlag uttrykt at sidan ”...*utleie av arbeidskraft er et trepartsforhold...så er arbeidsgiveransvaret delt*”.⁹⁸ Vidare går det fram av arbeidsmarknadslova § 25 andre ledd at innleigde arbeidstakarar er ”underlagt oppdragsgivers ledelse”.

⁹⁵ Sjø NOU 2010: 1 s. 28

⁹⁶ Regelen gjeld også ansvaret overfor mellom anna sjølvstendige oppdragstakarar.

⁹⁷ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 303

⁹⁸ NOU 1998: 15 punkt 5.1.4.

Sistnemnde regel gjev innleigar instruksjons- og kontrollmyndigheit overfor arbeidstakarane, slik at innleigar har ein lovfest styringsrett. I punkt 5.2.3. vart det slått fast at nettopp utøving av styringsrett og andre arbeidsgjevarfunksjonar er eit vilkår for felles arbeidsgjevaransvar. Tidlegare er dette drøfta under føresetnad av at arbeidstakarane arbeider i dotterselskapet. Når arbeidstakaren derimot er innleigd til morselskapet og utførar arbeid i dette, er det morselskapet som fullt ut organiserar, leiar, kontrollerar og fordelar arbeidet.⁹⁹ Morselskapet utøver såleis heilt sentrale arbeidsgjevarfunksjonar, og styringsrettssynspunkt talar difor for felles arbeidsgjevaransvar også utanfor området for aml. § 2-2.

Det bør likevel merkast at innleigar normalt ikkje kan utøve alle sider av styringsretten. Som nemnd er også tilsetjings- og oppseiingsretten del av arbeidsgjevar sin styringsrett. Ved arbeidsinnleige innan konsern må det i denne relasjon haldast fast ved at det er dotterselskapet som ”har ansatt” arbeidstakaren, jf aml § 1-8 andre ledd. Dermed er det også dette som har kompetanse til å avslutte arbeidsforholdet.¹⁰⁰ Med mindre anna er avtalt¹⁰¹ vil innleigeforholdet dermed ikkje gje morselskapet nokon oppseiingsrett. Ein må altså sjå hen til om det er ut- eller innleigar som har reell mogelegheit til å vere retts- og pliktsubjekt overfor arbeidstakarane. Dette må avhenge av konkret tolking av den enkelte lovregel.¹⁰²

Gjennomgangen i punkt 5.2. viste også at tilknytninga mellom konsernselskapa står sentralt for når felles arbeidsgjevaransvar kan kome på tale. Under dette kan nokså fri flyt av tilsette som nemnd vere eit moment.¹⁰³ Arbeidsinnleige mellom mor- og dotterselskap vil etablere eit ekstra avtaleforhold mellom desse, og særleg ein fast utleigepraksis vil såleis styrke tilknytninga. I tillegg kan det merkast at dersom morselskapet har behov for å leige inn arbeidskraft frå dotterselskap, indikerar dette at morselskapet gjerne driv felles verksemd med dotterselskapet. Også dette viser at koplingane mellom føretaka strekk seg lenger enn til reint

⁹⁹ Samanlikn styringsrettsdefinisjonen i punkt 2.3.

¹⁰⁰ Slik også Dege, 2009 s. 158

¹⁰¹ Eit døme på slik avtale finst i Wärtsilä-saka, Rt. 1990 s. 1126, sjå punkt 4.2.3.1. overfor

¹⁰² Jakhelln, 2000 s. 1250

¹⁰³ Samanlikn note 76

eigarskap. ¹⁰⁴ Det ekstra bindeleddet arbeidsinnleiga dannar mellom konsernselskapa, kan dermed tilseie at det er større grunnlag for felles arbeidsgjevaransvar.

Sist men ikkje minst kan det peikast på at sidan den innleigde faktisk utførar arbeidsoppgåver i morselskapet, liknar forholdet mellom desse i stor grad på eit regulært tilsetjingsforhold. ¹⁰⁵ Av denne grunn får arbeidstakaren gjerne ei grunngeve forventning om at også morselskapet har arbeidsgjevarplikter. Samanhelde med at innleiga skjer i morselskapet si interesse, kan dette tale for at morselskapet sine interesser må vike for omsynet til arbeidstakaren sitt vernebehov, samanlikn punkt 5.2.8.

Sjølv om utleigar som utgangspunkt har arbeidsgjevaransvaret, viser gjennomgangen at arbeidsinnleige kan gje grunnlag for felles arbeidsgjevaransvar. Dette må antakast å ha samanheng med at arbeidsgjevarpliktene må ligge hos den som har høve til å etterleve dei. At arbeidsmiljøpliktene påkvarlar også innleigar, skuldast nettopp at det er denne som faktisk kan kontrollere arbeidsmiljøet. Tilsvarende vil eksempelvis gjelde etterlevinga av arbeidstidsreglane i aml. kapittel 10. ¹⁰⁶

Sideblikket har også vist at arbeidsutleige frå dotter- til morselskap er ein god illustrasjon på relativiteten i arbeidsgjevaromgrepet, og at slik utleige kan medføre at fleire av dei oppstilte vilkår for felles arbeidsgjevaransvar er innfridde. Særleg er det morselskapet si utøving av styringsrett og andre arbeidsgjevarfunksjonar, samt tilknytingsforholdet mellom selskapa som vert vesentleg styrka grunna innleigeforholdet. Det må dermed kunne hevdast at det ved innleige mellom konsernselskap lettare kan etablerast felles arbeidsgjevaransvar også utover det lovfeste ansvaret etter § 2-2.

¹⁰⁴ Sjå punkt 5.2.5.3.

¹⁰⁵ Sjå i denne samanheng Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 304. Departementet meinte at arbeidsgjevar sitt ansvar for innleigde er større enn for sjølvstendige, fordi forholdet mellom innleigar og den innleigde "...*ligner mer på et regulært ansettelsesforhold...*".

¹⁰⁶ Slik også Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 304 med tilvising til EU direktiv 91/383/EØF. Merk også det nye EU-direktivet om bemanningsføretak med implementeringsfrist 5. desember 2011. (direktiv 2008/104/EF)

5.3.2. Utanlandsk rett om felles arbeidsgjevaransvar

Som nemnd i punkt 3.6. kan det også for klarlegginga av norsk rett vere interessant å sjå hen til rettsstilstanden i andre land.

Først vil det kastast eit blikk på dansk rett. I likskap med aml. § 14-6 første ledd bokstav a, krev lov om ansættelsesbeviser § 2 stk 2 nr. 1 at arbeidsavtalen opplyser om ”*Arbejdsgiverens og lønmodtagerens navn og adresse*”.¹⁰⁷ I samband med denne regelen skriv Ruth Nielsen at:

”Man kan spørge, om den angivelse af parterne, som loven ... foreskriver, indebærer, at spørgsmålet, hvem der er arbejdsgiver i koncernansættelsesforhold, hermed er afgjort. Det kan ikke antages. Uanset at kontraktparterne angiver fx et datterselskab som arbejdsgiverpart, kan det tænkes, at diverse arbejdsgiverpligter alligevel kan pålægges moderselskabet. Kontraktens udformning er dog et element, der indgår i den samlede vurdering...” (mi understreking)¹⁰⁸

Også etter dansk rett er det dermed realiteten som er avgjerande for kven som har arbeidsgjevaransvar.¹⁰⁹

På same måte krev også svensk lovgjeving at arbeidsgjevar skriftleg skal informere arbeidstakaren om arbeidsgjevaren sitt namn og adresse, sjå lagen om anställningsskydd § 6 c. Denne gjennomfører EU direktivet om arbeidsgjevar si plikt til å underrette arbeidstakaren om vilkåra for arbeidskontrakten eller tilsetjingsforholdet, direktiv 91/533/EØF, og har som føremål å skape klarleik mellom anna om kven som er arbeidsgjevar.¹¹⁰ I svensk litteratur er det hevda at denne informasjonsplikta berre er ein ordensregel,¹¹¹ noko som kunne tilseie at også andre enn den formelle arbeidsgjevar kan ha arbeidsgjevaransvar. Sverige er også det nordiske landet der ein har gått lengst i retning av særlovgjeving for konsern.¹¹²

¹⁰⁷ Samanlikn punkt 2.2.3.

¹⁰⁸ Jf Nielsen, 2001 s. 261 og Nielsen, 2006 s. 108

¹⁰⁹ Samanlikn punkt 2.2.3. og 2.2.4.

¹¹⁰ Seth, 2009 s. 80

¹¹¹ Adlercreutz og Mulder, 2007 s. 50

¹¹² Bruun m.fl., 1992 s. 19

Trass dette peikast svenske domstolar tradisjonelt ut som relativt restriktive i høve til å utvide arbeidsgjevaransvaret.¹¹³ Svenske forfattarar hevdar såleis nokså kategorisk at i konsernforhold ”...*är arbetsgivaren det bolag (dotterbolag) hos vilket arbetstagaren är anställd, inte moderbolaget*”.¹¹⁴ Dei fleste domsavgjerdene om felles arbeidsgjevaransvar, eller ’ansvarsgennombrott’, har i følgje Seth ”...*gällt dotterbolag med litet kapital som inte bedrivit någon självständig verksamhet och saknat självständigt affärsmässigt syfte*”.¹¹⁵ Der konsernselskapa driv verksemd i fleire land opnast det likevel i større grad for at arbeidstakarar i dotterselskap kan rette krav mot morselskapet.

Arbeidsgjevaransvaret i slike internasjonale konsernforhold drøftast av Seth med utgangspunkt i engelsk rett.¹¹⁶ Ei av sakene Seth nemnar, gjaldt ein britisk statsborgar tilsett i eit namibisk dotterselskap med engelsk morselskap.¹¹⁷ Dotterselskapet dreiv gruvedrift, og arbeidstakaren pådrog seg kreft grunna gruvearbeidet. Han hevda morselskapet hadde fastsett eller gjeve råd om arbeidsmiljøet i gruva på ein slik måte at dette måtte vere ansvarleg overfor han. The House of Lords tillet at saka mot morselskapet vart prøvd i England, men arbeidstakaren tapte til slutt saka.¹¹⁸

Etter dette vesle sideblikket er det på det reine at også utanlandsk rett indikerar at mor- og dotterselskap kan ha felles arbeidsgjevaransvar. Verket ”Koncernarbetsrätt i Norden” inneheld ei meir utførleg framstilling av rettstilstanden i våre naboland. Interessant er at forfattarane meiner at ”...*de faktiska kompetens- och maktförhållandena inom en företagsenhet av koncernstruktur även bör påverka arbetsgivaransvaret och arbetsgivar rättigheterna.*”

Sjølv om forfattarane tek utgangspunkt i at den formelle arbeidsgjevar svarar for alle arbeidsgjevarplikter, visast det til at dersom visse funksjonar de facto forvaltast av ein annan, ”...*kan denna åläggas ett direkt och primärt arbetsgivaransvar för dessa funktioner...*”. Det konkluderast med at ein i konsernforhold ”...*kan ha två eller flera arbetsgivare, vilka bär*

¹¹³ Bruun m.fl., 1992 s. 19

¹¹⁴ Adlercreutz og Mulder, 2007 s. 51

¹¹⁵ Seth, 2009 s. 89-90

¹¹⁶ Sjø Seth, 2009 s. 89, med tilvising til Hepple, 2005 s. 158-164

¹¹⁷ Connely v RTZ Corp plc (1998) AS 854, HL

¹¹⁸ (1999) CLC 533

arbetsgivaransvar till den del de utövar arbetsgivarbefogenheter.”¹¹⁹ Disse synspunkta viser ein klar parallell til analysen av norsk rett om at ansvaret skal plasserast der den faktiske utøvinga av arbeidsgjevarfunksjonane skjer.

6. ENKELTE SÆRLEGE SPØRSMÅL

6.1. Innleiing

Etter gjennomgangen i dei føregåande kapittel er langt frå alle problem som aktualiserast i samband med felles arbeidsgjevaransvar svart på. Difor vil eg no kaste lys over enkelte særlege spørsmål.

6.2. Kan arbeidsgjevaransvaret variere med typen arbeidsgjevarplikt?

Ei av problemstillingane som såleis kan melde seg, er om typen arbeidsgjevarplikt har tyding for ansvars plasseringa. I punkt 5.3.1. kom det fram at ved arbeidsinnleige mellom konsernselskap er utleigar og innleigar sitt ansvar i stor grad prisgjeve kven som har moglegheit til å utøve den aktuelle plikta. Ein konsekvens av dette vert at det har tyding kva for del av arbeidsgjevaransvaret tvisten dreiar seg om. Spørsmålet er om det same gjer seg gjeldande utanfor innleigetilfella.

Her kan det først minnast om at arbeidsgjevaromgrepet er relativt, og at det dels er svært ulike omsyn som ligg bak dei enkelte arbeidsgjevarpliktene. Av denne grunn hevda Konsernutvalget at ”...utstrekningen av arbeidsgiveransvaret vil derfor i prinsippet måtte bero på en tolkning av den enkelte bestemmelse”.¹²⁰ Dette tilseier at utvalet meinte at typen arbeidsgjevarplikt kan spele inn på ansvars plasseringa.

Førearbeida til dagens arbeidsmiljølov er derimot tause på dette punkt. Det må likevel reknast som gjeldande rett at arbeidsgjevaromgrepet er relativt.¹²¹ At lovgjevar ved handsaminga av

¹¹⁹ Bruun m.fl, 1992 s. 18-19

¹²⁰ NOU 1996: 6 punkt 3.4.1.

¹²¹ Slik også Dege, 2009 s. 56 og Jakhelln, 2000 s. 1250

2005-lova let dette passere i stillheit har truleg samanheng med at ein avstod frå å utvide arbeidsgjevaromgrepet, og kan etter mitt skjønn ikkje sjåast som uttrykk for at arbeidsgjevaromgrepet er ein fast storleik.

Når det gjeld rettspraksis, kan det her visast til RG 1998 s. 1415, der byretten meinte høgsterettspraksis må oppfattast som at ”...*en bedrift kan anses som arbeidsgiver i en relasjon, og ikke i en annen.*” Tilvisinga må truleg gjelde Wårtsila-dommen, Rt. 1990 s. 1126, samt andre avgjerder der utviding av arbeidsgjevaromgrepet utanfor konsern er drøfta.¹²² Verken desse, eller domspraksis frå lågare instansar framhevar likevel tydinga av typen arbeidsgjevarplikt.

Det som likevel er klart, er at rettspraksis som har tillagt morselskapet ansvar i hovudsak har omhandla stillingsvernet. Dermed kan det slåast fast at primærarbeidsgjevar sine plikter i høve til stillingsvernet er av slik karakter at dei etter omstenda kan påkvile også andre.

Sjølv om rettskjeldene ikkje direkte gjev dekning for at ansvarsfordelinga avheng av typen arbeidsgjevarplikt, kan det etter mi meining vere gode grunnar for å operere med ein slik nyansering. I høve til arbeidsmiljøspørsmål meiner eg det er grunnlag for å trekkje ein parallell til arbeidsutleige, slik at ansvaret må ligge hos den som har mogelegheit for kontroll og påverknad. Utanom innleigetilfella vil dette normalt vere dotterselskapet, ettersom det er her arbeidstakaren utførar arbeid. Skulle mor- og dotterselskap halde til i same lokale eller liknande, slik at morselskapet har faktisk påverknadsmogelegheit, kan det derimot hevdast å vere grunnlag for felles arbeidsgjevaransvar.

Når det gjed lønsplikta må utgangspunkt takast i det økonomiske skile som elles gjeld mellom konsernselskap, nemleg at desse ikkje svarar for kvarandre sine plikter.¹²³ Når morselskapet ikkje er ansvarleg for eksempelvis eit erstatningskrav tredjeperson har mot dotterselskapet,¹²⁴ er det heller ikkje naturleg at det skal hefte for dotterselskapet sine lønsplikter. At

¹²² Sjø til dømes Rt. 1985 s. 941, Rt. 1992 s. 776, Rt. 1997 s. 623. Sidan avgjerdene ikkje relaterar seg til konsernforhold, vil dei ikkje gjennomgåast nærare her.

¹²³ Sjø nærare Andenæs, 2006 s. 44.

¹²⁴ Bortsett frå ved eventuelt ansvarsgjennombrot, sjå om dette Hagstrøm 2004 s. 92-101

morselskapet i fleire rettsavgjerder er idømt erstatningsansvar overfor arbeidstakaren står ikkje i eit motsetjingsforhold til dette, idet morselskapet i desse sakene har utøvd arbeidsgjevarfunksjonar i ein slik grad at dette har vore erstatningsbetingande. Skulle dette vere tilfelle også for lønsplikta, til dømes ved fast praksis for at løna utbetalast frå morselskapet, må det etter omstenda kunne vere grunnlag for å påleggje også dette ansvar. Normalt må det likevel haldast fast ved at dotterselskapet er eineansvarleg for lønskrava.

Oppsummert er rettskjeldene uklåre i høve til om ansvarsfordelinga kan variere med typen arbeidsgjevarplikt. Mitt syn er at typen arbeidsgjevarplikt i alle fall vil kunne inngå som moment i heilskapsvurderinga.

6.3. Kven kan krevje flytting av arbeidsgjevaransvaret?

Ein naudsynt føresetnad for at morselskapet skal påleggjast arbeidsgjevaransvar for andre enn eigne tilsette, er at nokon krev det. I denne samanheng blir spørsmålet kven som kan framsetje slikt krav; arbeidstakaren, dotterselskapet, eller morselskapet? Problemstillinga er knytt til kven som har vern gjennom eit felles arbeidsgjevaransvar, og er så vidt vitast ikkje særleg handsama i rettskjeldene.

Fokus har hittil vore sentrert kring tilfelle der ein tilsett i eit dotterselskap ønskjer å halde også morselskapet ansvarleg, og etter gjennomgangen synast det klart at arbeidstakaren kan framsetje slike krav. Ettersom det oftast er arbeidstakaren som vil nyte godt av eit felles arbeidsgjevaransvar, er dette naturleg nok også 'normalsituasjonen'. Er morselskapet til dømes økonomisk og sysselsetjingsmessig sett betre stilt enn dotterselskapet, vil det vere ein klar fordel for arbeidstakaren å kunne rette krav også mot morselskapet - til dømes erstatningskrav, eller krav om å bli tilbode anna passande arbeid.

Flyttar ein blikket til morselskapet, må det kunne konstaterast at dette sjeldan vil krevje å reknast som arbeidsgjevar for tilsette i dotterselskapet. Sjølv om arbeidsgjevar sitt ansvar korresponderar med plikter for arbeidstakarane, medfører arbeidsgjevarposisjonen såpass store økonomiske og faktiske byrder at det har forventninga mot seg at eit føretak vil ha arbeidsgjevaransvar for andre enn eigne tilsette.

Skulle morselskapet unntaksvis ønskje å verte rekna som arbeidsgjevar saman med dotterselskapet, kan eg ikkje sjå anna enn at dette må kunne krevjast - sjølv om arbeidstakaren skulle motsetje seg det.¹²⁵ Grunna dei sterke verneomsyn som gjer seg gjeldande, kan det likevel tenkjast at terskelen for felles arbeidsgjevaransvar er høgare dersom morselskapet krev dette mot arbeidstakaren si vilje, enn når arbeidstakaren fremjar slikt krav.

Nok ein tenkeleg situasjon er at dotterselskapet meiner at også morselskapet skal ha arbeidsgjevaransvar. Bakgrunnen kan vere at dotterselskapet må gjennomføre oppseiingar og ikkje har anna passande arbeid å tilby, men veit at morselskapet har slikt arbeid. I slike situasjonar må også dotterselskapet som utgangspunkt vere verna av eit eventuelt felles arbeidsgjevaransvar, og dermed kunne framsetje eit slikt krav.

Annleis kan det derimot stille seg dersom dotterselskapet sin motivasjon for kravet er mindre verneverdig; til dømes å verte kvitt eige ansvar, eller å påleggje dette eit morselskap som er dårlegare stilt. Her kan verneomsyn etter mi meining tilseie at dotterselskapet ikkje kan fremje slikt krav. Likevel vil det solidaransvar som oppstår ved felles arbeidsgjevaransvar bøte på eventuelle skadeverknadar for arbeidstakarane, slik at verneomsyn av den grunn kan få mindre vekt.

6.4. Kan morselskapet påleggje arbeidstakar plikter?

Som motstykke til at morselskapet kan ha arbeidsgjevaransvar overfor tilsette i dotterselskapet, blir det naturleg å spørje seg om dette også går motsett veg. Med andre ord: Kan morselskapet påleggje arbeidstakarane i dotterselskapet plikter?

Også på dette punkt er rettskjeldene i stor grad tause. Utgangspunkt må likevel kunne takast i at det som klarlagt i kapittel 5 er ein føresetnad for felles arbeidsgjevaransvar at morselskapet har utøvd arbeidsgjevarfunksjonar, under dette styringsrett. Grunnlaget for morselskapet sitt ansvar er då nettopp at dette har hatt myndigheit til å påleggje arbeidstakarane visse plikter, til dømes å følgje morselskapet sine instruksar. Dermed er det klart at morselskapet ikkje berre er forplikta overfor arbeidstakarane, men også har rettar overfor desse. Illustrerande er her

¹²⁵ Sjå i denne samanheng omtalen av Rt. 1989 s. 231 i punkt 6.4. nedanfor. Saksforholdet er illustrerande for at eit morselskap kan ha interesse av å reknast som arbeidsgjevar for tilsette i eit dotterselskap.

Wärtsilä-dommen,¹²⁶ der den administrerande direktøren var ”...forpliktet til å følge de direktiver som til enhver tid ble gitt av morselskapets ledelse”.

Ein noko anna situasjon finn vi i Rt. 1989 s. 231, Exploration Logging Norge A/S, der hovudspørsmålet var kva for selskap på arbeidsgjevar sida som var berettiga overfor arbeidstakarane.

Twisten gjaldt tre britiske ingeniørar som fekk avskjed fordi dei ikkje innretta seg etter den internasjonale flytteplikt som var nedfelt i hovudtilsetjingskontraktane ingeniørane hadde inngått med høvesvis Exploration Logging (Services) Limited og Exploration Logging Overseas Inc. Då det vart søkt om arbeidsløyve for ingeniørane i Noreg, vart derimot Exploration Logging Norge A/S oppført som arbeidsgjevar. Ingeniørane hevda difor at berre det norske selskap var deira arbeidsgjevar, og at flytteplikta ikkje gjaldt.

Dette var Høgsterett ikkje samd i. Førstvoterande peika på at angjevinga av arbeidsgjevar i arbeidsløyvesøknaden ”...ikke ble utferdiget med henblikk på kontraktsforholdet mellom partene”. Det faktum at det norske selskapet hadde viktige arbeidsgjevarfunksjonar kunne ikkje hindre at reglane om flytteplikt gjaldt. Høgsterett viste også til behovet for flytteplikt i internasjonale arbeidsforhold, og meinte at ”I denne henseende kan det være mest nærliggende å anse arbeidstakeren som ansatt i gruppen...”.

Domspremissane gjev ikkje eksplisitt uttrykk for at eit mor- og dotterselskap kan ha felles arbeidsgjevaransvar. Som Jakhelln uttrykker det ligg likevel ”...dette underliggende synspunkt som en implisitt forutsetning...og allerede påfølgende år - i Rt-1990-1126 (Wärtsilä-saken) - uttaler Høyesterett dette uttrykkelig, og nettopp under henvisning til avgjørelsen i Rt-1989-231”.¹²⁷

Konklusjonen er at når morselskapet sitt arbeidsgjevaransvar byggjer på at dette har utøvd arbeidsgjevarfunksjonar overfor tilsette i dotterselskapet, har morselskapet i kraft av styringsrettssynspunkt også viss rett til å påleggje arbeidstakarane plikter.

6.5. ”Arbeidsgiver” versus arbeidsgjevaransvar - nokon skilnad?

Hittil har formuleringane ’arbeidsgjevar’ og konstatering av ’arbeidsgjevaransvar’ vorte nytta om kvarandre, utan klare skileliner. Eit spørsmål som i denne samanheng kan reisast er om ein må ha status som ”arbeidsgiver” etter aml. § 1-8 andre ledd for å ha arbeidsgjevaransvar,

¹²⁶ Rt. 1990 s. 1126

¹²⁷ Jakhelln, *Arbeidstakeres rettigheter mot morselskap* s. 85

eller om ein kan påleggjast slikt ansvar utan å vere arbeidsgjevar i lova si tyding. Stilt på ein annan måte er spørsmålet om det er nokon nyanseskilnad mellom å vere "arbeidsgiver" og å ha arbeidsgjevaransvar.¹²⁸

For å svare på dette er det naturleg å vende blikket mot rettspraksis sine tilnærmingar til spørsmålet om felles arbeidsgjevaransvar. Illustrerande er først RG 2004 s. 255 Adresseavisen, der fleirtalet meinte arbeidstakarane "*hadde to arbeidsgivere*" som burde likestillast. Formuleringsmåten tyder på at lagmannsretten rekna begge selskap som "arbeidsgiver" etter aml. § 1-8 andre ledd.

I Wärtsiläsaka, Rt. 1990 s. 1126, gav Høgsterett derimot uttrykk for at arbeidsmiljølova ikkje hindra at mor- og dotterselskap kunne ha "*felles arbeidsgiveransvar*". Her er fokus altså retta mot arbeidsgjevaransvaret, og ikkje arbeidsgjevardefinisjonen, noko som kan tilseie at status som arbeidsgjevar ikkje er ein absolutt føresetnad for å påleggjast arbeidsgjevaransvar.

Domstolane nyttar seg såleis av ulike tilnærmingsmåtar når spørsmålet om felles arbeidsgjevaransvar drøftast. Ut frå dette er det vanskeleg å svare på om det her ligg nokon skilnad, særleg fordi ein skal vere varsam med å leggje for stor vekt på det konkrete ordvalet i domsgrunnane. Det kan likevel vere grunn til å tru at domstolane ville ha presisert det dersom dei meinte at det låg ein klar skilnad mellom å rekne morselskapet som "arbeidsgiver", og å påleggje det arbeidsgjevaransvar.

I tillegg kan det her trekkjast ein parallell til arbeidsutleige, der innleigar som vist utvilsamt kan ha arbeidsgjevaransvar utan at denne dermed er "arbeidsgiver" i lova si tyding. Den mest nærliggande konklusjonen er difor etter mitt syn at det ikkje er nokon nyanseskilnad her. Om ein formulerar spørsmålet som om morselskapet er "arbeidsgiver" for tilsette i dotterselskapet, eller som om også morselskapet har arbeidsgjevaransvar, går dermed ut på eitt.

¹²⁸ Det sjåast her vekk frå personar med arbeidsgjevaransvar etter aml. § 1-8 andre ledd andre punktum.

7. KONKLUSJON OG AVSLUTTANDE REFLEKSJONAR

Gjennomgangen har vist at det på ulovfest grunnlag kan etablerast felles arbeidsgjevaransvar mellom mor- og dotterselskap dersom det føreligg "*særskilt grunnlag*". Analysen har også utdjupa vurderingstemaet slik at det etter mi meining no er mogeleg å framstille dei nærare vilkåra på ein meir nøyaktig og dekkjande måte. Eg vil difor stille opp følgjande slutning i høve til kva som krevjast for at det skal føreligge "*særskilt grunnlag*": ¹²⁹

Vurderingstemaet peikar hen på ei brei heilskapsvurdering og avveging av dei motstående interesser, særleg omsyna til rettsvisse og arbeidstakarvern. Dei sentrale vilkår er i første rekkje at morselskapet må ha utøvd arbeidsgjevarfunksjonar i eit ikkje uvesentleg omfang, og at tilknytninga mellom selskapa må vere klart sterkare enn det som naturleg følgjer av konsernstrukturen. Samanfatta med færre ord føreligg det "*særskilt grunnlag*" dersom dei underliggande forholda utpeikar også morselskapet som reell utøvar av sentrale arbeidsgjevarfunksjonar.

Avslutningsvis ønskjer eg også å gjere nokre refleksjonar kring det faktum at lovgjevar har avstått frå å utvide arbeidsgjevaromgrepet, og dermed frå å lovfeste ein heimel for felles arbeidsgjevaransvar i konsernforhold.

Avhandlinga har i stor grad vore konsentrert kring arbeidstakar si interesse og behov for å rette krav mot morselskapet, og den gjennomgatte rettspraksis gjeld saksforhold der det i større eller mindre grad har vore grunnlag for å hevde at morselskapet reelt sett har framstått som arbeidsgjevar. Det er likevel viktig å ha i minne at dette ikkje er normalsituasjonen, og at ei generell utviding av arbeidsgjevaromgrepet vil få mykje meir vidfamnande og uavklarte konsekvensar enn konstatering av felles arbeidsgjevaransvar i enkelttilfelle.

Eit anna poeng er at dei nemnde domstolsavgjerder har omhandla relativt små konsernforhold. I norsk arbeidsliv finst også ein del større konsern, med mange dotterselskap og dertil fleire arbeidstakarar. På generelt grunnlag må det vere riktig å hevde at dess større forholda er, dess svakare vil tilknytninga og styringa mellom mor- og dotterselskap vere, og dess mindre grunn

¹²⁹ Slutninga gjeld for typetilfellet at også morselskapet reelt har framstått som arbeidsgjevar, samanlikn punkt 4.2.2. og 5.1.

er det til å påleggje morselskapa arbeidsgjevaransvar for tilsette i dotterselskap. Eit automatisk arbeidsgjevaransvar for selskap med ”*bestemmende innflytelse*”,¹³⁰ ville i slike situasjonar kunne få uhaldbare konsekvensar.

For å synleggjere følgjene av ei allmenn utviding av arbeidsgjevaromgrepet, kan ein til dømes sjå hen til Aker Solutions-konsernet, som omfattar over 100 dotterselskap, og vel 20 000 tilsette i 26 land.¹³¹ I konsernforhold av denne storleik seier det seg sjølv at det ville bli ei tung bær å bære for morselskapet om dette hadde arbeidsgjevaransvar for alle tilsette i føretak underlagt sin kontroll. Å etablere ein unntaksregel a la Konsernutvalget sitt forslag¹³² ville heller ikkje bøte særleg på dette, ettersom det ville vere ressurs- og kostnadskrevjande i kvart enkelt tilfelle å sannsynleggjere at ”*bestemmende innflytelse*” ikkje er utøvd. Dette viser etter mi meining at det ligg gode grunnar bak lovgjevar si vegring mot ei generell utviding av arbeidsgjevardefinisjonen.

På den andre sida er det heller ikkje ein heldig rettskjeldesituasjon at lovgjevinga manglar heimel for felles arbeidsgjevaransvar, når både førearbeid og rettspraksis opnar for dette. Ein lovheimel ville spart domstolar og andre rettsbrukarar arbeidet med å gå vegen om førearbeid og rettspraksis, og ville også ha klargjort rettstilstanden. I tillegg har òg lovgjevar slått fast at det er viktig at lova gjev klart svar på kven arbeidsgjevaransvaret påkvilar.¹³³

Eit alternativ kunne ha vore å lovfeste ein heimel for at felles arbeidsgjevaransvar unntaksvis kan kome på tale, men utan at ein utvidar arbeidsgjevaromgrepet i sin allminnelegskap. Denne løysinga ville innebere eit kompromiss mellom dei motstridande interesser, i det den ville ta omsyn til både utgangspunktet om at mor- og dotterselskap er ulike rettssubjekt og arbeidsgjevarar, og til at omstenda unntaksvis likevel kan vere slik at morselskapet ikkje bør vere fritt for ansvar.

¹³⁰ Jf punkt 4.2.1.

¹³¹ <http://www.akersolutions.com/en/Utility-menu/About-us1/Corporate-structure/>

¹³² Sjå punkt 4.2.1.

¹³³ Samanlikn note 85

8. KJELDELISTE

8.1. Lover

Norske lover

Lov 17. juni 2005 nr 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljølova/aml.)

Lov 10. desember 2004 nr 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarknadslova)

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjelova/ asl.)

Lov 13. juni 1997 nr 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjelova)

Lov 21. juni 1985 nr 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapslova)

Lov 4. februar 1983 nr 3 om statens tjenestemenn m.m. (tenestemannslova)

Lov 4. februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljølova/ aml. 1977, oppheva)

Lov 30. mai 1975 nr 18 – Sjømannslov

Lov 13. juni 1969 nr 26 om skadeserstatning (skadeserstatningslova)

Lov 7. desember 1956 nr 2 om arbeidervern (oppheva)

Lov 19. juni 1936 nr 8 om arbeidervern (oppheva)

Lov 5. mai 1927 nr 1 om arbeidstvister (arbeidstvistlova)

Lov 16. februar 1923 nr 1 – Sjømannslov (oppheva)

Lov 18. september 1915 om arbeiderbeskyttelse i industriell virksomhet (oppheva)

Lov 27. juni 1892 om tilsyn med arbeid i fabrikker m.m. (oppheva)

Utanlandske lover

Den danske lov om arbeidsgiverens plikt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet (LBK nr. 1011 af 15/08/2007)

Den svenske lagen om anställningsskydd (LAS, 1982:80)

EU rettsleg lovgjeving

Direktiv 2008/104/EF om vikararbeid (vikarbyrådirektivet)

Direktiv 91/533/EØF om arbeidsgivers plikt til å informere om vilkår i arbeidsforholdet

Direktiv 91/383/EØF om utfylling av de tiltak som forbedrer sikkerheten og helsen på arbeidsplassen for arbeidstakere som har et tidsbegrenset eller midlertidig arbeidsforhold

8.2. Førearbeid

| | |
|---------------------------|---|
| Ot.prp. nr.49 (2004-2005) | Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) |
| Ot.prp. nr.3 (1975-1976) | Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. |
| NOU 2010: 1 | Medvirkning og medbestemmelse i arbeidslivet |
| NOU 2004: 5 | Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst |
| NOU 1998: 15 | Arbeidsformidling og arbeidsleie |
| NOU 1996: 6 | Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v. |

8.3. Rettspraksis

Høgsterettspraksis

Rt. 2001 s. 418

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 1997 s. 623

Rt. 1996 s. 672

Rt. 1993 s. 490

Rt. 1993 s. 345

Rt. 1992 s. 776

Rt. 1991 s. 119

Rt. 1990 s. 1126

Rt. 1990 s. 903

Rt. 1989 s. 231

Rt. 1985 s. 941

Rt. 1937 s. 21

Praksis frå lågare instansar

RG 2004 s. 255 (Frostating)

RG 2002 s. 1551 (Frostating)

LB 2001 s. 1965 (Borgarting)

RG 1998 s. 1415 (Tønsberg byrett)

LE 1992 s. 2881 (Eidsivating)

Sunnmøre herredsrett nr. 01-00866 A (innteke i RG 2002 s. 1551)

Utanlandsk rettspraksis

Connely v RTZ Corp plc (1998) AS 854, HL (England)

(1999) CLC 533 (England)

8.4. Litteratur

Norsk litteratur:

- Andenæs, Mads Henry *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper* (M.H Andenæs, Oslo 2006)
- Andenæs, Mads Henry *Rettskildelære* (M.H. Andenæs, Oslo 1997)
- Dege, Jan Tormod *Den individuelle arbeidsrett del I* (Minerva, Oslo 2009)
- Fougner, Jan m.fl. *Omstilling og nedbemanning, 2. utgave* (Universitetsforlaget, Oslo 2011)
- Fougner, Jan m.fl. *Kollektiv arbeidsrett* (Universitetsforlaget, Oslo 2004)
- Hagstrøm, Viggo
i samarbeid med Magnus Aarbakke *Obligasjonsrett, tredje opplag* (Universitetsforlaget, Oslo 2004)
- Jakhelln, Henning *Arbeidsrettslige Studier bind III* (Universitetsforlaget, Oslo 2000)
- Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten, 4. utgave ajourført andre opplag* (Damm, Oslo 2007)
- Nygaard, Nils *Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgåve* (Universitetsforlaget, Bergen 2004)
- Storeng, Beck og Due Lund *Arbeidslivets spilleregler* (Universitetsforlaget, Oslo 2006)
- Storeng, Beck og Due Lund *Praktisk arbeidsrett, 2. utgave* (Tano Aschehoug, Oslo 1996)

Artiklar:

- Jakhelln, Henning *”Arbeidstakeres rettigheter mot morselskap - med særlig henblikk på de internasjonale forhold”*, Marius 2004 nr 310 s. 75-96 (MARIUS-2004-310)

Utanlandsk litteratur:

- Adlercreutz, Axel,
Bernard Johann Mulder *Svensk arbetsrätt* (Norstedts Juridik, Stockholm 2007)
- Bruun m.fl. *Koncernarbetsrätt i Norden* (Nerenius & Santérus
Förlag, Stockholm 1992)
- Hepple, Bob *Labour Laws and Global Trade* (Hart Publishing, Oxford
and Portland, Oregon 2005)
- Nielsen, Ruth *Lærebog i Arbejdsret*, 8. reviderede udgave (Jurist- og
Økonomforbundets Forlag, København 2001)
- Nielsen, Ruth *Koncernarbejdsret*, 2. rev. udgave (Jurist- og
Økonomforbundets Forlag, København 2006)
- Seth, Torsten *Svensk internationell arbetsrätt* (Studentlitteratur AB,
Lund 2009)

8.5. Andre kjelder

Aker Solutions sine nettsider: <http://www.akersolutions.com/en/Utility-menu/About-us1/Corporate-structure/> (mai 2011)