

Arbeidstakernes tilhørighet ved overdragelse av del av virksomhet⁺

Av Martin Jetlund*

Innholdsoversikt

1 Innledning	296
1.1 Emnet.....	296
1.2 Disposisjon.....	298
2 Rettslige utgangspunkter	299
2.1 Overdrager og erverver kan ikke bestemme tilhørigheten.....	299
2.2 Implementeringen av direktivet i norsk rett.....	299
3 Tilhørighet til enheten som overdras	300
3.1 Vilkåret om ”selvstendig enhet”.....	300
3.2 Vilkåret om at enheten ”beholder sin identitet etter overføringen”.....	303
4 Botzen-dommen	304
4.1 Sakens faktum.....	304
4.2 Generaladvokatens uttalelse.....	305
4.3 Kommisjonens innlegg.....	306
4.4 Domstolens løsning.....	306
4.4.1 Organisatorisk synsvinkel.....	306
4.4.2 Domstolens avgrensning.....	308
4.5 Ulike språkversjoner av dommen.....	309
4.6 Hvordan avgjøre organisatorisk tilknytning?.....	310
5 Arbeidstakernes tilhørighet ved virksomhet uten klare organisatoriske rammer	311
5.1 Problemstilling.....	311
5.2 Tolkningen av Botzen i Storbritannia.....	312
5.3 Prinsipper i andre land.....	315
5.3.1 Danmark.....	315
5.3.2 Sverige.....	316
5.3.3 Tyskland.....	316
5.4 Annen praksis fra EF- og EFTA-domstolene.....	318
5.5 Grunnlag for et funksjonelt kriterium.....	319
6 Hvor strenge krav må det stilles til arbeidstakernes primære tilknytning?	320
6.1 Relativt eller absolutt krav?.....	320
6.2 Formålet med reglene.....	321
6.2.1 Vernehensynet gir ikke klare føringer.....	321
6.2.2 Deler av virksomheten ”opphører”.....	322
6.3 Stilling med annen karakter.....	323
6.4 Valgmulighet for arbeidstakerne ved flere overdragelser.....	324
6.5 Forholdet til ulovfestet valgrett.....	324
6.6 Rettstekniske hensyn.....	325

[forts. s. 296]

* Martin Jetlund (f. 1975) er cand.jur. (UiB 2001) og LL.M. (Nottingham 2000). Han er advokat i Advokatfirmaet Selmer DA. Tidligere har han arbeidet som nasjonal ekspert i Europakommisjonen og som rådgiver i Arbeids- og inkluderingsdepartementet.

+ Fremstillingen er utarbeidet under mitt arbeid som gjesteforsker ved Arbeidsrettsgruppen, Institutt for privatrett, UiO, høsten 2008 og vinteren 2009. Jeg takker professor Stein Evju for god hjelp med arbeidet.

7	Nærmere kriterier for arbeidstakernes tilhørighet – kasuistikk	325
7.1	Arbeidstakere i fellesavdelinger	325
7.1.1	Problemstilling	325
7.1.2	Hva er fellesavdelinger?.....	326
7.1.3	Anvendelse av generaladvokatens krav i <i>Botzen</i>	327
7.2	Virksomhet uten klare organisatoriske rammer – matriseorganisering mv.	329
7.2.1	Problemstilling	329
7.2.2	Momenter for vurderingen av arbeidstakernes tilhørighet	330
a:	Arbeidstid	330
b:	Verdimessig betydning	332
c:	Ordlyden i arbeidsavtalen.....	333
d:	Allokering av utgifter	334
e:	Andre mulige momenter – arbeidssted mv.	334
7.3	Ledelsen	335
7.4	Arbeidstakere i konsern.....	336
7.4.1	Problemstilling	336
7.4.2	Praksis fra Storbritannia.....	337
7.4.3	Nederlandsk sak henvist til EF-domstolen.....	338
7.4.4	Vurderinger etter norsk rett.....	340
7.5	Innleide arbeidstakere.....	341
7.6	Arbeid for flere avdelinger i virksomheten	342
7.6.1	Problemstillinger	342
7.6.2	Mulige løsninger etter norsk rett	343
7.6.3	Anvendelse av prinsipper for nedbemanning?	345
8	Forholdet til arbeidsgivers styringsrett	346
8.1	Problemstilling	346
8.2	Situasjonen på overdragelsestidspunktet	347
8.3	Formålsbetraktninger	348
8.4	Gjennomskjæring ved motiv om omgåelse	350
9	Trepartsforhold	351
9.1	Manglende tilgang til informasjon	351
9.2	Behov for regulering?	351
10	Praktiske konsekvenser	353
10.1	Avtale med arbeidstakerne	353
10.2	Kontraksregulering mellom overdrager og erverver	354
11	Behov for avklaring	356
12	Oppsummering	357
Referanser	358
a)	Litteratur.....	358
b)	Norske forarbeider	360
c)	EF-dokumenter og publikasjoner fra andre land	361
d)	Dommer fra EF-domstolen	362
e)	Dommer fra EFTA-domstolen	362
f)	Dommer fra norske domstoler	363
g)	Dommer fra Employment Appeal Tribunal og Court of Appeal i Storbritannia.....	363

1 Innledning

1.1 Emnet

Arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse gjelder både ved overdragelse av en hel virksomhet og ved overdragelse av en del av en virksomhet. Overdragelse av en del av en virksomhet kan for eksempel foreligge ved salg av rettighetene og produksjonsmidlene til ett eller flere produkter eller ved fisjon etter aksjeloven.

Arbeidstakere som omfattes av en virksomhetsoverdragelse, har som hovedregel rett til å gå over til erverver på uendrede vilkår. Når bare en del av en virksomhet overdras, kan det reises spørsmål om hvilke arbeidstakere som berøres på en slik måte at de har rett til å gå over til erverver. I det følgende skal jeg forsøke å klarlegge kriteriene for dette i norsk rett.

Spørsmålet er ikke løst i ordlyden i arbeidsmiljøloven eller i direktivet om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse,¹ men har vært oppe i EF-domstolens avgjørelse i *Botzen*.² Jeg vil gjennomgå denne dommen og andre EF/EØS-rettslige kilder. Spørsmålet har i liten grad vært oppe i norsk rettspraksis. Jeg går derfor gjennom utenlandsk rett, særlig britisk og tysk, for å illustrere hvordan spørsmålet kan løses etter norsk rett.³ For flere av spørsmålene vil jeg i større grad foreslå mulige løsninger og momenter for norsk rett, enn å gi klare konklusjoner *de lege lata*.⁴

EF-domstolen kom i *Botzen* frem til at det avgjørende kriteriet for om arbeidstakerne har rett til ansettelse hos erverver, er hvilken del av virksomheten de tilhører. For at reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven skal komme til anvendelse, må denne delen av virksomheten utgjøre en "selvstendig enhet" som beholder sin identitet etter overføringen. I det følgende vil spørsmålet om arbeidstakerne har rett til ansettelse hos erverver, omtales som et spørsmål om "tilknytning" eller "tilhørighet" ved virksomhetsoverdragelse.

¹ Rådskdirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter, senere bare omtalt som "direktivet".

² Sak 186/83 *Arie Botzen mfl. v Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV* [1985] EFD 519.

³ På grunn av utstrakt henvisning til britisk rettspraksis vil det bli vist til den engelskspråklige versjonen av *Botzen* for å sikre konsekvent begrepsbruk.

⁴ Rettspraksis fra andre EU/EØS-land har særlig interesse når det er tale om regler basert på et direktiv. Høyesterett har for eksempel vist til praksis fra den svenske Arbetsdomstolen i vurderingen av om identitetsvilkåret ved virksomhetsoverdragelse var oppfylt, jf. Rt. 2001 s. 248 (*Olderdalen ambulansse*) (258-259).

1.2 *Disposisjon*

Jeg vil først gjennomgå hva som kan utledes av *Botzen* og hvilke generelle prinsipper som må benyttes for å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet ved virksomhetsoverdragelse.

Deretter gjennomgår jeg kriteriene for arbeidstakernes tilhørighet ved ulike former for organisering av virksomheten og ansettelsesforholdet. I mange tilfeller vil organiseringen av virksomheten innebære at spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet ikke er problematisk. Jeg vil særlig behandle to tilfeller hvor det kan oppstå problemer.

Det *første* tilfellet er hvor det er arbeidstakere i fellesavdelinger som arbeider utelukkende, eller tilnærmet utelukkende, for et spesielt område i virksomheten. Et eksempel er en regnskapsmedarbeider som utelukkende arbeider med et bestemt forretningsområde i virksomheten. Erverver overtar gjerne hele produksjonsavdelinger, og har bare behov for enkelte arbeidstakere fra fellesavdelingene. Det viktigste ved behandlingen av dette tilfellet blir å analysere hva som kan utledes av *Botzen*.

Det *andre* tilfellet er hvor det er arbeidstakere i virksomheter uten avdelinger og klare organisatoriske rammer. Det kan for eksempel være tilfellet i en matriseorganisasjon. I en matriseorganisasjon tilhører arbeidstakerne en basisenhet, for eksempel en salgsfunksjon, og betjener ulike prosjekter i virksomheten gjennom denne funksjonen. Ofte vil arbeidstakerne ha et dobbelt lederskap, en leder i den sentrale funksjonen og en leder i det enkelte prosjektet. I forhold til en hierarkisk organisasjon, med linjeledelse og avdelinger, gjør denne organiseringen det vanskeligere å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet når en del av virksomheten overdras. Organisasjonskartet vil som regel ikke gi noe svar på hvilken del av virksomheten arbeidstakerne tilhører.

Deretter gjennomgår jeg spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet i forhold til ledelsen, arbeidstakere i konsern, innleide arbeidstakere og tilfeller når arbeidstakere arbeider for flere avdelinger. Fremstillingen er ikke ment å være uttømmende. Organiseringen av virksomheten og den enkeltes ansettelsesforhold varierer i stor grad, slik at det kan være flere andre tilfeller som er interessante.

Til slutt tar jeg opp enkelte tilknyttede problemstillinger. Dette gjelder hvorvidt reglene setter grenser for arbeidsgivers styringsrett i

forkant av overføringen, særskilte utfordringer ved overføring av en posisjon som oppdragstaker (trepartsforhold) og praktiske konsekvenser for blant annet avtalereguleringen mellom overdrager og erverver.

2 Rettslige utgangspunkter

2.1 Overdrager og erverver kan ikke bestemme tilhørigheten

Verken direktivet eller arbeidsmiljøloven regulerer spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet ved virksomhetsoverdragelse. Spørsmålet ble berørt i forbindelse med vedtakelsen av forløperen til direktivet, direktiv 77/187/EØF.

Kommisjonen fremhevet i forslaget til direktiv 77/187/EØF at dets formål var å hindre avtaler mellom overdrager og erverver om å ekskludere ansettelsesforhold fra overdragelsen. Det fremgikk av forslaget at slike avtaler var ugyldige.⁵

Rådet fulgte opp dette og uttalte i en erklæring at det er overdrager og erverver som avgjør hvilken del av virksomheten, med tilhørende arbeidstakere, som overføres.⁶ Denne delen av erklæringen beskriver *faktiske forhold* og avtaleinngåelsen mellom partene. Rådet fortsetter erklæringen med å uttale at denne avtaleinngåelsen ikke berører arbeidstakernes muligheter for å gjøre rettslige innsigelser mot det partene avtaler om deres tilhørighet. Arbeidstakernes tilhørighet ved virksomhetsoverdragelse anerkjennes dermed som et rettslig spørsmål av preseptorisk karakter. Rådets erklæring gir imidlertid ikke anvisning på noen rettslige prinsipper for å avgjøre spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet.

2.2 Implementeringen av direktivet i norsk rett

Direktivet ble implementert i arbeidsmiljøloven fra 1977⁷ ved et nytt kapittel XII A. Implementeringen skjedde i forbindelse med inngå-

⁵ COM (74) 351 Final/2, Proposal for a directive of the Council on harmonisation of the legislation of Member States on the retention of the rights and advantages of employees in the case of mergers, takeovers and amalgamations.

⁶ R/212/77 (SOC 32) av 10. februar 1977.

⁷ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar 1977 nr. 4.

elsen av EØS-avtalen. *Botzen* var da avsagt, og spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet ved virksomhetsoverdragelse var kjent for lovgiver ved implementeringen. I forarbeidene til det nye kapitlet i arbeidsmiljøloven fra 1977 tas spørsmålet opp:

”Det bør videre understrekes at dersom en del av en virksomhet overdras, får de foreslåtte bestemmelser anvendelse for de arbeidstakere som er knyttet til den aktuelle delen. Det kan være vanskelig å avgrense denne gruppen. Det avgjørende må være hvor arbeidstakerne *primært* har hatt sin tilknytning, og hvor det derfor er *mest naturlig at vedkommende fortsetter*” (mine uthevninger).⁸

Etter å ha angitt at det avgjørende må være hvor arbeidstakerne *primært* har hatt sin tilknytning, og hvor det er mest naturlig at de fortsetter, viser forarbeidene til *Botzen*:

”I *Botzen*-saken (sak 186/83) la EF-domstolen som avgjørende kriterium vekt på om den avdeling arbeidstakerne var tilknyttet, og som fra et organisatorisk synspunkt dannet rammen om deres arbeidsforhold, ble overført eller ikke.”⁹

Forarbeidene kommer med anvisning på et kriterium om primær tilknytning for å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet. Samtidig viser forarbeidene til *Botzen*. Etter å ha klarlagt innholdet i *Botzen* i kapittel 4 vil jeg avklare den nærmere betydningen av uttalelsene i forarbeidene i kapittel 5.

3 Tilhørighet til enheten som overdras

3.1 Vilkåret om ”selvstendig enhet”

Hvilke arbeidstakere som har rett til å gå over til erverver, må etter forarbeidene og *Botzen* avgjøres ut fra tilhørigheten til den delen av virksomheten som overdras. For at reglene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse, må denne delen utgjøre en ”selvstendig enhet”.¹⁰

⁸ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 32.

⁹ Ibid.

¹⁰ Vilkåret ”selvstendig enhet” i arbeidsmiljøloven § 16-1 blir gjerne tolket som et vilkår om ”selvstendig økonomisk enhet” i lys av ordlyden i direktivet. I artikkelen vil det bli henvist til ordlyden for klart å kunne skille vilkårene i loven og direktivet fra hverandre.

Spørsmålet om hvilke arbeidstakere som omfattes av overdragelsen, må besvares i to steg, jf. EF-domstolens vurderinger i *Rask*.¹¹ Først må den "selvstendige enheten" som overdras, identifiseres. Deretter må det avgjøres hvilke arbeidstakere som har tilstrekkelig tilknytning til denne enheten.

Høyesterett og EF- og EFTA-domstolene har lagt til grunn en vid forståelse av begrepene "selvstendig enhet" i første ledd i § 16-1 i arbeidsmiljøloven og "økonomisk enhet" i direktivets artikkel 1 nr. 1 (b).

I saken *Rasmussen*¹² for EFTA-domstolen var det spørsmål om det var en virksomhetsoverdragelse etter direktivet når Total E&P Norge AS inngikk avtale om at Aker Offshore Partner AS skulle utføre vedlikeholds- og støttefunksjoner på gassfeltet Frigg. Total E&P Norge AS hadde tidligere håndtert disse funksjonene selv. Arbeidstakerne innen produksjon og vedlikehold/støtte hadde arbeidet i en integrert og teambasert driftsorganisasjon.

EFTA-domstolen kom til at anvendelsen av direktivet ikke var utelukket når ulike funksjoner ble utøvd i samme team. Domstolen bemerket at en organisering i team, i motsetning til en organisering i formelt avgrensede avdelinger, kan gjøre det vanskeligere å identifisere enheten som overføres. Det ble imidlertid fremhevet at valg av organisasjonsstruktur ikke i seg selv kan gjøre direktivet uanvendelig.¹³ Som *Barrett* 2005 (s.1069) bemerker, er denne argumentasjonen overbevisende. I motsatt tilfelle ville overdrager kunne omgå reglene ved egen organisering.

Holo 2006 (s. 885) anfører at det ved bedømmelsen av om kravet til organisasjon er oppfylt, kan være praktisk å ta utgangspunkt i organisasjonskartet eller andre strukturelle beskrivelser av virksomheten. Dette er imidlertid ikke avgjørende for den rettslige bedømmelsen. Ifølge *Rasmussen* kan det ikke oppstilles noe krav om at funksjonen

¹¹ Sak C-209/91 *Anne Watson Rask og Kirsten Christensen v Iss Kantineservice A/S* [1992] EFD I-5755, avsnitt 16.

¹² Sak E-2/04 *Reidar Rasmussen, Jan Rossavik og Johan Källdman v Total E&P Norge AS, v/styrets formann* [2004] EFTA CR 57.

¹³ Avsnitt 34.

skal utgjøre en samlet enhet, som illustreres ved en egen ”boks” på organisasjonskartet.

Den vide forståelsen av vilkåret ”selvstendig enhet”, som også kan utgjøre funksjoner i virksomheter uten klare organisatoriske rammer, gjør spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet vanskeligere. Dersom vilkåret ”selvstendig enhet” hadde vært definert klarere og snevrere, ville det vært lettere å avgjøre hvilke arbeidstakere som tilhører enheten som overdras.

EF-domstolen vurderte identitetsvilkåret i *Klarenberg*.¹⁴ Domstolen kom frem til at direktivet også gjelder hvor enheten som overføres ikke bevarer sin organisatoriske uavhengighet hos erverver. Forutsetningen er at den funksjonelle forbindelsen mellom de ulike overførte innsatsfaktorene opprettholdes, og at denne forbindelsen gjør det mulig for erverver å anvende innsatsfaktorene til å fortsette den samme, eller tilsvarende, økonomiske aktiviteten.¹⁵ I dette tilfellet ser domstolen på organiseringen hos erverver, etter overdragelsen, og ikke hos overdrager. Det har likevel overføringsverdi til vurderingen her. Domstolen er formålsorientert i sin forståelse av identitetsvilkåret. Det gir grunn til å tro at EF-domstolen ikke vil tolke vilkåret om ”økonomisk enhet” snevrere i nærmeste fremtid.

Utgangspunktet er klart. Arbeidstakernes tilhørighet må vurderes opp mot den identifiserte enheten som overdras. Kravet om ”økonomisk enhet” er imidlertid i EF-domstolens dommer i *Süzen*¹⁶ og *Temco*¹⁷ blitt forstått slik at det kreves en organisert helhet av *personer* og aktiva som gjør det mulig å utøve en økonomisk virksomhet med et selvstendig formål. Tolkningen av vilkåret om ”økonomisk enhet” forutsetter dermed at det er arbeidstakere som tilhører denne delen. Det kan derfor synes som et sirkelresonnement å vurdere arbeidstakernes tilhørighet til denne delen i etterkant. De to spørsmålene må

¹⁴ Sak C-466/07 *Dietmar Klarenberg v Ferrotron Technologies GmbH*, dom av 12. februar 2009, [2009] EFD I-00000.

¹⁵ Avsnitt 47-48 og svaret på det henviste spørsmålet.

¹⁶ Sak C-13/95 *Ayşe Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice* [1997] I-1259, avsnitt 13.

¹⁷ Sak C-51/00 *Temco Services Industries SA v Samir Imzilyen mfl.* [2002] EFD I-969, avsnitt 23.

ses i sammenheng.¹⁸ I praksis vil det ofte være slik at det er flere arbeidstakere som klart kan sies å tilhøre enheten som overdras, og at det bare er enkelte grupper av arbeidstakere hvor spørsmålet om tilhørighet er problematisk.

3.2 *Vilkåret om at enheten "beholder sin identitet etter overføringen"*

Spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet har også en side til vilkåret i arbeidsmiljøloven § 16-1 om at enheten som overføres, må beholde sin "identitet etter overføringen". I likhet med vilkåret om "selvstendig enhet" er dette et av grunnvilkårene for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand. Hvorvidt identiteten er i behold beror på en helhetsvurdering hvor flere momenter er bestemmende.¹⁹ Momentenes vekt i helhetsvurderingen avhenger av type virksomhet. Det avgjørende er hvilken innsatsfaktor, eller innsatsfaktorer, som i hovedsak karakteriserer virksomheten.

Holo 2006 (s. 891) omtaler vilkåret om identitet ved å si at "... den overførte substans [må] være av den art som karakteriserer den virksomhet som overdrageren utøvde", og at "... en vesentlig eller betydelig del av denne substansen overføres". Dersom virksomheten karakteriseres ved dens personale, for eksempel et konsulentfirma, stilles det krav om at en vesentlig eller betydelig del av arbeidstakerne overføres.

I Rt. 2006 s. 71 (*SAS/Braathens*) kom førstvoterende til at virksomheten som ble overført, "ground-handling"-tjenester, ikke kunne karakteriseres ved en enkelt innsatsfaktor.²⁰ Han vektla at det ble overtatt "... en ikke ubetydelig andel av de ansatte i Braathens' bakketjenester ..." når han kom til at virksomhetens identitet var i behold etter overføringen.²¹ For virksomheter som er karakteriserte både ved arbeidstakere og ved andre innsatsfaktorer, sammensatte

¹⁸ Se blant annet EFTA-domstolens sak E-2/95 *Eilert Eidesund v Stavanger Catering AS* [1995-1996] EFTA CR 1 som det er vist til i kapittel 5.4 nedenfor.

¹⁹ Se blant annet sak 24/85 *Jozef Maria Antonius Spijkers v Gebroeders Benedik Abbatoir CV og Alfred Benedik en Zonen BV* [1986] EFD I-1119, avsnitt 13.

²⁰ Avsnitt 86.

²¹ Avsnitt 92.

virksomheter,²² vil det ikke nødvendigvis være samme krav til overføring av arbeidstakere, jf. ”... en ikke ubetydelig andel ...”.

Hvor mange arbeidstakere som overføres med enheten, kan altså være bestemmende for om identiteten til enheten er i behold etter overføringen. For å kunne vurdere om et tilstrekkelig antall arbeidstakere overføres, må man først ta stilling til hvor mange arbeidstakere som tilhører enheten hos overdrager. Først når antall arbeidstakere i enheten hos overdrager er klart, kan man vurdere om et tilstrekkelig antall av disse er overført til at identiteten er bevart.

I likhet med det vi så i kapittel 3.1 er det nødvendig å ta stilling til spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet allerede ved vurderingen av om det foreligger en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand. Spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet får betydning for både vilkårs- og virkningssiden av reglene om virksomhetsoverdragelse.

4 Botzen-dommen

4.1 Sakens faktum

I EF-domstolens avgjørelse i *Botzen* gikk selskapet Rotterdamsche Droogdok Maatschappij Heijplaat BV (RDM) konkurs. Det ble opprettet et nytt selskap med nesten tilsvarende navn, Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV (nye RDM). Nye RDM overtok avdelingene, med alle arbeidstakerne, som arbeidet med skip, maskinbygging, tungt maskineri og turbiner.

Nye RDM overtok bare enkelte arbeidstakere fra de administrative avdelingene i RDM, og ikke avdelingene som sådan. Arbeidstakerne som ikke ble overført, ble sagt opp av administratorene for det insolvente RDM. Arie Botzen var en av arbeidstakerne som ble sagt opp. Botzen krevde ansettelse i nye RDM for nederlandske domstoler.

En domstol i Rotterdam forela følgende to spørsmål til EF-domstolen vedrørende arbeidstakernes tilhørighet etter artikkel 234 i EF-traktaten (daværende artikkel 177):²³

²² Jf. *Moland* 2009 (s. 63).

²³ Den nederlandske domstolen forela også et spørsmål om direktivets anvendelse i konkurs, angitt som spørsmål nr. 1.

“(2) Does the scope of the Directive extend to the rights conferred upon and the obligations imposed upon the transferor by contracts of employment which exist at the date of transfer and which are made with employees whose duties are not performed exclusively with the aid of assets which belong to the transferred part of the undertaking?”

(3) Does the scope of the Directive extend to the rights conferred upon and the obligations imposed upon the transferor by contracts of employment which exist at the time of transfer and which are made with employees who are employed in an administrative department of the undertaking (for example, general management services, personnel matters, etc.), where that administrative department carried out duties for the benefit of the transferred part of the undertaking but has not itself been transferred?”²⁴

Nye RDM argumenterte for at det avgjørende kriteriet for arbeidstakernes tilhørighet er om arbeidstakerne arbeider ”full-time or substantially full-time” i den delen av virksomheten som blir overdratt. De som bare delvis er engasjerte for å utføre oppgaver for den delen av virksomheten som blir overdratt, er ifølge nye RDM ikke beskyttet av direktivet.

4.2 Generaladvokatens uttalelse

Generaladvokaten, Sir Gordon Slynn, oppstilte en generell og positiv rettsregel for å løse spørsmålet om arbeidstakerne anses omfattet av virksomhetsoverdragelsen. Det avgjørende for generaladvokaten var hvor arbeidstakerne reelt sett utfører arbeidet, uavhengig av organisatorisk tilknytning:

”Once it is decided as a fact that part of the business is transferred, then those workers who during their working hours are *wholly engaged* in that part are entitled to rely on the terms of the Directive” (mine uthevninger).

Selv om en arbeidstaker ikke formelt er ansatt i den avdelingen som blir overdratt, ville arbeidstakeren ifølge generaladvokaten være omfattet av overdragelsen dersom han arbeider fullt ut for den avdelingen som blir overdratt og med bare ubetydelige (*de minimis*) arbeidsoppgaver for andre avdelinger:

”The only exception I would admit to the requirement that an employee must be ”wholly” engaged in that part of the business would be where an employee

²⁴ Avsnitt 7.

was required to perform other duties to an extent which could fairly be described as *de minimis*. On the other hand, if a worker in fact is engaged in the activities of the whole business or in several parts then he cannot be regarded for the purpose of the Directive as an employee “of” the part of the business transferred.”

Generaladvokaten ville ikke se på det organisatoriske rammeverket for arbeidsforholdet, men i hvilken del arbeidstakeren reelt sett utfører arbeidet. Han ga et eksempel med en lønnsmedarbeider som arbeider i en administrativ avdeling. Generaladvokaten kom til at lønnsmedarbeideren ikke ville være omfattet av direktivet dersom han arbeider fullt ut for den overførte delen av virksomheten.

Generaladvokatens uttalelse i saken hadde dermed flere likhetstrekk med anførselene til nye RDM om at arbeidstakerne må jobbe full tid, eller tilnærmet full tid, for enheten som blir overført.

4.3 *Kommisjonens innlegg*

Kommisjonen ga innlegg i saken og anførte at det avgjørende kriterium måtte være hvilken avdeling arbeidstakerne er tilknyttet ut fra et organisatorisk synspunkt:

“On the other hand, the Commission considers that the only decisive criterion regarding the transfer of employees’ rights and obligations is whether or not a transfer takes place of the department to which they were assigned and which formed the *organizational framework* within which their employment relationship took effect” (mine uthevinger).²⁵

Kommisjonen mente at det eneste avgjørende kriteriet er arbeidstakernes organisatoriske tilknytning. Forskjellen i synspunktene til nye RDM og Kommisjonen fremheves ved at Kommisjonens synspunkt innledes med ”On the other hand” etter gjengivelsen av synspunktet til nye RDM.

4.4 *Domstolens løsning*

4.4.1 Organisatorisk synsvinkel

EF-domstolen sluttet seg til Kommisjonens standpunkt:

”The Commission’s view must be upheld. An employment relationship is essentially characterized by the link existing between the employee and the

²⁵ Avsnitt 14.

part of the undertaking or business to which he is *assigned* to carry out his duties” (min utheving).²⁶

Domstolen fortsatte med å si at det for å løse spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet er nødvendig å fastsette til hvilken del av virksomheten arbeidstakerne er ”assigned”.

EF-domstolen la dermed en *organisatorisk* synsvinkel til grunn. Her er det viktig at premissene leses i sammenheng, slik at det fremgår hva domstolen sa seg enig i ved henvisningen til Kommisjonens innlegg.

Botzen og de syv andre som var blitt sagt opp, var organisatorisk plasserte i administrasjonsavdelinger.²⁷ Disse avdelingene ble ikke overført til det nye selskapet. Etter domstolens synspunkt ble de dermed ikke ansett for å være omfattet av direktivet.

Domstolen tok en *negativ* innfallsvinkel. Den tok bare stilling til de konkrete spørsmålene knyttet til om de aktuelle arbeidstakerne hadde rett til ansettelse hos nye RDM. I motsetning til generaladvokaten ønsket ikke EF-domstolen å utforme en generell regel for å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet. På denne måten slapp domstolen å ta stilling til de mer kompliserte problemstillingene som generaladvokaten hadde tatt opp.

Domstolen viste ikke til generaladvokatens uttalelse i sine premisser. Det er likevel klart at uttalelsen er en relevant rettskildfaktor for spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet.

Sejersted mfl. 2004 (s. 215) og *Craig og de Búrca* 2008 (s. 70) har i forhold til alminnelig rettskildelære i EF/EØS-retten uttalt at generaladvokatens uttalelser kan belyse domstolens premisser. I dette tilfellet gjelder det ikke minst faktum i saken. *Steiner mfl.* 2006 (s. 36) hevder at generaladvokatens uttalelser kan bli benyttet som en autoritativ kilde i senere saker, selv om domstolen ikke følger uttalelsene i den foreliggende saken. Selv om *Bull* 2002 (s. 75-76) påpeker at generaladvokatens detaljerte utlegninger ikke kan innfortolkes i domspremissene, fremhever også han at uttalelsene kan leses som et særdeles velinformerte innlegg i den rettsvitenskapelige debatt.

²⁶ Avsnitt 15.

²⁷ Generaladvokaten omtaler avdelingene som ”... general departments ... such as personnel, porters service, general maintenance, despatch and the General Operations Office for Off-shore and Heavy Machinery”.

Generaladvokatens uttalelse gir blant annet verdifulle innspill om hvilke hensyn som gjør seg gjeldende når det skal oppstilles en generell og positiv regel for å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet.

Jeg kommer tilbake til generaladvokatens uttalelse, både når jeg drøfter hvor strenge krav som må stilles til arbeidstakernes primære tilknytning i kapittel 6, og ved behandlingen av konkrete problemstillinger i kapittel 7.

4.4.2 Domstolens avgrensning

EF-domstolen foretok en avgrensning i forhold til de forelagte spørsmålene. Svaret på spørsmålene om arbeidstakernes tilhørighet var som følger:

”Article 3 (1) of Directive No 77/187 must be interpreted as not covering the transferor’s rights and obligations arising from a contract of employment or an employment relationship existing on the date of the transfer and entered into with the employees who, although not employed in the transferred part of the undertaking, performed *certain duties* which involved the use of assets assigned to the part transferred or who, whilst being employed in an administrative department of the undertaking which has not itself been transferred, carried out *certain duties* for the benefit of the part transferred” (mine uthevinger).²⁸

Spørsmålene domstolen var blitt forelagt, gjaldt ikke med konkrete begrensninger av hvor mye arbeidstakeren hadde arbeidet for den delen av virksomheten som ble overdratt. I svaret uttalte EF-domstolen seg imidlertid bare om tilfeller hvor det utføres *visse oppgaver* for enheten som overføres.

Botzen sa ikke noe om hva som vil være utfallet dersom arbeidstakeren utfører mer enn ”visse oppgaver” for andre deler av virksomheten enn den han organisatorisk tilhører. Problemstillingen er om det skal legges en like streng norm til grunn som den generaladvokaten bygde på, med krav om at arbeidstakeren bare kan ha *de minimis* oppgaver for andre deler av virksomheten enn den som overføres. Jeg kommer tilbake til dette i kapittel 7.1.

²⁸ Avsnitt 16, jf. også domstolens forståelse av spørsmål nr. 2 og 3 angitt i avsnitt 11.

4.5 Ulike språkversjoner av dommen

Vi har sett at *Botzen* stiller krav om organisatorisk tilknytning for at arbeidstakerne skal ha rett til ansettelse hos erverver ved virksomhetsoverdragelse. Premissene er både kortfattede og vanskelige å tolke. For å forsøke å kaste lys over dommen skal jeg se på andre språklige versjoner av dommen enn bare den engelske.

EF-domstolens avgjørelser publiseres på medlemsstatenes språk, men det er bare versjonen på prosessspråket som er autentisk. Ved tolkningsuttalelser etter EF-traktatens artikkel 234, slik det var i dette tilfellet, følger prosessspråket språket til domstolen som henviser saken til EF-domstolen.²⁹ Slik *Sejersted mfl.* 2004 (s. 215) angir, foregår forhandlingene mellom dommerne og utarbeidelsen av domspremissene gjerne på fransk, som er arbeidsspråket ved EF-domstolen.

I den franske versjonen av dommen fremgår det som følger: "... il suffit donc d'établir a quelle partie de l'entreprise ou de l'établissement le travailleur en cause se trouvait affecté."³⁰

På norsk kan dette oversettes på følgende måte: "... det er dermed tilstrekkelig å finne frem til i hvilken del av selskapet eller virksomheten arbeidstakeren utførte arbeidet."

På lik linje med den engelske versjonen vises det ikke her direkte til organisatorisk tilknytning. I gjengivelsen av Kommisjonens synspunkt i avsnitt 14 heter det at den delen som må overdras er: "... le service auquel ils étaient affectés et dans le cadre duquel se concrétisait, du point de vue de l'organisation, leur relation de travail, ...".

På norsk kan dette oversettes på følgende måte: "... avdelingen hvor arbeidet ble utført og som ut fra et organisatorisk synspunkt dannet rammen om arbeidsforholdet, ...".

I den danske versjonen av *Botzen* brukes ordlyden "ansat i", selv om også andre uttrykk brukes der den engelske versjonen bruker ordlyden "assigned".

²⁹ Se artikkel 29 til 31 i "Rules of Procedure of the Court of Justice of the European Communities" av 19. juni 1991 med senere endringer. Det foreligger en konsolidert versjon av regelverket, av 1. mars 2009, på EF-domstolens hjemmeside.

³⁰ Avsnitt 15.

Den danske versjonen av *Botzen* bruker tre ulike uttrykk for det engelske begrepet "assigned". I avsnitt 15 i dommen fremgår det først at "Arbejdsforholdet er nemlig i alt væsentligt karakteriseret ved den tilknytning, arbejdstageren har til den del af virksomheden eller bedriften, ved hvilken han er *placeret for at udøve sit hverv*." På slutten av avsnittet fremgår det imidlertid at det er "... tilstrækkeligt at fastslå, hvilken del af virksomheden eller bedriften den pågældende arbejdstager var *ansat i*." I avsnitt 14, som angir Kommisjonens uttalelse, er "assigned" angitt som "*tilknyttet*" (mine uthevinger).

Et begrep som "ansat i" gir i seg selv liten veiledning til vurderingen. Det fremgår også i den danske versjonen at EF-domstolen klart viser til Kommisjonens innlegg ved at "Kommissionens synspunkt tiltrædes."³¹ Vi ser dermed at både den franske, danske og engelske versjonen gjør det klart at det er organisatorisk tilknytning som er bestemmende for spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet.

4.6 *Hvordan avgjøre organisatorisk tilknytning?*

Premissene i *Botzen* gir ikke nærmere holdepunkter for hvordan vi i praksis skal avgjøre organisatorisk tilknytning.

Forutsetningen for anvendelsen av dette prinsippet er imidlertid først at den aktuelle virksomheten har en organisasjon med klare organisatoriske rammer, typisk en hierarkisk organisasjon inndelt i avdelinger. Deretter må det vurderes om det er klart hvor de aktuelle arbeidstakerne er plassert i det organisatoriske rammeverket når de utfører sine arbeidsoppgaver. Hvor arbeidstakerne er plassert, vil blant annet kunne være bestemt av ordlyden i arbeidsavtalen og organisasjonskartet i virksomheten. Dette er et faktisk spørsmål hvor det vil kunne være mange variasjoner i organiseringen i forskjellige virksomheter.

Dersom det ikke er klart hvor de aktuelle arbeidstakerne organisatorisk skal plasseres, vil prinsippet i *Botzen* ikke gi hjelp til vurderingen av arbeidstakernes tilhørighet. Ved matriseorganisering og teamarbeid, som i *Rasmussen*, er for eksempel ikke premissene i *Botzen* anvendelige. Det er dermed nødvendig å se på hvilket prinsipp som er avgjørende for arbeidstakernes tilhørighet når det ikke er klare organisatoriske rammer i virksomheten.

³¹ Ibid.

5 Arbeidstakernes tilhørighet ved virksomhet uten klare organisatoriske rammer

5.1 Problemstilling

Som det fremgår i kapittel 2.2 er det uttalelser i forarbeidene ved implementeringen av direktivet i norsk rett som gir anvisning på et krav om primær tilknytning. Uttalelsene i forarbeidene om primær tilknytning taler for en mer pragmatisk tilnærming til spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet enn i *Botzen*. Det avgjørende synes å være hvor arbeidstakerne *reelt* sett arbeider, og ikke hvor de *formelt* er plasserte.

Spørsmålet er om et krav om primær tilknytning kan anvendes i tilfeller hvor det ikke foreligger klare organisatoriske rammer i virksomheten. Dette vil løse spørsmålet om mulig motstrid mellom et kriterium om primær/reell tilknytning og et kriterium om organisatorisk/formell tilknytning når forarbeidene både uttaler seg om et krav til primær tilknytning og viser til *Botzen*.

Sejersted mfl. 2004 (s. 193-194) argumenterer for at de norske forarbeidene til gjennomføringslovgivning generelt må tillegges mindre vekt enn forarbeidene til annen norsk rett. De anfører at det må være unntak fra dette når direktivene gir anvisning på et nasjonalt spillerom ved gjennomføringen. Selv om spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet ikke er regulert i direktivet, forelå det en dom fra EF-domstolen ved implementeringen. Om spørsmålet om motstrid hadde kommet på spissen, kunne det vært argumentert for at uttalelsene i forarbeidene skulle vært tillagt mindre vekt, også fordi det kan virke som om forarbeidenes tolkning av *Botzen* er for enkel.

Jeg vil angripe problemstillingen i to trinn.

Først vil jeg se om det er støtte i andre rettskildefaktorer enn forarbeidene for et kriterium om primær tilknytning. I den forbindelse vil jeg både se på hvordan spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet er løst i enkelte andre land og gå gjennom annen praksis fra EF- og EFTA-domstolene. Formålet er å finne et funksjonelt kriterium å anvende når det ikke foreligger klare organisatoriske rammer i virksomheten.

Etter å ha avklart om det er grunnlag for å oppstille et funksjonelt kriterium om primær tilknytning, vil jeg se på hva et slikt kriterium kan innebære.

5.2 *Tolkningen av Botzen i Storbritannia*

I Storbritannia er det omfattende praksis som omhandler spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet fra Employment Appeal Tribunal (EAT), som er en særskilt domstol for arbeidsrettslige spørsmål. EAT er ankeinstans for avgjørelser fra Employment Tribunal, som tidligere ble omtalt som Industrial Tribunal. EATs rettsanvendelse kan prøves av ankeinstansen Court of Appeal.

EAT har tolket *Botzen* uten å ta hensyn til EF-domstolens henvisning til Kommissjonens innlegg om organisatorisk tilknytning. Begrepet "assigned", som fremgår av premissene i *Botzen*, er blitt tolket på en måte som kan passe med et krav om primær tilknytning. Jeg skal gi noen eksempler på dette.

I saken *Duncan Web Offset*³² eide Passmore International Ltd flere datterselskaper i trykkeribransjen, herunder Passmore Web Offset i Maidstone og selskaper i Basildon og St. Albans. I 1994 ble Passmore Web Offset (overdrager) i Maidstone overført til Duncan Web Offset (erhverver).

Tre arbeidstakere, Cooper, Bateman og Russell, arbeidet for flere deler av konsernet og ble ikke overført til Duncan Web Offset. Arbeidstakerne fremmet saken for Industrial Tribunal.

Spørsmålet for Industrial Tribunal var hvorvidt arbeidstakerne tilhørte selskapet som ble overdratt, Passmore Web Offset. *Cooper* var innkjøpsjef for konsernet. Han hadde vekslet mellom å arbeide for Passmore Web Offset og selskapet i Basildon, men på tidspunktet for overdragelsen arbeidet han full tid i Passmore Web Offset. *Bateman* hadde arbeidet ved selskapet i St. Albans og ble deretter HR-sjef for både Passmore Web Offset og selskapet i Basildon. Han arbeidet 80 prosent av tiden for Passmore Web Offset. På tidspunktet for overdragelsen arbeidet han full tid for Passmore Web Offset. *Russell* arbeidet med IT og tilbrakte én dag ved selskapet i Basildon og resten av dagene hos Passmore Web Offset. Cooper og Bateman hadde

³² *Duncan Web Offset (Maidstone) Ltd v Cooper mfl.* [1995] IRLR 633.

arbeidsavtaler inngått med Passmore Web Offset. Russell hadde ikke noen skriftlig arbeidsavtale, men anså seg selv for å arbeide for Passmore Web Offset etter å ha vært ansatt der i 18 år. Industrial Tribunal kom til at alle de tre arbeidstakerne tilhørte Passmore Web Offset i henhold til nasjonale regler som implementerer direktivet, Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (TUPE).³³

EAT opprettholdt avgjørelsen til Industrial Tribunal, og viste i et *obiter dictum*³⁴ til tilfellet hvor en *del* av en virksomhet overføres. Domstolen refererte til *Botzen* og utledet av den at det var nødvendig å spørre: "... which of X's employees were assigned to the part transferred ...". EAT var tilbakeholden med å gi retningslinjer for vurderingen av arbeidstakernes tilhørighet, men aksepterte følgende momenter som relevante: bruk av arbeidstid, verdimessig betydning av arbeidstakerens innsats for de ulike delene av virksomheten, ordlyden i arbeidsavtalen som viser hva arbeidstakeren skal utføre av arbeid og arbeidsgivers allokering av kostnader med arbeidstakeren.³⁵ Domstolen understreket at listen over momenter ikke er uttømmende.

EATs forståelse av *Botzen* er vanskelig forenlig med premissene i dommen. Forståelsen av begrepet "assigned" synes ikke å ta høyde for at EF-domstolen sluttet seg til Kommisjonens formelle synspunkt med krav om organisatorisk tilknytning. Selv om forståelsen EAT legger til grunn kan sies å være problematisk, gir den anvisning på momenter som kan benyttes om det ikke foreligger klare organisatoriske rammer i virksomheten. EATs forståelse av *Botzen* er mer funksjonell enn formell. Forståelsen av begrepet "assigned" kan sies å være i samsvar med et funksjonelt kriterium som kravet til primær tilknytning synes å gi anvisning på.

EAT opprettholdt uttalelsene i *Duncan Web Offset* året etterpå i dommen *Buchanan-Smith*.³⁶ Denne saken er spesielt interessant fordi

³³ Daværende regler var fra 1981. I dag gjelder Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006, No. 246, vedtatt 7. februar 2006 og i kraft fra 6. april 2006.

³⁴ Domstolen avga totalt tre *obiter dicta*. Jeg kommer tilbake til de to andre i kapittel 7.4 og 7.5.

³⁵ Avsnitt 15.

³⁶ *Buchanan-Smith v Schleicher & Co International Ltd* [1996] IRLR 547.

den gjaldt et tilfelle hvor det ikke var organisatoriske rammer som ga hjelp i vurderingen av arbeidstakerens tilhørighet.

Saken gjaldt en arbeidstaker, Buchanan-Smith, som hadde arbeidet både for salgs- og for vedlikeholdsdelen hos Tarnator Ltd. Vedlikeholdsdelen i Tarnator Ltd ble solgt til Schleicher & Co International Ltd, hvor Buchanan-Smith fikk ansettelse. Litt over et halvt år etterpå ble hun sagt opp. Spørsmålet var om hun hadde krav på ansiennitet beregnet for tiden som ansatt hos Tarnator Ltd. Dette hadde betydning for Buchanan-Smith fordi ansienniteten var bestemmende for hennes rett til sluttvederlag etter britisk rett.

Industrial Tribunal kom til at Buchanan-Smith ikke kunne anses som ansatt i vedlikeholdsdelen av Tarnator Ltd, slik at ansienniteten fra ansettelsen der ikke ble regnet med. EAT kom til at dette var en uriktig rettslig forståelse. Domstolen viste til *Botzen* og uttalte at det ikke var nødvendig at arbeidstakeren arbeidet *utelukkende* for den delen som ble overført. EAT uttalte at *Botzen* gjaldt arbeidstakere som utfører *visse oppgaver* for den overførte delen. Videre viste EAT til *Duncan Web Offset* og kriteriene som var oppstilt der for å avgjøre hvor arbeidstakeren var "assigned".³⁷

Det er dermed klart at EAT har tolket premissene i *Botzen* slik at det blir en regel som kan anvendes i tilfeller hvor det ikke er klare organisatoriske rammer å forholde seg til.

Kravet til arbeidstakernes tilhørighet er nå kodifisert i TUPE. Overdragelsen omfatter "... any person employed by the transferor and *assigned* to the organised grouping of resources or employees that is subject to the relevant transfer, ..." (min utheving).³⁸ Den nye ordlyden, hvor "assigned" er tatt inn, er i henhold til *Wynn-Evans* 2006 (s. 63) et forsøk på kodifisering av *Botzen*.

³⁷ Avsnitt 21.

³⁸ Artikkel 4 nr. 1 i TUPE.

5.3 Prinsipper i andre land

5.3.1 Danmark

I Danmark er direktivet implementert ved lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhetsoverdragelse.³⁹ Lovens ordlyd regulerer ikke spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet.

Dansk juridisk teori har argumentert for et liknende kriterium som etter de norske forarbeidene. *Klingsten* 2002 (s. 158-159) hevder at det i tvilstilfeller skal legges vekt på hvor den enkelte arbeidstaker har hatt sin hovedtilknytning, og hvor det er mest naturlig at han fortsetter.

Etter å ha referert til *Botzen* kommer *Klingsten* til at det avgjørende i praksis må være hvor arbeidstakeren har hatt sin primære, faktiske tilknytning, uavhengig av den formelle, organisatoriske plasseringen. Synspunktene til *Klingsten* gir uttrykk for en rettsoppfatning som samsvarer med forarbeidene og et kriterium om primær tilknytning. Det kan imidlertid reises spørsmål ved den rettskildemessige begrunnelsen for *Klingstens* uttalelser. Hun refererer til *Botzen*, men prinsippene hun forfekter er ikke anførte som tolkninger av *Botzen* eller andre rettskildefaktorer. Snarere tvert imot virker uttalelsene å være i strid med hennes egen tolkning av *Botzen*, med henvisning til arbeidstakerens organisatoriske plassering. På samme måte uttaler *Svenning Andersen mfl.* 2009 (s. 132) at det avgjørende etter dansk rett har vært hvor arbeidstakeren primært har hatt sin tilknytning og hvor det er mest naturlig at han fortsetter sitt arbeidsforhold. De etterlyser imidlertid en avklaring ved en konkret sak, siden de anser dansk rett for å ha tolket direktivet lempeligere enn det generaladvokaten i *Botzen* ga uttrykk for. Etterlysningen synes å tillegge generaladvokatens uttalelse mer vekt enn det er grunnlag for i norsk rett.

På den annen side tolker *Nielsen* 1989 (s. 333) *Botzen* slik at det avgjørende er om "... den overførte del af virksomheden udgjorde den organisatoriske ramme for de pågældende ansættelsesforhold", uten at dette utdypes nærmere.

³⁹ Lov nr. 111 av 21. mars 1979 med endringer ved lov nr. 441 av 7. juni 2001 (blant annet som følge av endringsdirektiv 98/50/EF).

5.3.2 Sverige

I Sverige er direktivet blant annet implementert ved endringer i lag om anställningsskydd.⁴⁰ Heller ikke her regulerer lovens ordlyd spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet.

Temaet om arbeidstakernes tilhørighet er ikke inngående behandlet i svensk juridisk teori. *Mulder* 2004 (s. 310) viser til *Botzen* og uttaler at i de tilfellene en del av en virksomhet overdras, er det bare arbeidstakerne som er knyttet til denne delen som overføres. Hva som ligger i dette er ikke nærmere behandlet.

Källström og Malmberg 2006 (s. 281) uttaler at det ved vurderingen av arbeidstakernes tilhørighet må ses hen til hvor den enkelte arbeidstaker hovedsakelig har hatt sin tilknytning og hvor det er mest naturlig at arbeidsforholdet fortsetter. For å komme frem til dette viser de til forarbeidene til endringer i blant annet lag om anställningsskydd⁴¹ samt *Botzen* og EF-domstolens avgjørelse i *Rask*, som gjentar deler av premissene i *Botzen*.⁴²

I likhet med dansk rett ser vi at svensk juridisk teori, uten en utførlig analyse av *Botzen*, tar til orde for et prinsipp som kan sammenliknes med et prinsipp om primær tilknytning.

5.3.3 Tyskland

I tysk rett er arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse regulert i § 613a BGB.⁴³ Ordlyden i § 613a BGB gir i likhet med arbeidsmiljøloven ikke svar på spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet.

Spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet var adressert i tysk rett før *Botzen* ble avsagt i 1985. *Maschmann og Sieg* 2005 (s. 36-37) anfører at det etter tidligere rettspraksis var avgjørende hvor

⁴⁰ Lag (1982:80).

⁴¹ Prop. 1994/95: 102 *Övergång av verksamheter og kollektiva uppsägningar*, som på s. 82 uttaler: "Om överlåtelsen bara omfattar en del av verksamheten, övergår ... bara de anställningsförhållanden som är knutna till den överlåtna delen. Man måste altså här bestämma till vilken del av verksamheten som arbetstagaren skall hänföras (se *Botzen*-målet)."

⁴² Se avsnitt 16 i *Rask*.

⁴³ Bürgerliches Gesetzbuch.

hoveddelen av arbeidstakerens aktivitet ble utført ("Tätigkeitsschwerpunkt"). Ifølge Maschmann og Sieg er dette prinsippet endret med nyere rettspraksis fra den tyske føderale arbeidsrettsdomstolen, Bundesarbeitsgericht (BAG).⁴⁴ BAG har henvist til *Botzen* og kommet til at det ikke er tilstrekkelig at arbeidstakeren har utført oppgaver for den delen som overføres. Arbeidstakere i stabsfunksjoner har ikke rett til ansettelse hos erverver ved overdragelse av deler av produksjonsvirksomheten, men blir igjen hos overdrager. Maschmann og Sieg hevder, med henvisning til denne praksisen, at det er den formelle tilknytningen som er avgjørende.⁴⁵ *Preis* 2009 hevder at dette først og fremst bestemmes av arbeidsavtalen.⁴⁶

Frahm 2007 (s. 118-119) hevder at læren om "Tätigkeitsschwerpunkt" ikke er helt forlatt med nyere tysk rettspraksis.⁴⁷ I tilfeller hvor arbeidstakere arbeider for flere ulike deler av virksomheten, og det ikke er noen entydig organisatorisk tilhørighet, mener han at det må ses hen til læren om "Tätigkeitsschwerpunkt". Dette er interessant for norsk rett. Læren om "Tätigkeitsschwerpunkt" kan sammenlignes med et prinsipp om primær tilknytning og kan anvendes når prinsippet i *Botzen* om organisatorisk tilknytning ikke gir et klart svar.

Frahm 2007 (s. 109-110) gjør nærmere rede for læren om "Tätigkeitsschwerpunkt". Det skal tas hensyn til i hvilken del av virksomheten den overveiende ("Überwiegende") del av arbeidet blir utført. For å avgjøre dette ses det blant annet på fordeling av arbeidstid, betydningen av arbeidstakerens aktivitet for den overførte virksomheten, arbeidssted, hvem arbeidstakeren rapporterer til og arbeider sammen med, regulering i skriftlig avtale og arbeidsgivers styringsrett ("Weisungsrecht"). Listen over momenter er ikke uttømmende. Momentene inngår i en helhetsvurdering, og det er av vesentlig betydning at de er objektive. De angitte momentene er i stor grad

⁴⁴ Blant annet dommen BAG 3.11.1997 NZA 1998, 249, 250.

⁴⁵ Dette omtales som "rechtliche Zuordnung".

⁴⁶ Note 72.

⁴⁷ Det er støtte for dette synspunktet også i note 86-88 til § 613a BGB i *Müller-Glöge* 2009 (s. 398).

sammenliknbare med de som er oppstilte i britisk rett, jf. EATs dom i *Duncan Web Offset*.

5.4 *Annen praksis fra EF- og EFTA-domstolene*

EF- og EFTA-domstolene har referert til *Botzen* i flere avgjørelser, blant annet i sakene *Rask* og *Schmidt*.⁴⁸

I begge dommene ble det vist til avsnitt 15 i *Botzen* og uttalt at beskyttelsen etter direktivet, i tilfeller hvor det overføres en del av en virksomhet, omfatter "... employees assigned to that part of the undertaking ...".⁴⁹ Det ble ikke vist til avsnitt 14 i *Botzen*, som omtaler organisatorisk tilknytning. Dommene kan dermed virke mindre formalistiske enn *Botzen*.

I dansk juridisk teori har *Svenning Andersen mfl.* 2009 (s. 132) tatt *Rask* og *Schmidt* til inntekt for at EF-domstolen har beveget seg i retning av generaladvokatens uttalelse i *Botzen*. Siden spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet ikke var på spissen i verken *Rask* eller *Schmidt*, skal vi være forsiktige med å trekke for mye ut av disse premissene. Dommene kan imidlertid ses på som et støtteargument for at prinsippet i *Botzen* ikke kan gis for vid anvendelse.

I *Stavanger Catering*⁵⁰ tar EFTA-domstolen indirekte opp spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet. Saken gjaldt en arbeidstakers rettigheter til pensjon etter at Stavanger Catering AS overtok en kontrakt for forpleinings- og rengjøringstjenester om bord på plattformen Eko Alpha i Nordsjøen. Arbeidet under kontrakten var tidligere blitt utført av selskapet Scandinavian Service Partner.

EFTA-domstolen drøftet vilkåret "økonomisk enhet" i direktivet. Den uttalte at dersom en del av en tjenesteyters virksomhet skal oppfattes som en særskilt økonomisk enhet, må den normalt ha arbeidstakere som "... i hovedsak er knyttet til denne enheten".⁵¹ Et vilkår om at arbeidstakerne "i hovedsak" må være knyttet til den delen

⁴⁸ Sak C-392/92 *Christel Schmidt v Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen* [1994] EFD I-1311.

⁴⁹ Avsnitt 13 i *Schmidt* og nesten tilsvarende ordlyd i avsnitt 16 i *Rask*.

⁵⁰ Sak E-2/95 *Eilert Eidesund v Stavanger Catering AS* [1995-1996] EFTA CR 1.

⁵¹ Avsnitt 36.

som overdras, kan sammenliknes med et prinsipp om primær tilknytning slik det kommer til uttrykk i forarbeidene ved implementeringen av direktivet. *Stavanger Catering* gir dessuten uttrykk for det vi så i kapittel 3.1, nemlig at vilkåret om ”økonomisk enhet” og spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet må ses i sammenheng.

Dommene som er gjennomgått ovenfor, støtter opp under et prinsipp om primær tilknytning når det ikke foreligger klare organisatoriske rammer.

5.5 Grunnlag for et funksjonelt kriterium

I mange virksomheter finnes det klare organisatoriske rammer, som er bestemmende for arbeidstakernes tilhørighet ved virksomhetsoverdragelse. Et kriterium om primær tilknytning og et kriterium om organisatorisk tilknytning vil i mange tilfeller også gi samme resultat, siden et funksjonelt kriterium og formell plassering ofte er samsvarende.

Vi har sett at rettspraksis, jf. *Rasmussen* fra EFTA-domstolen, har åpnet for at det kan foreligge en virksomhetsoverdragelse selv om enheten som overdras ikke har klare organisatoriske rammer. I slike tilfeller er det nødvendig med et annet kriterium enn det som følger av *Botzen*.

Det kan argumenteres for bruk av et funksjonelt kriterium om primær tilknytning når det ikke er klare organisatoriske rammer i virksomheten. Dette samsvarer med løsningene etter tysk og britisk rett, juridisk teori i Sverige og Danmark og støttes av annen praksis fra EFTA- og EF-domstolene.

Spørsmålet i det følgende er hva som ligger i et krav om *primær* tilknytning. For å avgjøre dette vil jeg i kapittel 6 først drøfte hvor strenge krav som må stilles til arbeidstakernes tilknytning basert på hensynene som gjør seg gjeldende. Deretter vil jeg gjøre nærmere rede for innholdet i et kriterium om primær tilknytning i kapittel 7.2.

Fra 1. september 2009 er det regler i yrkestransportlova § 8 og jernbaneloven § 8g som innebærer at reglene i arbeidsmiljøloven §§ 16-2 til 16-7 skal gjelde ved bruk av konkurranse ved tildeling av kontrakt om plikt til offentlig tjeneste i

innenlands kollektivtransport på vei, til sjøs og med jernbane.⁵² Reglene gjelder selv om vilkårene i arbeidsmiljøloven § 16-1 ikke er oppfylte, men forutsetter at virksomheten blir drevet med samme type transportmiddel som før. I forarbeidene er spørsmålet om hvilke arbeidstakere som har rett til overføring til ny leverandør berørt.⁵³ Samferdselsdepartementet hevder at utgangspunktet etter arbeidsmiljøloven er om "... den enskilde arbeidstakeren har si arbeidsmessige *hovudtilknytning* til den konkurranseutsette verksemda" (min utheving). Forarbeidene angir ikke nærmere det rettskildemessige grunnlaget for et prinsipp om hovedtilknytning.

6 Hvor strenge krav må det stilles til arbeidstakernes primære tilknytning?

6.1 Relativt eller absolutt krav?

Vi har sett at et prinsipp for å avgjøre om arbeidstakerne har rett til å gå over til erverver ved mangel på klare organisatoriske rammer, kan være om de har en *primær* tilknytning til enheten som overdras.

En naturlig språklig forståelse av begrepet "primært", slik det er benyttet i forarbeidene,⁵⁴ taler for at det avgjørende er hvilken del av virksomheten den enkelte arbeidstaker er mest knyttet til. Ut fra den språklige betydningen av begrepet er det ikke absolutte krav til tilknytningen til enheten som overføres. Tilhørigheten avgjøres ut fra en sammenligning av de ulike delene arbeidstakeren arbeider for, og kravet til tilknytning blir relativt ut fra hvor mange deler dette gjelder.

I britisk rett tolker *Wynn-Evans* 2006 (s. 63) dommen fra EAT i *Duncan Web Offset* slik at kravet til arbeidstid er relativt: "... a variety of factors should be borne in mind by the ET [Employment Tribunal] in assessing whether employees are assigned to the undertaking (or activities) including the *relative* amounts of time spent in different classes of a business, ..." (min utheving).

Som et eksempel kan vi tenke oss en arbeidstaker som arbeider 40 prosent for forretningsområde A, 30 prosent for forretningsområde B og 30 prosent for forretningsområde C. Hans primære tilknytning vil da være til forretningsområde A. Ut fra en slik tilnærming er det ikke

⁵² Se også artikkel 4 nr. 5 i forordning om offentlig persontransport på jernbane og på vei av 23. oktober 2007 (kollektivtransportforordningen), nr. 1370/2007/EF, jf. O.J. L 315, 3. desember 2007, s. 1.

⁵³ Ot.prp. nr. 60 (2008-2009) s. 16.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 32.

riktig å se på hvorvidt han arbeider mer enn 50 prosent for ett av forretningsområdene for å avgjøre om han tilhører dette.

En alternativ tolkning av forarbeidene, er at kravet til primær tilknytning bare gjøres ved en vurdering av to deler: den delen som overdras, og den delen som blir igjen hos overdrager. Kravet til primær tilknytning blir i så fall et spørsmål om arbeidstakerne arbeider mer enn 50 prosent for den delen som overdras. Ordlyden i forarbeidene "... hvor arbeidstakerne primært har hatt sin tilknytning, og hvor det derfor er mest naturlig at vedkommende fortsetter" omtaler tilknytning generelt. Det kan tale for at vurderingen må gjøres opp mot alle delene en arbeidstaker er engasjert i. Dessuten vil flere deler av virksomheten kunne selges samtidig til ulike kjøpere.

Forarbeidene uttaler at det må ses hen til hvor det er mest *naturlig* at vedkommende fortsetter.⁵⁵ Dette taler for at man i vurderingen ikke bare ser hen til hvor arbeidstakeren arbeider mest relativt sett.

6.2 Formålet med reglene

6.2.1 Vernehensynet gir ikke klare føringer

Reglene om virksomhetsoverdragelse har til formål å verne arbeidstakere. Endringer på arbeidsgiversiden skal ikke medføre dårligere rettigheter for arbeidstakerne.⁵⁶

Når hele virksomheten overdras, vil det ikke være noen aktivitet igjen hos overdrager som arbeidstakerne kan arbeide i. Hvorvidt reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse eller ikke, vil derfor være et spørsmål om arbeidstakerne får rett til fortsatt arbeid. Når bare en del av virksomheten overdras stiller dette seg annerledes. I slike tilfeller kan det være like interessant for arbeidstakerne å forbli ansatte hos overdrager som å bli med over til erverver. Hensynet til å verne arbeidstakerne gir dermed ingen klar føring på om det skal stilles strenge krav til tilknytning eller ikke.

I britisk juridisk teori har *McMullen* 1996 (s. 306) argumentert for at det bør være en generell presumsjon for at arbeidstakerne tilhører den aktuelle enheten som overdras. Arbeidsgiver har bevisbyrden for å motbevise dette. Begrunnelsen er at arbeidstakere ikke vernes tilstrekkelig ved komplekse tilknytningsformer, og at det er nødvendig å se gjennom formalistiske selskapsstrukturer og arbeids-

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Se Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) s. 7 og punkt 3 i fortalet til direktivet.

avtaler. Dette er etter min mening ikke hensiktsmessig som en generell regel. Arbeidstakerne kan i enkelte tilfeller ønske å forbli hos overdrager, slik at det ikke er til deres fordel at reglene kommer til anvendelse. Vernehensynet taler derfor ikke entydig for en slik generell presumsjonsregel.

6.2.2 Deler av virksomheten ”opphører”

Virkeområdet for reglene om virksomhetsoverdragelse er drøftet i forarbeidene til endringer i arbeidsmiljøloven fra 1977.⁵⁷ Forarbeidene behandlet et forslag fra Landsorganisasjonen i Norge (LO) om å la reglene få en videre anvendelse enn EF-domstolen hadde lagt seg på ved tolkningen av identitetskravet. Departementet antok at forslaget innebar at overføring av en kontrakt, uten verken materielle eller immaterielle verdier, skulle omfattes av reglene om virksomhetsoverdragelse. I vurderingen av forslaget uttalte departementet:

”Det ville altså være snakk om å gi arbeidstakerne vern for sine rettigheter selv der det ikke er naturlig å snakke om at det kommer inn en ny innehaver/arbeidsgiver. Dette kan det i og for seg argumenteres for fra et rent arbeidstakersynspunkt, men her må det tas i betraktning at arbeidstakernes opprinnelige arbeidsgiver/virksomhet i utgangspunktet vil bestå også etter en kontraktsoverføring. Dette i motsetning til de *reelle virksomhetsoverdragelser* der den opprinnelige virksomheten som sådan – eller i alle fall den del som arbeidstakerne har sin tilknytning til – *opphører* som følge av overdragelsen” (mine uthevninger).⁵⁸

Reglene verner ut fra dette synspunktet bare arbeidstaker når den delen av virksomheten hos overdrager hvor han har arbeidet, ”opphører”. Dette sier imidlertid ikke noe om hva som gjelder når arbeidstakeren både arbeider for den delen som ”opphører” og for andre deler av virksomheten. Synspunktet om at den ”selvstendige enheten” må opphøre kan imidlertid overføres til kravet til arbeidstakernes tilknytning. Det oppstilles i så fall et krav om at stillingen ”opphører” for at arbeidstakeren skal ha rett til ansettelse hos erverver. Når arbeidsoppgavene til arbeidstakerne ikke opphører hos overdrager, men bare endres, kan det argumenteres for at hensynet

⁵⁷ Ot.prp. nr. 79 (2000-2001).

⁵⁸ Ibid., s. 22-23.

bak reglene ikke kommer til anvendelse, og at arbeidstakerne ikke har rett til ansettelse hos erverver.

Et eksempel kan være en selger som arbeidet 70 prosent med mobiltelefoni og 30 prosent med fasttelefoni hos overdrager. Etter overdragelsen arbeider han 100 prosent med mobiltelefoni hos erverver. Her ”opphører” ikke stillingen, det er bare en endring av selgerens arbeidsoppgaver.

Denne synsvinkelen harmonerer godt med en vurdering av risiko for nedbemanning hos enten overdrager eller erverver. Dersom de fleste av arbeidsoppgavene overføres til erverver uten at arbeidstakere følger med, vil det kunne være en risiko for oppsigelse på grunn av overtallighet hos overdrager. På samme måte vil det kunne være en risiko for oppsigelse på grunn av overtallighet hos erverver, dersom arbeidstakere overføres uten korresponderende arbeidsoppgaver.

6.3 *Stilling med annen karakter*

Et mindre strengt krav til tilknytning vil kunne innebære at en arbeidstaker får rett til en stilling av en annen karakter. Det kan argumenteres med at direktivet og arbeidsmiljøloven ikke gir arbeidstakeren rett til en annen stilling enn den han hadde før overdragelsen. Om arbeidstakeren får rett til å arbeide eksklusivt med en del av virksomheten han bare brukte halvparten av arbeidstiden på tidligere, kan det hevdes at han får rett til en annen stilling.

Generaladvokaten i *Botzen* argumenterte for et strengt kriterium for vurderingen av arbeidstakernes tilhørighet, og uttalte følgende:

”An employee who works at several factories on e.g. maintenance or personnel work, or as a salesman for the whole range of products of the business, would otherwise [med referanse til regelen om “wholly engaged”] be able to claim that he was transferred to the new owner of part only of the business. His job would then be very different in its scope and may be even in its place. That would seem contrary to the aim of the Directive which is to make a transfer of employment which is *in all respects identical* save as to the employer” (mine uthevninger).

Generaladvokaten la en snever forståelse av direktivets formål til grunn. Han hevdet at reglene bare gjelder arbeidsforhold som i alle henseender er de samme før og etter overføringen.

6.4 *Valgmulighet for arbeidstakerne ved flere overdragelser*

Ved en streng tolkning av hva som er tilstrekkelig tilknytning, vil arbeidstakerne kunne risikere å ikke ha rett til ansettelse hos noen erververe ved salg av samtlige deler av virksomheten. Dette kan illustreres med et eksempel hvor det kreves at arbeidstakerne bruker mer enn 50 prosent av arbeidstiden på en del av virksomheten for å tilhøre denne ved en virksomhetsoverdragelse. Om det er arbeidstakere som arbeider for tre ulike deler av virksomheten med bruk av 1/3 av arbeidstiden på hver av dem, vil de ikke anses for å tilhøre noen del av virksomheten når disse overdras hver for seg.

Et mindre strengt krav til tilknytning kan innebære at arbeidstakerne kan velge hvilken del av virksomheten de ønsker å tilhøre ved salg av ulike deler til flere kjøpere. Dette ble fremhevet av generaladvokaten i *Botzen*, som uttalte at denne valgmuligheten ikke følger av direktivet. Generaladvokaten forutsetter at arbeidstakerne bare skal ha rett til ansettelse hos én erverver. En alternativ synsvinkel er at de samme arbeidstakerne har rett til å være med over til flere erververe.

6.5 *Forholdet til ulovfestet valgrett*

Norsk rettspraksis har utviklet en lære om valgrett for arbeidstakere ved virksomhetsoverdragelse. Denne læren er formulert i Rt. 2000 s. 2047 (*Psykiatri-saken*) (2054) slik at den gjelder dersom overdragelsen medfører "... ikke uvesentlige negative endringer i arbeidstakerens situasjon ... av en så inngripende karakter ... at de bør utløse en valgrett". Hovedregelen er at arbeidstakerne ikke har en valgrett, men bare en reservasjonsrett etter arbeidsmiljøloven § 16-3.

I enkelte tilfeller kan arbeidstakerne se seg mer tjente med å bli værende hos overdrager. Siden valgretten bare unntaksvis kommer til anvendelse, vil det kunne være enklere for arbeidstakerne å argumentere med at de ikke er omfattet av virksomhetsoverdragelsen. Konsekvensen av at de ikke er omfattet av virksomhetsoverdragelsen, er at de har rett til fortsatt ansettelse hos overdrager med alminnelig stillingsvern. Ved en eventuell oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold er det ikke sikkert at det er saklig å velge ut disse for oppsigelse.

Forholdet til ulovfestet valgrett taler for å stille strenge krav til arbeidstakernes tilknytning, slik at det er klart hvem som har rett til fortsatt ansettelse hos overdrager. I motsatt tilfelle vil det kunne oppfordre til tvister hvor arbeidstakerne hevder tilhørighet til den gjenværende delen hos overdrager i stedet for å hevde valgrett. Et mindre strengt krav til arbeidstakernes tilknytning vil underminere forutsetningen om at den ulovfestede valgretten bare unntaksvis skal komme til anvendelse.

6.6 Retts tekniske hensyn

For å sikre forutberegnelighet er det viktig at reglene er retts teknisk enkle. Dette gjelder ikke minst fordi arbeidstakerne i noen tilfeller kan være best tjente med å være omfattet av reglene, og i andre tilfeller ikke. Uklare regler oppfordrer til prosess. Den enkleste måten å løse dette på er ved å stille strenge krav til tilknytningen som kreves for å være omfattet av reglene.

Generaladvokaten i *Botzen* fremhevet også hensynet til en "clearly workable test" ved oppstillingen av sin strenge regel om at arbeidstakerne må være "wholly engaged" i den delen som overføres.

Et mindre strengt krav til arbeidstakernes tilknytning vil dessuten undergrave de ytre grensene for den "selvstendige enheten" som overdras. Som anført av *Holo* 2006 (s. 885) stilles det krav til organiseringen av enheten som overdras. Dersom arbeidstakere med løs tilknytning til denne delen skal anses omfattet av reglene, vil grensene for den "selvstendige enheten" bli utvidet og enda mer utydelige.

7 Nærmere kriterier for arbeidstakernes tilhørighet – kasuistikk

7.1 Arbeidstakere i fellesavdelinger

7.1.1 Problemstilling

EF-domstolen kom i *Botzen* frem til at det å utføre "visse oppgaver" for den delen av virksomheten som overdras, ikke er tilstrekkelig til å være omfattet av reglene. Spørsmålet i dette kapitlet er om reglene gjelder for arbeidstakere i fellesavdelinger som utelukkende, eller tilnærmet utelukkende, arbeider for den delen av virksomheten som overdras.

Generaladvokaten i *Botzen* hadde eksplisitt tatt dette spørsmålet opp, og det er på dette punktet at EF-domstolens premisser og generaladvokatens uttalelse klart skiller lag.

Mens generaladvokaten ville la arbeidstakere som utfører arbeid for delen som overdras være omfattet dersom det bare er tale om *de minimis* oppgaver ellers, avgrenset domstolen mot denne problemstillingen.

I norsk juridisk teori er spørsmålet holdt åpent. *Evenrud 2006* (s. 1079-1080) hevder at arbeidstakere i administrative stillinger, som bare utfører oppgaver for den delen av virksomheten som overdras, kan anses å tilhøre denne etter en skjønsmessig vurdering i det enkelte tilfellet. *Holo 2006* (s. 949) lar spørsmålet stå ubesvart. Det samme gjør *Borgerud 2009*.⁵⁹

7.1.2 Hva er fellesavdelinger?

Arbeidstakere i fellesavdelinger kan arbeide innen administrasjon, regnskap, IT, personalbehandling mv. Felles for disse funksjonene er at de har en intern funksjon, hvor de hovedsakelig betjener andre arbeidstakere eller funksjoner i virksomheten i motsetning til å jobbe i produksjonen eller å betjene eksterne kunder.

Det kan diskuteres om selgere er å anse som arbeidstakere i fellesavdelinger. Det vil, i likhet med alle vurderinger av hva som er fellesavdelinger, være avhengig av virksomhetens karakter og hva som overdras. For en virksomhet som bare driver med salg, vil selgerne for eksempel være en del av "produksjonen". I en alminnelig produksjonsbedrift kan selgerne betjene flere ulike typer produkter på tvers av organisasjonen. Ofte vil imidlertid markedsføring og salg være en sentral del av det som overdras. Det kan for eksempel være tilfellet der en virksomhet, som har utviklet et produkt gjennom forskning og utvikling over flere år, selger de immaterielle rettighetene og markedsførings- og salgsapparatet knyttet til dette. Salg er heller ikke en intern funksjon, slik som i eksemplene nevnt ovenfor. Dette taler for at selgere som regel ikke vil arbeide i fellesavdelinger, slik det omtales her.

⁵⁹ Note 629 til § 16-2 i arbeidsmiljøloven.

I *Botzen* var det tale om arbeidstakere innen administrasjon. Selv om det er enkelte gråsoner, vil jeg i dette kapitlet primært behandle eksempler med arbeidstakere i administrative avdelinger og andre klare interne funksjoner. Det er uansett en forutsetning at fellesfunksjonene er organisatorisk atskilte, jf. *Botzen*.

7.1.3 Anvendelse av generaladvokatens krav i *Botzen*

Selv om svaret på de to henviste spørsmålene til EF-domstolen i *Botzen* er konkret, er premissene om organisatorisk tilknytning i *Botzen* generelt utformet. Vektleggingen av den organisatoriske tilknytningen taler for å legge en streng norm til grunn når virksomheten har klare organisatoriske rammer. Generaladvokatens test i *Botzen* må i så henseende anses adekvat, slik at arbeidstakere som arbeider fullt ut for den overførte delen er omfattet av overdragelsen. Dette sikrer også en rettsteknisk enkel regel å håndheve.

EF-domstolen har i *Jouini*⁶⁰ kommet til at overføringen av et bemanningsforetak kunne være å anse som en virksomhetsoverdragelse i direktivets forstand. Dette gjaldt både for arbeidstakerne i administrative stillinger i selve bemanningsforetaket og for arbeidstakerne som var utleid til kunder. I vurderingen av vilkåret om ”økonomisk enhet” uttalte EF-domstolen at det måtte ses hen til om det forelå en operasjonell gruppe som kunne yte det karakteristiske ved virksomheten, snarere enn organisatorisk å kunne etablere en økonomisk enhet.⁶¹ EF-domstolen kom dermed til at en gruppe som bestod dels av administrativt personell og dels av arbeidstakere utleid til bemanningsforetakets kunder, kunne utgjøre en økonomisk enhet i henhold til artikkel 1 nr. 1 (b) i direktivet.⁶²

Vi ser dermed at vilkåret ”økonomisk enhet” i direktivet tolkes slik at arbeidstakere i administrative stillinger og utøvende arbeidstakere hos kundene alle har rett til ansettelse hos erverver. Når grensene for den økonomiske enheten kan trekkes slik, på tvers av de ulike gruppene av arbeidstakere, taler det for at arbeidstakere i

⁶⁰ Sak C-485/05 *Mohamed Jouini mfl. v Princess Personal Service GmbH (PPS)* [2007] EFD I-7301.

⁶¹ Avsnitt 34.

⁶² Avsnitt 38.

fellesavdelinger som fullt ut arbeider for den delen som overdras, er omfattet av reglene om virksomhetsoverdragelse. I motsatt tilfelle vil det være lite samsvar mellom tolkningen av vilkåret ”økonomisk enhet” og kravet til arbeidstakernes tilknytning for å ha rett til ansettelse hos erverver.

Det er et forbud mot oppsigelse på grunn av virksomhetsoverdragelsen i seg selv, jf. arbeidsmiljøloven § 16-4 første ledd og direktivets artikkel 4 nr. 1. I dansk juridisk teori har *Svenning Andersen mfl.* 2009 (s. 133) argumentert for at forbudet etter direktivet, med henvisning til implementeringen av det i dansk rett, er relevant for vurderingen av arbeidstakernes tilhørighet. Begrunnelsen de angir er at overdragelsen normalt vil innebære en overtallighetssituasjon for blant annet administrativt personell, siden én eller flere av avdelingene de skal betjene er overført. De ser det som avgjørende om erverver med sin eksisterende administrasjon kan unnvære ytterligere arbeidskraft. Hvis nye ansettelser ikke er nødvendige, anser de oppsigelsene for å falle utenfor forbudet. Oppsigelser hos overdrager, kombinert med ytterlige ansettelser innen administrasjon hos erverver, vil etter deres syn være i strid med forbudet mot oppsigelse på grunn av overdragelsen i seg selv.

Synspunktet er vanskelig å forene med *Botzen*, hvor domstolen ikke tok opp forbudet mot oppsigelse på grunn av overdragelsen. *Svenning Andersen mfl.* uttaler også at rettspraksis fra EF- og EFTA-domstolene, med henvisning til blant annet *Botzen* og *Stavanger Catering*, ikke synes å bekrefte riktigheten av et slikt synspunkt.

Testen som *Svenning Andersen mfl.* argumenterer for, kan dessuten være vilkårlig. Erverver kan før overdragelsen ha overskudd på administrasjon, og det vil kunne være vanskelig å avgjøre om ansettelser etter overdragelsen skyldes behov i enheten som overføres eller ikke. Videre er spørsmålet hvem av de overtallige hos overdrager som skal ha vern. Er det like mange som blir ansatte hos erverver? Hvordan velges disse ut?

På denne bakgrunn er det vanskelig å se at forbudet i arbeidsmiljøloven § 16-4 og direktivets artikkel 4 nr. 1 er direkte relevant i vurderingen av arbeidstakernes tilhørighet. Et annet forhold er at det kan være relevant å se hen til erververs bemanningsbehov når det

vurderes om arbeidstakere i administrative stillinger tilhører enheten som overdras.

I tysk rett anfører *Preis* 2009 at arbeidstakere i fellesavdelinger bare kan anses å tilhøre delen som overdras dersom de utelukkende, eller i det alt vesentligste, arbeider for denne.⁶³ Arbeidsoppgavene må ifølge *Preis* være så nært knyttet opp til delen som overdras at bemanningsbehovet for den aktuelle arbeidstakeren opphører hos overdrager. *Frahm* 2007 (s. 119-120) anser bemanningsbehovet hos erverver som et relevant moment for å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet, og kritiserer et synspunkt hvor arbeidstakere i fellesavdelinger ikke kan få rett til ansettelse hos erverver.

Formålet med reglene, som jeg gjennomgikk i kapittel 6.2, taler for at reglene skal komme til anvendelse på arbeidstakere som fullt ut, eller tilnærmet fullt ut, arbeider for den delen som overdras. For disse arbeidstakerne vil det være mer relevant å si at deres arbeidsforhold *opphører* enn at de *endres*.

7.2 Virksomhet uten klare organisatoriske rammer – matriseorganisering mv.

7.2.1 Problemstilling

Det neste jeg skal ta for meg, er vurderingen av arbeidstakernes tilhørighet hvor det ikke finnes klare organisatoriske rammer i virksomheten. Selgere i en virksomhet kan for eksempel være organisert etter en matriseorganisering, hvor de selger samtlige av virksomhetens produkter. Ved overdragelse av én av produktgruppene kan det reises spørsmål om hvilke arbeidstakere som er omfattet av overdragelsen.

Et annet eksempel er ved virksomhetsoverdragelser i trepartsforhold, hvor oppdragsgiver for eksempel sier opp avtalen med tidligere leverandør av tjenester (overdrager) og tildeler den til en ny leverandør (erverver). Her kan virksomheten knyttet til den aktuelle avtalen være organisert med arbeidstakere som jobber på tvers i organisasjonen.

Som jeg viste i kapittel 4, gir ikke *Botzen* svar på spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet når det ikke er klare organisatoriske rammer i virksomheten.

⁶³ Note 72.

Generaladvokaten i *Botzen* anla en synsvinkel hvor det bare er anledning til å ha *de minimis* oppgaver for andre deler av virksomheten enn den som overdras. Han nevnte tilfellene, som han anså for å forekomme sjelden, der det ikke er noen arbeidstakere som arbeider eksklusivt for en del av virksomheten. I en prosjekt- eller matriseorganisering vil det kunne være tilfellet.

Gjennomgangen i kapittel 5 viste at kriteriet om primær tilknytning kan synes anvendelig i tilfeller hvor det ikke foreligger klare organisatoriske rammer i virksomheten. Hensynene jeg gikk gjennom i kapittel 6 taler for at det må stilles strenge krav til et kriterium om primær tilknytning. I det videre vil jeg klarlegge det nærmere innholdet i et slikt kriterium.

7.2.2 Momenter for vurderingen av arbeidstakernes tilhørighet

Forarbeidene viser til et kriterium om primær tilknytning, uten å gi noen nærmere forklaring på hva som menes med dette.

I tysk og britisk rett har vi sett at det er angitt momenter for å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet som er forenlige med et prinsipp om primær tilknytning. Momentene vil bli gjennomgått nedenfor. Det er ikke meningen å angi en uttømmende liste med relevante momenter for vurderingen av kriteriet primær tilknytning.

a: Arbeidstid

I *Duncan Web Offset* ble bruken av arbeidstid fremhevet som bestemmende for arbeidstakernes tilhørighet ved virksomhetsoverdragelse. Det gjaldt ikke bare i domstolens *obiter dictum* om overdragelse av en del av en virksomhet, men ble også fremhevet som avgjørende for resultatet i den konkrete saken. EAT uttalte at de tre arbeidstakerne måtte ha brukt en *betydelig andel* av sin tid og sitt ansvar på andre deler av konsernet enn det selskapet som ble overdratt, for at de ikke skulle anses å være omfattet av overdragelsen.⁶⁴

I norsk juridisk teori har *Allstrin mfl.* 2008 (s. 337-338) tatt for seg flere tilfeller hvor spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet er aktuelt. Ved bruk av team på tvers av organisatoriske overbygninger hevder de at det må foretas en konkret vurdering der det avgjørende

⁶⁴ Avsnitt 21-22.

må være hvor arbeidstakers *hovedandel* av arbeidstiden ytes.⁶⁵ *Evenrud* 2006 (s. 1080) har argumentert for at det må ses hen til en "... prosentvis fastsettelse av hvor *hovedtilknytningen* har vært" (min utheving) ved overdragelse av en virksomhet til flere erververe. Det er usikkert hvordan *Evenrud* vil foreta en prosentvis fastsettelse, men det synes å forutsette bruk av arbeidstid.

I dansk juridisk teori har *Klingsten* 2002 (s. 159) anført at det kan legges vekt på hvor stor del av arbeidstakerens arbeidstid som anvendes for å utføre oppgaver for den avdelingen som overdras når tilhørigheten skal bestemmes. Hun angir ikke hvor mye av arbeidstiden som må ha vært benyttet for delen som overføres, men opererer med et prinsipp om *hovedtilknytning* (s. 158).

Ved bruk av arbeidstid som kriterium kan det reises spørsmål om hvor mye som må kreves av arbeidstakernes bruk av arbeidstid for delen som overføres. I *Buchanan-Smith* kom EAT, med henvisning til *Botzen*, til at det ikke er tilstrekkelig at det utføres *visse* oppgaver for delen som overføres, mens det heller ikke kreves at arbeidstakeren arbeider *utelukkende* for denne delen.⁶⁶ I EATs avgjørelse i *Anderson*⁶⁷ ble arbeidstakeren ansett for å tilhøre enheten som ble overdratt når han arbeidet der 80 prosent av tiden. Dette kan sies å samsvare med kravet om "betydelig andel" i *Duncan Web Offset*.

Hvis prinsippet i britisk og tysk rett følges, er imidlertid bruk av arbeidstid bare ett av flere momenter. Dette kom blant annet til uttrykk i EATs avgjørelse i *Williams*,⁶⁸ hvor arbeidstid alene ikke ble ansett å være tilstrekkelig for arbeidstakerens tilhørighet til delen som ble overført. Arbeidstakeren hadde arbeidet 60-70 prosent med en spesiell kontrakt. Normalt arbeidet han med flere kontrakter. Når selskapet mistet denne ene kontrakten til et annet selskap, ble han ikke ansett for å tilhøre den delen av selskapet som hadde rett til ansettelse hos ny tjenesteleverandør. Begrunnelsen var at arbeidstakeren ikke ble ansett for å tilhøre den delen av virksomheten *alene* på grunn av omfattende

⁶⁵ Det samme synspunktet er hevdet tidligere, *Allstrin* 2002 (s. 36-37).

⁶⁶ Avsnitt 21.

⁶⁷ *Anderson v Kluwer Publishing Ltd* COIT 15068/85.

⁶⁸ *Williams v (1) Advance Cleaning Services Ltd and (2) Engineering & Railway Solutions Ltd (under konkursbehandling)* [2004] IRLR 838.

arbeidsoppgaver med kontrakten.⁶⁹ EAT viste til at kriteriene i *Duncan Web Offset* verken var uttømmende eller tvingende. *Wynn-Evans* 2006 (s. 63) gir også uttrykk for at en prosentvis fastsettelse av arbeidstid ikke nødvendigvis er avgjørende for arbeidstakernes tilhørighet.

Tilsvarende kom Court of Appeal i *CPL Distribution*⁷⁰ til at en arbeidstaker ikke hadde rett til ansettelse hos erverver selv om en stor del av hennes arbeid var relatert til kontrakten som ble overført. Arbeidstakeren ble ikke hørt med at hennes funksjon var blitt overført. *Njoya* 2003 (s. 126) anfører at domstolen synes å ha lagt vekt på at arbeidstakeren etter ordlyden i arbeidsavtalen var ansatt som assistent til en leder som ble værende igjen hos overdrager. Domstolen viste imidlertid også til at lederen, og dermed også den aktuelle arbeidstakeren, arbeidet med andre oppgaver enn bare kontrakten som ble overført.⁷¹ Dommen kan enten sies å gi anvisning på et samspill mellom momentene arbeidstid og ordlyden i arbeidsavtalen, eller å oppstille et strengt krav til prosentvis fastsettelse av arbeidstid.

Som en oppsummering kan det sies at bruken av arbeidstid har fått tilslutning som ett av flere kriterier for å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet i britisk rett og i juridisk teori. I dommene fra Storbritannia er det blitt stilt strenge krav til prosentandelen.

b: Verdimessig betydning

I *Duncan Web Offset* fremhevet EAT verdien arbeidstakerne tilfører de ulike delene av virksomheten som et moment for å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet.

Det samme momentet er tatt opp i tysk rett, jf. *Frahm* 2007 (s. 110), som blant annet peker på omsetningen den enkelte arbeidstaker bidrar med. I flere virksomheter vil det være vanskelig å avgjøre hvor stor del av omsetningen den enkelte arbeidstaker står for. Det gjelder for eksempel en ingeniør som er ansatt i et oljeselskap og som deltar i ulike prosjekter som selskapet er engasjert i. Annerledes vil det stille seg dersom det er en virksomhet som tar seg betalt på timebasis og fører timelister for hver enkelt arbeidstaker. Eksempler her kan være advokat- og konsulentfirma. Likeledes vil omsetningen per arbeidstaker kunne identifiseres for selgere. I disse tilfellene vil

⁶⁹ Avsnitt 15.

⁷⁰ *CPL Distribution Ltd v Todd* [2003] IRLR 28 (CA).

⁷¹ Avsnitt 24.

arbeidstakernes verdimeslige betydning for de ulike delene av virksomheten kunne benyttes som moment for å avgjøre tilhørigheten.

c: Ordlyden i arbeidsavtalen

I *Duncan Web Offset* fremhevet EAT ordlyden i arbeidsavtalen som relevant i vurderingen av arbeidstakernes tilhørighet. EAT fulgte dette opp i saken *Securicor*.⁷² Arbeidstakerne hadde flytteklausuler i sine arbeidsavtaler som innebar at arbeidsgiver kunne kreve at de skulle arbeide i samtlige deler av virksomheten. EAT fant ikke at en slik flytteklausul utelukket arbeidstakerne fra å tilhøre den delen der de hadde arbeidet minst to år før overdragelsen. EATs argumentasjon synes å forutsette at slike flytteklausuler kan ha betydning i vurderingen av arbeidstakernes tilhørighet. Det samme er lagt til grunn i tysk rett under læren om "Tätigkeitsschwerpunkt", jf. *Frahm* 2007 (s. 110), som viser til arbeidsgivers styringsrett.

Ordlyden i arbeidsavtalen som moment for å vurdere arbeidstakernes tilhørighet ved virksomhetsoverdragelse er berørt i Borgarting lagmannsretts kjennelse LB 1998-2993 (*Lorentzen*). Saken gjaldt oppsigelse av en arbeidstaker, Sibbern, ved fisjonering av tankvirksomheten i F H Lorentzen AS (overdrager) til selskapet Lorentzen Skibs AS (erverver). Sibbern ble sagt opp i forbindelse med utfisjoneringsen og krevde prinsipielt gjeninntreden hos selskapet Lorentzen Skibs AS etter reglene om virksomhetsoverdragelse. Lorentzen Skibs AS motsatte seg kravet. Fisjon er overdragelse av en del av en virksomhet. Spørsmålet om Sibberns tilhørighet ble dermed aktuelt. For å avgjøre om Sibbern hadde rett til gjeninntreden hos Lorentzen Skibs AS, stilte lagmannsretten spørsmålet om den delen av virksomheten som Sibberns arbeidsoppgaver var tilknyttet, var overdratt.

Det var på det rene at Sibbern i henhold til arbeidsavtalen var ansatt som befrakter for selskapets tanktonnasje. Lagmannsretten viste til *Botzen* og kom til at:

"... Sibbern er i følge ansettelseskontrakten ansatt som befrakter for selskapets tanktonnasje ... Det må etter dette legges til grunn at Carsten G Sibbern før fisjonen hadde sine arbeidsoppgaver innenfor den del av virksomheten som gjennom fisjonen er overtatt av Lorentzen Skibs AS. Det følger da at Carsten

⁷² *Securicor Guarding mfl. v Fraser Security Services Ltd* [1996] IRLR 552.

G Sibbern har sine rettigheter i behold i forhold til det utfisjonerte selskap Lorentzen Skibs AS”.

Kjennelsen kan ses som et eksempel på at en norsk domstol har benyttet arbeidsavtalens ordlyd for å avgjøre en arbeidstakers tilhørighet.

d: Allokering av utgifter

Det siste momentet EAT fremhevet i *Duncan Web Offset* var allokering av kostnader forbundet med arbeidstakerne mellom de ulike delene av virksomheten.

For at dette momentet skal være aktuelt, må arbeidsgiver rent faktisk allokere utgifter knyttet til arbeidstakernes virksomhet mellom ulike deler av virksomheten. Dersom det er et enkelt aksjeselskap som er arbeidsgiver, vil det ofte ikke være tale om noen allokering av kostnader for arbeidstakernes virksomhet mellom de ulike delene av selskapet. Det blir dermed ikke noen allokering av utgifter som kan benyttes som moment i vurderingen av arbeidstakernes tilhørighet ved virksomhetsoverdragelse. I tilfellene hvor arbeidsgiver fører oversikt over utgiftene knyttet til ulike deler av virksomheten, vil imidlertid en allokering av utgiftene til den enkelte arbeidstaker kunne gi en indikasjon på arbeidstakernes tilhørighet i henhold til *Duncan Web Offset*.

e: Andre mulige momenter – arbeidssted mv.

I tysk rett er arbeidsstedet anerkjent som et relevant moment når arbeidstakernes tilhørighet skal avklares, jf. *Frahm* 2007 (s. 110). Det samme gjelder hvem arbeidstakeren rapporterer til og arbeider sammen med. Disse momentene vil kunne gi en indikasjon på hvilken del av virksomheten arbeidstakeren mest naturlig tilhører.

I *Botzen* ble det stilt to spørsmål til EF-domstolen vedrørende arbeidstakernes tilhørighet, jf. kapittel 4.1 ovenfor. Det første av disse spørsmålene gjaldt hvorvidt reglene om virksomhetsoverdragelse gjaldt for arbeidstakere som ikke utførte arbeidet eksklusivt med bruk av investert kapital (”assets”) som tilhørte den delen av virksomheten som ble overdratt. Generaladvokaten uttalte at han anså sin test med ”wholly engaged” for å være mer hensiktsmessig enn de to som ble antydnet i spørsmålene. Domstolen berørte ikke spørsmålet om bruk av investert kapital i enheten som overdras, som driftsmidler og andre

eiendeler, utover å angi at utførelse av visse oppgaver hvor dette er involvert ikke er tilstrekkelig til å være omfattet av direktivet.

Selv om det ikke foreligger noen rettskildefaktorer som angir bruken av driftsmidler som moment ved avgjørelsen av arbeidstakernes tilhørighet ved virksomhetsoverdragelse, taler reelle hensyn for at det kan være relevant. Det gjelder spesielt hvor identiteten til enheten som overdras karakteriseres ved disse driftsmidlene. Dessuten er vi på et område hvor verken forarbeidene til arbeidsmiljøloven eller *Botzen* gir noen retningslinjer.

7.3 Ledelsen

Ved overdragelse av en del av en virksomhet kan man reise problemstillingen om ledelsen er omfattet av overdragelsen.

Dommen i RG 2003 s. 1342 Oslo (*Norsk Fôrteknologi*) illustrerer problemstillingen. Daglig leder i Norsk Fôrteknologi AS ble sagt opp i forbindelse med salg av aksjene i selskapet og inngåelse av en samarbeidsavtale som innebar samlokalisering og felles IT- og regnskapsfunksjoner med erverver av aksjene. En av anførselene i dommen gikk på at samarbeidsavtalen innebar en virksomhetsoverdragelse, og at daglig leder var omfattet av denne. Domstolen viste til behandling av *Botzen* i *Friberg, Fougner og Holo* 1998⁷³ (s. 555) og uttalte med henvisning til *Botzen* at virksomhetsoverdragelsen bare ville omfattet daglig leder dersom overføringen til annen innehaver omfattet hele virksomheten.

Premissene i *Botzen* sier ikke rett ut at en daglig leder bare vil være omfattet dersom overføringen omfatter hele virksomheten. Det ligger imidlertid i stillingens karakter at daglig leder ikke kan arbeide for en spesiell avdeling, men skal arbeide for hele virksomheten. Daglig leder vil verken organisatorisk eller på annen måte tilhøre en avdeling eller et forretningsområde som overdras til ny arbeidsgiver. Det kan tenkes unntak fra dette hvor daglig leder er sterkt involvert i ett bestemt forretningsområde eller én avdeling. Ut fra de strenge kravene til tilknytning har det imidlertid formodningen mot seg.

I svensk og dansk rett er daglig leder ikke omfattet av lovgivningen som implementerer direktivet. I lag om anställningsskydd i *Sverige* følger hovedregelen om

⁷³ I dommen er utgivelsesåret uriktig angitt som 1988.

overføring av arbeidsforholdet av 6 b §. I 1 § i loven fremgår det at den ikke gjelder for arbeidstakere som har ”företagsledande eller därmed jämförlig ställning”. Etter lov om lønmodtagernes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse i *Danmark* er det bare ”lønmodtagere” som er vernet. Avgrensningen av ”lønmodtagere” etter dansk rett innebærer at daglig leder ikke er vernet av loven.⁷⁴ Siden arbeidstakerbegrepet er bestemt av nasjonal lovgivning,⁷⁵ er denne løsningen forenlig med direktivet. Daglig leder er dermed ikke omfattet av overdragelsen etter disse lands rett.

For den øvrige ledelsen vil det kunne være annerledes. Blant annet vil en økonomisjef kunne tilhøre en økonomiavdeling som for eksempel settes ut til en ekstern leverandør (”outsources”). I saken *Kingston*⁷⁶ fra Court of Appeal i Storbritannia ble to eiendomsmeglere som hadde administrative oppgaver og ledelsesoppgaver på tvers av virksomheten, ikke ansett for å tilhøre spesielle deler av virksomheten som ble overdratt.

På denne bakgrunn kan det hevdes at den øverste delen av ledelsen, som utøver sin funksjon på tvers av hele organisasjonen, ikke er omfattet av en overdragelse av en del av virksomheten.

7.4 *Arbeidstakere i konsern*

7.4.1 Problemstilling

Ved etableringen av kriteriene for hvem som er omfattet av en virksomhetsoverdragelse, kan det reises spørsmål om også arbeidstakere i andre selskaper i samme konsern omfattes. Denne problemstillingen er ikke bare aktuell dersom en del av virksomheten overdras, men også dersom hele virksomheten i et konsernselskap overdras.

Vurderingen vil være avhengig av hvordan den ”selvstendige enheten” som overdras, defineres. Dersom denne enheten er definert til å omfatte flere selskaper i samme konsern, vil arbeidstakere i flere selskaper i samme konsern ha rett til ansettelse hos erverver. Problemstillingen her knytter seg til tilfellet hvor enheten er definert til hele eller deler av et bestemt selskap i konsernet.

⁷⁴ *Svenning Andersen mfl.* 2009 (s. 31).

⁷⁵ Artikkel 2 nr. 1 (d) i direktivet.

⁷⁶ *Kingston v Darlows Estate Agency* [1995] IRLR 623 (CA).

Problemstillingen kan være aktuell dersom arbeidstakerne har arbeidsavtaler som er inngått med morselskapet, men utfører arbeid i datterselskapet som overdras. Dersom den formelle ansettelsen i morselskapet er avgjørende, vil arbeidstakerne ikke omfattes av overdragelsen i datterselskapet. En slik tilnærming kan åpne for at arbeidsgiver formelt ansetter arbeidstakere i morselskapet, for å unngå at de omfattes av reglene om virksomhetsoverdragelse ved salg av virksomheten i datterselskapene. Motsatt kan det gjelde arbeidstakere i et datterselskap, som utfører arbeid for morselskapet. Den samme problemstillingen gjør seg gjeldende i forholdet mellom to søsterselskaper.

7.4.2 Praksis fra Storbritannia

Spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet i konsern ble tatt opp av EAT i *Michael Peters*.⁷⁷ Farnfield var daglig leder i selskapet Michael Peters Group plc, som var et holdingselskap for 25 datterselskaper som drev med konsulenttjenester innen design. Av disse selskapene var fire selskaper samlokaliserte med morselskapet. Farnfield hadde ansvar for å føre tilsyn med finansielle og operasjonelle forhold hos alle datterselskapene. Det ble inngått avtale om salg av de fire datterselskapene. Morselskapet var ikke part i salgavtalen. Farnfield ble sagt opp og hevdet at han var blitt sagt opp på usaklig grunnlag. Industrial Tribunal kom til at de fire datterselskapene, og morselskapets virksomhet knyttet til disse, utgjorde en selvstendig enhet etter reglene i TUPE. Siden en del av morselskapet også ble ansett for å være overdratt, var Farnfield vernet mot oppsigelse på grunn av overdragelsen. For å komme til denne konklusjonen hadde Industrial Tribunal vist til definisjonen av økonomisk enhet i EF-rettslig konkurranserett,⁷⁸ hvor ikke bare de rettslige, men også de økonomiske forholdene er av betydning for å definere den økonomiske enheten.

EAT kom til at Industrial Tribunal hadde foretatt en uriktig vurdering ved å se virksomheten som ble utført i datterselskapene

⁷⁷ *Michael Peters Ltd v (1) Farnfield og (2) Michael Peters Group plc* [1995] IRLR 190.

⁷⁸ Jf. sak 170/83 *Hydrotherm Gerätebau GmbH v Compact Del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas* [1984] EFD 2999.

sammen med morselskapet, og satte et skarpt skille basert på rettssubjekt. Anvendelsen av EF-rettslig konkurranserett ble ikke funnet å være relevant for vurderingen av hva som utgjør en selvstendig økonomisk enhet etter reglene i TUPE. Selv om dette var tilstrekkelig for å overprøve avgjørelsen til Industrial Tribunal, uttalte EAT seg også om Farnfields tilhørighet. EAT kom til at Farnfield klart ikke tilhørte de fire datterselskapene som ble overdratt, og fant støtte for dette i *Botzen*.⁷⁹

I *Duncan Web Offset* tok EAT opp problemstillingen om arbeidstakere i konsern i et *obiter dictum*. EAT så på et konsernforhold hvor arbeidstakerne i X også arbeider for andre selskaper i konsernet. Domstolen påpekte at det vil kunne være tilfeller hvor en arbeidstaker tilhører en annen del av konsernet enn den han formelt er ansatt i, og uttalte: "... the contract of employment test is not the only matter for consideration. In other words, an employee might be employed by one company but be assigned to the business of another".⁸⁰ Henvisningen til "employment test" gjelder bruken av ordlyden i arbeidsavtalen for å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet, som tidligere var blitt fremhevet i avgjørelsen av Court of Appeal i *Gale*.⁸¹ For å komme til uttalelsen om konsernforhold viste EAT til formålet med direktivet og behovet for å se hen til realiteten i selskapsstrukturer for å sikre dette.

Wynn-Evans 2006 (s. 61-62) tar opp spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet i konsern. Han viser i den sammenheng til EATs avgjørelser i både *Michael Peters* og *Duncan Web Offset*. For å sikre arbeidstakerne et reelt vern ved virksomhetsoverdragelse mener han at EAT heller ser på realitetene enn formalitetene i arbeidsforholdet. Ut fra denne tankegangen kommer han til at arbeidstakernes tilhørighet vil kunne vurderes uavhengig av rettssubjektet de formelt er ansatte i.

7.4.3 Nederlandsk sak henvist til EF-domstolen

En nederlandsk domstol har henvist to spørsmål til EF-domstolen om hvilke arbeidstakere som har rett til ansettelse hos erverver i konsernstrukturer.

⁷⁹ Avsnitt 22.

⁸⁰ Avsnitt 17.

⁸¹ *Gale v Northern General Hospital NHS Trust* [1994] IRLR 292 (CA).

Saken gjelder "outsourcing" fra Heineken-konsernet, som har over 5 000 arbeidstakere i Nederland. Samtlige av arbeidstakerne er ansatt i selskapet Heineken Nederland Beheer B.V. (HNB). Det eneste formålet med dette selskapet er å ansette Heineken-konsernets arbeidstakere og plassere dem i ulike operasjonelle selskaper. Ett av disse selskapene er Heineken Nederland B.V. (HN).

I HN arbeidet ca. 70 arbeidstakere med kantinedrift. I slutten av 2004 fikk de beskjed om at HN ville "outsource" sin kantinedrift til Albron Catering B.V. (Albron). Albron tilbød arbeidstakerne ansettelse, men på dårligere vilkår enn i deres eksisterende arbeidsforhold. En fagforening og en arbeidstaker saksøkte Albron og hevdet at "outsourcingen" utgjorde en virksomhetsoverdragelse i henhold til Nederlandsk rett.

Domstolen i første instans fant at "outsourcingen" utgjorde en virksomhetsoverdragelse etter nederlandsk rett.⁸² Videre gikk domstolen inn på *Botzen*. Domstolen anerkjente at faktum i *Botzen* var annerledes enn i den foreliggende saken, men fant at det kunne gjøres et skille mellom formell arbeidsgiver (i denne saken HNB) og reell arbeidsgiver (i denne saken HN). Domstolen viste til direktivets formål om å beskytte arbeidstakernes rettigheter, og kom til at det formelle arbeidsforholdet ikke var avgjørende. Arbeidstakerne i HN ble dermed ansett som vernet av reglene om virksomhetsoverdragelse.

Albron anket saken til ankedomstolen i Amsterdam. I en avgjørelse 29. mai 2008 bestemte domstolen at den skulle henvise spørsmål til EF-domstolen i henhold til EF-traktatens artikkel 234.⁸³ Domstolen henviste følgende to spørsmål til EF-domstolen 3. juli 2009:⁸⁴

"1. Should Directive 2001/23/EC be interpreted as meaning that there is a transfer of rights and obligations to the transferee referred to in the first sentence of Article 3(1) only if the transferor of the undertaking to be transferred is also the formal employer of the employees concerned, or does

⁸² Dom av 15. mars 2006 fra førsteinstansdomstolen i Utrecht, *Albron Catering B.V. v FNV Bondgenoten og John Roest*, "JAR" 2006/80.

⁸³ Avgjørelse 29. mai 2008 fra ankedomstolen i Amsterdam, "JAR" 2008/218.

⁸⁴ Sak C-242/09 *Albron Catering B.V. v FNV Bondgenoten og John Roest*, O.J. C 220, 12. september 2009, s. 21.

the protection of employees envisaged by the Directive imply that, upon transfer of an undertaking from an operating company belonging to a group, the rights and obligations pertaining to the employees working for that undertaking are transferred to the transferee if all the personnel working in the group are in the employ of a personnel company (which also belongs to that group) which functions as the central employer?

2. What would be the answer to the second part of the first question if the employees referred to there who work for an undertaking belonging to a group are in the employ of another company which also belongs to that group, *which is not* a personnel company as described in the first question?"

Dommen fra førsteinstansdomstolen er kritisert i nederlandsk juridisk teori.⁸⁵ Kritikerne hevder at det i nederlandsk rett er et krav om "dobbel tilknytning" for å ha rett til ansettelse hos erverver. Det *første* kravet er formell ansettelse i enheten som overdras og det *andre* kravet er at arbeidstakeren faktisk må utføre arbeid for, og i, enheten som overdras.

Det spesielle med saken er at arbeidstakerne var permanent plasserte i de ulike operasjonelle selskapene i Heineken. Det har vært hevdet at kravet om "dobbel tilknytning" i nederlandsk rett bare gjelder i tilfeller av midlertidig plassering i et annet selskap.⁸⁶ Løsningen i dommen er imidlertid på linje med det ene av EATs *obiter dicta* i *Duncan Web Offset*, jf. kapittel 7.4.2.

7.4.4 Vurderinger etter norsk rett

Arbeidsmiljøloven stenger etter sin ordlyd ikke for at også arbeidstakere i andre rettssubjekter kan anses å tilhøre enheten som overdras. Arbeidsmiljøloven §§ 16-1 og 16-2 viser både til et virksomhets- og et arbeidsgiverbegrep. Arbeidsgiverbegrepet er definert i arbeidsmiljøloven § 1-8 andre ledd. Arbeidsgiveransvaret og virksomhetsbegrepet må vurderes i forhold til de enkelte rettsreglene som er aktuelle. Som en hovedregel vil imidlertid arbeidsgiverbegrepet være begrenset til et enkelt rettssubjekt. Ved flere selskaper i et konsern vil det også være en klar organisatorisk avgrensning ved det enkelte selskap, slik EAT viste til i *Michael Peters*. En

⁸⁵ Se omtale i utgivelsen "EELC European Employment Law Cases", mai 2009, s. 5.

⁸⁶ Ibid.

avgrensning til det enkelte selskap kan også sies å være i tråd med *Botzen*, som vektla organisatoriske rammer for å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet ved virksomhetsoverdragelse.

Det kan være aktuelt med et delt/felles arbeidsgiveransvar i enkelte tilfeller. Dette blir drøftet i forarbeidene til arbeidsmiljøloven⁸⁷ og kom blant annet til uttrykk i Rt. 1990 s. 1126 (*Wärtsilädommen*) (1132-1133), hvor Høyesterett konkluderte med at det forelå et felles arbeidsgiveransvar mellom et morselskap og et datterselskap.

Det har formodningen mot seg at arbeidstakere i andre deler av konsernet har rett til ansettelse hos erverver. Dersom selskapsstrukturen er satt opp for å unngå reglenes anvendelse, kan det imidlertid argumenteres for at formålet med reglene, og deres preseptoriske karakter, kan begrunne unntak fra hovedregelen også i norsk rett. Dette støttes av praksis fra EAT i Storbritannia, og vil forhåpentligvis bli klarlagt av EF-domstolen i *Albron*-saken.

I Høyesteretts dom i Rt. 2006 s. 71 (*SAS/Braathens*) behandles anførsler om betydningen av interessefellesskap, som for eksempel selskaper innenfor samme konsern, ved identitetsvurderingen. Høyesterett uttalte at de alminnelige kriteriene som EF-domstolen har utviklet også må benyttes her, men at det nok er "... grunn til å tro at identitetsvilkåret i praksis oftere vil være oppfylt ved virksomhetsoverdragelser mellom selskaper som har et interessefellesskap."⁸⁸ Selv om dette spørsmålet gjaldt noen annet, har det noe overføringsverdi ved at Høyesterett uttalte seg om reglenes anvendelse i det som typisk vil være konsernstrukturer.

7.5 Innleide arbeidstakere

Innleide arbeidstakere hos overdrager omfattes ikke av en overdragelse av hele eller deler av virksomheten. De vil ha et arbeidsforhold til utleier. Det vil dermed ikke foreligge en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold *til overdrager* som overføres til erverver i henhold til arbeidsmiljøloven § 16-2.

For foretak som *ikke har til formål* å drive utleie, er det et vilkår for innleie etter arbeidsmiljøloven § 14-13 at den innleide har fast ansettelse hos utleier.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74 flg.

⁸⁸ Avsnitt 88.

Det er flere varianter av ansettelse hos foretak som *har til formål* å drive utleie, jf. arbeidsmiljøloven § 14-12. I noen tilfeller avtales det fast ansettelse hos utleier, mens andre inngår midlertidig ansettelse for perioden av innleie. Avgjørende er uansett at den innleide ikke er ansatt hos innleier.

I *Duncan Web Offset* ble spørsmålet om innleide arbeidstakere tatt opp i et *obiter dictum*.⁸⁹ EAT så på et tilfelle hvor en arbeidstaker er ansatt i X, men skal utføre arbeid for Y. Y overfører så virksomheten til Z. Domstolen uttalte at selv om arbeidstakeren er ansatt i X og som et utgangspunkt ikke har rett til ansettelse i Z etter reglene i TUPE, vil han kunne ha krav på å bli overført i tilfeller hvor han fullt og helt har arbeidet for Y. EAT argumenterte med at han da er ansatt av X på vegne av Y. Begrunnelsen som ble anført for dette, er at reglene i TUPE ser hen til realiteten i arbeidet og ikke konsernstrukturer eller andre formelle forhold. Uttalelsen ble trukket enda lenger ved at EAT sa at det kan tenkes tilfeller hvor selskapet X blir ansatt for å være part i overdragelsen selv om det ikke inngår i kontrakten om salg.

EATs begrunnelse for å anse den innleide for å tilhøre virksomheten som overdras er å se hen til realiteten i konsernstrukturer og andre formelle forhold. Argumentasjonen er dermed lik den vi gikk gjennom i kapittel 7.4 om konsern ovenfor. Når det er snakk om innleide arbeidstakere fra et annet selskap i samme konsern, vil utleier typisk ikke ha til formål å drive utleie. Etter arbeidsmiljøloven § 14-13 vil arbeidstakerne i dette tilfellet ha en annen arbeidsgiver å forholde seg til ved overdragelsen. Det synes derfor ikke naturlig å legge tilsvarende løsning til grunn i norsk rett.

7.6 *Arbeid for flere avdelinger i virksomheten*

7.6.1 Problemstillinger

Det vil kunne være situasjoner hvor en arbeidstaker arbeider i flere avdelinger i virksomheten.

Allstrin mfl. 2009 (s. 337) tar for seg et tilfelle hvor en arbeidstaker formelt er deltidsansatt i flere ulike avdelinger. Dersom en av disse avdelingene overdras, argumenterer de for at arbeidstakeren etter

⁸⁹ Avsnitt 16.

overdragelsen får to arbeidsgivere, med én stilling hos overdrager og én stilling hos erverver.⁹⁰ Stillingsbrøkene hos de to arbeidsgiverne blir lik som før overdragelsen.

Det kan reises spørsmål ved hvor praktisk dette tilfellet er. De fleste arbeidstakere vil ikke ha to helt ulike stillinger i virksomheten, men ha en stilling med et variert innhold.

Dersom en arbeidstaker er ansatt i en avdeling og utfører enkelte oppgaver for en annen avdeling, vil prinsippene i *Botzen* være anvendelige, siden det er tale om organisatoriske rammer. Annerledes vil dette kunne stille seg dersom han i henhold til arbeidsavtalen er ansatt i avdeling X, men i realiteten arbeider *fullt ut* i avdeling Y. I et slikt tilfelle vil det kunne argumenteres for en liknende løsning som for fellesavdelinger og med et kriterium tilsvarende generaladvokatens forslag i *Botzen*, jf. kapittel 7.1.

Det kan identifiseres to særlig problematiske tilfeller. Det *ene* tilfellet er hvor en arbeidstaker arbeider i flere ulike avdelinger uten å ha en spesiell forankring til noen av dem. Det *andre* tilfellet er når en arbeidstaker i avdeling X arbeider fullt ut for avdeling Y i en midlertidig periode.

For det første tilfellet gir organisatoriske rammer ikke noen hjelp. Jeg har i kapittel 6 argumentert for at kravet til primær tilknytning er strengt. Hvis arbeidstakeren fordeler arbeidet sitt likt på flere avdelinger, og samtlige av disse overføres, vil han ut fra dette synspunktet ikke ha rett til ansettelse i noen av dem.

For det andre tilfellet vil det kunne virke tilfeldig at en arbeidstaker som vanligvis arbeider i avdeling X, anses å tilhøre avdeling Y når han arbeider der for en midlertidig periode. Et "øyeblikksbilde" av situasjonen på overdragelsestidspunktet vil medføre at han anses å tilhøre avdeling Y.

7.6.2 Mulige løsninger etter norsk rett

Det *første* tilfellet, der en arbeidstaker arbeider for flere avdelinger, kan sammenlignes med arbeidstakere i fellesavdelinger, hvor arbeidstakeren betjener hele virksomheten på tvers. Ut fra prinsippet i *Botzen* kan det sies at arbeidstakeren ikke organisatorisk tilhører noen del av

⁹⁰ Det samme synspunktet er hevdet tidligere, *Allstrin* 2002 (s. 37).

virksomheten. Han får ikke rett til ansettelse hos erverver fordi han ikke har noen primær tilknytning. Dette er i overensstemmelse med et strengt krav til tilknytning ut fra formålet med reglene og retts tekniske hensyn. Den samme løsningen synes lagt til grunn av *Borgerud* 2009, som uttaler at de som utfører arbeid for flere deler av virksomheten, ikke vil ha rett til ansettelse hos erverver.⁹¹

For det *andre* tilfellet, der en arbeidstaker arbeider midlertidig i en annen avdeling, kan det ses hen til om arbeidstakeren skal vende tilbake til avdelingen hvor han opprinnelig arbeidet. Dersom avtalen med arbeidsgiver er at arbeidstakeren skal vende tilbake til denne avdelingen, taler reelle hensyn for at det må anlegges en bredere synsvinkel enn bare tidspunktet for overdragelsen. Dette er også løsningen etter britisk rett.

I den britiske reguleringen TUPE fremgår det at det med begrepet "assigned" forstås "... assigned other than on a temporary basis".⁹² Det britiske næringsdepartementet, "Department for Business Innovation & Skills", har gitt retningslinjer for forståelsen av TUPE.⁹³ I retningslinjene (s. 10) fremgår det at hvorvidt det er tale om en midlertidig tilknytning, er avhengig av hvor lenge arbeidstakeren har vært i en annen del av virksomheten. Det ses dessuten hen til hvorvidt det er blitt fastsatt et tidspunkt for når arbeidstakeren skal returnere til sin opprinnelige avdeling eller bli omplassert til en annen del av virksomheten. EAT har behandlet spørsmålet i saken *Securiplan v Bademosi*,⁹⁴ som gjaldt en sikkerhetsvakt som i ett år hadde arbeidet for en annen virksomhet enn den han vanligvis arbeidet for. EAT kom til at dette ikke var tilstrekkelig lang tid til at han tilhørte virksomheten hvor han hadde arbeidet i ett år.

Alternativt kan slike særlig vanskelige problemstillinger løses ved at de aktuelle arbeidstakerne gis en valgrett til selv å avgjøre hvilken del av virksomheten de skal tilhøre. Forskjellen fra den alminnelige ulovfestede valgretten er at arbeidstakerne i dette tilfellet

⁹¹ Note 623 til § 16-1 i arbeidsmiljøloven.

⁹² Artikkel 2 nr. 1.

⁹³ *Employment Rights on the Transfer of an Undertaking : A guide to the 2006 TUPE Regulations for employees, employers and representatives*, juni 2009.

⁹⁴ *Securiplan v Bademosi* [2003] All ER (D) 435.

ikke bare kan velge å bli hos overdrager til tross for å være omfattet av reglene om virksomhetsoverdragelse. Arbeidstakerne kan også velge å bli med til erverver selv om de ikke er omfattet av reglene. *Frahm* 2007 (s. 125-127) gir en redegjørelse for flere juridiske teoretikere i Tyskland som argumenterer for en valgrett for arbeidstakerne, blant annet von Hoyningen-Huene og Windblicher,⁹⁵ Müller og Thüsing⁹⁶ og Preis.⁹⁷

7.6.3 Anvendelse av prinsipper for nedbemanning?

Det vil kunne oppstå spørsmål om oppsigelser etter overdragelsen. Dersom arbeidstakerne har arbeidet for den delen som overdras, men ikke i tilstrekkelig grad til å ha rett til ansettelse hos erverver, vil det kunne bli overtallighet hos overdrager. Det vil kunne bli overtallighet hos erverver dersom de ikke har full beskjeftigelse i den delen som blir overført.

Ved å anvende saklige prinsipper for nedbemanning, som kvalifikasjoner og ansiennitet, for utvelgelsen av arbeidstakere som overføres, kan det anføres at det tas høyde for problemstillingen om overtallighet etter at virksomhetsoverdragelsen er gjennomført.

Problemet med dette er hvordan kretsen for utvelgelse skal bestemmes. Det kan blant annet reises spørsmål om arbeidstakerne hos overdrager og erverver skal ses sammen eller om vurderingen bare skal gjøres ut fra arbeidstakerne hos overdrager. Det vil dessuten kunne gi urimelige resultater ved at arbeidstakere med lang ansiennitet, men med liten tilknytning til virksomheten som overføres, gis rett til ansettelse hos erverver.

Ved særlige problematiske tilfeller kan det på den annen side være en praktisk fordel å drøfte utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som har rett til ansettelse hos erverver med tillitsvalgte i virksomheten.

I tysk juridisk teori har *Frahm* 2007 drøftet tilfellet når en arbeidstaker arbeider for flere avdelinger og det ikke er mulig å fastsette hans tilhørighet etter læren om "Tätigkeitsschwerpunkt". Løsningen han kommer til (s. 158) er en analog

⁹⁵ von Hoyningen-Huene/Windblicher RdA 1977, 329.

⁹⁶ Müller/Thüsing ZIP 1997, 1869.

⁹⁷ Preis 2009, note 72.

anvendelse av en tysk regulering ved reorganisering av virksomhet i § 323 (2) i Umwandlungsgesetz (UmwG).

Denne reguleringen innebærer at det inngås en avtale mellom overdrager og bedriftsrådet ("Betriebsrat") i virksomheten, på tysk omtalt som "Interessenausgleich", hvor det fastsettes hvilke arbeidstakere som får rett til ansettelse hos erverver og hvilke arbeidstakere som tilhører overdrager. Avtalen skal basere seg på alminnelige kriterier for tilhørighet etter § 613a BGB, men innebærer at domstolenes prøvelsesrett er begrenset til grove feil.⁹⁸ Frahms forslag til løsning er imidlertid ikke basert på tysk rettspraksis, men er et teoretisk forslag til løsning. I tillegg til at avtalen bare gir en mer begrenset prøvelsesrett for domstolene, er den avhengig av at virksomheten rent faktisk har et bedriftsråd og at partene lykkes i å komme til enighet om en avtale. Forutsetningen for løsningen til *Frahm 2007* er en analog anvendelse av de tyske reglene i UmwG. Vi har ikke tilsvarende lovgivning i norsk rett. Forslaget har ikke direkte overføringsverdi, selv om drøfting med representanter for arbeidstakerne ved særlige problematiske tilfeller også vil kunne gi uttrykk for en forsvarlig saksbehandling i norsk rett.

8 Forholdet til arbeidsgivers styringsrett

8.1 Problemstilling

Det kan reises spørsmål om arbeidsgiver i forkant av overdragelsen kan omorganisere virksomheten i medhold av arbeidsgivers styringsrett med virkning for arbeidstakernes tilhørighet.

Begrepet styringsrett er ofte brukt i arbeidsrettslig sammenheng, uten at begrepet alltid er like klart. *Evju 2003* (s. 15) har formulert arbeidsgivers styringsrett slik: "I "styringsretten" ligger at "arbeidsgiveren som utgangspunkt har en ensidig rett til å treffe bestemmelser som angår arbeidsforholdet og virksomheten" ... Dette har igjen to hovedelementer – retten til å ansette og si opp og til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, og retten til å beslutte om virksomhetens generelle oppgaver, omfang og ressursdisponering. Det første kan vi betegne med uttrykket "arbeidsledelsen", det annet med "foretaksledelsen". I dette kapitlet peker jeg på en særskilt problemstilling knyttet til endringer foretatt av arbeidsgiver forut for en virksomhetsoverdragelse, men jeg vil ikke analysere begrepet styringsrett nærmere.

Et eksempel er at arbeidsgiver i forkant av en virksomhetsoverdragelse bestemmer at enkelte arbeidstakere, som ikke er ønsket i virksomheten, skal overflyttes til den delen som skal overdras.

⁹⁸ *Frahm 2007* (s. 159-160).

Dersom arbeidstakerne reserverer seg etter arbeidsmiljøloven § 16-3, og ikke ønsker å bli med over til ny arbeidsgiver, opphører arbeidsforholdet på overdragelsestidspunktet.⁹⁹ På denne måten kan overdrager ”bli kvitt” arbeidstakere som ikke er ønsket, uten å måtte gå veien om oppsigelse. På samme måte kan ettertraktede arbeidstakere flyttes i organisasjonen for å unngå at de får rett til ansettelse hos erverver.

Problemstillingen ble tatt opp i Konsernutvalgets utredning, som spurte om ”... arbeidsgiver i kraft av styringsretten kan avgjøre at arbeidstakeren skal tilhøre den del av virksomheten som blir overført til ny arbeidsgiver”.¹⁰⁰ Utvalget ga ikke anvisning på hvordan dette spørsmålet skal løses, ut over å vise til forarbeidene ved implementeringen av direktivet og at det må ses hen til hvor arbeidstakeren primært har sin tilknytning og hvor det er mest naturlig at arbeidsforholdet fortsetter. I tillegg viste utvalget til *Botzen*.

Dersom arbeidsgiver har anledning til å påvirke arbeidstakernes tilhørighet ved å omorganisere virksomheten før overdragelsen, åpner det for omgåelse av preseptorisk lovgivning.

8.2 Situasjonen på overdragelsestidspunktet

Både ordlyden i § 16-2 i arbeidsmiljøloven og artikkel 3 nr. 1 i direktivet gir anvisning på en statisk vurdering av om arbeidsforholdet er omfattet av overføringen på overdragelsestidspunktet, et ”øyeblikksbilde”. Arbeidsmiljøloven § 16-2 taler om arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det ”... tidspunkt overdragelsen finner sted, ...”. Direktivets artikkel 3 nr. 1 taler om arbeidsavtale eller et arbeidsforhold som ”... gjelder på datoen for overdragelsen, ...”.

Høyesteretts dom i Rt. 2001 s. 248 (*Olderdalen ambulanse*) taler for det samme, nemlig at det er den faktiske situasjonen på overdragelsestidspunktet som er avgjørende. Dommen gjaldt et ambulansefirma som hadde sagt opp en driftsavtale med fylkeskommunen. Arbeidstakerne ble tilbudt ansettelse hos et nytt selskap med drifts-

⁹⁹ Virkningen av bruk av reservasjonsrett følger ikke direkte av ordlyden i arbeidsmiljøloven § 16-3, men fremgår blant annet i Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 9-10.

¹⁰⁰ NOU 1996: 6 s. 48.

avtale på vilkår om at de ikke fagorganiserte seg. Arbeidstakerne aksepterte ikke denne betingelsen. Høyesterett kom til at spørsmålet om identitet måtte vurderes ut fra situasjonen slik den faktisk ble, og ikke slik den ville blitt om erverver hadde forholdt seg på en annen måte. Høyesterett erkjente (s. 257) at dette innebar at erverver ved egne beslutninger kan få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse skal avgjøres. Med henvisning til denne dommen drøfter forarbeidene til arbeidsmiljøloven spørsmålet om omgåelseshensikt er, og bør være, et relevant moment i identitetsvurderingen.¹⁰¹ Departementet foreslo ikke noen endringer i reglens virksområde, og uttalte at den videre rettsutviklingen bør skje ved rettspraksis.¹⁰²

8.3 *Formålsbetraktninger*

Ved implementeringen av direktivet i norsk rett vises det i forarbeidene til hvor arbeidstakeren primært "har hatt" sin tilknytning.¹⁰³ Ordlyden i forarbeidene, med bruk av fortidsformen, taler for at det ikke bare er situasjonen på tidspunktet for overdragelsen som er avgjørende for spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet. Formålet med reglene taler også for at avgjørelsen av arbeidstakernes tilhørighet gjøres uavhengig av endringer med omgåelseshensikt i forkant av overdragelsen.

Et slikt synspunkt vil kunne begrense arbeidsgivers styringsrett i forkant av en virksomhetsoverdragelse. Omdisponeringer som arbeidsgiver ellers kunne gjort, ses bort fra for å hindre omgåelse av reglene.

I utgangspunktet gjelder arbeidsgivers styringsrett likt for overdrager og erverver. EF-domstolen uttalte i *Rask* at direktivet tillater at arbeidsvilkårene for arbeidstakerne blir endret hos erverver i lik grad som de kunne blitt endret hos overdrager, med det forbehold at overdragelsen selv aldri kan utgjøre begrunnelsen for endring.¹⁰⁴

¹⁰¹ NOU 2004:5 s. 364-367 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 258-259.

¹⁰² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 258.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 32.

¹⁰⁴ Avsnitt 28 i dommen. Jf. også avsnitt 17 i sak 324/86 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v Daddy's Dance Hall A/S* [1988] EFD 739.

I saken *Juuri*¹⁰⁵ for EF-domstolen var spørsmålet om omgåelse av direktivet oppe.

Saken gjaldt Mirja Juuri som var ansatt i en kantine i metallindustrien i Finland. Kantinevirksomheten ble overført til en ny arbeidsgiver. Tariffavtalen som gjaldt for Juuri ble erstattet av en ny tariffavtale med virkning fra samme tidspunkt som kantinevirksomheten ble overført til ny arbeidsgiver. Juuri ble omfattet av gjeldende tariffavtale for den nye arbeidsgiveren, som blant annet innebar lavere lønn. Siden tariffavtalen hos tidligere arbeidsgiver ble erstattet på overdragelsestidspunktet, hadde Juuri ikke krav på å opprettholde rettighetene etter denne tariffavtalen etter direktivets artikkel 3 nr. 3, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd.

EF-domstolen kom til at erverver ikke var forpliktet til å opprettholde vilkår som fulgte av en tariffavtale med anvendelse hos overdrager, etter den avtalte utløpsdatoen for vedkommende tariffavtale. Dette gjaldt uavhengig av om utløpsdatoen sammenfalt med overdragelsestidspunktet. Domstolen avviste ikke at det kunne være tale om omgåelse av direktivet, men uttalte at det var opp til nasjonale domstoler å vurdere den konkrete saken opp mot tolkningen av artikkel 3 nr. 3 i direktivet.

Generaladvokaten i *Juuri* uttalte at opphør av rettigheter etter tariffavtale hos tidligere arbeidsgiver på tidspunktet for overdragelsen ikke er forenlig med direktivet hvis sammenfallet i tid mellom opphør av tariffavtalen og overdragelsen er et utslag av forsøk på å omgå direktivet.¹⁰⁶ Som domstolen uttalte han at det er opp til nasjonale domstoler å avgjøre om det er tale om en omgåelse. Generaladvokaten har også i flere andre saker uttalt seg om direktivets anvendelse ved omgåelseshensikt, blant annet i sakene *Allen*¹⁰⁷ og *Jouini*.¹⁰⁸

Hensynet til å unngå omgåelser ved virksomhetsoverdragelse kjenner vi også i norsk rett. I ARD 1921.341 (*Prambyggerdommen*) kom Arbeidsretten til at virksomheten pliktet å overføre rettigheter etter tariffavtale til en del av virksomheten som ble skilt ut og lagt i et eget aksjeselskap. Arbeidsretten uttalte (s. 344) at en bedrift ikke blir løst fra sine tariffplikter ved ensidige, rent organisatoriske disposi-

¹⁰⁵ Sak C-396/07 *Mirja Juuri v Fazer Amica Oy*, dom 27. november 2008, [2008] EFD I-00000.

¹⁰⁶ Avsnitt 34.

¹⁰⁷ Avsnitt 42 i generaladvokatens uttalelse i sak C-234/98 *Allen mfl. v Amalgamated Construction Co. Ltd.* [1999] EFD I-8643.

¹⁰⁸ Avsnitt 61-62.

sjoner. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven er det vist til denne dommen og andre dommer som gir uttrykk for tilsvarende prinsipper, og uttalt at det ikke er ment å gjøre endringer i den rettsstilstanden de gir uttrykk for. Forarbeidene viser til at dette rettsgrunnlaget kan medføre overføring av tariffavtale dersom formålet med en utskillelse, nyorganisering eller liknende er å *omgå* eller *unngå* tariffavtale.¹⁰⁹ I disse tilfellene skal erverver ikke kunne ha mulighet til å fri seg fra tariffavtalen ved å avgi en skriftlig erklæring, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd andre punktum.

8.4 Gjennomskjæring ved motiv om omgåelse

Ut fra reglens formål og deres preseptoriske karakter kan det argumenteres med at rene omgåelsestilfeller rammes av gjennomskjæring. Andre omorganiseringer i tråd med arbeidsgivers styringsrett er lovlige også i forkant av en virksomhetsoverdragelse.

EF-domstolens avgjørelse i *Merckx*¹¹⁰ taler for det samme. Domstolen uttalte at oppsigelser gitt i strid med forbudet mot oppsigelser på grunn av overdragelsen i artikkel 4 nr. 1 i direktivet ikke påvirker vurderingen av om direktivet kommer til anvendelse.¹¹¹ Arbeidstakere som er oppsagt i strid med dette forbudet skal dermed telle med ved overdragelsen i forhold til identitetsvurderingen, uavhengig av den rent faktiske situasjonen.

Konklusjonen støttes også av argumentasjonen til *Fougner* 2006. *Fougner* (s. 76) hevder at premissene i Rt. 2006 s. 71 (*SAS/Braathens*) kan tas til inntekt for at muligheten for tilpasninger for anvendelsen av reglene er innskrenket i forhold til tidligere rettspraksis, jf. Rt. 2001 s. 248 (*Olderdalen ambulanse*).¹¹²

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 270-271.

¹¹⁰ Forente saker C-171/94 og C-172/94 *Albert Merckx og Patrick Neuhuys v Ford Motors Company Belgium SA* [1996] I-1253.

¹¹¹ Avsnitt 26.

¹¹² *Moland* 2009 foretar en gjennomgang av betydningen av omgåelseshensikt ved vurderingen av identitetsvilkåret. Hun mener også (s. 96) at det er grunn til å tro at omgåelseshensikt spilte en visse rolle for at Høyesterett, etter hennes syn, la en lavere terskel til grunn for vurderingen av identitetsvilkåret i Rt. 2006 s. 71 (*SAS/Braathens*).

9 Trepartsforhold

9.1 Manglende tilgang til informasjon

Det kan foreligge en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven når en oppdragsgiver sier opp avtalen med en tidligere leverandør av tjenester (overdrager) og tildeler den til en ny leverandør (erhverver). Slike trepartsforhold reiser særskilte problemstillinger i forhold til å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet.

Overdrager og erverver vil ikke nødvendigvis ha et avtalemessig forhold. I tillegg vil de kunne ha ulik oppfatning av hvorvidt reglene kommer til anvendelse. Overdrager vil ha mistet en kontrakt og dermed ofte det økonomiske fundamentet for ansettelse av en del av arbeidsstokken. Alternativet for overdrager vil kunne være en nedbemanning, med de kostnadene dette kan innebære.

Erverver ønsker ikke nødvendigvis å overta overdragers arbeidstakere. Dette kan enten skyldes at erverver ønsker å ansette andre fra et åpent arbeidsmarked, eller fordi det allerede er tilstrekkelig med arbeidskraft i organisasjonen også for den nye avtalen.

Erverver vil kunne komme i en situasjon hvor han ikke har tilstrekkelig informasjon til å vite om reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse, langt mindre hvilke arbeidstakere som tilhører den enheten som overdras. På samme måte vil overdrager kunne mangle informasjon som er nødvendig for å kunne konkludere med om det er en virksomhetsoverdragelse eller ikke, jf. vilkåret om at enheten må bevare sin identitet etter overdragelsen.

9.2 Behov for regulering?

I direktivets artikkel 3 nr. 2 fremgår det at ”Medlemsstatene kan vedta egnede tiltak for å sikre at overdrageren underretter erververen om alle rettigheter og forpliktelser som vil bli overdratt til erververen i henhold til denne artikkel, ...”.

Denne ”kan”-bestemmelsen er ikke implementert i kapittel 16 i arbeidsmiljøloven. Vurderingen som ble gjort i forarbeidene til endringer i arbeidsmiljøloven fra 1977 var at ”Bestemmelsen regulerer forholdet mellom overdragende og ervervende *innehaver*, og den har

ingen betydning for arbeidstakernes rettigheter.”¹¹³ I praksis er dette ikke riktig, siden erverver er avhengig av informasjon fra overdrager for å ivareta sine forpliktelser overfor arbeidstakerne etter loven. Dessuten er spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet et eksempel på at informasjonsutveksling mellom overdrager og erverver er viktig for å ivareta arbeidstakernes rettigheter.

Forarbeidene viser til at overdrager har en informasjonsplikt allerede etter alminnelig avtalerett.¹¹⁴ Det siktes antagelig til den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold.¹¹⁵ Lojalitetsplikten gjør seg imidlertid ikke gjeldende i tilfeller der det ikke er et avtalemessig forhold mellom overdrager og erverver, slik det kan være ved trepartsforhold.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven tar opp trepartsforhold ved anbudssituasjoner og uttaler at det antakelig vil være mest naturlig at det er anbudssinnbyder som sørger for den nødvendige informasjonen.¹¹⁶ Dette er ikke alltid hensiktsmessig. Anbudssinnbyder har ikke nødvendigvis tilstrekkelig kunnskap for å avgjøre om det er en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1 og hvilke arbeidstakere som har rett til ansettelse hos erverver. Anbudssinnbyder må i så fall legge til rette for dette ved kontraktsregulering overfor tilbyder.

Poulsson 2005 (s. 99-103) drøfter opplysningsplikt for overdrager (til erverver) ved anbudssituasjoner. Han uttaler (s. 101) at en unnlattelse av å gi opplysninger før oppdragsgiver har avgjort hvem som skal få oppdraget vanskelig vil kunne ses på som kritikkverdig eller rettsstridig atferd. Videre drøfter han et tilfelle hvor oppdragsgiver i kontrakten har forpliktet den som får oppdraget til å gi relevante opplysninger til alle som skal delta i en konkurranse om oppdraget i neste omgang. Brudd på denne plikten er et kontraktsbrudd overfor oppdragsgiver og ikke overfor de som konkurrerer om det nye oppdraget. *Poulsson* tar også opp situasjonen hvor oppdrags-

¹¹³ Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) s. 22.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Lojalitetsplikt i avtaleforhold er blant annet behandlet av *Nazarian 2007* og *Christoffersen 2008*.

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) s. 22.

giver har satt som vilkår at transaksjonen skal behandles som en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven. Det er blant annet praksis for at det offentlige setter slike krav i anbudskonkurranser.¹¹⁷ I et slikt tilfelle argumenterer Poulsson (s. 103) for at oppdragsgiver bør være forpliktet til å sørge for at de relevante opplysningene er til stede for de som skal konkurrere om oppdraget.

Dersom det ikke foreligger regulering eller vilkår fra oppdragsgivers side, vil erverver i begrenset grad kunne kreve opplysninger fra overdrager. For å sikre at erverver har tilstrekkelig kunnskap for å kunne avgjøre spørsmål som arbeidstakernes tilhørighet, bør direktivets bestemmelse om informasjonsplikt fra overdrager til erverver implementeres i norsk rett. I tillegg kan det vurderes om det bør innføres en informasjonsplikt fra erverver til overdrager, jf. identitetsvilkåret. En slik regulering må ta hensyn til problemstillinger knyttet til personopplysninger.

Det er et eksempel på lovfesting av en informasjonsplikt. I yrkestransportlova § 8 og jernbaneloven § 8g, som gjør §§ 16-2 til 16-7 i arbeidsmiljøloven gjeldende ved tildeling av kontrakt innen kollektivtransport på vei, til sjøs og med jernbane, er det inntatt bestemmelser om at oppdragsgiver skal gi informasjon om eksisterende leverandørs arbeidstakere til de som ønsker å delta i konkurransen. Oppdragsgiver kan kreve informasjon om arbeidstakere fra eksisterende leverandør. Det gjelder både hvor mange arbeidstakere som er knyttet til virksomheten som er gjenstand for konkurranse, deres alder, ansiennitet og lønns- og arbeidsvilkår. Begrunnelsen for informasjonsplikten er at vilkårene i konkurransen skal være så like som mulig, og gi nye leverandører bedre mulighet til å vurdere kostnadene ved å inngå kontrakt.¹¹⁸

10 Praktiske konsekvenser

10.1 Avtale med arbeidstakerne

Det følger av arbeidsmiljøloven § 1-9 at reglene om virksomhetsoverdragelse i kapittel 16 ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstakere. Dette er et vern mot forhåndsfraskrivelse av rettigheter, jf. blant annet *Holo* 2006 (s. 952). I umiddelbar forbindelse med, eller etter, overdragelsen kan en arbeidstaker fraskrive seg vernet som

¹¹⁷ Det er også henvist til slik praksis i NOU 2004:5 s. 365.

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 60 (2008-2009) s. 17.

kapittel 16 gir. Dette gjelder også muligheten for å rettslig prøve spørsmålet om arbeidstakeren tilhører delen som overdras eller ikke.

For at arbeidstakeren ikke skal kunne utfordre vurderingene gjort av overdrager og erverver vedrørende hvem som har rett til ansettelse hos erverver, kan det inngås en trepartsavtale mellom alle disse tre. Alternativt kan arbeidstakeren avgi en erklæring overfor overdrager om at arbeidsforholdet er opphørt (ved bytte av arbeidsgiver) eller en erklæring overfor erverver om at han ikke vil gjøre gjeldende krav på ansettelse (ved fortsatt ansettelse hos overdrager).

Forutsetningen for at arbeidstakerne ikke skal kunne utfordre kriteriene for hvem som overføres, er at det inngås avtale med hver enkelt arbeidstaker. Dette kan gjøres ved at de aktuelle arbeidstakerne tiltrer en avtale mellom overdrager og erverver, der de arbeidstakerne som overføres listes opp. Dersom det er mange arbeidstakere i den delen som overføres, vil det være upraktisk at det inngås avtale med samtlige. Ofte vil det bare være noen arbeidstakere hvor spørsmålet om tilhørighet er tvilsomt. Det kan da være hensiktsmessig å inngå særskilte avtaler bare med disse.

Det er en forutsetning at arbeidstakerne forstår konsekvensene av avtalen, slik at den ikke blir gjenstand for tilsidesettelse eller revisjon etter avtalerettslige prinsipper. Det vil dermed kunne være nødvendig at arbeidstakerne bruker rådgivere. Tillitsvalgte i bedriften kan fungere som rådgivere, og kriteriene for arbeidstakernes tilhørighet bør drøftes med disse i forkant. De tillitsvalgte kan imidlertid ikke uten særskilt fullmakt inngå avtale med arbeidsgiver som forplikter de enkelte arbeidstakerne i dette spørsmålet.

10.2 Kontraktsregulering mellom overdrager og erverver

Reglene om virksomhetsoverdragelse gjelder uavhengig av hva overdrager og erverver avtaler seg imellom. Det kan være praktisk for overdrager og erverver å regulere ansvarsforholdene dersom noen arbeidstakere utfordrer deres utvelgelse.

Spørsmål om fordeling av økonomisk risiko mellom partene oppstår dersom (i) det er arbeidstakere som har rett til overdragelse, men som ikke behandles slik av partene, (ii) det er arbeidstakere som overdras, men som ønsker å være hos overdrager eller (iii) arbeids-

takere som er nødvendige for videre drift hos erverver reserverer seg mot overdragelse.

For de to første tilfellene vil det være spørsmål om hvorvidt reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse for de aktuelle arbeidstakerne eller ikke. Arbeidstakerne vil kunne argumentere enten for eller mot reglens anvendelse ut fra hvor de ønsker fortsatt arbeid. For det andre tilfellet vil det i tillegg kunne være at arbeidstakerne hevder valgt, og dermed et fortsatt arbeidsforhold hos overdrager på det rettsgrunnlaget. For det siste tilfellet er spørsmålet hvem av partene som skal bære kostnader ved oppbemanning hos erverver.

Partene vil kunne avtale skadesløsholdelse for de ulike tilfellene. Dersom det ikke avtales noe mellom partene, vil ansvaret ligge hos det rettssubjektet som kravet om ansettelse rettes mot eller som må iverksette tiltak om oppbemanning. For eksempel vil det å hevde valgt eller at reglene om virksomhetsoverdragelse ikke kommer til anvendelse, innebære et krav mot overdrager.

Et eksempel på kostnader som kan være gjenstand for avtale er juridisk bistand i forbindelse med krav fra arbeidstakere. Dersom arbeidstakerne vinner frem, enten ved minnelig løsning eller ved rettslig avgjørelse, kan det også bli nødvendig med en nedbemanning i virksomheten som innebærer kostnader. Nedbemanningskostnadene kan bli omfattende dersom oppsigelsene utfordres rettslig. For å ta høyde for dette kan nedbemanningskostnadene beløpsbegrenses, enten som en samlet sum eller som en sum per arbeidstaker som må sies opp.

Ved behov for oppbemanning kan det påløpe direkte kostnader med annonsering etter arbeidstakere, avholdelse av intervjuer og utgifter til rådgivere. Videre kan det være snakk om indirekte kostnader med forsinket oppstart av prosjekter eller annet arbeid på grunn av mangel på arbeidskraft i perioden frem til andre arbeidstakere tiltrer.

11 Behov for avklaring

Rettstilstanden er til dels uklar. Lovgiver uttalte allerede i forarbeidene til implementeringen av direktivet i norsk rett at det kan være vanskelig å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet.¹¹⁹ Til tross for denne erkjennelsen ble spørsmålet ikke løst i ordlyden eller utdypet i forarbeidene.

Det er lite praksis i Norge, Sverige og Danmark om arbeidstakernes tilhørighet. Dette står i sterk kontrast til Storbritannia, hvor spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet ofte har vært for domstolene.

Etter avgjørelsen i *Botzen* har EF-domstolen heller ikke bidratt til ytterligere rettslig avklaring. Spørsmålene som nå er henvist til EF-domstolen fra en nederlandsk domstol, i *Albron*-saken omtalt i kapittel 7.4.3, kan være en mulighet for domstolen til å gi en avklaring. Saken gjelder spørsmål om arbeidstakernes tilhørighet ved overdragelse i en konsernstruktur, men EF-domstolen kan forhåpentligvis gi mer generelle retningslinjer om arbeidstakernes tilhørighet ved virksomhetsoverdragelse.

Den rettslige situasjonen vil dessuten kunne bli nærmere avklart med privat håndheving og praksis fra norske domstoler. Ved overdragelse av en del av en virksomhet kan for eksempel arbeidstakerne være tjente med å hevde at de ikke tilhører enheten som overdras i stedet for å hevde ulovfestet valgrett.

Alternativet til avklaring i praksis er at lovgiver eksplisitt gjør spørsmålet til gjenstand for utredning og lovgivning. Dette kan være utfordrende. For det første må det være en rettsregel som kan anvendes på en rekke ulike faktiske situasjoner. For det andre må rettsregelen være EØS-rettslig holdbar selv om det er begrenset med EØS-rettslige kilder.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 32.

12 Oppsummering

Betydningen av EF-domstolens avgjørelse i *Botzen* er begrenset til tilfeller hvor det er klare organisatoriske rammer i virksomheten. I tilfeller hvor det ikke finnes klare organisatoriske rammer argumenterer jeg for et krav om primær tilknytning, blant annet i henhold til uttalelser i forarbeidene ved implementeringen av direktivet i norsk rett. Ut fra legislative og reelle hensyn må kravene til primær tilknytning være strenge. De nærmere rettslige kriteriene for å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet ved overdragelse av en del av en virksomhet kan knyttes til ulike tilfeller.

Dersom virksomheten er inndelt i avdelinger, vil arbeidstakerne etter regelen i *Botzen* ha rett til ansettelse hos erverver ved overdragelse av avdelingen han organisatorisk er plassert i. Det samme gjelder ved andre typer klare organisatoriske inndelinger. Dersom arbeidstakeren er fullt ut engasjert for en annen avdeling, slik som en arbeidstaker i en fellesavdeling som utelukkende jobber for en bestemt avdeling i virksomheten, stiller dette seg annerledes.

Dersom det ikke er klare organisatoriske rammer, kan tilhørigheten avgjøres ut fra prinsippet om primær tilknytning. Hvilke momenter som skal inngå i denne vurderingen, er ikke avklart i norsk rett. Basert på eksempler fra blant annet britisk og tysk rett kan momenter som bruk av arbeidstiden, ordlyden i arbeidsavtalen, verdimessig betydning av arbeidet og kostnadsallokering for arbeidsgiver være rettslig relevante.

Det er flere særskilte spørsmål knyttet til arbeidstakernes tilhørighet. Dersom arbeidsgiver benytter styringsretten for å omgå reglens anvendelse på enkelte grupper av arbeidstakere, argumenterer jeg for at disse endringene ikke kan vektlegges når det avgjøres hvem som har rett til ansettelse hos erverver. I trepartsforhold kan det være problematisk for erverver å få tilstrekkelig informasjon til å ta stilling til spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet. Jeg argumenterer for at det bør innføres en opplysningsplikt mellom partene i henhold til direktivets artikkel 3 nr. 2.

Kjøper og selger vil ved overdragelse av en del av en virksomhet være tjent med å finne rettslig holdbare løsninger for arbeidstakernes tilhørighet. Terskelen for hva som skal anses som en virksomhets-

overdragelse, er i større og større grad blitt senket. Det er desto større grunn til å avklare spørsmålet om hvilke arbeidstakere som har rett til ansettelse hos erverver.

Referanser

a) *Litteratur*

- Allstrin 2002 Allstrin, Tor, *Virksomhetsoverdragelse – ansattes rettigheter og plikter*, Oslo: Kommuneforlaget, 2002
- Allstrin mfl. 2008 Allstrin, Tor; Gry Brandshaug Dale, Jon Østensvig, *Endring og opphør av arbeidsforhold*, Oslo: Kommuneforlaget, 2008
- Barrett 2005 Barrett, Gavin, "Light Acquired on Acquired Rights: Examining Developments in Employment Rights on Transfers of Undertakings", *Common Market Law Review* 2005, s. 1053-1105
- Borgerud 2009 Borgerud, Ingeborg Moen, [Kommentarer til kapittel 16 i arbeidsmiljøloven] i: *Norsk Lovkommentar*, nettversjon [sitert 17.10.2009]
- Bull 2002 Bull, Henrik, *Det indre marked for tjenester og kapital : Import av finansielle tjenester*, Oslo: Universitetsforlaget, 2002
- Christoffersen 2008 Christoffersen, Margrethe Buskerud, *Kjøp og salg av virksomhet – risiko og ansvar for mangler*, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2008
- Craig og de Búrca 2008 Craig, Paul; Gráinne de Búrca, *EU Law : Text, Cases and Materials*, 4. utg., Oxford: Oxford University Press, 2008
- Evenrud 2006 Evenrud (tidl. Kjeldsberg), Liv Torill, [Kommentarer til kapittel 16] i: Henning Jakhelln og Helga Aune (red.), *arbeidsrett.no : Kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 2. utg., Oslo: N.W. Damm & Søn AS, 2006

- Evju 2003 Evju, Stein, "Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv", *Arbeidsrett og arbeidsliv* Bind 1 (2003), s. 3-32
- Fougner 2006 Fougner, Jan, "Virksomhetsoverdragelse og tilpassning", *Arbeidsrett* 2006 nr. 1, s. 65-76
- Frahm 2007 Frahm, Sebastian, *Betriebsteilübergang gemäß § 613 a BGB und die Zuordnung der übergehenden Arbeitsverhältnisse*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007
- Friberg, Fougner og Holo 1998 Friberg, Odd; Jan Fougner og Lars Holo, *Arbeidsmiljøloven*, 7. utg. Oslo: Tano Aschehoug, 1998
- Holo 2006 Holo, Lars, [Kommentarer til kapittel 16] i: Jan Fougner og Lars Holo, *Arbeidsmiljøloven : Kommentartutgave*, Oslo: Universitetsforlaget, 2006
- Källström og Malmberg 2006 Källström, Kent; Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet : Inledning till den individuella arbetsrätten*, Uppsala: Iustus förlag, 2006
- Klingsten 2002 Klingsten, Mette, *Ansættelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelse*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002
- Maschmann og Sieg 2005 Maschmann, Frank; Rainer Sieg, *Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht*, München: Verlag C.H. Beck, 2005
- McMullen 1996 McMullen, John, "Atypical Transfers, Atypical Workers and Atypical Employment Structures – A Case for Greater Transparency in Transfer of Employment Issues", (1996) 25 *Industrial Law Journal*, s. 286-307
- Moland 2009 Moland, Kine, "Virksomhetsoverdragelse : Betydningen av omgåelseshensikt ved vurderingen av om virksomheten har beholdt sin identitet etter arbeidsmiljøloven § 16-1", *Arbeidsrett* 2009 nr. 2, s. 55-97
- Mulder 2004 Mulder, Bernard Johann, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, Lund: Juristförlaget i Lund, 2004

- Müller-Glöge 2009 Müller-Glöge, Rudi, [Kommentarer til § 613a] i: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck, 2009
- Nazarian 2007 Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo: J.W. Cappelens Forlag AS, 2007
- Nielsen 1989 Nielsen, Ruth, "EF-retlige aspekter af virksomhedsoverdragelse", (1989) *Ugeskrift for Retsvæsen B*, s. 327-335
- Njoya 2003 Njoya, Wanjiru, "The Interface Between Redundancy and TUPE Transfers", (2003) *32 Industrial Law Journal*, s. 123-128
- Poulsen 2005 Poulsen, Einar Østerdahl, "Virksomhetsoverføring – erververs undersøkelsesrett og -plikt – kjøpsrett og arbeidsrett", *Arbeidsrett og arbeidsliv Bind 2* (2005), s. 93-107
- Preis 2009 Preis, Ulrich, [Kommentarer til § 613a BGB] i: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München: Verlag C.H. Beck, 2009
- Sejersted mfl. 2004 Sejersted, Fredrik; Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen, Olav Kolstad, *EØS-rett*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2004
- Steiner mfl. 2006 Steiner, Josephine; Lorna Woods, Christian Twigg-Flesner, *EU Law*, 9. utg., Oxford: Oxford University Press, 2006
- Svenning Andersen mfl. 2009 Svenning Andersen, Lars; Bjarke Vejby, Jeppe Høyer Jørgensen, *Lov om Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer*, 5. udg., København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009
- Wynn-Evans 2006 Wynn-Evans, Charles, *Blackstone's Guide to The New Transfer of Undertakings Legislation*, Oxford: Oxford University Press, 2006

b) Norske forarbeider

- NOU 1996: 6 *Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v.*
- NOU 2004: 5 *Arbeidslivslovutvalget : Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst*

- Ot.prp. nr. 60 (2008-2009) *Om lov om endringer i yrkestransportlova og jernbaneloven (tilsette sine rettigheter ved bruk av konkurranse i kollektivtransporten o.a.)*
- Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) *Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*
- Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) *Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (virksomhetsoverdragelse m.m.)*
- Ot.prp. nr. 71 (1991-92) *Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale*

c) *EF-dokumenter og publikasjoner fra andre land*

COM (74) 351 Final/2 *Proposal for a directive of the Council on harmonisation of the legislation of Member States on the retention of the rights and advantages of employees in the case of mergers, takeovers and amalgamations*

Rådsnote R/212/77 (SOC 32) av 10. februar 1977. Blant annet tilgjengelig som Bilag 2 i den danske utvalgsrapporten til Arbejdsministeriet fra mai 1979: *Rapport fra udvalget til forberedelse af gennemførelseslovgivning af EØF-direktiv om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse*

Department for Business Innovation & Skills i Storbritannia *Employment Rights on the Transfer of an Undertaking : A guide to the 2006 TUPE Regulations for employees, employers and representatives*, juni 2009. Utgivelsen er tilgjengelig elektronisk på <http://www.berr.gov.uk/files/file20761.pdf>

European Employment Law Cases *EELC European Employment Law Cases*, mai 2009. Utgivelsen er tilgjengelig elektronisk på www.eelc-online.com

d) Dommer fra EF-domstolen

- Allen* Sak C-234/98 *Allen mfl. v Amalgamated Construction Co. Ltd.* [1999] EFD I-8643
- Botzen* Sak 186/83 *Arie Botzen mfl. v Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV* [1985] EFD 519
- Daddy's Dance Hall* Sak 324/86 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v Daddy's Dance Hall A/S* [1988] EFD 739
- Jouini* Sak C-485/05 *Mohamed Jouini mfl. v Princess Personal Service GmbH (PPS)* [2007] EFD I-7301
- Juuri* Sak C-396/07 *Mirja Juuri v Fazer Amica Oy*, dom av 27. november 2008, [2008] EFD I-00000
- Klarenberg* Sak C-466/07 *Dietmar Klarenberg v Ferrotron Technologies GmbH*, dom av 12. februar 2009, [2009] EFD I-00000
- Merckx* Forente saker C-171/94 og C-172/94 *Albert Merckx og Patrick Neuhuys v Ford Motors Company Belgium SA* [1996] EFD I-1253
- Rask* Sak C-209/91 *Anne Watson Rask og Kirsten Christensen v Iss Kantineservice A/S* [1992] EFD I-5755
- Schmidt* Sak C-392/92 *Christel Schmidt v Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen* [1994] EFD I-1311
- Spijkers* Sak 24/85 *Jozef Maria Antonius Spijkers v Gebroeders Benedik Abbatoir CV og Alfred Benedik en Zonen BV* [1986] EFD I-1119
- Süzen* Sak C-13/95 *Ayşe Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice* [1997] EFD I-1259
- Temco* Sak C-51/00 *Temco Services Industries SA v Samir Imzilyen mfl.* [2002] EFD I-969

e) Dommer fra EFTA-domstolen

- Rasmussen* Sak E-2/04 *Reidar Rasmussen, Jan Rossavik og Johan Källdman v Total E&P Norge AS*, v/styrets formann [2004] EFTA CR 57

Stavanger Catering Sak E-2/95 Eilert Eidesund v Stavanger Catering AS [1995-1996] EFTA CR 1

f) Dommer fra norske domstoler

ARD 1921.341 (*Prambyggerdommen*)

LB-1998-2993 (*Lorentzen*)

RG 2003 s. 1342 Oslo (*Norsk Fôrteknologi*)

Rt. 2006 s. 71 (*SAS/Braathens*)

Rt. 2001. s. 248 (*Olderdalen ambulanse*)

Rt. 2000 s. 2047 (*Psykiatrici-saken*)

Rt. 1990 s. 1126 (*Wärtsilädommen*)

g) Dommer fra Employment Appeal Tribunal og Court of Appeal i Storbritannia

Anderson Anderson v Kluwer Publishing Ltd COIT 15068/85

Buchanan-Smith Buchanan-Smith v Schleicher & Co International Ltd [1996] IRLR 547

CPL Distribution CPL Distribution Ltd v Todd [2003] IRLR 28 (CA)

Duncan Web Offset Duncan Web Offset (Maidstone) Ltd v Cooper mfl. [1995] IRLR 633

Gale Gale v Northern General Hospital NHS Trust [1994] IRLR 292 (CA)

Kingston Kingston v Darlows Estate Agency [1995] IRLR 623 (CA)

Michael Peters Michael Peters Ltd v (1) Farnfield og (2) Michael Peters Group plc [1995] IRLR 190

Securicor Securicor Guarding mfl. v Fraser Security Services Ltd [1996] IRLR 552

Securiplan Securiplan v Bademosi [2003] All ER (D) 435

Williams Williams v (1) Advance Cleaning Services Engineering Ltd og (2) Railway Solutions Ltd (under konkursbehandling) [2004] IRLR 838