

Outsourcing i konsernforhold

Kandidatnr: 296

Veileder: Bjørn Jacobsen

Leveringsfrist: 25.04.03

Til sammen 13906 ord

19.05.2003

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	GENERELT OM OUTSOURCING.....	1
1.2	AKTUALITET	2
1.3	NÆRMERE OM KONSERNBEGREPET	3
1.4	KORT OM SAKLIGHETSKRAVET	3
1.5	ANDRE SKRANKER.....	4
1.6	METODE	5
2	<u>ARBEIDSMILJØLOVENS § 60 NR. 2, ANNET LEDD.</u>	7
2.1	INNLEDNING.....	7
2.2	OM KONTRAKTØRPROBLEMATIKKEN	8
2.2.1	GENERELT	8
2.2.2	ORDLYDEN.....	10
2.2.3	FORARBEIDENE	11
2.2.4	RETTSPRAKSIS	12
2.2.5	REELLE HENSYN	15
2.2.6	TEORI	17
2.2.7	KONKLUSJON	18
3	<u>NÆRMERE OM § 60 NR. 2, ANNET LEDD</u>	19
3.1	INNLEDNING.....	19
3.2	LOVBESTEMMELSENS FORHISTORIE.....	19
3.3	3 ORDLYD OG FORARBEIDER	19
3.3.1	VILKÅRET ”Å SETTE UT”	19
3.3.2	VIRKSOMHETSBEGRPET	20
3.3.3	SAMMENFATNING	31
3.4	REELLE HENSYN	31
3.4.1	INNLEDNING.....	31
3.4.2	LOVENS FORMÅL OG HENSYNET TIL AT RESULTATET KAN VÆRE GODT I SEG SELV	31
3.4.3	ARBEIDSTAKERSIDEN	34

3.4.4	ARBEIDSGIVERSIDEN	35
3.4.5	SAMMENFATNING	37
3.5	TEORI	38
3.6	VIRKSOMHETSBEGREPET PÅ ANDRE RETTSOMRÅDER.....	39
3.6.1	SELSKAPSRETTEEN	39
3.6.2	SKATTERETTEN.....	39
3.6.3	SAMMENFATNING	39
3.6.4	NORDISK RETT PÅ OMRÅDET	39
4	<u>KONKLUSJON</u>	<u>41</u>
5	<u>BØR ADGANGEN TIL OUTSOURCING I KONSERNFORHOLD VÆRE REGULERT?</u>	<u>42</u>
6	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>44</u>
7	<u>KILDER</u>	<u>44</u>
7.1	NORSKE LOVER	44
7.2	FORARBEIDER.....	44
7.3	STORTINGSDOKUMENTER.....	45
7.4	DOMMER.....	45
7.4.1	RT	45
7.4.2	ARD.....	45
7.4.3	RG.....	45
7.4.4	IKKE PUBLISERTE AVGJØRELSER	46
7.4.5	AVGJØRELSER FRA EF-DOMSTOLEN.....	46
8	<u>OFFENTLIGE DOKUMENTER</u>	<u>46</u>

1 Innledning

1.1 Generelt om outsourcing

I forbindelse med rasjonalisering og nedbemanning er det i dag vanlig at bedrifter setter ut deler av sin virksomhet til eksterne oppdragstakere. Slik utsetting kalles ofte for outsourcing. Begrepet ”outsourcing” er adoptert fra det amerikanske næringsliv hvor dette skjer i stort omfang. Formålet med outsourcing er som regel at bedriftens ledelse ønsker å fokusere på driften av kjerneområdene, mens man anser at de såkalte støttefunksjoner kan settes bort til eksterne leverandører. Hovedtanken bak en slik utsetting er at bedriften anser det som billigere eller mer hensiktsmessig å overlate driften til eksterne leverandører. Leverandørene vil normalt være spesialister på området, og kan derfor levere tjenestene til lavere pris enn om bedriften selv skulle stått for tjenesteproduksjonen. Hva som settes ut varierer innenfor de ulike bransjene. Typiske eksempler er kantinedrift, vaktoppdrag, it-tjenester og rengjøring, men også juridiske tjenester, regnskap og økonomi kan være aktuelle områder. Tendensen til outsourcing har den siste tiden vært økende også i Norge.

Konsekvensene av outsourcing vil variere i de ulike situasjoner. Noen ganger medfører det oppsigelser, mens de ansatte ved andre anledninger får tilbud om å bli med over til den eksterne leverandøren. Et annet alternativ er omplassering innenfor den opprinnelige virksomheten. At ansatte får tilbud om nyansettelse hos den eksterne leverandøren, må sees i sammenheng med at denne kan ha behov for nettopp den spesialkompetansen som arbeidstakeren er i besittelse av. I mange tilfeller kan det være av stor betydning for den eksterne leverandøren å få utnyttet denne. Når det gjelder omplassering, vil virksomheten normalt søke å gjennomføre dette så langt det lar seg gjøre. Praksis viser at bedriftene ofte strekker seg langt for å unngå oppsigelser, selv om det ikke nødvendigvis foreligger en rettslig plikt til dette. Det er allikevel klart at outsourcing ofte vil medføre oppsigelser på grunn av overtallighet. Dette må sees i sammenheng med at det ikke alltid vil være behov for alle arbeidstakerne hos den nye leverandøren, eller at de lar seg omplassere i bedriften som setter ut virksomheten.

I lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (heretter arbeidsmiljøloven), jf. § 60 nr. 2, annet ledd oppstilles en presisering av saklighetskravet når oppsigelsene skjer som følge av outsourcing. Det fremgår av denne:

”En oppsigelse som skyldes at arbeidsgiver setter ut eller tar sikte på å sette ut virksomhetens ordinære drift på oppdrag, er ikke saklig med mindre det er helt nødvendig av hensyn til virksomhetens fortsatte drift.”

Denne bestemmelsen kommer til anvendelse i tillegg til de alminnelige regler i arbeidsmiljølovens § 60 og kan karakteriseres som et utvidet oppsigelsesvern. I den videre fremstillingen vil jeg i første rekke vektlegge arbeidstakers rettsstilling som følge av oppsigelser og outsourcing når dette skjer mellom ulike selskaper i et konsern. Hovedproblemstillingen er om særregelen i arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2, annet ledd kommer til anvendelse ved slike konsernforhold. Spørsmålet er med andre ord om den særlige begrensning i arbeidsgivers adgang til å gå til oppsigelse ved outsourcing er relevant i de tilfeller der outsourcing skjer mellom selskaper i konsern. Det avgjørende vil være hvordan vilkåret ”å sette ut” skal forstås i relasjon til begrepet ”virksomhet”. Under punkt 2 gis en redegjørelse for hvordan dette skal tolkes. Før jeg ser nærmere på dette punktet, vil andre problemstillinger vedrørende outsourcing bli omtalt kort. Rammene for denne oppgaven gir imidlertid ikke rom for en mer inngående behandling av problemstillinger knyttet til outsourcing generelt.

1.2 Aktualitet

Outsourcing i konsernforhold må sees i sammenheng med den stadige økende tendens til dannelsen av store konserner i næringslivet. Dette skjer for eksempel gjennom oppkjøp eller gjennom fusjoner av selskaper. Sammenslåinger foretas også gjerne over landegrensene. Konserner med datterselskaper i ulike land vil på grunn av stadig økt konkurranse i næringslivet, sette ut deler av driften til andre konsernselskaper i mindre kostnadskrevende land. Et eksempel på dette er omtalt i RG 1998 side 1415 hvor produksjonen av sveisemaskiner ble overført fra et datterselskap i Norge til et datterselskap i Frankrike. Et annet eksempel er Kvernelandgruppens (verdens største produsent av spesialiserte jordbruksprodukter) nylige avgjørelse om å flytte montasjen

av hovedproduktene ved Kvernelandgruppens fabrikk på Nærbø i Norge til et datterselskap i Tyskland.¹ Denne saken er ikke gjenstand for rettslig behandling.

1.3 Nærmere om konsernbegrepet

Det finnes ingen entydig definisjon av hva et konsern er, men det vil ofte være kjennetegnet av flere selvstendige rettssubjekter som gjennom eierskap eller avtaler har et morselskap som hierarkisk er på toppen. Hvert rettssubjekt utgjør et konsernselskap. Morselskapet kan så i kraft av sitt eierskap eller gjennom avtaler ha bestemmende innflytelse på de underliggende konsernselskaper.² Utgangspunktet når det gjelder konserner er at konsernselskapene utgjør virksomheter i arbeidsmiljølovens forstand, men i noen tilfeller kan det tenkes at innflytelsen er så sterk at det er naturlig å karakterisere konsernet som én virksomhet.³ Et konsern vil da formelt fremstå som flere rettssubjekter begrenset til hvert aksjeselskap. Reelt sett vil det likevel kunne anføres at hele konsernet utgjør én virksomhet.

Utgangspunktet i selskapsretten, skatteretten og andre beslektede rettsområder har tradisjonelt vært at man har ansett virksomheten til å være begrenset til den rettslige enhet. Rettspraksis på disse områdene har imidlertid vist at man kan fravike denne "selvstendighetsdoktrinen" dersom det foreligger et særlig grunnlag for dette.

I relasjon til oppgavens problemstilling vil spørsmålet være om det finnes rettslige grunnlag for å fravike et slikt formelt utgangspunkt og dermed foreta en identifikasjon mellom konsernselskapene slik at konsernet anses som en virksomhet jfr. aml. § 60 nr. 2, annet ledd.

1.4 Kort om saklighetskravet

Sett fra arbeidstakers ståsted er det springende punkt hvilken adgang arbeidsgiver har til å avslutte et arbeidsforhold gjennom oppsigelse. Utgangspunktet er at en arbeidsgiver gjennom styringsretten kan organisere og styre driften av virksomheten slik han finner

¹ Aftenposten 17.03.03

² Aksjelovens § 1-2

² Konsernutvalgets uttalelse i NOU 1996.6 pkt 2.2

³ Fougner Jan m.fl. "Omstilling og nedbemanning" s. 267

det best.⁴ Denne retten er ikke ubegrenset og lovgiver har oppstilt skranker for arbeidsgivers adgang til oppsigelser. Skrankene må sees på bakgrunn av de alvorlige følger en oppsigelse kan ha for arbeidstakere.

Oppsigelser som følge av outsourcing vil for det første omfattes av det generelle saklighetskravet i arbeidsmiljølovens § 60 nr. 1. Grunnvilkåret for å kunne gå til oppsigelser er at det må foreligge saklig grunn. En oppsigelse som følge av at arbeidsoppgavene bortfaller, vil med andre ord kun være gyldig dersom oppsigelsen anses som saklig. I forhold til spørsmålet om hva som er saklig grunn, har det gjennom rettspraksis dannet seg en rettslig standard. Det må i hvert tilfelle foretas en konkret skjønnsvurdering om oppsigelsene er sammenfallende med denne.⁵ Det følger av arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, første ledd at oppsigelsen ikke vil være saklig hvis bedriften kan tilby arbeidstakeren ”*annet passende arbeid*”.⁶ Dersom slikt passende arbeid ikke finnes i virksomheten, fremgår det av arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, første ledd, annet punktum at det skal foretas en avveining mellom interessene til arbeidsgiver og arbeidstaker.⁷ Det vil falle utenfor oppgavens rammer å drøfte disse problemstillingene nærmere. I det følgende vil fokus være på arbeidsmiljølovens særregel om oppsigelsesadgangen, jf § 60 nr. 2, annet ledd.

1.5 Andre skranker

Sentralt her står arbeidsmiljølovens kapittel XII A. Bestemmelsen vil kunne ramme de tilfellene av outsourcing som omfattes av uttrykket ”*overføring [...] av del av virksomhet*”. I forarbeidene gis det uttrykk for at disse har til dels overlappende anvendelsesområde og gir et dobbelt vern mot oppsigelse.⁸ Dette er imidlertid

⁴ Jakhelln, Henning ”Oversikt over arbeidsretten ” s. 40

⁴ Aagaard/Gjone, ”Personalhåndboka” s. 356-358

⁴ Fougner m.fl., ”Omstilling og nedbemanning ” s. 68

⁵ Jakhelln, Henning. ”Oversikt over arbeidsretten” s. 292

⁶ Jakhelln, Henning. ”Oversikt over arbeidsretten” s. 305

⁷ Jan Fougner m.fl., ”Omstilling og nedbemanning” s. 119

⁸ Ot. prp. nr 50 s.185

omdiskutert i teorien.⁹ Problemstillingen må sees i sammenheng med kontraktørproblematikken som behandles i pkt 2.2. Videre har også tjenestemannsloven bestemmelser som kan få anvendelse. Her er det tjml. § 10 som er relevant. Mellom partene kan det også gjennom tariffavtaler avtales begrensinger for adgangen til å outsource. Jeg har ikke kjennskap til at dette er blitt gjort i praksis.¹⁰ Ingen av disse skrankene vil bli drøftet nærmere siden de ikke reiser særlige problemstillinger knyttet til konsernforhold.

1.6 Metode

Oppgavens redegjørelse for arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd bygger på tradisjonell norsk rettskildelære. Dette innebærer at jeg vil trekke frem relevante rettskildefaktorer som kan belyse lovens uttrykk. På bakgrunn av de slutninger man kan trekke av den enkelte rettskildefaktor, vil jeg forsøke å antyde noe om innholdet av, og rekkevidden for bestemmelsen. I denne fremstillingen er det et gjennomgående problem at rettskildene er svært sparsommelige. Det fremgår imidlertid av arbeidsmiljøloven at uttrykket ”*virksomhet*” anvendes en rekke steder i loven. Dette gjør at innholdet av uttrykket i andre nært beslektede bestemmelser vil bli brukt for å prøve klargjøre innholdet av bestemmelsen i § 60 nr. 2, annet ledd. Ut fra en formodning om at et begrep har samme betydning i en lov, og særlig i en og samme bestemmelse, vil jeg forsøke å redegjøre for virksomhetsbegrepets innhold i denne relasjon.¹¹ Her vil det særlig bli vist til innholdet av ”*virksomhet*” i § 58 nr. 5, samt virksomhetsbegrepet i reglene om virksomhetsoverdragelser i kapittel XII A, jf. § 73A, og til sist § 60 nr. 2, første ledd. Reglene i kapittel XII A er en implementering av EU- direktivet om virksomhetsoverdragelse, jf. direktiv nr. 77/187/EØF. Bestemmelsenes innhold og rekkevidde skal derfor tolkes i lys av EF-retten. Ut fra dette vil også innholdet i virksomhetsbegrepet i EF-retten være relevant ved drøftelsen av det nærmere innhold i § 60 nr. 2, annet ledd. Når det gjelder virksomhetsbegrepet i § 60 nr. 2, første ledd, finnes en del forarbeider og rettspraksis som kan bidra til å klargjøre begrepets innhold. Disse blir gjennomgått i fremstillingen i pkt. 3.3.2.

⁹ Holo Lars. Arntzen de Besche Advokatfirma AS. Betenkning til Arbeidslivslovutvalget.

¹⁰ Johansen, Thor Erik. ”Arbeidsforhold” s. 228

¹¹ Boe, Erik. ”Innføring i jus” s. 247

Av mangel på rettspraksis som angår bestemmelsen, vil det bli vist til noe underrettspraksis. Disse har begrenset rettskildemessig vekt. Men all den tid det ikke finnes prinsipielle avgjørelser fra hverken Høyesterett eller lagmannsrettene, vil disse bli anvendt for å illustrere en retningslinje eller som et uttrykk for en rettsoppfatning. Det vil også bli vist til en rettsavgjørelse som ikke er rettskraftig i forbindelse med drøftelsen av kontraktørproblemet. Denne vil først og fremst være interessant som en illustrasjon på hvilke argumenter som kan anføres i forhold til bestemmelsens anvendelsesområde.

Drøftelsen foran vil vise at rettskildene ikke er entydige og åpner for flere tolkingsmuligheter. Det vil derfor være relevant å anvende reelle hensyn som argumenter for tolkingen. Anvendelse av reelle hensyn betyr at man foretar en avveining av hvilke tolkingsalternativer som er best etter en helhetsvurdering. Det sentrale er hvilke konsekvenser de ulike tolkingsalternativer kan få for de berørte parter. Drøftelsen vil vise at dette kan varieres etter hvilken side man representerer. Arbeidstakersiden vil for eksempel vektlegge hensynet til å ivareta trygge arbeidsplasser, mens arbeidsgiversiden vil være opptatt av omstillingsmuligheter og evne til fleksibilitet. Formålsbetraktninger er også relevante ved en avveining av de ulike tolkingsalternativene. At lovgivers intensjon med loven blir oppfylt ved tolkingen er et viktig hensyn. Reelle hensyn som ikke kommer noen spesielle parter til gode, skal også vektlegges. I denne sammenheng vil for eksempel effektivitetshensyn, hensynet til prosessøkonomi og forutsigbarhet være relevante. Fremstillingen vil vise at de reelle hensyn ikke er entydige. Det må derfor foretas en avveining av hensynenes innbyrdes vekt, og ut fra en helhetsvurdering må man foreta en endelig slutning i forhold til hvilken retning disse trekker.

Avslutningsvis blir det foretatt en endelig avveining av rettskildefaktorene mot hverandre. Resultatet av denne vil danne grunnlaget for en konklusjon om rekkevidden av arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd.

2 Arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd.

2.1 Innledning

Arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2, annet ledd inneholder en særregel om outsourcing. Det fremgår av bestemmelsen:

”En oppsigelse som skyldes at arbeidsgiver setter ut eller tar sikte på å sette ut virksomhetens ordinære drift på oppdrag, er ikke saklig med mindre det er helt nødvendig av hensyn til virksomhetens fortsatte drift.”

Bestemmelsen blir ofte omtalt som et forbud mot outsourcing. Det fremgår av bestemmelsens ordlyd at dette ikke er korrekt. Særregelen regulerer ikke adgangen til å outsource deler av virksomheten, men regulerer arbeidsgivers adgang til å gå til oppsigelser som følge av en reell eller potensiell outsourcing. Dette er med andre ord ikke en direkte begrensning av arbeidsgivers styringsrett for så vidt gjelder adgangen til å organisere virksomheten. Reguleringen er kun knyttet til gyldigheten av oppsigelsene. Bedriften kan derfor i teorien fritt sette ut driften på oppdrag i den grad den ønsker det. At bestemmelsen reelt sett for mange fremstår som et forbud, må trolig sees i sammenheng med at hensikten ved outsourcing stort sett vil forsvinne dersom man ikke gyldig kan gå til oppsigelser av overtallige arbeidstakere etter en utsetting av driften.

Særregelen oppstiller fire kumulative vilkår for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. For det første er det et vilkår at arbeidsgiveren må ”sette ut” virksomhetens ordinære drift. Dernest må arbeidsgiveren sette virksomhetens ordinære drift ut “*på oppdrag*”. Videre er det et vilkår for anvendelse at det dreier seg om deler av virksomhetens ”*ordinære drift*”. Avslutningsvis oppstilles det et vilkår om at utsettingen ikke må være ”*helt nødvendig av hensyn til virksomhetens fortsatte drift*”. I slike tilfeller vil oppsigelser være saklige uavhengig av om de øvrige vilkår i § 60 nr. 2, annet ledd er oppfylt.

Som det fremgår av vilkårene ovenfor, omfatter bestemmelsen som utgangspunkt bare den ordinære virksomheten. Arbeidstakere innenfor støttefunksjoner nyter følgelig ikke godt av det utvidede oppsigelsesvern i § 60 nr. 2, annet ledd.

I forhold til oppgavens tema er det vilkåret ”å sette ut” som blir avgjørende for om særregelen skal komme til anvendelse på outsourcing mellom konsernselskaper. Dette må igjen sees i nær sammenheng med innholdet av begrepet ”virksomhet”. Av sammenhengen i lovteksten går det frem at det er ”virksomheten” som danner grensene for når driften skal ansees satt ut. Det sentrale spørsmål er hvorvidt et konsern skal sees på som en virksomhet eller som flere virksomheter. Bestemmelsens anvendelsesområde vil med andre ord avhenge av om man foretar en vid eller snever tolking av begrepet virksomhet. Dette vil jeg redegjøre nærmere for nedenfor. Innledningsvis vil det også bli drøftet hvilke typer outsourcing som rammes av bestemmelsen. Spørsmålet er hvilke typer utsetting uttrykket ”å sette ut på oppdrag” retter seg mot. Dette vil være avgjørende for om utsetting av oppdrag mellom selvstendige konsernselskaper rammes av særbestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd. Når det gjelder de øvrige vilkårene, reiser også disse avgrensingsproblemer. Det er imidlertid klart at disse ikke er særskilte for outsourcing mellom konsernselskaper, og vil derfor ikke bli behandlet i denne fremstillingen. Jeg nøyer meg her med å henvise til litteratur om spørsmålet for øvrig.¹²

2.2 Om kontraktørproblematikken

2.2.1 Generelt

Outsourcing er som nevnt et amerikansk uttrykk og en nærliggende oversettelse av uttrykket vil være ”utskilling av virksomhet”. ”Outsourcing” slik det brukes i arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd er imidlertid snevrere enn dette, og et slikt uttrykk fremgår ikke av lovens bestemmelse. Det følger av aml. § 60 nr. 2, annet ledd at

¹² Ot. Prp. nr 50 s.185

¹² Jan Fougner m.fl. ”Nedbemanning og omstilling” s. 120-123

¹² Jakhelln, Henning. ”Oversikt over arbeidsretten” s. 311

¹² Aagaard/Gjone. ”Personalhåndboka” s. 206

¹² Fanebust, Arne. ”Oppsigelse i arbeidsforhold” s.139

uttrykket som anvendes er ”å sette ut virksomhetens ordinære drift på oppdrag”. Det kan derfor være misvisende å snakke om ”outsourcing” i forhold til aml. § 60 uten å angi nærmere hva man legger i dette. Jeg vil derfor i dette avsnittet klargjøre hva som ligger i outsourcing i relasjon til arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd.

Outsourcing kan som et utgangspunkt ta to hovedformer. For det første har man de tilfellene hvor de ansatte blir sagt opp, for så å få tilbud om å komme tilbake for å motta oppdrag fra tidligere arbeidsgiver etter å ha registrert seg som selvstendige næringsdrivende. Dette kalles ”kontraktørproblemet”. Hovedproblemet her er den utrygge stilling kontraktøren får som selvstendig næringsdrivende i forhold til det rettighetsvern arbeidstakere har etter arbeidsmiljøloven. At tilknytningsforholdet til bedriften går over fra å være arbeidstaker til å være selvstendig næringsdrivende, medfører at sentrale lover og regler som gjelder arbeidstakervernet kan undergraves. Uttalelsen fra finanskomiteen i Inst. S nr. 240-1990-91 er illustrerende i så måte:

”Flertallet viser til at kontraktørvirksomhet bl.a. medfører at arbeidsgiver slipper å betale arbeidsgiveravgift, sykelønn, feriepenger, og yrkesskadeforsikring. Videre unngås en rekke bestemmelser som følger av arbeidsmiljøloven, herunder arbeidstidsbegrensinger og oppsigelsesfrister.”

Kontraktørproblemet har også andre følger som ikke er direkte knyttet opp mot arbeidstakervernet. I denne sammenheng ble det for eksempel fra flertallets side vist til at lærlingeordningen blir undergravet.¹³ Samtidig ble det også pekt på at kontraktørvirksomhet i mange tilfeller er knyttet til svart arbeid.¹⁴ Dette viser at kontraktørproblemet har vært ansett som et ”samfunnsproblem”. Det fremgår av forarbeidene at lovgiver anså det som viktig å begrense adgangen til å organisere arbeidsforholdet på denne måten.

I andre tilfeller blir de ansatte sagt opp av arbeidsgiver som så setter driften ut på oppdrag til en ekstern leverandør. Denne vil som regel ha egne ansatte som utfører

¹³ Inst. S nr. 240-1990-91, jf. Ot. prp. nr 50 s. 184

¹⁴ Inst. S nr 240-1990-91, jf. Ot. prp. nr 50 s. 185

oppdragene, og som har rettigheter som vanlige arbeidstakere, jf. arbeidsmiljøloven. Her er virkningen av outsourcingen i hovedsak knyttet til selve oppsigelsen av arbeidstakerne. Denne formen for utsetting medfører ikke utrygge arbeidsforhold i seg selv, og kan derfor ikke sies å undergrave arbeidstakervernet på samme måte som kontraktørtilfellet. Man kan med andre ord si at virkningen av disse to outsourcingformene er vesentlig forskjellige.

I praksis vil det i konsernforhold melde seg to varianter av outsourcing. For det første kan det skje en outsourcing av oppdrag til andre konsernselskaper. For det andre kan man ved fisjon i morselskapet i anledning outsourcingen opprette et nytt konsernselskap som man utskiller virksomheten til. De rene kontraktørproblemene er med andre ord ikke relevante i forhold til outsourcing i konsernforhold.

Det er i rettspraksis og teori blitt reist spørsmål ved hvilke typer outsourcing som egentlig rammes av arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd. Enkelte har hevdet at bestemmelsen bare rammer de såkalte kontraktører.¹⁵ Svaret vil være avgjørende for om bestemmelsen i det hele tatt skal komme til anvendelse på tilfeller hvor oppdraget settes ut til større enheter hvor denne har sine egne ansatte. Dette vil typisk være tilfelle ved utsetting innen konserner

2.2.2 Ordlyden

Det fremgår av ordlyden i § 60 nr. 2, annet ledd at bestemmelsen retter seg mot “*å sette ut virksomhetens ordinære drift på oppdrag*”. Dette er en vid og generell ordlyd. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at denne retter seg mot alle typer utsetting av oppdrag. Det kan derfor anføres at ordlyden retter seg både mot kontraktører og tilfeller hvor utsetting skjer til selvstendige enheter med egne ansatte. Ordlyden oppstiller med andre ord ingen skranker i forhold til anvendelsesområdet for bestemmelsen.

¹⁵ Holo Lars. Arntzen de Besche Advokatfirma AS. Betenkning til Arbeidslivslovutvalget

¹⁵ Aagaard/Gjone. ”Personalhåndboka” s. 205

¹⁵ Fanebust, Arne. ”Oppsigelse i arbeidsforhold” s. 107, 139

2.2.3 Forarbeidene

Forarbeidene sier videre at bestemmelsen kom inn i loven etter et forslag fra Arbeidsmiljølovutvalget om en presisering av arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet punktum.¹⁶ Ser man på motivene, fremgår det av disse at formålet ved bestemmelsen først og fremst var å ramme kontraktører. Dette støttes av blant annet av finanskomiteens uttalelse i Inst. S nr. 240-1990-91. Det følger av denne:

”Flertallet i komiteen understreker at det ikke er meningen å forhindre enmannsforetak. Det er de uheldige tilpasninger til systemet som må unngås, dvs tilfeller der kontraktører egentlig er i et ansatt forhold.”

I denne sammenheng kan det også vises til Stortingets finanskomités uttalelse i Inst. S nr. 240-1990-91, nevnt ovenfor i kursiv på side 9. Her fremgår det også at det sentrale formål ved bestemmelsen var å ramme kontraktører. Departementet uttaler videre om bestemmelsen i Ot. prp. nr. 50 side 185;

”Formuleringen ’sette ut’ på oppdrag er generell og retter seg både mot den situasjon at det er den tidligere arbeidstaker som nå tilsiktes å starte som selvstendig oppdragstaker, og mot en erstatning av arbeidstakere i form av andre selvstendige som f.eks. bruk av enkeltmannsfirma, kontraktører, eller andre former for innleid arbeidskraft. Ordlyden er såpass generell for å motvirke omgåelser som lett kunne blitt resultatet dersom departementet hadde foreslått begreper som direkte retter seg mot kontraktører.”

Sammenfatningsvis kan man si at motivene så langt gir uttrykk for at det var kontraktørproblemet man hadde til hensikt å løse ved bestemmelsen. På bakgrunn av dette kan det anføres at bestemmelsen har et langt snevrere anvendelsesområde enn ordlyden gir inntrykk av.

¹⁶ NOU 1992:20 s 184 pkt. 14.2.8.2, Ot prp nr 50 s. 183

På den annen side kan det vises til uttalelsen i forarbeidene om arbeidsmiljølovens kapittel XII A.¹⁷ Her fremgår det at lovgiver anså reglene i kapittel XII A og bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2, annet ledd for til dels å ha overlappende anvendelsesområde. Siden de rene kontraktørtilfellene ikke vil være omfattet av reglene i kapittel XII A, vil dette måtte bygge på en forutsetning om at også selvstendige enheter med egne ansatte kan omfattes av bestemmelsen. Dette taler derfor for en vid forståelse av anvendelsesområdet.

Mot en snever forståelse av uttrykket kan det også anføres at oppramsingen i forarbeidene ikke er uttømmende.¹⁸ Forarbeidene bruker uttrykket ”*f. eks.*” når det angir hvilke typer utsetting som rammes. Dette, sammenholdt med at forarbeidene sier at ”*ordlyden er generell for å ramme omgøelser*”, taler for at det skal legges en vid tolking av bestemmelsens anvendelsesområde til grunn.

2.2.4 Rettspraksis

Spørsmålet har vært fremmet for Høyesterett tidligere. I Vest-Ro dommen, Rt 1999 side 989 var spørsmålet vedrørende arbeidsmiljøloven § 60, nr. 2, annet ledd oppe til behandling. Avgjørelsen dreide seg om et slakteri som satte ut rengjøringsvirksomheten på oppdrag. Her dreide det seg ikke om å anvende kontraktører, men å skille ut driften til en ekstern leverandør med egne ansatte. Høyesterett unnlot å ta stilling til spørsmålet om § 60 nr. 2, annet ledd kom til anvendelse. Retten fastslo at det ikke dreide seg om utsetting av deler av den ”*ordinære virksomhet*”, og løste spørsmålet etter reglene om virksomhetsoverdragelse i kapittel XII A. Høyesteretts avgjørelse gir derfor ingen klar veiledning om bestemmelsens rekkevidde. Det kan imidlertid hevdes at Høyesterett ville uttalt seg tydeligere i Vest-Ro dommen dersom den hadde ansett det som helt klart at bestemmelsen ikke kom til anvendelse på selvstendige enheter med egne ansatte. Når Høyesterett ikke eksplisitt avviser at bestemmelsen kan anvendes på de rene kontraktører tyder dette på at bestemmelsen har et videre anvendelsesområde enn bare de rene kontraktørtilfeller. Dette trekker i retning av at også selvstendige enheter med egne ansatte omfattes av § 60 nr. 2, annet ledd. Generelt bør man likevel være forsiktig

¹⁷ Ot. prp. nr 50 1993-94 s. 185

¹⁸ Ot. prp. nr 50 1993-94 s. 185

med å trekke for bastante slutninger når Høyesterett ikke har uttalt seg eksplisitt om dette spørsmålet.

Ser man nærmere på underrettspraksis, er det klart at domstolene har gitt uttrykk for at bestemmelsen kan komme til anvendelse også på andre tilfeller enn kontraktører. Som illustrasjon kan det vises til RG 1998 side 1415. Saken her dreide seg om et heleid datterselskap av et amerikansk selskap som sa opp 45 ansatte som følge av morselskapets beslutning om å legge ned selskapets produksjonsavdeling i Stavern. Dette skjedde hovedsakelig på bakgrunn av at bedriftens hovedgeskjeft, som var produksjon av sveisemaskiner, ble besluttet overført fra Stavern til et søsterselskap i Frankrike. Retten kom til at det ikke var snakk om en utskilling av virksomhet, men en nedleggelse av virksomhet. Bestemmelsen i § 60 nr. 2, annet ledd, kom med andre ord ikke til anvendelse. Domstolen gir allikevel på side 21 uttrykk for at bestemmelsen har et videre anvendelsesområde enn forarbeidene gir uttrykk for. Retten uttaler:

”Den nevnte bestemmelse kom inn i loven hovedsakelig for å hindre kontraktørvirksomhet, men loven har fått en videre rekkevidde enn dette.”

Dommen er en byrettsdom, og skal i utgangspunktet ikke tillegges særlig vekt. Det foreligger imidlertid ingen prinsipielle avgjørelser hverken fra Høyesterett eller lagmannsrettene, og på bakgrunn av dette virker det fornuftig å anvende dommen som uttrykk for en alminnelig oppfatning.

Avgjørelsen fra Stavanger tingrett 8.10.2002, TotalFinalExploration-saken, har derimot et annet utfall. Dommen er ikke rettskraftig, da den er anket til lagmannsretten. Saken gjaldt påstand om at arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd kom til anvendelse på utskilling av vedlikehold og støttefunksjoner for offshorevirksomheten fra TotalFinalExploration til Aker Offshore Partner AS. Saksøkte påsto at arbeidsmiljølovens særbestemmelse om outsourcing bare kom til anvendelse på kontraktører, og at dette klart fremgikk av forarbeidene. Tingretten ga saksøker medhold i et slikt syn. I avgjørelsen går det frem at forarbeidene ble gitt avgjørende vekt. Det faktum at ordlyden klart åpner for en vid tolking ble ikke tillagt vekt. Som påpekt er dommen ikke rettskraftig, og kan i beste fall tolkes som et argument for at

rettstilstanden på dette området oppfattes som uklar av domstolene. Avgjørelsen bør ikke tillegges særlig vekt.

Det kan også vises til avgjørelsen fra Bergen tingrett 4.1.2002, Aker Stord. Saken gjaldt utsetting av kontroll av sveiseskjøter og materialer. I denne saken påsto arbeidstakeren at oppsigelsen var usaklig som følge av at outsourcingen ikke var ”nødvendig”, jf. § 60 nr. 2, annet ledd. Motparten hevdet på sin side at bestemmelsen ikke kom til anvendelse på den angjeldende sak siden det ikke dreide seg om kontraktører. I denne anledning bemerker retten:

”Spørsmålet blir om aml. § 60 nr. 2 annet ledd i det hele kommer til anvendelse. Lovens ordlyd er vid og som utgangspunkt kan den synes å ramme et tilfelle som her. Lovgiver valgte å gi bestemmelsen en vid ordlyd, selv om det i utgangspunktet var såkalt kontraktørvirksomhet og lignende man ville til livs. Når ordlyden er blitt er blitt så omfattende skyldtes det at man ville motvirke forsøk på omgåelser om man brukte begreper som direkte rettet seg mot kontraktører eller lignende, jfr. Ot. prp. nr. 50 (1993-94) side 185. Om man på grunnlag av lovens formål skal holde utenfor virksomhetsoverdragelser som også reguleres av aml. kap. XII a er ikke helt avklart, jfr. Rt. 1999 side 989 på side 993, men heller ikke i denne saken er det nødvendig å ta stilling til dette. Retten finner at å sette ut NDT kontrollen i dette tilfellet uansett ikke er en del av virksomhetens ordinære drift.”

Retten løste saken etter reglene i kap XII A. Avgjørelsen gir derfor ingen klar veiledning. Men på samme måte som i Vest-Ro saken avvises det ikke fra retten at bestemmelsen kan ha et videre virkeområde enn forarbeidene antyder. Dette kan tolkes dit hen at retten er åpen for en videre anvendelse.

Etter en gjennomgang av rettspraksis, virker det som domstolene er tilbakeholdne med å gi uttrykk for sitt syn på bestemmelsens rekkevidde. Det foreligger så langt bare en avgjørelse, Stavanger tingrett 8.10.2002, som klart sier at bestemmelsen ikke får anvendelse på selvstendige enheter, men denne er ikke rettskraftig. Avgjørelsen Rt 1999 side 989 og Bergen tingrett 4.1.2002 tar ikke klart standpunkt til spørsmålet om anvendelsesområde, men avviser det ikke. Den eneste avgjørelsen som gir klart uttrykk for et videre anvendelsesområde er avgjørelsen fra RG 1998 side 1415. Her må man

imidlertid ta i betraktning at dette standpunktet ikke var nødvendig for dommens resultat. Konklusjonen er at rettspraksis ikke er klar vedrørende dette spørsmål. Tendensen i rettspraksis synes allikevel til en viss grad å åpne for en vid anvendelse av bestemmelsen.

2.2.5 Reelle hensyn

Vurdering av de reelle hensyn har også betydning ved avgjørelsen av bestemmelsens virkeområde. Det er klart at bedriftenes mulighet til rask omstilling og fleksibilitet svekkes ved at man tolker bestemmelsen vidt. Når bedriften kan si opp sine ansatte for så å kjøpe tjenesten fra andre, vil de, ved fremtidige konjunktursvingninger, kunne regulere utgiftene i forbindelse med produksjonen i takt med etterspørselen, uten hindring av oppsigelsesvernet. Det er klart at selv om det etter en vid tolking foreligger en rettslig adgang til fritt å sette ut den ordinære driften, vil denne være sterkt begrenset siden oppsigelser som følge av utsettingen lett vil være ugyldige. Det vil ofte være formålsløst for en bedrift å sette ut oppdrag dersom den ikke samtidig kan gå til oppsigelser av overtallige arbeidstakere som følge av en outsourcing. Dette innebærer at selv om bestemmelsen ikke er en formell skranke i forhold til outsourcing vil den kunne være det reelt. Det kan anføres at dersom lovgiver hadde ønsket en slik reell innstramming av styringsretten som en vid tolking av bestemmelsen innebærer, vil det ha formodningen for seg at lovgiver gir klart uttrykk for dette. Dette fremgår hverken eksplisitt av ordlyden eller av motivene, og kan tyde på at man skal tolke bestemmelsen snevert.

Fra arbeidsgiverens side kan det også argumenteres med at en vid tolking vil være en uheldig skranke i forhold til behovet for spesialisering i næringslivet. Dersom bedriftene fritt kan sette ut deler av driften som ikke hører inn under deres kjerneområde, vil dette styrke bedriftens konkurransedyktighet. Lovteksten gir riktignok adgang til å sette ut de såkalte støttefunksjonene, men det er klart at mange deler av driften vil falle inn under ordinærkriteriet selv om de ikke kan sies å være kjerneområdet for driften.¹⁹ Hensynet til spesialisering kan tilsi en snever tolking av bestemmelsen

¹⁹ RG 1997 s. 911 Saken gjaldt utsetting av transporttjeneste ved en bedrift som drev salg av kontorutstyr.

Det fremgår på den annen side at arbeidsmiljølovens § 1 gir uttrykk for at lovens formål er å trygge arbeidstakerens tilsettingsforhold. Utsetting på oppdrag vil ofte skje når det er en økonomisk gevinst å hente, uten at dette er nødvendig for den videre drift av virksomheten. Dette kan sees på som uheldig i den forstand at hensynet til økt profitt går på bekostning av arbeidstakerens behov for en stabil og forutsigbar arbeidsplass. Ut fra et arbeidstakerperspektiv kan det anføres at hensynet til å trygge tilsettingsforholdene skal veie tyngre enn arbeidsgivers ønske om større inntjening. Det kan derfor hevdes at å tolke bestemmelsen vidt vil være i tråd med lovens formål. På denne måten begrenser man utsetting av oppdrag bare til de tilfeller hvor det er nødvendig av hensyn til den videre drift. Hensynet til stabilitet og forutsigbarhet i arbeidsforholdet taler derfor for at bestemmelsen kommer til anvendelse på utskilling av drift til selvstendige enheter med egne ansatte.

Som pekt på tidligere, vil reglene om virksomhetsoverdragelser og reglene om outsourcing kunne overlappes hverandre. Dette forutsetter at bestemmelsen i § 60 nr. 2, annet ledd rammer selvstendige enheter med egne ansatte. Dersom en overlapping (dvs. dobbelt oppsigelsesvern) finner sted, vil det fra et arbeidsgiversynspunkt oppfattes som en sensur av ellers lovlige virksomhetsoverdragelser.²⁰ Når det skjer en virksomhetsoverdragelse er det antatt at arbeidsforholdet fortsetter hos den nye arbeidsgiver uten opphør. EF-retten slår fast at arbeidstakere i denne sammenheng har en reservasjonsrett. En reservasjonsrett innebærer at arbeidstakeren kan nekte overføring til ny innehaver²¹. Dette følger av premiss 36 i Temco-dommen C-51/00. Kapittel XII A regulerer imidlertid ikke retten til å kunne kreve arbeidsforholdet opprettholdt hos den tidligere innehaver, og spørsmålet må løses etter intern norsk rett.²² Dette er den såkalte valgretten. Hovedregel etter rettspraksis er at det ikke foreligger en valgrett.²³ Det kan imidlertid være situasjoner hvor arbeidstakeren innrømmes en valgrett. Høyesterett uttaler i Psykiatridommen inntatt i Rt 2000 side 2047;

²⁰ Holo Lars. Arntzen de Besche Advokatfirma AS. Betenkning til Arbeidslivslovutvalget s. 6

²¹ Fougner m.fl. "Omstilling og nedbemanning" s.158

²² Fougner m.fl. "Omstilling og nedbemanning" s.158

²³ Nemko-dommen Rt 1999 s. 1997, Vest-Ro Rt 1999 s. 989, Psykiatri-dommen Rt 2000 s. 2047

”Jeg oppfatter rettstilstanden å være slik at valgrett etter omstendighetene kan tilstås arbeidstakeren ved en virksomhetsoverdragelse som fører til ikke uvesentlige negative endringer i arbeidstakerens situasjon. Ikke en hvilken som helst forverring av arbeidssituasjonen bør medføre rett for arbeidstakeren til å holde seg til sin tidligere arbeidsgiver. Men visse endringer kan være av en så inngripende karakter, og bety så mye for arbeidstakerens nåtidige og fremtidige situasjon, at de bør utløse en valgrett.”

En valgrett krever med andre ord at det foreligger særlige omstendigheter. Er dette tilfellet, kan arbeidstakeren forholde seg til den opprinnelige arbeidsgiver. I denne sammenheng kan det oppstå overtallighet som følge av at de oppgaver som arbeidstakeren tidligere utførte nå er overført en til en annen arbeidsgiver. Dersom arbeidstakeren ikke er kvalifisert til annet arbeid enn det som er overdratt, vil bedriften være i en situasjon hvor overtalligheten må løses ved oppsigelser. Bedriften kan imidlertid være avskåret fra å gå til oppsigelser dersom § 60 nr. 2, annet ledd kommer til anvendelse. Fra et arbeidsgiversynspunkt er dette uheldig, siden bedriften kan risikere å sitte igjen med arbeidstakere de ikke har behov for. Høyesterett drøfter ikke problemstillingen i Vest-Ro-dommen siden § 60 nr. 2, annet ledd ikke kom til anvendelse her. Rettspraksis for øvrig, gir ingen veiledning vedrørende spørsmålet. Dersom man tolker § 60 nr. 2, annet ledd slik at bestemmelsens virkeområde ikke rammer selvstendige enheter, unngår man en slik problemstilling. Dette kan derfor anføres som et argument mot en vid tolking.

2.2.6 Teori

I teorien er det en blandet oppfatning av om bestemmelsen kommer til anvendelse også på outsourcing når det gjelder selvstendige enheter med egne ansatte. I ”Omstilling og nedbemanning” av Jan Fougner m.fl. på side 120 hevdes det at bestemmelsen også kommer til anvendelse på selvstendige enheter:

“Det er imidlertid klart at bestemmelsen har et videre virkeområde og gjelder generelt ved alle former for utsetting av den ordinære driften på oppdrag.”

Et slikt syn støttes av Friberg, Fougner og Holo i ”Kommentarer til arbeidsmiljøloven”. Tor Gjone og Erik Aagaard synes å hevde i sin fremstilling at bestemmelsen er rettet

mot kontraktører.²⁴ Det samme gjør Arne Fanebust.²⁵ Felles for de sistnevnte er at de legger avgjørende vekt på hva forarbeidene sier om bestemmelsens formål. Fougner, Friberg og Holo vektlegger den vide ordlyden.

2.2.7 Konklusjon

Det fremgår av drøftelsen ovenfor at ordlyden er vid. Etter en naturlig forståelse av ordlyden kommer bestemmelsen til anvendelse på alle typer utsetting av drift på oppdrag. Ordlyden skal som hovedregel veie tungt ved avveining av de ulike rettskildefaktorer.²⁶ Det fremgår av forarbeidene at hovedformålet ved bestemmelsen var å ramme kontraktører, og at ordlyden går lengre enn lovgivers intensjoner. Dette taler mot en vid forståelse av ordlyden. Forarbeidene er imidlertid ikke entydige, og det er anført argumenter for at forarbeidene trekker i motsatt retning. Rettspraksis gir heller ingen klar veiledning, men hovedtendensen tyder på at utsetting til selvstendige enheter med egne ansatte rammes av bestemmelsen. Når det gjelder reelle hensyn trekker disse i begge retninger, og gir ikke grunnlag for å fravike den vide ordlyden. Teorien er heller ikke entydig. Etter mitt syn finnes det ikke tilstrekkelige holdepunkter hverken i forarbeidene, i reelle hensyn, eller i teorien som forsvarer en innskrenkende tolking av ordlyden i § 60 nr 2, annet ledd. Dette betyr med andre ord at outsourcing mellom konserner, hvor utskillingen skjer til selvstendige enheter, vil kunne rammes når de øvrige vilkårene i § 60 nr. 2, annet ledd er oppfylt. Den videre fremstilling bygger følgelig på en forutsetning om at § 60 nr. 2, annet ledd også omfatter utsetting til andre enn de rene kontraktører.

²⁴ Aagaard/ Gjone. "Personalhåndboka" s. 205

²⁵ Fanebust, Arne. "Arbeidsavtalen" s. 139

²⁶ Eckhoff, Torstein. "Rettskildelære" s. 86

3 Nærmere om § 60 nr. 2, annet ledd

3.1 Innledning

Det er så langt lagt til grunn at § 60 nr. 2, annet ledd kommer til anvendelse på selvstendige enheter med egne ansatte. Neste tema i denne fremstillingen er hvorvidt bestemmelsen får anvendelse på konserner. Sentralt her står tolkingen av vilkåret ”å sette ut” og uttrykket ”virksomhet”. Dette drøftes nedenfor.

3.2 Lovbestemmelsens forhistorie

Bestemmelsen om outsourcing ble inntatt i arbeidsmiljøloven ved endringslov av 6. januar 1995 nr. 2 (i kraft 1. februar 1995). Initiativet til forslaget ble angivelig tatt av LO, og kom inn helt i slutfasen av lovgivningsprosessen. Konsekvensen er at bestemmelsen ikke er behandlet særlig grundig i lovforarbeidene. Forslaget ble blant annet ikke utredet av arbeidslivsmiljølovutvalget i NOU 1992:20. Bestemmelsen er imidlertid generelt behandlet i Ot. prp. nr. 50. Problemstillingen vedrørende outsourcing i konsernforhold er ikke behandlet i proposisjonen

3.3 3 Ordlyd og forarbeider

3.3.1 Vilkaaret ”å sette ut”

Ordlyden er utgangspunktet for enhver tolking av lovbestemmelser. Det er den naturlige forståelse av lovteksten som i utgangspunktet skal legges til grunn. Uttrykket ”å sette ut” gir i seg selv ikke noen klar veiledning om vilkårets innhold, men det synes naturlig å tolke uttrykket ”å sette ut” dithen at driften må settes ut fra en virksomhet til en annen. Det at driften skal settes ”ut”, tyder på at den skal settes utenfor noe som har en viss grad av fast og varig karakter. Ordet ”ut” kan også tyde på at det må være et klart skille mellom enhetene. Den naturlige forståelse av lovens uttrykk ”å sette ut” trekker derfor langt i retning av at utsettingen må skje i forhold til en rettslig enhet. Konserner er som regel organisert med flere selvstendige aksjeselskap som utøver en form for produksjon eller aktivitet. Det vil derfor være naturlig å si at en utsetting av oppdrag mellom disse

rammes av lovens vilkår. Uttrykket ”å sette ut” kan følgelig tolkes som at bestemmelsen i § 60 nr. 2, annet ledd omfatter utsetting av drift mellom konsernselskaper.

3.3.2 Virksomhetsbegrepet

Rekkevidden av arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd vil avhenge av hvordan man tolker uttrykket ”*virksomhet*”. Uttrykket ”*virksomhet*” danner grensen for når noe skal anses satt ut. Bestemmelsens virkeområde vil med andre ord avhenge av om man legger til grunn en vid eller snever tolking. En snever tolking innebærer at uttrykket ”*virksomhet*” er begrenset til den rettslige enhet. Legger man en snever forståelse til grunn, vil en utsetting av driften på oppdrag mellom konsernselskapene være omfattet av vilkåret ”å sette ut”. En vid tolking betyr at man anser flere konsernselskaper eller hele konsernet som en virksomhet. Dette medfører at en utsetting mellom konsernselskaper ikke rammes av vilkåret ”å sette ut”, og arbeidstakerne vil ikke nyte godt av det utvidete oppsigelsesvern. Arbeidsmiljøloven har ingen legaldefinisjon som presiserer innholdet av ”*virksomhet*”.

Selve ordet ”*virksomhet*” gir ingen opplagt angivelse av innholdet. Det synes imidlertid nærliggende at også uttrykket ”*virksomhet*” angir en enhet med en fast og varig karakter. Uttrykket gir videre assosiasjoner om at det må drives en form for aktivitet eller produksjon i enheten. Leser man ”*virksomhet*” sammen med uttrykket ”å sette ut” tyder dette på at enheten må ha klare grenser. En rettslig enhet som driver en form for produksjon eller aktivitet, vil i utgangspunktet oppfylle disse kriteriene. Spørsmålet i denne sammenheng er om man ut fra en naturlig forståelse av uttrykket ”*virksomhet*” kan si at et konsern har en karakter som nevnt ovenfor. Et konsern er vanligvis bygget opp av flere aksjeselskap som utfører en form for produksjon eller aktivitet. Denne oppdelte struktur gjør at konsernet normalt vil fremstå som flere virksomheter. Et konsern vil derfor ikke være sammenfallende med uttrykket ”*virksomhet*”. Dette trekker i retning av at uttrykket ”*virksomhet*” skal forstås snevert i arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd.

Forarbeidene til arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd gir ellers ingen veiledning når det gjelder spørsmålet om virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd skal forstås vidt eller snevert i forhold til konserner.²⁷

Når det gjelder rettspraksis er det få eller ingen avgjørelser som angår virksomhetsbegrepet i aml. § 60 nr. 2, annet ledd i relasjon til konsernforhold. I RG 1998 side 1415, som gjaldt overføring av driften mellom to datterselskap, anføres § 60 nr. 2, annet ledd. Saksøker la til grunn at bestemmelsen kom til anvendelse også ved outsourcing i konsernforhold. Anførselen ble avvist av byretten fordi den mente det dreide seg om nedlegging av virksomhet og ikke utskilling. Avgjørelsen gir derfor ingen veiledning i spørsmålet om bestemmelsen skal anvendes på outsourcing i konsernforhold. Faktum i saken er for øvrig illustrerende for hvordan outsourcing mellom konsernselskaper kan skje.

Begrepet ”*virksomhet*” anvendes mange ulike steder i arbeidsmiljøloven, og normalt vil det ha en formodning for seg at et ord har den samme betydning på hele lovens område.²⁸ Ser man nærmere på de ulike bestemmelser i loven vil det imidlertid fremgå at virksomhetsbegrepet må tolkes konkret ut fra den sammenheng begrepet står i. Som eksempel på begrepets flertydighet vises det for eksempel til arbeidsmiljølovens § 7 hvor ”*virksomhet*” angir det fysiske arbeidsstedet. Videre kan det vises til aml. § 2 nr. 1 som angir lovens omfang. I § 60 nr. 2, første ledd er det klart at ”*virksomhet*” skal angi omfanget av rettigheter og plikter for arbeidsgiver. Når det gjelder § 60 nr. 2, annet ledd skal virksomhetsbegrepet angi anvendelsesområdet for bestemmelsen. Selv om både innhold og funksjon kan variere i de ulike bestemmelser, vil det være interessant å se nærmere på innholdet av uttrykket i de beslektede bestemmelser om stillingsvernet. Dette kan belyse det nærmere innhold av uttrykket ”*virksomhet*” i § 60 nr. 2, annet ledd.

I kapittel XII A om virksomhetsoverdragelser angir § 73A reglens anvendelsesområde. Det fremgår av denne:

²⁷ Ot. prp. nr 50

²⁸ Boe, Erik. ”Innføring i jus” s. 207

”Bestemmelsene i dette kapittel kommer til anvendelse ved overføring av virksomhet eller del av virksomhet til en annen innehaver som følge av overdragelse.”

Overføring av virksomhet skjer også mellom konsernselskaper. I denne sammenheng vil innholdet av ”*virksomhet*” være avgjørende for om reglene skal komme til anvendelse.²⁹ Anser man hele konsernet som en virksomhet, vil det ikke foreligge en overdragelse av virksomhet mellom de ulike konsernselskaper. Her vil spørsmålet om et konsern er en virksomhet i relasjon til § 73A langt på vei være sammenfallende med spørsmålet om konsernforhold i relasjon til § 60 nr. 2, annet ledd.

Reglene i kapittel XII A er en direkte implementering av EU-direktiv nr. 77/187/EØF. Rettspraksis fra EF-retten er relevant, og belyser reglenes nærmere innhold. Når det gjelder spørsmålet om reglene kommer til anvendelse ved overføring av virksomhet i konsernforhold, er Allen-dommen C-234/98 avgjørende. Saken dreide seg om overdragelse av oppdrag mellom to datterselskaper i et konsern kalt Amco. Dette selskapet drev hovedsakelig med graving og sikring av gruver. Morselskapet hadde ti datterselskaper under seg, deriblant to selskaper kalt ACC (heretter A) og AMS (heretter B). Hvert av datterselskapene hadde sine egne ansatte, hvor Bs arbeidstakere var engasjert på dårligere vilkår enn arbeidstakerne i A. A inngikk så kontrakt med RBJ (som var et utskilt selskap fra British Coal). A skulle bruke B som underentreprenør siden B hadde lavest lønnskostnader. Dette medførte at en del arbeidstakere ble overført fra A til B. RBJ ble imidlertid på et tidspunkt betenkt over de lønns og arbeidsvilkår som de ulike entreprenører ga sine ansatte, deriblant B. RBJ mente dette kunne være demotiverende for de ansatte. A bestemte derfor, på RBJs oppfordring, ikke lenger å anvende B som underkontraktør. Som følge av dette gjeninnsatte A de ansatte i B på bedre vilkår enn i B, men til dårligere betingelser enn de tidligere hadde hatt tidligere i A. I denne anledning gikk Allen m.fl. til søksmål med påstand om det her dreide seg om en dobbelt virksomhetsoverdragelse og at de derfor hadde krav på samme vilkår som de opprinnelig hadde hatt i A. A anførte på sin side at det ikke var skjedd noen overførsel mellom selskapene i direktivets forstand, siden disse var datterselskaper i samme konsern. Domstolen stilte følgende spørsmål:

²⁹ Allen-dommen C-234/98

”Kan direktivet om virksomhedsoverdragelser (77/187/EØF) finde anvendelse på to selskaber i samme koncern, som har ejere, ledelse, lokaler og arbejde til fælles, eller er sådanne selskaber en enkelt virksomhed i direktivets forstand? Det ønskes navnlig oplyst, om der kan være tale om overførsel af en virksomhed i direktivets forstand, når selskab A overfører en væsentlig del af sin arbejdsstyrke til selskab B i samme koncern.”

Domstolen la til grunn at det avgjørende for om reglene om virksomhetsoverdragelse kom til anvendelse var hvorvidt det var en overdragelse mellom to juridiske enheter. Her var det ikke relevant hvordan de ulike arbeidsgiverfunksjoner var fordelt, eller hvor tett organiseringen var for øvrig. Det fremgår av sakens faktum at enhetene i denne saken var meget nære. De ansatte jobbet i perioder med oppdrag for begge selskaper, samt at utstyr og lokaler tilnærmet fremsto som felles.

Retten viste videre til at det ville være i strid med direktivets formål dersom overførsel i samme konsern skulle være utelukket fra direktivets anvendelsesområde. Riktignok dreide kravet seg her om lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakerne i motsetning til vårt tilfelle hvor det gjelder en skranke for oppsigelser. Men det følger av § 73A at avgrensingen i forhold til anvendelsesområdet også må gjelde i forhold til bestemmelsen om at oppsigelser som følge av overføring av virksomhet ikke er saklige. Dette betyr at en outsourcing i konsernforhold, som omfattes av reglene om virksomhetsoverdragelse, rammes av § 73A når det skjer mellom rettslige enheter i et konsern. Her vil ikke tilknytningsformen mellom konsernselskapene være avgjørende. Det sentrale er om det skjer en overdragelse mellom rettslige enheter.

Det fremgår klart av rettspraksis på kapittel XII As område at ”*virksomheten*” er begrenset til den rettslige enhet. Når man ser dette i sammenheng med at regelsettene i § 60 nr. 2, annet ledd og kapittel XII A i stor grad overlapper hverandre, samt at begge har til formål å styrke rettighetsvernet ved oppsigelser som følge av utskilling av drift eller overføring av del av virksomhet, kan det anføres at virksomhetsbegrepet bør tillegges samme betydning i begge bestemmelsene. Dette kan tale for at man i arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd må anse virksomhetsbegrepet som begrenset til den juridiske enhet.

Virksomhetsbegrepet anvendes også i § 58 nr. 5, annet ledd. Det følger av bestemmelsen:

“Ved beregning av tilsetningstid etter denne paragraf skal medregnes den tid som arbeidstakeren har vært tilsatt i annen virksomhet innenfor konsern som arbeidsgiveren tilhører eller innenfor annen gruppe av virksomheter som er knyttet sammen gjennom eierinteresser eller felles ledelse på en slik måte at det vil være naturlig å se tilsettingen i sammenheng.”

Bestemmelsen utvider virksomhetsbegrepet eksplisitt i forhold til beregning av ansiennitet i konserner. Dette tyder på at lovgiver er oppmerksom på problemet og utvider begrepet i de tilfeller det er ønskelig. En eksplisitt utvidelse fremgår imidlertid bare av § 58 nr. 5, annet ledd. Følgelig synes det naturlig å legge til grunn en snever forståelse av uttrykket i de øvrige bestemmelser i arbeidsmiljøloven. Dette taler for at virksomhetsbegrepet i § 60 nr. 2, annet ledd er begrenset til den rettslige enhet.

Virksomhetsbegrepet anvendes flere ganger i § 60 nr. 2. Det vil da være naturlig å anta at lovgiver har ment at innholdet skal være det samme i hele bestemmelsen.³⁰

Bestemmelsene i § 60 er dessuten nært beslektet. Både første og annet ledd er ment som presiseringer av saklighetskravet, og skal ivareta mange av de samme hensyn. Jeg vil derfor drøfte virksomhetsbegrepet i § 60 nr. 2, første ledd, for så å vurdere om dette kan belyse hva som skal legges i virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd. I § 60 nr. 2, første ledd heter det:

“ Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiveren har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstakeren. ”

Det fremgår av bestemmelsen at det er en nær sammenheng mellom virksomhetsbegrepet og arbeidsgiverbegrepet i § 60 nr. 2, første ledd. Begrepet avgrenser plikter og rettigheter mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Jo videre

³⁰ Boe, Erik. “Innføring i jus” s. 207

virksomhetsbegrep, dess mer utvides arbeidsgiveransvaret. Normalt vil utgangspunktet være at den rettslige enhet man har sluttet arbeidsavtale med, både er arbeidsgiver og virksomhet i lovens forstand. Det vil i slike tilfeller ikke være problematisk å fastslå hvem som er arbeidsgiver. Det kan imidlertid foreligge omstendigheter som gjør det rimelig å utvide virksomhetsbegrepet til å omfatte andre enn motparten i en arbeidsavtale. I forarbeidene finnes en viss støtte for at det er adgang til å foreta en slik utvidelse. Dette fremgår blant annet av Ot. prp. nr. 3(1977-78):

”Når det gjelder ansvarsreglene må disse ta utgangspunkt i hvem som faktisk har muligheter til å iverksette tiltakene.”

Dette åpner for at virksomhetsbegrepet i § 60 nr. 2, første ledd kan utvides dersom de reelle beslutninger fattes av andre enn den formelle arbeidsgiver. Det kan med andre ord foretas en identifikasjon. Avgjørende synes å være hvor styringsretten ligger i konsernet. Styringsretten kan sies å være summen av arbeidsgiverfunksjonen.³¹ Det vil derfor være relevant hvordan disse er fordelt i et konsern. Dette betyr at dersom disse er samlet hos et morselskap, og dette foretar de reelle beslutninger for konsernselskapene, vil det være mulig å foreta en identifikasjon mellom morselskap og datterselskap. Det fremgår videre av NOU 1992:20 side 183, hvor flertallet i Arbeidsmiljølovutvalget sier:

”Det er noe usikkert hva som i følge gjeldene rett skal anses som en virksomhet. Det er ikke uten videre gitt at virksomheten er identisk med den juridiske enheten. Ofte vil et selskap være knyttet sammen i konsern hvor viktige beslutninger av betydning for sysselsettingen foretas av morselskapet”

Uttalelsen kan tolkes som at Arbeidsmiljølovutvalget åpner for en identifikasjon mellom konsernselskapene og morselskapet. Dette er i stor grad sammenfallende med innholdet av uttrykket som ble brukt i Ot. prp. nr. 3(1977-78). Felles for begge uttalelsene er at de legger vekt på hvor de reelle beslutninger tas. Dette innebærer imidlertid at det må foreligge faste holdepunkter som gjør det rimelig å utvide virksomhetsbegrepet. Motsetningsvis kan man slutte at hvis slike omstendigheter ikke foreligger, vil det naturlige utgangspunkt være at ”*virksomhet*” skal forstås snevert.

³¹ NOU 1996: 6 avsnitt 3.4.2 s. 29-30

Når det gjelder ”*virksomhet*” som avgrensning av arbeidsgiverbegrepet, finnes det en del rettspraksis. Jeg vil her gå igjennom flere avgjørelser for å søke å belyse innholdet av virksomhetsbegrepet i § 60 nr. 2, annet ledd. Deretter vil jeg prøve å si noe om tendensen som er kommet til uttrykk i rettspraksis på området og redegjøre for hvilke konkrete omstendigheter som må foreligge for at identifikasjon foretas av domstolene.

Innledningsvis kan det vises til den såkalte Ulrikka-saken, jf Rt 1937 side 22, hvor Høyesterett la til grunn at de som treffer de avgjørende disposisjoner vedrørende driften vil kunne være ansvarlige for de ansattes krav. Saken gjaldt et overbeheftet skipsaksjeselskap. Banken var panthaver, og fremtvang i kraft av denne posisjon disponentskifte og skifte av skipsfører. Videre fastsatte den disponentens lønn, og alle viktige spørsmål måtte konfereres med banken. Etter et motorhavari besluttet banken at skipet skulle selges. Høyesterett kom enstemmig til at banken måtte hefte sammen med rederiet. Som følge av dette ble banken pålagt solidarisk ansvar med den formelle arbeidsgiver. Det ble ikke ansett som avgjørende at banken ikke formelt hadde arbeidsgiveransvaret. Her var det sentrale at banken hadde en bestemmende innflytelse over arbeidstakerne gjennom de driftsmessige disposisjoner som de påla rederiet å foreta. Banken kunne med andre ord påvirke sysselsettingssituasjonen ombord. Dette viser at Høyesterett allerede på et tidlig stadium foretok en identifikasjon mellom den formelle rettslige enhet som hadde inngått avtalen med arbeidstakerne og den som hadde den reelle innflytelse og utøvde denne.

Senere har arbeidsretten i ARD dom 1980 side 79 bygget på samme synspunkt. Saken gjaldt driften av et interkommunalt skolepsykologisk kontor. Denne var lokalisert til Lillehammer og et avdelingskontor ved Ringeby. Det var seks samarbeidende kommuner, og da en av disse ønsket å si opp samarbeidsavtalen fulgte de andre etter, unntatt en. De ansatte reiste søksmål om at oppsigelsene var ugyldige fordi den ikke var saklig begrunnet i virksomhetens forhold, jf. § 60 nr. 1, og at kommunene hadde plikt til å tilby ”*annet passende arbeid*”, jf. § 60 nr. 2, første ledd. Retten konkluderte med at hver av de enkelte kommuner som var parter i samarbeidsavtalen var de reelle arbeidsgivere for de ansatte. Arbeidsretten uttaler på side 89 at de anså det;

”[...] klart at de samarbeidende kommuner, som var de ankende parter reelle arbeidsgivere med blant annet ansvar for bevilgning av tilstrekkelige midler til lønninger m.v., hadde et selvstendig arbeidsgiveransvar overfor disse som ikke bortfalt ved omorganiseringen.”

Skolen var utad representert ved et eget styre, som også foretok alle ansettelses og meddelte oppsigelse ved kontoret. Avgjørende synes å ha vært at i vedtakene fra kommunestyrene om å trekke seg fra samarbeidet også fulgte med et kapittel hvor det fremgikk at personalet ved det skolepsykologiske kontoret skulle sies opp. Styret henviste så til dette ved oppsigelsen av de ansatte. Videre var det klart at driften var bundet til de budsjetter som var vedtatt av kommunen, og at styret ikke selv anså seg kompetente til å overføre ansatte direkte til nye stillinger. Dette innebar at kommunen hadde en bestemmende innflytelse over kontoret. Følgelig mente arbeidsretten at kommunene og det skolepsykologiske kontoret felles var å anse som arbeidsgiver.

I samme retning trekker Wartsila-saken, inntatt i Rt 1990 side 1126. Her ble et mor- og datterselskap ansett som arbeidsgivere i fellesskap. Saken gjaldt en daglig leder av et datterselskap som ble oppsagt fordi morselskapet i Finland besluttet å legge ned driften ved kontoret i Norge. Arbeidstakeren påsto at han hadde krav på passende arbeid i morselskapet i Finland, jf. arbeidsmiljølovens § 60 nr 2, første ledd. Høyesterett uttaler prinsipielt at det ikke etter arbeidsmiljøloven er noe til hinder for å anse et datterselskap og et morselskap å ha felles arbeidsgiveransvar når arbeidsgiverfunksjonene er delt mellom dem. Momenter som ble tillagt vekt var morselskapets innflytelse på lønns- og pensjonsforhold, at arbeidstaker var forpliktet til å følge de direktiver som til enhver tid ble gitt av morselskapet, og det faktum at det var inngått arbeidsavtale med både morselskap og datterselskapet i Norge. Dommens betydning er omdiskutert. Det synes som en utbredt oppfatning at dommen ikke kan tas til inntekt for at tendensen går mot identifikasjon. Det at retten kom til at arbeidsgiveransvaret var delt, innebærer ikke annet enn at arbeidstakeren måtte anses å ha inngått arbeidsavtale med to forskjellige virksomheter.³²

³² Fougner m.fl. ”Omstilling og nedbemanning” s. 38

³² NOU 1996:6 pkt 5.3. Mindretallets oppfatning

I motsatt retning går PPD-dommen, Rt 1997 side 623. Saken gjaldt oppsigelse av ansatte ved et Pedagogisk-Psykologisk Distriktsenters skole- og boavdeling. De ansatte ved boavdelingen gikk til søksmål mot senteret med påstand om at samarbeidskommunene pliktet å tilby dem passende ledige stillinger i kommunene. Her ble de samarbeidende kommuner gitt medhold i at de ikke var å anse som arbeidsgivere. I dommen legger retten vekt på at den ikke anså at arbeidsgiverfunksjonene var delt mellom PPD-senteret og de samarbeidende kommuner. Høyesterett konkluderte med at arbeidsgiverfunksjonene hadde tilligget styret ved senteret. Retten uttaler i denne forbindelse:

”Det har i rettspraksis vært lagt til grunn at flere rettssubjekter kan ha et arbeidsgiveransvar etter arbeidsmiljøloven § 60 nr 2 dersom arbeidsgiverfunksjonene har vært delt mellom dem, jf Rt-1990-1126. Jeg kan imidlertid ikke se at dette har vært situasjonen her. Alle sentrale arbeidsgiverfunksjoner har tilligget og blitt utøvet av styret ved PPD-senteret.”

I avgjørelsen ble det lagt vekt på at styret hadde selvstendig budsjettkompetanse, hvor mange samarbeidskommuner som var med (6 i motsetning til 3 i praktisk pedagogisk senter), og at senteret disponerte egne midler. Videre er det klart at styret også hadde selvstendig kompetanse i forhold til ansettelsessaker, og at kommunene ikke hadde noen form for instruksjonsmyndighet overfor de ansatte. Det at midlene faktisk kom fra kommunene, og at disse var representert med hvert sitt medlem i styret, var ikke avgjørende. Tvert om ble det i denne sammenheng lagt vekt på at kommunene isolert sett ikke hadde adgang til å bestemme innholdet av budsjettet, men snarere var bundet av flertallsavgjørelser i styret. Man kunne derfor ikke si at disse hadde bestemmende innflytelse over styret i kraft av å bevilge penger. Det følger av dette at økonomisk bidragsplikt i seg selv ikke er nok til å foreta identifikasjon. I denne saken fremsto senteret reelt som en selvstendig enhet, og det var derfor ikke grunnlag for å utvide arbeidsgiveransvaret.

Videre kan nevnes Sparebanken Nord-avgjørelsen, Rt 1992 side 776. Saken gjaldt her oppsigelser av tre ansatte som følge av driftsinnskrenkninger. Disse anførte at de hadde rett til å fortsette i stillingene, eller bli tilbudt annet passende arbeid i visse andre

filialkontorer eller i bankens avdelingskontor i Harstad. Det ble blant annet hevdet fra saksøkers side at det ved oppsigelsen skulle foretas en sammenlikning mellom de som arbeidet i den nedlagte filialen og andre ansatte i bankkonsernet. Her slo Høyesterett fast at hver og en av avdelingene måtte vurderes for seg vedrørende spørsmålet om retten til å stå i stillingen og annet passende arbeid, jf. § 60 nr. 2, første ledd, 2. punktum. Det ble i denne sammenheng pekt på at ansettelsesmyndigheten var tillagt de enkelte avdelingsbanker og at ansettelsesforholdene var knyttet til disse. Videre ble de enkelte filialers geografiske spredning, samt den prekære økonomiske situasjon som banken var tillagt stor betydning. Det var trolig her helt maktpåliggende å redusere kostnadene ved snarlige oppsigelser og Høyesterett lot reelle hensyn veie tyngst. Retten anførte at det naturlige utgangspunkt var at de filialansatte måtte fratruke når disse ble nedlagt. Spørsmålet om hvor arbeidsgiverfunksjonene var fordelt synes her å ha spilt en mer beskjeden rolle. Avgjørelsen trekker derfor i retning av at arbeidsgiverfunksjonene ikke er avgjørende for spørsmålet om hva som skal anses som en ”*virksomhet*” i relasjon til avgrensning av arbeidsgiveransvaret.

Det fremgår av rettspraksis ovenfor at det klare utgangspunkt, jf. § 60 nr. 2, første ledd er at en ”*virksomhet*” er den rettslige enhet. Foreligger det et særskilt grunnlag, kan virksomhetsbegrepet utvides. Et særskilt grunnlag kan blant annet være hvordan arbeidsgiverfunksjonene er fordelt. Typiske arbeidsgiverfunksjoner vil i følge rettspraksis være: ansettelsesmyndighet, kompetanse i avskjeds- og oppsigelsessaker, grad av økonomisk selvstendighet og instruksjonsmyndighet. Disse arbeidsgiverfunksjonene utgjør til sammen arbeidsgivers styringsrett. Spørsmålet er med andre ord hvor styringsretten ligger. Mot en slik konklusjon går imidlertid Sparebanken Nord-avgjørelsen. Her var spørsmålet om hvor arbeidsgiverfunksjonene lå ikke avgjørende for resultatet. Det kan også anføres at Wartsila-avgjørelsen ikke gir holdepunkter for en slik konklusjon. Det er hevdet at avgjørelsen bare gir uttrykk for at arbeidsgiveransvaret utvides dersom det er inngått arbeidsavtale med flere virksomheter.³³ Det synes allikevel klart at gjeldende rett på området aksepterer en utvidelse av arbeidsgiveransvaret på dette grunnlaget.³⁴

³³ Fougner m.fl. ”Omstilling og nedbemanning” s. 38

³⁴ Rt 1997 s. 623

Hvor ligger så den nedre grense for identifikasjon? Dette må besvares i lys av den rettspraksis som det er redegjort for ovenfor. Felles for alle avgjørelsene, med unntak av Sparebanken Nord, er at de legger vekt på hvor arbeidsgiverfunksjonen ligger, og om styringsretten er blitt utøvd. Avgjørelsene viser at ubetydelige arbeidsgiverfunksjoner eller andre økonomiske forbindelser som ikke medfører påvirkningsmulighet på driften ikke er tilstrekkelig.³⁵ Dette tyder på at terskelen for identifikasjon ligger relativt høyt. Muligens kan dette uttrykkes som at det må tilligge morselskapet vesentlige arbeidsgiverfunksjoner. Det er imidlertid vanskelig å gi en presis angivelse på dette, siden det i hvert tilfelle må foretas en konkret helhetsvurdering. Følgelig vil det variere hvor grensen går.

Oppfatningen av tendensen i rettspraksis vedrørende konserner og arbeidsgiveransvaret er omstridt. Konsernutvalget i NOU 1996:6 la til grunn at hovedtendensen i rettspraksis gikk i retning av å akseptere konserner som arbeidsgivere i forhold til de ansatte i konsernselskapene.³⁶ Mindretallet i utvalget gikk imidlertid sterkt mot denne oppfatningen, og forslaget ble i høringsrunden også møtt med sterk kritikk.³⁷ Det er med andre ord ikke grunnlag for å si at konserner generelt er å anse som en virksomhet i forhold til arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, første ledd.

Tar man utgangspunkt i at et begrep har samme innhold i hele § 60, og det foreligger et særskilt grunnlag i § 60 nr. 2, annet ledd, vil det medføre at man i enkelte tilfeller må anse et konsern som en virksomhet.³⁸ Legger man en slik forståelse til grunn, vil følgen være at det er adgang til å tolke virksomhetsbegrepet vidt i § 60 nr. 2, annet ledd. Dette innebærer at arbeidstakerne i det ”utsettende” konsernselskap ikke nyter godt av det utvidede oppsigelsesvern, jf. § 60 nr. 2, annet ledd.

³⁵ PPD- dommen, Rt 1997 s. 623

³⁶ NOU 1996:6 pkt 5.2

³⁷ NOU 1996:6 pkt 5.3

³⁸ Boe, Erik. ”Innføring i jus” s. 247

3.3.3 Sammenfatning

En naturlig forståelse av uttrykkene ”å sette ut” og ”virksomhet” sammenholdt med forarbeidene, tyder på at bestemmelsen i § 60 nr. 2, annet ledd kommer til anvendelse der det skjer en utsetting mellom rettslige enheter. Særlig arbeidsmiljølovens § 58 nr. 5, annet ledd gir en sterk indikasjon på at lovgiver utvider omfanget av virksomhetsbegrepet dersom det er behov for det. Virksomhetsbegrepets betydning i kapittel XII A taler også for at man legger til grunn en snever forståelse av ”virksomhet”. Samlet sett trekker dette sterkt i retning av at uttrykket ”virksomhet” skal forstås snevert i relasjon til § 60 nr. 2, annet ledd. Det fremgår imidlertid, etter en analyse av virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, første ledd, at det kan være grunnlag for å anse hele konsernet som en virksomhet dersom morselskapet har utøvd arbeidsgiverfunksjoner av en viss betydning. Legger man et slikt innhold til grunn i § 60 nr. 2, annet ledd, betyr det at en utsetting mellom datterselskap i et konsern må anses for å skje innenfor ”virksomheten”, jf § 60 nr. 2, annet ledd. Resonnementet forutsetter imidlertid at det foreligger et særskilt grunnlag, og gir ikke anvisning på en generell forståelse av virksomhetsbegrepet i § 60 nr. 2, første ledd. Fremstillingen ovenfor viser at rettskildefaktorene hovedsaklig trekker i retning av en snever tolking av virksomhetsbegrepet i § 60 nr. 2, annet ledd.

3.4 Reelle hensyn

3.4.1 Innledning

Med reelle hensyn mener man hensynet til resultatets godhet. Dette betyr at man må vurdere konsekvensene av de ulike tolkingsalternativer. En slik vurdering varierer ut fra partenes ståsted. Resultatet av en slik avveining vil være et argument i konklusjonen om tolkingsresultatet. Hva slags vekt reelle hensyn skal tillegges, avhenger av hvor klare de øvrige rettskildefaktorer er.³⁹ Jeg viser her til den generelle redegjørelse om reelle hensyn i punkt 1.6

3.4.2 Lovens formål og hensynet til at resultatet kan være godt i seg selv

Lovens formål står sentralt i vurderingen av de reelle hensyn. Med lovens formål mener man hvilke virkninger loven er ment å frembringe. Dersom et tolkingsalternativ ivaretar

³⁹ Eckhoff, Torstein. ”Rettskildelære” s. 378

disse, vil dette være et sterkt argument for en slik tolking. Det fremgår av arbeidsmiljølovens § 1 hva lovens målsetning er:

- ”1. å sikre et arbeidsmiljø som gir arbeidstakerne full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger og med en verneteknisk, yrkeshygienisk og velferdsmessig standard som til enhver tid er i samsvar med den teknologiske og sosiale utvikling i samfunnet,*
- 2. å sikre trygge tilsetningsforhold og en meningsfylt arbeidssituasjon for den enkelte arbeidstaker,*
- 3. å gi grunnlag for at virksomhetene selv kan løse sine arbeidsmiljøproblemer i samarbeid med arbeidslivets organisasjoner og med kontroll og veiledning fra offentlig myndighet.”*

I forbindelse med stillingsvernet er det særlig nr. 2 som er relevant. Det følger av denne bestemmelsen at det er vernehensynet til arbeidstaker som er det sentrale i loven. Dette støttes av også av forarbeidene i Ot. prp. nr. 50. Her fremgår det at tanken bak bestemmelsen var å styrke vernet mot oppsigelser som følge av driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, herunder outsourcing.⁴⁰ Det går klart frem av departementets forslag at man ikke anså de tidligere bestemmelser som effektive nok, og at man ønsket en bestemmelse som ga et sterkere vern. Det kan også vises til at § 60 er plassert i kap. 12 som omhandler stillingsvernet. Det følger av dette at det sentrale i § 60 nr. 2, annet ledd er vernehensynet i forhold til arbeidstaker. En vid tolking av virksomhetsbegrepet vil medføre en svekkelse av arbeidstakers rettigheter ved en oppsigelse. Dette trekker i retning av å tillegge ”*virksomhet*” snevert virkeområde.

En vid tolking av ”*virksomhet*” vil blant annet bygge på tilknytningsforholdet mellom konsernselskapene. Det neste spørsmålet blir da hvilke premisser man skal legge til grunn. Vi har tidligere sett hvordan domstolene har vurdert virksomhetsbegrepet i forhold til avgrensning av arbeidsgiverbegrepet. Hvordan arbeidsgiverfunksjonene er

⁴⁰ Ot. prp. nr 50 s.184

fordelt, vil gi en god indikasjon på hva slags tilknytning det er mellom konsernselskapene og om det er naturlig å karakterisere konsernet som en virksomhet. En slik vurdering vil avhenge av en konkret helhetsbedømmelse og vil være skjønnspreget. Et problem i forhold til en slik vurdering er hensynet til effektivitet. Domstolens effektivitet vil i mange tilfeller avhenge av om det finnes klare skillelinjer for hva som er en ”*virksomhet*”. Høyesteretts argumentasjon har variert når det gjelder hvilke momenter som har vært ansett som avgjørende i forhold til en eventuell utvidelse av virksomhetsbegrepet, jf. § 60 nr. 2, første ledd.⁴¹ Dersom domstolene isteden kan holde seg strengt til spørsmålet om det foreligger en rettslig enhet eller ikke, vil man forenkle vurderingen, og domstolens effektivitet vil styrkes.

Dette har også betydning i forhold til partenes forutberegnelighet. Dersom man legger til grunn at en ”*virksomhet*” er begrenset til den rettslige enhet, vil det sjelden være tvil om det foreligger en outsourcing, jf. § 60 nr. 2, annet ledd i forhold til konserner. Partene vil som følge av dette i sterkere grad være i stand til å forutberegne sin rettsstilling, forutsatt at de øvrige vilkår i § 60 nr. 2, annet ledd er oppfylt. Vurderingen vil da være begrenset til om det foreligger utsetting mellom to rettslige enheter. Legger man til grunn et vidt begrep vil det avhenge av en konkret skjønnsvurdering som partene vil ha vanskelig for å spå utfallet av.

Dersom man legger til grunn en vid tolking av ”*virksomhet*”, vil dette kunne få konsekvenser for tolkingen av begrepet i § 60 nr. 2, annet ledd. Et eksempel på dette er at vurderingen om outsourcingen er ”*nødvendig*” for den videre drift i virksomheten vil måtte vurderes i forhold til hele konsernets økonomi. Domstolene vil i mange tilfeller finne dette vanskelig. For det første vil det være en meget ressurskrevende behandling, men samtidig vil det også være vanskelig å danne seg et objektivt bilde av hvordan økonomien faktisk er. Her kan det nevnes at domstolene ofte har hatt en tendens til å legge til grunn bedriftens skjønn av hva som er nødvendig.⁴² Dette kan tyde på at domstolene i mange tilfeller ikke selv vurderer den økonomiske situasjon som foreligger i selskapet. Det kan hevdes at en slik tendens vil styrkes ytterligere dersom

⁴¹ Rt. 1997 s. 623 jf. ARD dom 1980 s. 79

⁴² Ot. prp. nr 50 1993-1994 s. 184.

domstolen må ta stilling til hele konsernets økonomi. Et annet problem er at i et konsern med mange konsernselskaper vil det sannsynligvis ofte være vanskelig for domstolen å trenge gjennom til de faktiske forhold. Dersom man begrenser en vurdering strengt til den rettslige enhet, taler mye for at dette vil lette domstolens arbeid.

Det fremgår av det ovennevnte at lovens formål trekker i retning av å tolke virksomhetsbegrepet snevert. Videre fremgår det av drøftelsen at effektivitetshensyn og hensynet til forutsigbarhet taler for å begrense virksomhetsbegrepet til den rettslige enhet.

For systematikkens skyld behandles de ulike hensyn i forhold til arbeidsgiversiden og arbeidstakersiden hver for seg.

3.4.3 Arbeidstakersiden

Fra arbeidstakers synspunkt vil konsekvensene av en oppsigelse som følge av outsourcing være den samme enten man mister jobben som følge av outsourcing til et konsernselskap eller ved outsourcing til andre eksterne leverandører. Det utgjør med andre ord ingen forskjell for arbeidstakeren om outsourcingen er ut av et konsern eller mellom konsernselskaper. Det sentrale her er de virkninger en oppsigelse har for arbeidstakerne. Beskyttelsesbehovet er med andre ord like stort i begge tilfeller. Sett i sammenheng med lovens formål, tilsier dette en snever tolking av begrepet.

Rettsikkerhetshensyn er alltid relevante i vurderingen av ulike tolkingsalternativer. I denne forbindelse vil det ha betydning i hvilken grad arbeidstakeren gis en reell sjanse til å få prøvet oppsigelsen for domstolene.

En skjønnsvurdering av tilknytningsforholdene mellom konsernselskapene og morselskapet vil i mange tilfeller avhenge av i hvilken grad retten har tilgang på informasjon om konsernets organisering. Som nevnt tidligere kan konsernorganisasjonen inneholde kompliserte strukturer, og prosessen med å få frem alle fakta kan ta lang tid. Arbeidsgiversiden er vanligvis den sterke part som har god tilgang på ressurser. Arbeidstakersiden vil derimot i mange tilfeller ha begrensede midler. Dette gjelder særlig de uorganiserte arbeidstakerne. Mange arbeidstakere vil av frykt for store prosessøkonomiske kostnader ikke ta sjansen på å reise sak med påstand

om at en oppsigelse skal kjennes ugyldig. Klare skillelinjer på hva som er ”*virksomhet*” vil bidra til at arbeidstakeres reelle adgang til rettslig prøving styrkes.

Tidsfaktoren har også betydning for arbeidstakeren i den forstand at det vil være viktig å få klarhet i om arbeidsforholdet består på et så tidlig tidspunkt som mulig. Dette må sees på bakgrunn av den belastning det er å være i uvisshet om arbeidsforholdets skjebne. En snever tolking vil øke effektiviteten i prosessen og bidra til en raskere avklaring om gyldigheten av oppsigelsen.

I praksis vil ofte outsourcing finne sted der aktiviteten settes ut fra et norsk datterselskap til et annet med sete utenfor Norge.⁴³ I slike tilfeller vil det for det første være vanskeligere å vurdere tilknytningsforholdet mellom den rettslige enhet i utlandet og de øvrige konsernselskap. Muligheten for innsyn i konsernstrukturen kan være mer begrenset som følge av annen lovgivning. Videre kan det forhold at konsernselskapet ligger i utlandet i seg selv tale for at man ikke anser konsernet som en virksomhet. Geografisk avstand og begrenset innsynsmulighet kan med andre ord være tilstrekkelig for at ”*virksomhet*” bør være begrenset til den rettslige enhet. I Rt 1992 side 776 ble dette tillagt vekt i retning av at man ikke foretok identifikasjon mellom avdelingsbankene og konsernet. Her gjaldt spørsmålet om de ansatte kunne utlede en rett til å bli vurdert i forhold til hele konsernet når det gjaldt rett til ”annet passende arbeid”, jf § 60 nr. 2, første ledd.

3.4.4 Arbeidsgiversiden

Dersom man skal gi virksomhetsbegrepet anvendelse på konserner, må dette som nevnt bygge på at konsernselskapene har en form for indre organisatorisk sammenheng slik at det er naturlig å karakterisere dette som en virksomhet. Tidligere har jeg påpekt at en slik karakteristik i så fall kan bygge på at vesentlige arbeidsgiverfunksjoner er delt mellom konsernselskapene. Dersom disse forutsetningene foreligger, kan det fra arbeidsgivers side anføres at det ikke finnes spesielle grunner til oppstille særlige skranker for outsourcing mellom konsernselskapene. En slik rasjonalisering (herunder outsourcing) vil ha mer til felles med oppsigelser som følge av driftsinnskrenkning eller

⁴³ RG 1998 s.1415

rasjonaliseringstiltak, jf. § 60 nr. 2, første ledd. Likhets hensyn kan med andre ord tale for en vid tolking av virksomhetsbegrepet.

Tilligger det morselskapet vesentlige arbeidsgiverfunksjoner, betyr det at arbeidstakeren kan utlede en rett til annet passende arbeid og ulempeavveining i forhold til hele konsernet. Dette utgjør en styrking av arbeidstakervernet, og kan oppveie for tapet av vern ved at § 60 nr. 2, annet ledd ikke får anvendelse. En slik styrking kan tale for at det ikke er behov for et utvidet vern mot oppsigelse, jf. § 60 nr. 2, annet ledd. Hvor mye dette veier opp for ulempen vil trolig variere i hvert tilfelle. De øvrige konsernselskapene kan for eksempel være i en situasjon hvor de ikke har annet arbeid å tilby. I slike tilfeller vil arbeidstakervernet svekkes vesentlig av en vid tolking. Det følger av dette at en rett til å bli vurdert i forhold til ledige stillinger i hele konsernet på generelt grunnlag ikke kan sies å veie opp for tapet av vern etter at § 60, nr. 2, annet ledd ikke kommer til anvendelse på konserner.

I det praktiske liv vil konsernet ofte strekke seg lenger enn den er forpliktet til. I mange tilfeller vil bedriften tilby arbeid i andre konsernselskaper selv om det ikke foreligger en rettslig plikt til dette.⁴⁴ Fra arbeidsgivernes side kan dette anføres som et argument for at særregelen i § 60 om outsourcing er overflødig. Et slikt argument kan ikke føre frem. I de tilfeller det ikke foreligger en plikt til å tilby ”*annet passende arbeid*”, jf § 60 nr. 2, første ledd vil realiteten ofte være at et slikt tilbud bare gjelder for de såkalte ”attraktive arbeidstakere”. Eldre, syke og arbeidstakere uten spesiell kompetanse vil sjelden få slike tilbud. Disse persongruppene vil ha et like sterkt behov for vern som ellers. En slik praksis i næringslivet kan derfor ikke sies å veie opp for lovens vern i § 60 nr. 2, annet ledd.

I forhold til styringsretten kan det anføres at det for mange store enheter ikke finnes fullgode alternativer til konsernstrukturen. Denne organisasjonsstrukturen er en forutsetning for at store enheter skal fungere på en tilfredsstillende bedriftsøkonomisk måte. Det at regelen kommer til anvendelse på konserner ved outsourcing mellom de ulike konsernselskaper, vil i realiteten svekke konsernets mulighet til å fatte raske beslutninger og evne til omstilling. At man er forhindret fra å gå til oppsigelser av

⁴⁴ Fougner m.fl, “Omstilling og nedbemanning” s. 205

ansatte som følge av at man utskiller deler av driften til andre konsernselskaper med bedre forutsetninger for å drive lønnsomt, må kunne sies å være en vesentlig hindring for utøvelse av styringsretten. Tilsynelatende skiller dette seg ikke fra den situasjon man har ved utskilling av driften til andre eksterne leverandører, altså utenfor konsernet. Situasjonen kan imidlertid se annerledes ut i de tilfeller hvor tilknytningen mellom konsernselskapene er så tett at det er naturlig å betrakte konsernet som en virksomhet. I slike tilfeller taler hensynet til styringsretten for at adgangen til oppsigelser som følge av outsourcing mellom konsernselskaper bør stå åpen for et konsern på samme måte som vanlige bedrifter har adgang til å gå til oppsigelser, jf. § 60 nr. 2, annet ledd. Konsernets behov for til enhver tid å kunne fordele arbeidsoppgavene internt i konsernet på en mest mulig rasjonell måte, kan tale sterkt for at konsernet sin helhet må sees på som en virksomhet i relasjon til aml. § 60 nr. 2, annet ledd. Dette vil medføre at overtallighet må løses med en nedbemanning på konsernbasis, og ikke i det enkelte konsernselskap.

3.4.5 Sammenfatning

Det fremgår at lovens klare målsetting er å trygge arbeidstakerens tilsetningsforhold. En vid tolking av virksomhetsbegrepet vil bety at utsetting av oppdrag mellom konsernselskaper ikke blir rammet av bestemmelsen. En slik tolking vil innebære en svekkelse av lovens tiltenkte vern. Hensynet til effektivitet, forutsigbarhet og prosessøkonomi er alle hensyn som taler for en snever tolking av virksomhetsbegrepet. Det er imidlertid klart at hensynet til bedriftens styringsrett, mulighet til fleksibilitet og omstillingsevne klart trekker i retning av ikke å gi bestemmelsen anvendelse også på konserner. De reelle hensyn trekker i hver sin retning. Hvilket tolkingalternativ som skal vinne frem som det beste, må bero på en vekting av de ulike reelle hensyn. Hensynet til å ivareta arbeidstakervernet i tråd med lovgivers intensjon veier tungt. Forutsigbarhet og rettslig adgang er viktige rettssikkerhetshensyn som har stor selvstendig vekt. Samtidig er det klart at hensynet til å ivareta næringslivets konkurransedyktighet er et viktig samfunnshensyn. Dette kan også ha betydning for sysselsettingen i et større perspektiv. Sett i lys av lovens formål og de virkninger en vid tolking av ”*virksomhet*” kan ha for arbeidstakere, må disse etter mitt skjønn veie tyngre enn hensynet til omstilling og fleksibilitet. Etter en helhetsvurdering trekker de reelle hensyn i retning av en snever tolking av ”*virksomhet*” i § 60 nr. 2, annet ledd.

3.5 Teori

Teori er en rettskildefaktor som i utgangspunktet har liten vekt.⁴⁵ Hvilken vekt den skal tillegges vil i stor grad avhenge av forfatterens autoritet og anseelse på området.⁴⁶ Når det gjelder outsourcing i konsernforhold er dette emnet ikke behandlet i særlig grad i teorien.

Jan Fougner tar i ”Arbeidsavtalen”, side 328 stilling til spørsmålet. Her anfører han at ”overføring av arbeidsoppgaver i konsernforhold ikke er omfattet av særregelen”, men at unntak kan tenkes dersom overføring av arbeidsoppgavene gjennomføres for å omgå det lovvernet arbeidstakerne er blitt tiltenkt. Standpunktet må i alle tilfeller bero på en tolking av begrepene ”å sette ut” og ”arbeidsgiver”.

Her er det forøvrig naturlig å tolke Fougners utsagn om ”arbeidsgiver” som at det egentlig er virksomhet han mener. Det er jo ”virksomheten” begrepet ”å sette ut” forholder seg til. At arbeidsgiverbegrepet på sin side må sees i sammenheng med ”virksomheten”, og at en utvidelse av virksomhetsbegrepet § 60 nr. 2, første ledd også medfører en utvidelse av arbeidsgivers plikter er klart. Men dette endrer ikke det faktum at det er tolkingen av virksomhetsbegrepet som er det sentrale i forhold til § 60 nr. 2, annet ledd. Fougner antar at det ved vurderingen må legges vekt på hvor nær tilknytning det er mellom de involverte selskaper. Dette tolker jeg som at han legger til grunn at dersom denne er tett nok, vil konsernet måtte bli ansett som en virksomhet. Man kan med andre ord ikke si at man setter ”ut” driften av virksomheten. Her er det konsernet som danner yttergrensene for ”virksomhet”. Et slikt standpunkt åpner for en vid tolking av virksomhetsbegrepet i § 60 nr. 2, annet ledd. Dette medfører at outsourcing i konserner, forutsatt at det er en nærmere bestemt tilknytning mellom disse, ikke vil rammes av særregelen i § 60 nr. 2, annet ledd. Konsekvensen av et slikt standpunkt er at oppsigelser som følge av outsourcing i konserner vil være å anse som alminnelige oppsigelser som følge av driftsinnskrenkning og rasjonalisering, jf. § 60 nr. 2, første ledd. Arbeidstakeren kan derfor ikke påberope seg det utvidete oppsigelsesvern som § 60 nr. 2, annet ledd gir ved outsourcing.

⁴⁵ Torstein Eckhoff, ”Rettskildelære” s. 270

⁴⁶ Torstein Eckhoff, ”Rettskildelære” s. 270

3.6 Virksomhetsbegrepet på andre rettsområder

Virksomhetsbegrepet anvendes også på andre rettsområder. Dette gjelder både skatte- og selskapsretten. Det følger av alminnelig rettskildelære at innholdet av ”*virksomhet*” i andre lover kan bidra til å klargjøre innholdet av ”*virksomhet*” i arbeidsmiljøloven.⁴⁷ Nedenfor blir det kort gjort rede innholdet av begrepet på disse områdene.

3.6.1 Selskapsretten

I selskapsretten er det klare utgangspunkt og hovedregel at en virksomhet er begrenset til den rettslige enhet. Dette må sees på bakgrunn av hensynet til å begrense risikoen til egenkapitalen. Men også her må denne doktrinen modifiseres. Gjennom rettspraksis har det festnet seg en ulovfestet rett kalt læren om ansvarsgjennombrudd. En følge av denne er at det er mulig å skjære gjennom selskapsformen dersom denne ikke gir uttrykk for de reelle forhold.

3.6.2 Skatteretten

Utgangspunktet i skatteretten er klart, nemlig at det er de juridiske enhetene som er retningsgivende. Dette utgangspunktet må i midlertidig sees i lys av den ulovfestede gjennomskjæringslæren. Dersom denne regel skal komme til anvendelse, må flere grunnvilkår være oppfylt. Blant annet må den skatterettslige tilpasningen være i strid med skattelovens formål. Terskelen for når regelen kan komme til anvendelse er imidlertid høy.

3.6.3 Sammenfatning

Fremstillingen viser at uttrykket hovedsakelig er begrenset til den rettslige enhet i skatte- og selskapsretten. Dette kan anføres som et argument for at ”*virksomhet*” bør ha samme betydning også i arbeidsmiljøloven. Hensynet til konsekvens i lovverket taler for en snever tolking av virksomhet i § 60 nr. 2, annet ledd. Når det gjelder vekten av et slikt argument, må det tas i betraktning til at regelsettene skal ivareta ulike hensyn. Dette taler for at innholdet av ”*virksomhet*” på andre rettsområder tillegges liten vekt.

3.6.4 Nordisk rett på området

Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven er en særnorsk bestemmelse, og de nordiske land har ingen bestemmelse som tilsvarer denne. Gjennom de nordiske landenes EU-

⁴⁷ Erik Boe “Innføring i jus” s. 208

medlemskap vil reglene om virksomhetsoverdragelse få anvendelse på en del tilfeller av outsourcing. Jeg har tidligere redegjort for at det avgjørende er om det skjer en utskilling mellom juridiske enheter. Her nøyer jeg meg å vise til fremstillingen i punkt 3.3.2.

4 Konklusjon

I fremstillingen ovenfor er det redegjort for ulike rettskildefaktorer og antydning i hvilken retning disse trekker. Når man skal foreta en endelig vurdering av bestemmelsen, og slutte noe om dennes innhold, må det skje på bakgrunn av en avveining av de ulike rettskildefaktorer etter deres innbyrdes vekt. I dette ligger det at dersom rettskildefaktorene trekker i hver sin retning, må man veie disse mot hverandre og avgjøre hvilke som veier tyngst.

Ordlyden er utgangspunktet for enhver lovtolkning. Det fremgår etter en naturlig forståelse av begrepene ”å sette ut” og ”virksomhet” at disse trekker i retning av en snever forståelse. Virksomhetsbegrepet i kapittel XII A tolkes snevert. Videre går det frem av § 58 nr. 5, annet ledd at ”virksomhet” i denne sammenheng skal tolkes vidt. Det forhold at lovgiver i § 58 nr. 5, annet ledd klart signaliserer at virksomhet har et utvidet virkeområde, trekker klart i retning av at man ikke skal gi begrepet økt rekkevidde i lovens øvrige bestemmelser. Riktignok har rettspraksis gitt ”virksomhet” i § 60 nr. 2, første ledd et noe bredere nedslagsfelt enn det man kan karakterisere som en snever tolkning. Dette vil imidlertid ha begrenset vekt i det utvidelsen i første ledd er i tråd med lovens formål, og er med på styrke arbeidstakervernet, noe som ikke vil være situasjonen ved en tilsvarende utvidelse av virksomhetsbegrepet i § 60 nr. 2, annet ledd. Når i tillegg de reelle hensyn støtter opp om en snever lovforståelse, har det mindre betydning at foreliggende litteratur om spørsmålet synes å trekke i motsatt retning. På denne bakgrunn slutter jeg at ”virksomhet” skal forstås snevert i arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd. Arbeidstakere som blir oppsagt på grunn av overtallighet, som følge av outsourcing mellom konsernselskaper, vil derfor være omfattet av det utvidede oppsigelsesvern i § 60 nr. 2, annet ledd.

5 Bør adgangen til outsourcing i konsernforhold være regulert?

Fremstillingen ovenfor viser at outsourcing i konsernforhold reiser vanskelige tolkingsspørsmål. Resultatet av en slik tolking vil kunne snevre eller utvide anvendelsesområde betydelig. Det forgår for tiden et arbeid med å revidere arbeidsmiljøloven i Arbeidslivslovutvalget. Signalene fra utvalget tyder på at bestemmelsen vil bli foreslått fjernet. Etter en oppfatning om at kontraktørproblemet er et alvorlig samfunnsproblem, synes det fornuftig å opprettholde en skranke mot adgangen til oppsigelser på dette området. At bestemmelsen har fått et videre anvendelsesområde enn forutsatt, vitner imidlertid om et sterkt behov for en avklaring på enkelte områder. Problemer knyttet til bestemmelsens virkeområde må sees på bakgrunn av at Høyesterett har vært tilbakeholdne med å behandle spørsmålet. Som nevnt har Høyesterett hatt muligheten til å komme med prinsipielle retningslinjer i Vest-Ro saken Rt 1999 side 989. Lagmannsretten vil muligens kunne avklare situasjonen når den får dommen fra Stavanger tingrett til behandling i november d.å. Det blir interessant å se om påstanden om at arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd bare gjelder for såkalte kontraktører får gjennomslag. En slik avgjørelse vil få konsekvenser for anvendelsen av § 60 nr. 2 annet ledd på outsourcing i konsernforhold. Som fremstillingen viser, er problemstillingen vedrørende konsernforhold tuftet på en forutsetning om at bestemmelsen i § 60 nr. 2, annet ledd kommer til anvendelse på selvstendige enheter med egne ansatte. Drøftelsen viser at det kan anføres gode grunner for at bestemmelsen også skal anses anvendt på utsetting til selvstendige enheter. Det er all grunn til å tro at utviklingen med å sette bort deler av driften vil fortsette. Driften vil dessuten ofte bli satt bort uten at dette er nødvendig av hensyn til den videre virksomhet. Trolig må dette sees i lys av eiernes stadige krav til økt konkurransevne og avkastning. Ut fra et standpunkt om at trygge og forutsigbare tilsetningsforhold er av sentral betydning for arbeidstakerne, vil det være viktig å regulere adgangen til utsetting av kjernedriften til andre oppdragstakere. Dette hensynet burde etter en helhetsvurdering veie tyngre enn hensynet til et krav om ytterligere inntjening. Her må det imidlertid også skje en avveining i forhold til at økt spesialisering i framtiden vil

være en forutsetning for at bedriftene skal overleve i markedet. En viss adgang til utsetting må følgelig stå åpen for bedriftene. Det er imidlertid klart at en slik balansegang vil være vanskelig i det praktiske liv.

Med tanke på konserners internasjonale karakter er det også god grunn til å tro at problemstillingen vedrørende outsourcing i konsernforhold vil aktualiseres i enda sterkere grad fremover. Tendensen er i dag at stadig flere arbeidsplasser legges ned fordi deler av driften i Norge flyttes til utlandet. Dette kan tale for at det i fremtiden vil være sterkt et behov for en fortsatt regulering av adgangen til oppsigelser som følge av outsourcing.

6 Litteraturliste

Aagaard, Erik og Tor Gjone. *Personalhåndboka*. 6. utg. Gyldendal Norsk Forlag AS

Boe, Erik. *Innføring i jus*. Tano. Oslo, 1993

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. Utg. ved Jan Helgesen. Oslo, 2000

Universitetsforlaget 1997 Dege, Jan Tormod. *Arbeidsgivers styringsrett* Bind I, Oslo, 1995. Minerva.

Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*. 4. utg. Bergen, 2000. Universitetsforlaget

Fougner, Jan. *Arbeidsavtalen*. Oslo, 1999 Tano Aschehoug.

Fougner, Jan m.fl. *Omstilling og nedbemanning*. Oslo, 2002. Universitetsforlaget

Friberg, Fougner, Holo. *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave*. 7. reviderte utg. Oslo, 2001. Universitetsforlaget

Holo, Lars. Arntzen de Besche Advokatfirma AS. *Betenkning til Arbeidslivslovutvalget*.

Utskilling av virksomhet: Aktuelle arbeidsrettslige problemstillinger. Oslo, 14.08.02.

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 2. utg. NKS-Forlaget. 1996

Johansen, Tor-Erik. *Arbeidsforhold*. 2. utg. Høyskoleforlaget. 1999.

7 Kilder

7.1 Norske lover

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

7.2 Forarbeider

NOU 1992: 2 Det gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle

NOU 1996: 6 Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v.

Ot. prp. nr. 31(1935) om å utferdige en lov om tilsyn med arbeid

Ot. prp. nr. 3 (1975-76) om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

Ot. prp. nr 72 (1981-82) Om lov om statens tjenestemenn

Ot. prp. nr 50 (1993-94) Lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m v

7.3 Stortingsdokumenter

Inst. S nr. 240-1990-91

7.4 Dommer

7.4.1 Rt

Rt 2000 side 2047, Psykiatri-dommen

Rt 1999 side 989, Vest-Ro-dommen

Rt 1999 side 1997, Nemko-dommen

Rt 1997 side 623, PPD-dommen

Rt 1992 side 776, Sparebanken Nord-dommen

Rt 1990 side 1126, Wartsila-dommen

Rt 1937 side 22, Ulrikka-dommen

7.4.2 ARD

ARD 1980 side 79, Skolepsykologiskkontor-dommen

7.4.3 RG

RG 1998 side 1415

RG 1997 side 911

RG 1998 side 1415

7.4.4 Ikke publiserte avgjørelser

Stavanger tingrett 8.10.2002, TotalFinalExploration-Rassmussen m.fl.,

Sak nr. 01-1740 A

Bergen tingrett 4.1.2002, Aker Stord- Helge Ivesdal. Sak nr. 01-1027 A/01 A

7.4.5 Avgjørelser fra EF-domstolen

Dom 24. januar 2002-sak C-51/00 Temco-dommen

Dom 25. januar 1999-sak C-234/98 Allen-dommen

8 Offentlige dokumenter

Arbeidslivslovutvalget. *Problemmotat-arbeidsgiverbegrepet-til møte i arbeidslivslovutvalget 22. mai 2002.*

<http://www.dep.no/aad/arbeidslivslovutvalget/index-b-n-a.htm> [sisert 23.04.03]

