



Handelshøyskolen BI

MAN 50091 Arbeidsrett og arbeidsliv

Term paper 60% - W

Predefinert informasjon

Startdato:	11-01-2022 09:00	Termin:	202210
Sluttdato:	06-05-2022 12:00	Vurderingsform:	Norsk 6-trinns skala (A-F)
Eksamensform:	P		
Flowkode:	202210 10070 IN02 W P		
Intern sensor:	(Anonymisert)		

Deltaker

Navn: Shilan Ahmadi, Benjamin Pham og Heidi Merete Orskaug

Informasjon fra deltaker

Tittel *:	Prosjektoppgave arbeidsrett og arbeidsliv
Navn på veileder *:	Gina Bråthen

Inneholder besvarelsen Nei Ja
konfidensielt materiale?: Ja Nei
Jeg bekrefter innlevering til biblioteket *: Ja Nei

Gruppe

Gruppenavn: (Anonymisert)
Gruppenummer: 4
Andre medlemmer i gruppen:

Prosjektoppgave

ved Handelshøyskolen BI

Eksamenskode og navn:
MAN 50091 Arbeidsrett og arbeidsliv

Utleveringsdato:
11.01.2022

Innleveringsdato:
06.05.2022

Stuedsted:
BI Oslo

Spørsmål 1

Den rettslige problemstillingen er hvorvidt Peder Ås sitt møte med daglig leder Tove Sund kan regnes som et varsel eller ikke. Det rettslige grunnlaget for å løse problemstillingen er aml. § 2 A-1.

Kritikkverdige forhold

I henhold til bestemmelsens første ledd har arbeidstaker rett til å varsle om «kritikkverdige forhold i arbeidsgivers virksomhet». Eksempler på slike forhold finner man i aml. § 2 A-1 andre ledd bokstav a-f. Arbeidstakere som ønsker å ytre om kritikkverdige forhold som kun gjelder eget arbeidsforhold, vil ikke regnes som varsling etter aml. § 2 A-1 første ledd, jf. aml. § 2 A-1 tredje ledd. I vår sak gjelder det Peders eget arbeidsforhold og skal egentlig ikke omfattes av varslingsreglene. Likevel tydeliggjøres det av lovgiver at forhold som omfattes av andre ledd, som for eksempel bokstav e, uforsvarlig arbeidsmiljø, vil varsling således gjelde, jf. aml. § 2 A-1 andre ledd bokstav e. Uforsvarlig arbeidsmiljø viser til det generelle arbeidsmiljøkravet i aml. § 4-1, jf. Prop. 74 L (2018-2019) s. 27. Arbeidsmiljøet i virksomheten skal være fullt forsvarlig og faktorer som kan påvirke arbeidstakers fysiske og psykiske helse, skal til enhver tid utvikles og forbedres i samsvar med utviklingen i samfunnet, jf. aml. § 4-1 første ledd første og andre punktum.

I forarbeidene har man også listet opp andre mer konkrete forhold som diskriminering, mobbing eller andre lovbrudd, jf. Prop. 74 L (2018-2019) s. 24, og forhold som er relaterte til arbeidsmiljøet, som ukultur, korrupsjon, ulovligheter og uetisk aktivitet, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 305. Spørsmålet vi må drøfte er om Karstens omorganisering av arbeidshverdagen og hans lederstil mot Peder kan karakteriseres som kritikkverdig. Det påfølgende spørsmålet vil være å drøfte om Karstens lederatferd overfor Peder, er regnet som mobbing og trakassering eller ikke. Begge forhold kan i så fall danne grunnlag for varsling, jf. aml. § 2 A-1 første ledd.

Organisering av Peders nye arbeidshverdag

Oppgavens ordlyd handler ikke om endringer av arbeidsforhold, men da det er et tema som vies mye plass i oppgaven og er en sentral del av saken, velger vi å si

noe kort om dette. Det omhandler også noe av det Peder anfører at han er misfornøyd med. Den nye lederen, Karsten, har innskrenket Peders muligheter for fleksibel arbeidstid, en ordning han nøy godt av under Sigrids tidligere ledelse. Karsten har også introdusert daglige obligatoriske morgenmøter med personalet på avdelingen, til Peders store protest og fortvilelse. Karstens lederstil oppleves for Peder som mer kontrollerende og forholdet mellom Karsten og Peder ble stadig dårligere utover våren 2020.

Vår delkonklusjon er at Peders misnøye med disse organisatoriske endringene ikke er et varsel, jf. aml. § 2 A-1, men ligger under arbeidsgivers styringsrett, med rett til å “*organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet*”, jf. Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk).

Trakassering

Karsten har ved flere anledninger gjort narr av at Peder har sett så trøtt ut på morgenmøtene. Kommentarene har ført til at personalet har ledd av Peder, noe han har opplevd som ubehagelig ved å bli latterliggjort på en slik måte. Arbeidstakers integritet og verdighet skal ivaretas og vedkommende skal ikke utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden, jf. aml. § 4-3 første og tredje ledd. Det følger av ldl. § 13 andre ledd at trakassering omhandler [...] *ytringer som har som formål eller virkning å være krenkende, [...] nedverdiggende eller ydmykende*. Peder mente at Karsten også blandet seg inn i hvordan han utførte arbeidsoppgavene sine og pirket på det han sa i møtene. Det fremgår av forarbeidene at trakassering kreves en viss alvorlighetsgrad, med gjentakende grove handlinger eller ytringer som virker krenkende eller nedverdiggende, jf. Prop. 81 L (2016-2017) s. 177.

Firmaet har hatt årlige sommerfester, en tradisjon som Peder i alle år har vært ansvarlig for. På grunn av restriksjoner som følge av pandemien, ble den årlige sommerfesten avlyst. Til tross for avlysningen, hadde Karsten arrangert en privat båttur en lørdag og invitert alle ansatte på avdelingen, unntatt Peder. Peder ble overrasket over at han var den eneste som ikke hadde blitt invitert, spesielt siden det var han som pleide å være arrangør. Trakassering kan være utfrysning, ved at vedkommende ikke blir invitert med på sosiale sammenkomster eller andre former

for sosial utstøtelse, jf. Ot. prp. nr. 44 (2007-2008) s. 255 og Prop. 81 L (2016-2017) s. 177.

Fremgangsmåte ved varsling

Aml. § 2 A-2 lister opp flere muligheter en arbeidstaker har for å varsle, både internt, eksternt og til media eller offentligheten. I vår sak har Peder valgt å varsle internt og da til arbeidsgiver, jf. aml. § 2 A-2 første ledd bokstav a. I et møte mellom Peder og Tove 08.juni 2020, fortalte Peder om hans arbeidssituasjon og arbeidsforholdet med Karsten, og mente at han hadde blitt utsatt for mobbing av Karsten, jf. NOU 2018:6 s. 61 (pkt. 4.8.2).

Konklusjon

Peder blir utsatt for trakassering i virksomheten, jf. aml. § 4-3 tredje ledd. Dette er et varsel etter aml. § 2 A-1.

Spørsmål 2

Den rettslige problemstillingen for denne oppgaven er arbeidsgivers aktivitetsplikt overfor varsleren og den det blir varslet mot, og det rettslige grunnlaget for å løse denne problemstillingen er aml. § 2 A-3.

Arbeidsgivers aktivitetsplikt

Det følger av aml. § 2 A-3 første ledd at når det er varslet om kritikkverdige forhold i virksomheten, skal arbeidsgiver sørge for at varselet innen rimelig tid blir tilstrekkelig undersøkt. Bestemmelsen ble tilføyd ved endringslov 21. juni 2019 nr. 24 for å tydeliggjøre aktivitetsplikten. Av ordlyden fremkommer det en tolkning av bestemmelsen som tilsier at det kreves en rask og god prosess, som både vil bidra til å skape en bedre ytringskultur i virksomheten, samt gi grunnlag for hurtig inngripen mot kritikkverdige forhold, eventuelt at innholdet i varselet raskt kan avkrefte, jf. Prop. 74 L (2018-2019) s. 36.

Innen rimelig tid

Ordlyden gir ingen klare føringer for hva som ligger i "*innen rimelig tid*", så her er ordlyden skjønnsmessig, jf. aml. § 2 A-3 første ledd. I forarbeidene

fremkommer betydning av rimelig tid slik at det må vurderes konkret i det enkelte tilfelle i lys av varselets alvorlighetsgrad, hvor mye det haster med rask avklaring, samt hvor lang tid det vil ta å undersøke forholdet, jf. Prop.74 L (2018-2019) s. 52. Det fremkommer videre av forarbeidene at også ressurshensyn vil være relevant, jf. NOU 2018:6 s. 163. I saken ser vi at Tove avholdt et møte med Peder allerede dagen etter at Peder sendte en e-post om å få et møte. Dette tilsier at arbeidsgiveren har fulgt opp varselet innen rimelig tid.

Tilstrekkelig undersøkt

Videre kreves det at varslingsaker blir tilstrekkelig undersøkt, jf. aml. § 2 A-3 første ledd. I forarbeidene fremgår det at bestemmelsen er en rettslig standard som må vurderes konkret, og det stilles med det ikke krav til innholdet i undersøkelsen, eller hvilke undersøkelser arbeidsgiveren må gjøre. Videre fremkommer det at arbeidsgiver ikke har plikt til å utføre noe grundigere undersøkelse enn hva varsleren saklig sett gir grunnlag for, jf. Prop. 74 L (2018–2019) s. 36.

Oppfølging av varsler

Dersom arbeidsgiveren uten videre kan fastslå at det ikke kreves videre oppfølging av varselet, vil en slik vurdering i seg selv kunne tilfredsstillende bestemmelsens krav, jf. Prop. 74 L (2018-2019) s. 36. I følge departementet medfører ikke kravet at arbeidsgiver er pliktig til å gjøre grundigere undersøkelser enn det som er nødvendig. Arbeidsgiver kan med dette bruke et visst skjønn til å vurdere hvordan varslingsaker skal behandles i egen virksomhet. Likevel må vilkåret om tilstrekkelig undersøkelser tolkes opp mot formålet med bestemmelsen, som blant annet går ut på å avdekke kritikkverdige forhold, jf. Prop. 74 L (2018-2019) s. 36.

Forsvarlig arbeidsmiljø

I bestemmelsens andre ledd fremgår det at arbeidsgiver særlig skal påse at den som har varslet, har et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, og dersom det er nødvendig, skal arbeidsgiver sørge for tiltak som er egnet til å forebygge gjengjeldelse, jf. aml. § 2 A-3 andre ledd andre punktum. Den som varsler kan være i en spesiell sårbar situasjon, også i forbindelse med arbeidsmiljøet. Det følger derfor av aml. §

2 A-3 andre ledd første punktum, at arbeidsgiver skal se på bestemmelsen i lys av kravet til forsvarlig arbeidsmiljø etter aml. § 4-1, der varsleren også under en varslingsprosess skal bli ivaretatt av arbeidsgiveren.

I forarbeidene fremgår det likevel at varsleren ikke skal ha rett til et forsvarlig arbeidsmiljø på bekostning av rettighetene til de andre ansatte i virksomheten, herunder den det er varslet om, jf. NOU 2018: 6 s.163. Dette betyr dermed også at arbeidsgiver må ivareta kravet til kontradiksjon ved at den som blir beskyldt for et kritikkverdig forhold, også må få muligheten til å komme med sin versjon av saken.

I aml. § 2 A-3 andre ledd andre punktum fremkommer det at arbeidsgiver, dersom den anser det som nødvendig, skal iverksette tiltak for å forebygge gjengjeldelse mot varsleren. Arbeidsgiveren kan gjennomføre dette ved å for eksempel følge opp den ansatte med jevnlig samtaler, ta risikovurderinger i forbindelse med behov for nye tiltak, samt sørge for at varslereens identitet er i nødvendig grad beskyttet. Mer om gjengjeldelse vises til spørsmål 3 i denne oppgaven.

Tiltak

Bestemmelsen i aml. § 2 A-3 pålegger arbeidsgiveren å iverksette tiltak når det er nødvendig, men sier ingenting om hvilke tiltak som kan være aktuelle i en slik situasjon. Dermed har arbeidsgiveren fått et visst skjønn til å velge tiltak i den enkelte situasjonen. Forutsetningen for disse tiltakene er at de må ha som mål å forebygge potensielle utfordringer som har blitt avdekket etter undersøkelsen, samt knyttet til varslereens sårbare situasjon, jf. aml. § 2 A-3. I følge forarbeidene er det ikke krav om å gjennomføre uforholdsmessige kostbare tiltak, jf. NOU 2018:6 s. 163.

Konklusjon

Arbeidsgiver har etter aml. § 2 A-3 aktivitetsplikt, som tilsvarer en plikt til å reagere ved varsel, noe Tove gjorde snarest etter å ha mottatt varselet fra Peder. Utover dette må Tove som arbeidsgiver vurdere om hennes undersøkelser av varselet er tilstrekkelig, om Peder anses å ha et forsvarlig arbeidsmiljø, samt

vurdere behovet for om varselet vil kreve ytterligere oppfølging av Karsten i denne saken.

Spørsmål 3

Den rettslige problemstillingen er om Peder ble utsatt for ulovlig gjengjeldelse etter varsling i henhold til arbeidsmiljølovens varslingsbestemmelser. Det rettslige grunnlaget for å ta stilling til om Peder ble utsatt for ulovlig gjengjeldelse, er aml. § 2 A-4.

Vern mot gjengjeldelse

Aml. § 2 A-4 første ledd slår fast at gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler i samsvar med aml. § 2 A-1 og aml. § 2 A-2, er forbudt. Utgangspunktet i saken er at Peder varslet om kritikkverdig forhold til Tove, jf. aml. § 2 A-1 andre ledd bokstav e. I saken er det et møte mellom Tove og Karsten 10.juni 2020, der Tove redegjorde hva Peder hadde fortalt om. Karsten avviste at han hadde mobbet Peder, noe som resulterte i at Tove ga Karsten beskjed om at han måtte ordne opp i forholdet med Peder. Ved endringslov 21. juni 2019 nr. 24 ble bestemmelsen flyttet til aml. § 2 A-4 og det ble videreutviklet en definisjon av gjengjeldelse, “*enhver ugunstig handling, praksis eller unnlattelse som er en følge av eller en reaksjon på at arbeidstaker har varslet*”, jf. aml. § 2 A-4 andre ledd. Hvorvidt Karsten har foretatt en gjengjeldelse mot Peder er noe vi skal drøfte i følgende avsnitt.

Årsakssammenheng

Det må være en årsakssammenheng mellom varslingen og arbeidsgivers reaksjon. Arbeidsgivers reaksjon på en arbeidstakers varsling kan blant annet være trakassering, usaklig forskjellsbehandling, sosial ekskludering, endring i arbeidsoppgaver, degradering, oppsigelse, jf. aml. § 2 A-4 andre ledd bokstav a-c. Syv dager etter møtet mellom Tove og Karsten, 17.juni, fikk selskapet en ny stor kunde. I stedet for å ta med Peder, som vanligvis var med Sigrid i møter med nye kunder, valgte Karsten å ta med en annen ansatt. Noen dager senere ble en e-post sendt til alle ansatte, der beskjeden var at Karsten hadde omfordelt noen av arbeidsoppgavene internt og at Peder ikke skulle være kontaktperson for flere av

de store kundene lengre. Gjengjeldelsesbegrepet skal favne vidt og enhver ugunstig behandling av arbeidstaker skal være omfattet, jf. Prop. 74 L (2018-2019) s. 53. Ut ifra opplysningene i saken har Peder opplevd både endring i arbeidsoppgaver og en degradering, jf. aml. § 2 A-4 andre ledd bokstav b.

Delt bevisbyrde

Regelen om delt bevisbyrde er todelt. En arbeidstaker som legger frem opplysninger som gir grunn til at en gjengjeldelse har funnet sted, vil gi arbeidsgiver en plikt til å sannsynliggjøre at gjengjeldelsen likevel ikke har funnet sted, jf. aml. § 2 A-4 fjerde ledd. Peder mente at han hadde blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse og tok opp hendelsene med Karsten. Bevisbyrden ligger nå hos arbeidsgiver, som må sannsynliggjøre at reaksjonen var begrunnet i saklige forhold og ikke i strid med loven eller at slik gjengjeldelse ikke har funnet sted, jf. NOU 2018:6 s. 171 og Ot. prp. nr. 84 (2005-2006) s. 43. Karsten avviste at det var gjengjeldelse og forklarte at han ønsket at flere ansatte skulle få muligheten til å utvikle seg og det derfor måtte byttes på hvem som var kontaktpersoner for de nye store kundene. Det skal ikke stilles for strenge beviskrav, og det bør være nok at arbeidstaker kan vise til at handlingen har skjedd og at det er tidsnærhet mellom varsel og handling, jf. Prop. 74 L (2018-2019) s. 53. Med utgangspunkt i samarbeidsforholdet mellom Karsten og Peder, er det betenkelig at Karsten ikke hadde en samtale med Peder i forkant av omfordeling av arbeidsoppgavene, noe som kan tolkes som ugunstig handling og praksis, jf. aml. § 2 A-4 andre ledd.

Konklusjon

Peder er utsatt for gjengjeldelse, jf. aml. § 2 A-4.

Spørsmål 4

Den rettslige problemstillingen er om Lillevik Regnskap AS kan begrense utvalgskretsen i den forestående nedbemanningsprosessen de skal gjennom, til regnskapsavdelingen. Det rettslige grunnlaget for å løse problemstillingen, er aml. § 15-7.

Vern mot usaklig oppsigelse

Aml. § 15-7 første ledd fastslår at arbeidstaker ikke kan sies opp “uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold”.

Oppsigelse er ikke saklig begrunnet hvis arbeidsgiver har et annet passende arbeid å tilby arbeidstaker, jf. aml. § 15-7 andre ledd. I forarbeidene presiseres det at arbeidsgiver har plikt til å omplassere den ansatte hvis det finnes en ledig stilling eller et udekket arbeidsbehov, jf. Ot. prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72. I mange tilfeller er det driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak som er den vanligste grunnen for oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold. Det følger ikke av saken vår om arbeidsgiver har tilbudt ansatte et annet passende arbeid. Slik vi tolker Lilleviks Regnskaps økonomiske forhold og situasjon, konkluderer vi med at arbeidsgiver ikke har et annet arbeid å tilby. Hvorvidt de fem oppsigelsene derimot vil være saklige, skal vi drøfte i de neste avsnittene.

Interesseavveining

Aml. § 15-7 andre ledd andre punktum påpeker at det skal foretas en interesseavveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977, mente departementet at det var nødvendig å ta større hensyn til de vanskeligheter arbeidstakerne og deres familier ville få ved en oppsigelse og at arbeidstakers interesser skulle ha større gjennomslagskraft enn bedriftens økonomiske vurderinger enn i tidligere rettspraksis, jf. Ot.prp. nr. 41 (1975–76) s. 18. I Gresvig-dommen gikk det ikke i arbeidstakers favør, tross arbeidstakers høye alder og lange ansiennitet, jf. Rt. 2015 s. 1332. Høyesterett har på et senere tidspunkt slått fast at bedriftsøkonomiske hensyn og behovet for å få ned utgiftene er av stor betydning, jf. Rt-1989-508 (Christiania Spigerverk A/S).

Kretsen for utvelgelse

Utvalgskrets ved nedbemanning er som hovedregel hele virksomheten, men kan begrenses til visse deler av virksomheten, jf. HR-2017-561-A (Posten II).

Gresvig-dommen, slår fast at «det er selskapet som er utvelgelseskrets», jf. Rt. 2015 s. 1332, men det følger «av rettspraksis at dette utgangspunktet på saklig grunnlag kan fravikes», jf. særlig Rt. 1986 s.879 (Hillesland) og Rt. 1992-776 (Sparebanken Nord-Norge). Eksempelvis er det saklig å ta hensyn til bedriftens

konkrete situasjon ved fastsettelse av utvalgskrets, jf. Rt. 1986 s. 879 (Hillesland). I dette tilfellet gjaldt det særlig bedriftens vanskelige økonomiske situasjon. I senere dommer, har retten også ment det saklig å begrense utvalgskrets basert på virksomhetens størrelse, geografiske utspredning, samt virksomhetens tidligere praksis for utvalgskrets i de tilfeller der det har vært gjentatte nedbemanningsprosesser med konsekvent fremgangsmåte, jf. tidligere nevnte Sparebanken Nord-Norge og Gresvig.

Utvelgelseskriterier

Etter at utvelgelseskretsen er fastsatt må arbeidsgiver foreta seg utvelgelse av de ansatte innen utvelgelseskretsen, men da med bakgrunn i visse utvelgelseskriterier. Det følger av aml. § 15-7 at saklighetskravet fortsatt gjelder, og noen saklige kriterier vil være ansiennitet, kompetanse og sosiale hensyn, jf. HR-2019-424-A (Skanska). I Hillesland-dommen ble det også tatt hensyn til særlige personlige og sosiale forhold, jf. Rt. 1986 s. 879 (Hillesland). I saken vår har regnskapsavdelingen 15 ansatte, men det gis ingen opplysninger om deres personlige bakgrunn, alder, kompetanse, ansiennitet eller sosiale hensyn, unntaksvis Peder. Vi tolker det dithen at ansattes bakgrunn ikke skal være utgangspunktet for å besvare denne oppgaven.

Forholdet mellom utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier

Det er forholdet mellom utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier vi må ta stilling til før vi kan komme med en konklusjon. I Posten II-dommen uttalte førstvoterende seg rundt denne problemstillingen, at når en saklig begrunnet utvalgskrets skal foretas, har utvelgelseskriteriet ingen plass. Førstvoterende refererte til Rt-1986-879 (Hillesland), Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge) og Rt-2015-1332 (Gresvig), og antydte at *«i disse avgjørelsene er henholdsvis en avdeling, [...] til og med en avdeling med én ansatt blitt akseptert som utvalgskrets»*, jf. HR-2017-561-A avsnitt 66 (Posten II). Basert på ulike rettsavgjørelser foretatt av Høyesterett og saklighetskravet, kombinert med det økonomiske utgangspunktet til Lillevik Regnskap AS, er det mye som tyder på at vår virksomhet kan gå til saklig oppsigelse av de fem ansatte med utgangspunkt i virksomhetens forhold, herunder driftsinnskrenkning, jf. aml. § 15-7 andre ledd.

Konklusjon

Lillevik Regnskap AS kan begrense utvalgskretsen til å gjelde kun regnskapsavdelingen, jf. aml. § 15-7.

Oppgave 5

Den rettslige problemstillingen er om Lillevik Regnskap AS kan leie inn to personer for å styrke virksomhetens kompetanse innenfor IT, eller om arbeidsmiljølovens hovedregel om faste ansettelser må foretrekkes. Det rettslige grunnlaget for å besvare oppgaven er aml. §§ 14-12, 14-13 og 14-9 andre ledd bokstav a.

Arbeidsmiljøloven skiller mellom innleie etter § 14-12 eller § 14-13, og innleie må enten være det ene eller andre. Hovedregelen viser til at arbeidstakere skal ansettes fast, jf. aml. § 14-9 første ledd, og det kan imidlertid inngås avtale om fast ansettelse dersom det er hjemmel for det. Under aml. § 14-9 andre ledd bokstav a-f står hjemmelsgrunnlagene for å ansette midlertidig.

Arbeid av midlertidig karakter

Etter aml. § 14-9 andre ledd bokstav a er det adgang til midlertidig ansettelse «*når arbeidet er av midlertidig karakter*». Et viktig moment her er at arbeidsforholdet er basert på at arbeidet er midlertidig og at det er snakk om et begrenset i tid, jf. Ot. Prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165. I tillegg foreligger det krav om kompetanse som ikke foreligger i virksomheten fra før. I forarbeidene fremkommer det at forskjeller i arbeidets art omfattes av ordlyden og gir grunnlag for midlertidig ansettelse, jf. Prop 39 L (2014-2015) s. 135.

Som vi ser i saken, har Lillevik Regnskap AS behov for å styrke sin kompetanse innen IT. Dette er ny kompetanse som ikke er i virksomheten fra før av. I tillegg er arbeidsgiveren usikker på om det er et marked for denne programvaren, og trenger derfor å ta den vurdering under gjennomføringen før hun kan beslutte om arbeidsoppgavene er av midlertidig eller varig karakter. Som det vises til i lovteksten kan midlertidig ansettelser kun benyttes for å gjennomføre enkeltstående oppdrag eller prosjekter, dersom de er tidsavgrenset og ikke inngår

som en del av det løpende arbeidet i virksomheten, jf. aml. § 14-9 andre ledd bokstav a til f og aml. § 14-12. Dersom virksomheten har behov for å gjennomføre lignende prosjekter kontinuerlig over tid, kan det indikere at det er fast behov for arbeidskraften, og at virksomheten heller bør ansette i faste stillinger, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 214.

Innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie

Denne paragrafen går ut på innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie, og etter aml. § 14-12 er innleie bare tillatt dersom vilkårene i aml. § 14-9 andre ledd bokstav a til e er oppfylt. Dette er begrunnet i et ønske om at fast ansettelse i topartsrelasjon skal være hovedregelen, og at innleie bare skal tillates som et alternativ til midlertidig ansettelse for å dekke et midlertidig arbeidskraftbehov, jf. Ot. prp. nr. 70 (1998–99) s. 44 og Ot. prp. nr. 49 (2004–2005) s. 221. Dette betyr at det foreligger noen restriksjoner i bestemmelsens § 14-12 som angår adgangen til å leie inn arbeidstakere.

Dersom virksomheten er bundet av tariffavtale, kan arbeidsgiver og arbeidstakernes fagforening inngå en skriftlig arbeidsavtale om tidsbegrenset innleie, og dette uavhengig av om de generelle betingelsene for midlertidig ansettelse er til stede. For at denne avtalen skal kunne være gjeldende, må den tillitsvalgte representere minst halvparten av de ansatte, jf. aml § 14-12 andre ledd. Dette betyr at virksomheten har fri adgang til å benytte innleie dersom det ligger innenfor de rammene avtalen trekker opp, jf. Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 220. Det foreligger etter forarbeidene en dokumentasjonsplikt på alle forhold nevnt i aml. § 14-12 andre ledd, jf. Prop. 83 L. (2012-2013) s. 87.

Innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie

Aml. § 14-13 viser til hva loven sier om innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie. Dette omfatter som regel produksjonsbedrifter innen verksteds- og oljeindustrien som grunnet svingninger i markedet kan ha behov for å leie ut sine ansatte til en annen arbeidsgiver som et alternativ til permitteringer eller nedbemanning. Bestemmelsen kan også være aktuell for å dekke etterspurt spisskompetanse, jf. Ot. prp. nr. 56 (2006-2007) s. 17 og Rt. 2013 s. 1730.

De to vilkårene ordlyden oppstiller for at virksomheten ikke skal sies å ha til formål å drive utleie er minstevilkår, jf. Ot. prp. nr. 70 (1998-99) s. 50. Dette innebærer at selv om minstevilkårene er oppfylt, vil det foretas en helhetsvurdering som vil kunne lede til at innleieforholdet likevel ikke kan anses omfattet av aml. § 14-13, men heller reguleres av aml. § 14-12. Aml. § 14-13 vil likevel stå sentralt ved en helhetsvurdering, jf. Rt. 2013 s. 1730 avsnitt 48 (Statoil).

Vilkårene sett opp mot hverandre

Det er som nevnt noe ulike vilkår for innleie i aml. § 14-12 og § 14-13 avhengig av hvor man leier inn fra. Lovlig innleie kan bare skje med grunnlag i aml. § 14-12 eller § 14-13 opp mot aml. § 14-9 andre ledd bokstav a til e. I saken protesterte tillitsvalgte Heidi Mo på Toves beslutning på å leie inn to personer, da hun mente at arbeidsmiljølovens hovedregel viser at faste ansettelse er gjeldende i dette tilfellet. Hvis en arbeidsgiver ønsker andre alternativer enn fast ansettelse er midlertidig ansettelse mulig på gitte vilkår. Arbeidsgiveren kan velge innleie av ansatte fra annen virksomhet for en tidsbegrenset periode for å utføre arbeidsoppgaver som det ikke foreligger kompetanse for i virksomheten fra før, jf. aml. § 14-12. I tillegg kan arbeidsgiveren leie inn etter aml. § 14-13 grunnet behovet for spisskompetanse som virksomheten ikke har fra før, noe som også er relevant i denne oppgaven.

Konklusjon

Lillevik Regnskap AS kan leie inn to personer etter aml. § 14-12 og § 14-9 andre ledd bokstav a. Ettersom det ikke fremkommer i oppgaveteksten om arbeidsgiveren leier inn fra en virksomhet som har til formål eller ikke med å drive utleie, kan det også leies inn etter aml. § 14-13 dersom vilkårene i aml. § 14-12 ikke er oppfylt.

Spørsmål 6

Den rettslige problemstillingen blir å vurdere om det faktisk ble inngått en tariffavtale mellom ansatte på den siden og med arbeidsgiver, ved Tove, på den andre siden. Det rettslige grunnlaget for å løse oppgaven er arbtvl. § 1 e.

Vilkårene

En tariffavtale er en formbunden avtale og det er fire vilkår som må ligge til grunn for at det skal være en tariffavtale, dels av definisjonen i arbtvl. § 1 og dels av ulovfestet rett (rettspraksis):

1. partskravet
2. avtalekravet
3. innholdskravet
4. skriftlighetskravet

Partskravet

En tariffavtale forstås som en avtale mellom to parter. På den ene siden har vi en fagforening og på den andre siden representerer en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening. Tariffavtalen tar for seg arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold, jf. arbtvl. § 1 e. Det første spørsmålet vi må drøfte er hvorvidt de ansatte og tillitsvalgte utgjør en fagforening eller ikke. En fagforening kan forstås som enhver sammenslutning av arbeidstakere eller en arbeidstakers forening som har til formål å ivareta arbeidstakers interesser overfor sin arbeidsgiver, jf. arbtvl. § 1 c.

Arbeidstakerbegrepet i Arbeidstvistloven, «*enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste*», jf. arbtvl. § 1 a, skal kunne tolkes likt som arbeidsmiljøloven, jf. Prop. 134 L (2010-2011) s. 72. I vår sak ble både Martine Haug og Marie Lund fast ansatt i Lillevik Regnskap AS, og sammen med resten av ansatte, vil de i lovens forstand kategoriseres som arbeidstakere.

Mens arbeidsgiverbegrepet, som omhandler «*enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste*», jf. arbtvl. § 1 b, skal også kunne tolkes likt som arbeidsmiljøloven, jf. Prop. 134 L (2010-2011) s. 72. Tove som har personal- og driftsansvar, vil i denne saken derimot representere arbeidsgiver.

Det stilles ingen krav om antall medlemmer, enn at det må være minimum to arbeidstakere for at det skal anses som en fagforening, jf. ARD 1953 s. 81. I vår sak er det ikke nevnt spesifikt antall arbeidstakere, enn at det er flere ansatte i virksomheten.

En sammenslutning kan tolkes i retning om at det må være en viss form for fellesskap mellom arbeidstakerne, jf. ARD 1985 s. 50, og det innebærer også at sammenslutningen må vise en uavhengighet fra sin arbeidsgiver, jf. ARD 1978 s. 98. Heidi innkalte samtlige ansatte til møte og i fellesskap kom de til enighet om å forhandle med arbeidsgiver om en kompensasjon for økte arbeidsoppgaver. Basert på alle disse momentene, så utgjør de ansatte en fagforening, i arbeidstvistlovens forstand. Partskravet er oppfylt.

Avtalekravet

Det må være inngått en «avtale» mellom partene for at det skal være en tariffavtale, jf. arbtvl. § 1 e. I saken har det vært en epost-korrespondanse mellom Tove og Heidi, der ulempetillegg ble nevnt og drøftet mellom partene. Formkravet har ikke bare til hensikt å sikre bevis for hva som er avtalt, men at det opprettes en overenskomst som medfører forpliktelser for partene, jf. ARD 1918-19 s. 76. Likeså kreves det at en avtale både har et tilbud og aksept, og en forventning hos motparten om at det skal være en bindende avtale, jf. ARD 1990 s.1. Tove skriver i en e-post 05.august 2021 til Heidi og viser til vilkårene begge parter har blitt enige om, og hvor Heidi aksepterer tilbudet. Ut ifra disse opplysningene i saken anser vi avtalekravet som oppfylt.

Innholdskravet

For at det skal være en tariffavtale må innholdet i avtalen regulere «*arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold*», jf. arbtvl. § 1 e. Forhandlingene mellom Tove og Heidi handlet om et ulempetillegg på 10 % for den tiden ansatte arbeider med programvaren. Partene ble enige om at tillegget skal reforhandles etter tre år, som også samsvarer med den deklatoriske regelen om at en tariffavtale gjelder i tre år hvis ikke annet er avtalt, jf. arbtvl. § 5 første ledd. Partene anslår også at ca. 30 % av arbeidstiden skal gå til arbeid med programvaren. Generalitetskravet må ligge til grunn, med en forutsetning om at reguleringen av arbeids- og lønnsvilkår er generell. I praksis betyr det at arbeids- og lønnsvilkår må gjelde for ubestemte arbeidsforhold, jf. ARD 1935 s.15, ARD 1983 s. 235 og ARD 1988 s.151. Forhandlingen mellom partene i saken gjaldt for alle ansatte og ikke for en eller flere navngitte ansatte. Innholdskravet er oppfylt.

Skriftlighetskravet

Det følger av arbtvl. § 4 at en tariffavtale skal opprettes skriftlig. I utgangspunktet må det foreligge et dokument som er tariffavtalen og som er underskrevet av begge parter, jf. ARD 1922 s. 38. I saken er det ikke et signert dokument som kan kalles for en tariffavtale, men i stedet en e-postkorrespondanse der begge parter er enige om noen bestemte vilkår. Arbeidsretten har unntaksvis funnet å kunne anse skriftlighetskravet som gyldig, selv om det ikke foreligger et skriftlig dokument. Arbeidsretten begrunner det med «*at det er blitt fremlagt skriftlige uttalelser fra begge parter*», og at de i gjensidighet var klar over hva avtalen gikk ut på, jf. ARD 1972 s.107.

Videre har Arbeidsretten også ved flere anledninger gitt uttrykk for at en utveksling av korrespondanse mellom partene, slik som tilbud og aksept, kan være tilstrekkelig for at det skal være en tariffavtale, jf. ARD 1923 s.192, ARD 1960 s.154 og ARD 2005 s.198. Det er ingen tvil om at begge parter forsto innholdet i avtalen, da arbeidsgiver betalte de ansatte et lønnstillegg på 10 % for den tiden de arbeidet med programvaren. Skriftlighetskravet er etter vår vurdering oppfylt.

Konklusjon

Alle fire tariffvilkårene, partskravet, avtalekravet, innholdskravet og skriftlighetskravet, anses som oppfylt. Partene har inngått en tariffavtale, jf. arbtvl. § 1 e.

Spørsmål 7

Den rettslige problemstillingen er å vurdere om Tove kan be ansatte om å fremvise koronasertifikat for å komme på jobb eller ikke. Det rettslige grunnlaget for å løse oppgaven er aml. kapittel 9.

Kontrolltiltak i virksomheten

Arbeidsgiver kan iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstakere, men kun når tiltaket har en saklig grunn i virksomhetens forhold og at det ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren, jf. aml. § 9-1 første ledd. «Kontrolltiltak» kan forstås bredt og kan ha sitt grunnlag i [...] *sikkerhets- og*

helsemessige omstendigheter samt andre sosiale og organisatoriske forhold i bedriften, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) pkt. 12.1 og 12.6.2.

Kontrolltiltak gir to problemstillinger for virksomheten, den ene er i hvilken grad arbeidsgiver har rett til å iverksette kontrolltiltak overfor ansatte og den andre er arbeidsgivers adgang til å behandle opplysningene. Tiltak som arbeidsgiver iverksetter overfor arbeidstaker og som begrenser arbeidstakers handlefrihet, vil kreve et rettslig grunnlag som arbeidsgivers styringsrett, jf. ARD-1978-110. Adgang til å behandle opplysningene arbeidsgiver mottar ved et kontrolltiltak er hjemlet i personopplysningsloven. Dette drøftes i senere avsnitt.

Saklighetskravet

Forarbeidene gir føringer på hva som ligger i saklighetskravet. For eksempel vil sikkerhets-, arbeidsmiljø- og helsemessige forhold kunne gi saklig grunn for kontrolltiltak. Et viktig moment i vurderingen om saklighetskravet er oppfylt, er om det finnes andre tiltak som kan iverksettes og som er mindre belastende enn gjennom kontrolltiltak. I tillegg vil usaklig forskjellsbehandling av arbeidstakere i forbindelse med kontrolltiltak ikke være forenlig med saklighetskravet, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144-145.

Ut ifra situasjonen november 2021 og erfaringene virksomheten har hatt med koronaviruset, kunne Tove forlenget de samme smitteverntiltakene som ansatte var kjent med fra før, ved bruk av hjemmekontor. Andre tiltak kan være færre ansatte på kontoret samtidig, holde gode avstand, gode hygienerutiner mm. Disse tiltakene er mindre belastende og gir mindre forskjellsbehandling blant ansatte. Vår delkonklusjon er at saklighetskravet ikke er oppfylt.

Forholdsmessighetskravet

Kravet om forholdsmessighet må særlig bero på arbeidsgivers begrunnelse, behov for kontrolltiltaket, kontrollens art (hyppighet og antall kontroller), hvordan kontrollen praktisk skal gjennomføres, hvordan arbeidstakers personvern ivaretas mm. I tillegg må kontrolltiltaket ikke medføre ubetydelige inngrep i rettsgoder som personlig integritet og privatlivets fred. Gjennomføringen av og summen av et kontrolltiltak vil anses som ulovlig, dersom tiltaket medfører at den forsvarlige

tålegrensen for arbeidstakerne blir overskredet, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145. Kontrolltiltak må også ses i sammenheng med aml. kapittel 4 om et forsvarlig arbeidsmiljø, der faktorer som påvirker arbeidstakers fysiske og psykiske helse, og velferd i arbeidsmiljøet må tas hensyn til, jf. aml. § 4-1 første ledd. Tove har ikke gitt uttrykk for at hun har en god begrunnelse bak kontrolltiltaket, hvordan kontrolltiltaket skal gjennomføres i praksis eller hvordan arbeidsgiver skal behandle personopplysningene. Vår delkonklusjon er at forholdsmessighetskravet ikke er oppfylt.

Personopplysningsloven

Personopplysningsloven (15.juni 2018 nr. 38) gjennomfører EU-forordning 2016/679 (GDPR). Forordningens mål er å verne fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger, og ved motstrid vil den gå foran annen norsk lovgivning, jf. EØS-loven § 2. Forordningens artikkel 4 nr. 1 angir at en personopplysning er *“enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person”*. Et koronasertifikat har personopplysninger og Tove må dermed også forholde seg til personopplysningsloven ved behandling av opplysninger om arbeidstakere i forbindelse med et kontrolltiltak. Personopplysningsloven gjelder ikke dersom annet er fastsatt i annen lov, jf. aml. § 9-1 andre ledd. I saken henvises det til koronasituasjonen november 2021, det vil da være naturlig å drøfte innholdet i Covid-19-forskriften og smittevernloven.

Covid-19-forskriften og smittevernloven

En endring i covid-19-forskriften av 19.11.21, ga kommuner med lokale smitteverntiltak adgang til å innføre bruk av koronasertifikat. Adgangen begrenses til enkelte virksomheter og arrangementer på offentlig sted eller i lokaler/ utendørs arealer som leies eller lånes ut, jf. covid-19-forskriften § 19 første ledd. Det følger av smittevernloven § 4-2 A at man ikke skal forskjellsbehandle folk hvis de ikke kan fremvise koronasertifikatet, med mindre bestemmelser i eller i medhold av lov gir adgang til dette. I praksis betyr det at arbeidsgiver må ha et grunnlag i lov eller forskrift for å kreve at ansatte viser koronasertifikat. Det fantes ikke et slikt grunnlag på daværende tidspunkt.

Drøftingsplikt med tillitsvalgte

Det fremgår av aml. § 9-2 første ledd at arbeidsgiver plikter å drøfte behovet, formålet og gjennomføringen av kontrolltiltaket med tillitsvalgte i virksomheten så tidlig som mulig. Drøftingen skal også omhandle praktiske konsekvenser og antatt varighet av kontrolltiltaket. Som arbeidsgiver, har Tove unnlatt å drøfte med tillitsvalgte og bare bedt ansatte om å fremvise koronasertifikat før oppmøte på jobb.

Konklusjon

Verken saklighetskravet eller forholdsmessighetskravet anses som oppfylt, jf. aml. § 9-1 første ledd. Tove kan ikke pålegge ansatte om å fremvise koronasertifikat før oppmøte på jobb, jf. aml. § 9-1 første ledd.

Spørsmål 8

Den rettslige problemstillingen er om arbeidsgiver Tove kan pålegge at Lones arbeidsoppgaver endres fra regnskapsføringsoppgaver til markedsføringsoppgaver. Det rettslige grunnlaget er arbeidsgivers styringsrett.

Arbeidsgivers styringsrett som grunnlag for endring

Arbeidsgivers styringsrett er ikke direkte hjemlet i lov og er ikke lengre nevnt i tariffavtaler. Arbeidsgiver har i utgangspunktet *“full styring”* over sin virksomhet. Nøkk-dommen beskriver omfanget av styringsretten som arbeidsgivers *«rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet»*, jf. Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk). Styringsretten begrenses av lov, tariffavtaler og individuell arbeidsavtale, jf. HR-2008-1041-A (34) (Theatercafeen). Tove må vurdere disse tre begrensningene når hun tar stilling til om hun kan pålegge endring i Lones arbeidsoppgaver. Arbeidsmiljøloven regulerer ikke direkte forholdet. Det er ikke kjent at Lillevik Regnskap AS eventuelt er tariffbundet. Styringsrett må utøves innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått, jf. Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk). Lones arbeidsavtale angir rammen for å vurdere om Tove ensidig kan pålegge Lone endring i arbeidsoppgavene. Før vi kan vurdere om Tove kan pålegge Lone nye arbeidsoppgaver, må vi derfor *«tolke og utfylle»* arbeidsavtalen hennes, jf. Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk).

Arbeidsavtalen

Lone har en fast arbeidsavtale, jf. aml. § 14-9 første ledd. Det fremkommer av denne at hun er ansatt som regnskapsmedarbeider. En ensidig endring av hennes arbeidsoppgaver, ville kunne anses å være en betydelig endring, som arbeidstaker dermed ikke må akseptere, jf. Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk). Nøkk-dommen oppstiller hva som blant annet skal vektlegges når arbeidsavtaler skal tolkes og utfylles: [...] *“stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen»*.

Når det gjelder stillingsbetegnelse i Lones arbeidsavtale, gir ordlyden ikke tvil. Omstendighetene rundt ansettelsen er ikke kjent, annet enn at det er ni år siden arbeidsavtalen er inngått. Sedvaner i bransjen er ikke kjent. Lone har jobbet med regnskap i over 20 år, og vært ansatt i Lillevik Regnskap AS de siste ni årene som regnskapsmedarbeider. Praksis i Lones arbeidsforhold, er at hennes arbeidsoppgaver har vært regnskapsrelaterte.

Lones faste arbeidsforhold er langvarig, slik faste arbeidsforhold har potensiale for å bli. Samfunnsutviklingen gjør at endringstakten i arbeidslivet er høy og virksomheter endrer seg. Alternativet til tilpasning, kan være at medarbeidere sitter uten arbeidsoppgaver og i siste instans risikerer oppsigelse.

Samfunnsutviklingen kan her sies å gi støtte til at Tove har behov for å endre Lones arbeidsoppgaver.

Arbeidsgiver kan ved bestemmelser i individuelle arbeidsavtaler, begrense egen styringsrett, jf. HR 2009-2181-A (Seinvaktdommen). Når arbeidsavtalen konkret angir Lones arbeidsoppgaver, kan Lillevik Regnskap AS sies å ha avtalt begrensninger i egen styringsrett. Dette taler mot at Tove ensidig kan endre Lones arbeidsoppgaver.

Sett opp mot ovenstående momenter, mener vi at det mest tungtveiende er Lones arbeidsavtale som klart angir at hun er ansatt som regnskapsmedarbeider. Dette kan beskrives som et *«særpregede element»*, jf. HR 2009-2181-A (Seinvaktdommen). De andre momentene er ikke tungtveiende nok i denne

situasjonen til at Lones arbeidsavtale kan endres i medhold av styringsretten. Tove ønsker å endre Lones arbeidsoppgaver på en slik måte at Lones hovedoppgaver ikke lengre vil være innen regnskap. Vi anser at Tove da går lengre enn styringsretten gir anledning til. Det følger av Nøkk-dommen at arbeidstakere må akseptere «*ikke ubetydelige endringer i deres arbeidsoppgaver*», når hovedoppgaven fremdeles består. I Lones tilfelle, består ikke hovedoppgaven. Det er derfor nærliggende å anta at Tove ikke kan endre Lones arbeidsoppgaver uten å gå veien om endringsoppsigelse.

Endringsoppsigelse som alternativ til bruk av arbeidsgivers styringsrett

Endringsoppsigelse er ikke direkte nevnt i lov, men er anerkjent i rettspraksis. Uttrykket brukes om endringer som arbeidsgiver ønsker å gjøre, men som er større enn styringsretten gir anledning til, ref. Jan Fougner «*Endring i arbeidsforhold*» 2016, s.23. En endringsoppsigelse tar ikke sikte på å avslutte arbeidsforholdet, men videreføre det på nye betingelser, jf. HR 2004-1787 (30). Tove kan på denne bakgrunn gi Lone en endringsoppsigelse med begrunnelse i virksomhetens forhold, jf. aml. § 15-7. Tove må gjennomføre endringsoppsigelsen i samsvar med arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler, jf. HR 2009-2181-A premiss 47 (Seinvaktdommen).

Konklusjon

Tove kan ikke pålegge Lone å arbeide med markedsføring av programvaren. Tove må i stedet bruke endringsoppsigelse for å gjennomføre denne endringen, jf. aml. § 15-7.

Spørsmål 9

Den rettslige problemstillingen er hvorvidt de fire regnskapsmedarbeiderne har krav på ansettelse i Regnskapsspesialisten AS eller ikke. Det rettslige grunnlaget for å løse problemstillingen er aml. kapittel 16.

Hva er en virksomhetsoverdragelse

En virksomhetsoverdragelse er en videreføring av arbeidstakers arbeidsforhold, dersom virksomheten eller deler av en virksomhet, overføres til ny arbeidsgiver,

jf. aml. § 16-1 første ledd. Bakgrunn for aml. kapittel 16 er et resultat av implementeringen av Rådsdirektiv 2001/23/EF av 12.mars 2001 i norsk rett. Rådsdirektivet 2001 erstatter og avløser Rådsdirektiv 77/187/EØF av 14.februar 1977 og Rådsdirektiv 98/50/EF. Hovedformålet med bestemmelsen er at arbeidsforholdet opprettholdes uendret og sikrer at arbeidstakers rettigheter blir ivaretatt, jf. Rådsdirektiv 2001/23/EF (punkt 3).

I saken får vi kjennskap til at Regnskapsspesialisten AS ønsker å kjøpe en del av Lillevik Regnskap AS, regnskapsavdelingen. Regnskapsspesialisten AS tilbød seks ansatte stilling, mens fire ansatte fikk ikke tilbud om stilling hos ny arbeidsgiver. Hvis det under omstendighetene skulle foreligge en virksomhetsoverdragelse, så har de fire regnskapsmedarbeiderne også krav på ansettelse og skal overføres til ny arbeidsgiver, jf. aml. § 16-2 første ledd.

En overføring fra en virksomhet til en ny virksomhet, kan i seg selv ikke danne grunnlag for oppsigelse av arbeidstakerne, jf. aml. § 16-4 første ledd. Det følger av aml. § 16-2 at arbeidstaker har et vern og rettigheter når det skjer endringer i arbeidsgivers virksomheter, herunder en virksomhetsoverdragelse. Ny arbeidsgiver, overdrageren, kan i praksis håndtere og løse overtallighet ved bruk av oppsigelser, men da etter regler som gjelder for nedbemanning, jf. aml. § 15-7. Kriterier for om en virksomhetsoverdragelse ligger til grunn i saken, skal vi drøfte om i de påfølgende avsnittene.

Tre grunnvilkår

Det følger av aml. § 16-1 første ledd andre punktum at en overdragelse menes en *“overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen»*. Slik bestemmelsen er tolket i rettspraksis, må derimot tre grunnvilkår være oppfylt, enhetsvilkåret, overdragelsesvilkåret og identitetsvilkåret, jf. HR-2017-2277-A (Aleris) avsnitt 43, for at det skal være en virksomhetsoverdragelse.

Enhetsvilkåret

Begrepet «selvstendig økonomisk enhet», kan forstås som en organisert helhet av personer og aktiva, som gjør det mulig å utøve økonomisk virksomhet med et

selvstendig økonomisk formål, jf. Direktivets artikkel 1.1.b. Enheten som overføres trenger ikke være av en bestemt størrelse, jf. C-392/92 (Schmidt), mens Høyesterett kom fram til at *det* som overføres må utgjøre en stabil og operasjonell enhet og at det må være en klart identifiserbar og uavhengig avdeling, jf. Rt. 2011 s. 1755 (Gate Gourmet) avsnitt 53. I vår sak er det en del av en virksomhet, en uavhengig regnskapsavdeling som overføres, og ikke hele virksomheten. Samtidig er det arbeidskraften som utgjør det vesentlige kjennetegnet ved aktiviteten (regnskap) og ikke materielle eller immaterielle aktiva, ref. Fougner mfl., «Arbeidsmiljøloven» 2018, s. 1031. Enhetsvilkåret er oppfylt.

Overdragelsesvilkåret

Direktivets artikkel 1 nr. 1 a bruker betegnelsen «kontraktsmessig overdragelse eller fusjon», jf. Rådskommisjonsdirektiv 2001/23/EF. I praksis betyr det at en virksomhet overføres til ny innehaver pga. en kontrakt eller at to virksomheter sammenslås. I forarbeidene er det lagt vekt på at en typisk overdragelse vil være ved en kjøpekontrakt, jf. Ot. Prp. nr.71 (1991-1992) s. 32. I samme forarbeid er det videre henvisning til rettspraksis, der EU-domstolen understreker at det har skjedd en overdragelse «in the context of a contractual relationship», jf. Berg-saken (144 og 145/87), eller «within the framework of contractual relations», jf. Bork-saken (101/87). Ordlyden kan forstås på følgende måte, en overdragelse er en kontraktsmessig avtale mellom to parter. Som det følger av vår sak, så aksepterte Regnskapsspesialisten AS tilbudet fra Lillevik Regnskap AS. Med det til grunn, kan vi trygt si at det var foretatt en avtale mellom partene og de ble enige om at overdragelsen skulle finne sted 01.februar 2022. Overdragelsesvilkåret er oppfylt.

Identitetsvilkåret

Virksomheten må ikke ha endret karakter, men må bevare sin identitet etter overdragelsen, jf. Direktivets artikkel 1.1.b. Det kan være naturlig å trekke lærdom fra Spjikers-dommen (C-24/85), som viser til noen momenter i identitetsvilkåret: hvilken type virksomhet det er snakk om, om det overføres fysiske aktiver, om overdrageren overtar størsteparten av arbeidstokken, hvorvidt kundekretsen overtas, i hvor stor grad den økonomiske virksomheten før og etter overdragelsen forblir den samme, hvor lenge virksomheten eventuelt har vært innstilt.

I saken skulle Regnskapsspesialisten AS overta alle kundene til regnskapsavdelingen (Lillevik Regnskap AS), samt overta nødvendig dokumentasjon fra eksisterende kunder og pc'er, med mer. I tillegg skulle regnskapsavdelingen flyttes til Regnskapsspesialistens lokaler. I denne saken er det arbeidskraften som utgjør det vesentlige kjennetegnet ved aktiviteten (arbeidskraftintensiv virksomhet) og det følger av rettspraksis et krav om at erverver må overta en etter antall og kvalifikasjoner betydelig del av arbeidsstyrken som utfører aktiviteten, for at identitetsvilkåret skal være oppfylt, jf. Süzen-dommen (C-13/95).

I vår sak har seks av de ti ansatte i regnskapsavdelingen fått tilbud om ansettelse og det må anses som en betydelig del av arbeidskraften. Det må også foretas en samlet vurdering hvor virksomheten sammenlignes før og etter en overdragelse, for å vurdere om identitetsvilkåret er oppfylt. Begge virksomheter har regnskap som sitt felt slik at ny virksomhet endrer ikke karakter, men beholder identiteten. I tilfeller der en hel virksomhet eller deler av en virksomhet overføres til ny arbeidsgiver, vil det som oftest ikke by på problemer om identitetskriteriet er bevart, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 257. Identitetsvilkåret er oppfylt.

Konklusjon

Alle tre vilkår for virksomhetsoverdragelse anses som oppfylt. Følgen av at det er en virksomhetsoverdragelse, betyr det at arbeidstakerne overføres til ny arbeidsgiver, jf. aml. § 16-2 første ledd. De fire regnskapsmedarbeiderne har også krav på ansettelse i Regnskapsspesialisten AS.

Spørsmål 10

Den rettslige problemstillingen for denne oppgaven er om de ansatte har krav på å beholde ulempetillegget dersom ny arbeidsgiver reserverer seg mot å overta tariffavtale ved virksomhetsoverdragelse. Det rettslige grunnlaget for å løse problemstillingen er aml. § 16-2.

Rettigheter og plikter

Bestemmelsens første ledd fastslår hovedregelen om at tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold overføres til den nye arbeidsgiver. Dette må avgrenses ved at ordninger i virksomheten som er ensidig innført av arbeidsgiveren ikke vil anses å være en rettighet for arbeidstakeren. Hva som anses som avtalt rettighet vil avgjøres etter de prinsippene som gjelder ved tolkning og utfylling av arbeidsavtaler, jf. HR-2020-1339-A (ISS). Det er ordlyden i arbeidsavtalen som i utgangspunktet vil være avgjørende, men andre tolkningsfaktorer må likevel tas med i denne vurderingen. Hovedprinsippet handler om at individuelle rettigheter og plikter i arbeidsforholdet overføres uendret ved virksomhetsoverdragelser, jf. aml. § 16-2 første ledd.

Tariffavtale

Videre fremkommer det i bestemmelsen at ny arbeidsgiver blir bundet av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av, jf. aml. § 16-2 andre ledd. Dette gjelder ikke hvis ny arbeidsgiver senest innen tre uker etter overdragelsestidspunktet skriftlig erklærer overfor fagforening at ny arbeidsgiver ikke ønsker å bli bundet. Dersom den nye virksomheten reserverer seg mot å overta tariffavtalen, har de overførte arbeidstakerne likevel rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkårene som følger av tariffavtalen, i en tidsbegrenset periode, jf. aml. § 16-2.

Dette gjelder inntil denne tariffavtalen utløper eller til det inngås ny tariffavtale som er bindende for den nye arbeidsgiver og de overførte arbeidstakere, jf. aml. § 16-2 andre ledd. For arbeidstakerne som er bundet av tariffavtalen hos overdrager, vil tariffavtalenes arbeids- og lønnsvilkår automatisk bli en del av deres arbeidsavtaler, jf. arbtvl. § 6, men det er likevel uklart om kravet om å beholde ulempeillegget vil gjelde videre med grunnlag i den ulovfestede ettervirkning regelen, jf. sml. HR-2021-1193-A (Grefsenhjemmet).

Individuelle rettigheter

I forarbeidene fremkommer det at de individuelle rettighetene som følger av den tidligere arbeidsgiverens tariffavtale, kan kun erstattes ved at den nye

arbeidsgiveren eller arbeidsgiverorganisasjonen inngår en avtale med arbeidstakerorganisasjonen. På denne måten kan tariffavtalen til den nye arbeidsgiveren gjøres gjeldende for de overførte arbeidstakerne, jf. Ot.prp nr. 49 (2004-2005) s. 339. Arbeidstakere som ikke er bundet av tariffavtale, men utfører de samme type arbeid som de tariffbundne arbeidstakerne, vil ikke være direkte bundet av tariffavtalen. Den har derfor ikke tvingende virkning i deres arbeidsforhold. Men deres arbeidsavtaler vil også utfylles med tariffavtalens arbeids- og lønnsvilkår. Ettersom grunnlaget er arbeidsavtalen, blir det naturlig å vurdere det slik at disse rettighetene overføres etter aml. § 16-2 første ledd.

Ulempetillegget

I oppgaven vil Regnskapsspesialisten AS reservere seg mot å overta tariffavtalen om ulempetillegg, noe som medførte misnøye hos de ansatte. De gjorde krav om at arbeids- og lønnsvilkårene skulle videreføres ved virksomhetsoverdragelsen. Selv om Regnskapsspesialisten AS reservert seg innen fristen, mener tillitsvalgte Heidi at de ansatte likevel hadde krav på ulempetillegget. Det følger av aml. § 16-2 andre ledd tredje punktum at de overførte arbeidstakerne har rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkårene som følger av tariffavtale som den tidligere arbeidsgiveren var bundet av, selv om de reserverer seg fra å ta over tariffavtalen innen fristen. Dette gjelder også ettersom ulempetillegget er et lønnstillegg og går inn under individuelt arbeidsvilkår.

Konklusjon

Det konkluderes med at de overførte ansatte har krav på å beholde ulempetillegget ved virksomhetsoverdragelsen, jf. aml. § 16-2.