Marianne Jenum Hotvedt

ARBEIDSGIVER-BEGREPET

GYLDENDAL
JURIDISK

MARIANNE JENUM HOTVEDT

ARBEIDSGIVERBEGREPET

EN ANALYSE AV GRUNNLAGET FOR ARBEIDSGIVERPLIKTER

GYLDENDAL
JURIDISK

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2016
1. utgave, 1. opplag 2016

ISBN 978-82-05-49014-7

Omslagsdesign: Gyldendal Akademisk
Figurer: Laboremus Oslo AS
Sats: Laboremus Oslo AS
Brødtekst: Minion Pro 10,5/15 pkt

Alle henvendelser om boken kan rettes til
Gyldendal Juridisk
Postboks 6730 St. Olavs plass
0130 Oslo

www.gyldendal.no/juridisk
juridisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

Det var en lykkelig trelledom, å arbeide.

Knut Hamsun

Forord og takksigelser

Denne boken er basert på avhandlingen jeg skrev mens jeg var stipendiat ved Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo, og som jeg forsvarte for graden philosophiae doctor 9. juni 2015. Boken er søkt ajourført frem til august 2015, og det er foretatt enkelte justeringer i teksten. Bedømmelseskomiteen bestod av professorene Knut Kaasen, Birgitta Nyström og Jan Fougner. Jeg vil takke komiteen for deres arbeid og for interessante diskusjoner på disputasdagen.

Det er så mange som fortjener en takk, flere enn de som kan nevnes her. Jeg håper alle som har gitt råd, innspill, støtte og hjelp underveis forstår hvor stor pris jeg har satt på det. Noen må likevel nevnes særskilt.

Jeg har hatt to fantastiske veiledere. Det har vært et privilegium å ha Stein Evju som hovedveileder. Han har delt raust av sine enorme kunnskaper, og han har utført veilederoppgaven med en grundighet og en innsats som overgår de fleste. Alf Petter Høgberg har vært biveileder og en nøkkelperson. Han forstod tidlig hva jeg forsøkte å få til, og ga avgjørende støtte i en tidlig, famlende fase. Også senere har hans skarpe, analytiske blikk gitt svært viktige bidrag. Ikke minst har de to veilederne utfylt hverandre på en verdifull måte, både ved sin ulike faglige bakgrunn og ved sine ulike perspektiver på mitt arbeid. Jeg takker for veiledning som har gitt inspirasjon, trygghet og motivasjon til å strekke meg lenger.

Aslak Syse fortjener en særlig takk. Han ansatte meg som fersk cand.jur. til å arbeide for et lovutvalg under hans ledelse, og han plantet tanken om at jeg kunne egne meg for et doktorgradsarbeid. I stipendiattiden ble han offisielt min mentor. Takk for kloke ord, oppmuntring og alle koppene med raddis-te. Det har vært viktig og oppkvikkende på veien.

Videre vil jeg takke Hans Jacob Bull. Han overtalte meg til å bli med i arbeidet med en ny skipsarbeidslov. Det ble en kjærkommen og lærerik pause fra avhandlingen. Skipsfart setter de problemstillingene knyttet til arbeidsgiverbegrepet i skarpere relieff. Jeg har satt stor pris på samarbeidet med ham og med Roald Engeness og Terje Hernes Pettersen fra utvalget.

Jeg har hatt utmerkede arbeidsforhold ved Institutt for privatrett. Jeg takker Giuditta Cordero-Moss for hennes kloke ledelse. En stor takk til Eli Knotten, Bodil Silset, Mona Østvang Ådum og Siri Vinger for all praktisk bistand.

De gode kollegaene ved instituttet har vært viktig for trivselen. Jeg vil spesielt trekke frem arbeidsrettsgruppen. Jeg har vært heldig som har fått arbeide i et raust og berikende faglig miljø. Hver og en har betydd mye for meg: Terese Smith Ulseth, Bernhard Johann Mulder, Melanie Hack, Marie Nesvik, Andreas van den Heuvel, Alexander Næss Skjønberg, Kurt Weltzien og Anette Grønnerød-Hemmingby. En særlig takk til Arbeids- og sosialdepartementet, som gjennom prosjektet Arbeidsrettslig fagutvikling (Arfa) har lagt til rette for dette fagmiljøet og har finansiert min stilling.

Også venner og familie fortjener min takknemlighet. Venninnegjengen fra studiene, med Vibeke Blaker Strand og Christine Thaulow i forgrunnen, har gitt god støtte i hele prosessen. Andre venner har gitt kjærkommen adspredelse og båret over med meg. Svigerfar har vært familiens redningsplanke i hverdagen. Mine foreldre og søstre har en forunderlig sterk tro på meg som bærer meg i tunge stunder.

Til slutt, til mine aller kjæreste, Hans Petter, Sofie og Mathilde: En dyp takk for at dere holdt ut og hver dag viser hva som er viktigst. Jeg hadde aldri klart det uten dere. Boken tilegnes dere.

Oslo, 14. oktober 2015
Marianne Jenum Hotvedt

Innholdsoversikt

FORORD OG TAKKSIGELSER 7

DEL I INTRODUKSJON 19

KAPITTEL 1 TEMA OG TILNÆRMING 21

KAPITTEL 2 VERDIENE AVTALEFRIHET OG VERN 48

KAPITTEL 3 OM ARBEIDSGIVERPLIKTER 67

DEL II INNGANGSVILKÅR FOR ARBEIDSGIVERPLIKTER 133

KAPITTEL 4 PRESENTASJON AV INNGANGSVILKÅRENE 135

KAPITTEL 5 ARBEIDSAVTALE SOM INNGANGSVILKÅR 137

KAPITTEL 6 DRIFTSANSVAR SOM INNGANGSVILKÅR 198

KAPITTEL 7 INNFLYTELSE SOM INNGANGSVILKÅR 246

KAPITTEL 8 SAMLET VURDERING AV INNGANGSVILKÅRENE 271

DEL III ARBEIDSAVTALEN SOM RETTSGRUNNLAG OG INNGANGSVILKÅR FOR ARBEIDSGIVERPLIKTER 275

KAPITTEL 9 OM BINDING, KLASSIFISERING OG ANSVARSPLASSERING .. 277

KAPITTEL 10 BINDINGSSPØRSMÅLET 299

KAPITTEL 11 KLASSIFISERING AV AVTALEN 347

KAPITTEL 12 ANSVARSPLASSERING 401

KAPITTEL 13 SAMLET VURDERING AV ARBEIDSAVTALEN 472

DEL IV AVSLUTNING 477

KAPITTEL 14 ARBEIDSGIVERBEGREPET – MELLOM AVTALEFRIHET OG VERN 479

LITTERATUR 483

LOVREGISTER 503

KILDEREGISTER 513

STIKKORD 533

Innhold

FORORD OG TAKKSIGELSER 7

DEL I INTRODUKSJON 19

KAPITTEL 1 TEMA OG TILNÆRMING 21
1.1 En ny tilnærming til arbeidsgiverbegrepet 21
1.2 Betydning og aktualitet 24
1.3 Nærmere om tilnærming og valg av problemstilling 29
1.3.1 Innledning 29
1.3.2 Arbeidsgiverbegrepets relativitet 29
1.3.3 Arbeidsgiverplikter som utgangspunkt 34
1.3.4 En samlet begrepsdannelse? 38
1.3.5 Terminologi 40
1.3.6 Oversikt over det videre opplegget 41
1.4 Metodologiske avklaringer 42
1.4.1 Et internt perspektiv 42
1.4.2 Rettskildesituasjonen 43
1.4.3 Siktemål og verdiorientering 45
1.4.4 Et rettspolitisk ståsted? 46

KAPITTEL 2 VERDIENE AVTALEFRIHET OG VERN 48
2.1 Utgangspunkter 48
2.2 Verdienes gjennombrudd 49
2.2.1 En brytningstid 49
2.2.2 Liberalisering 50
2.2.3 Intervensjonisme 53

2.2.4 Vern av kollektive avtaler 55
2.3 En verdiavveining i reguleringen av arbeid 57
2.3.1 Verdigrunnlaget for fabrikktilsynslovgivningen 57
2.3.2 Linjene til dagens vernelovgivning 60
2.3.3 Avhengighet og maktubalanse 63
2.4 Grunnlaget for arbeidsgiverplikter som verdiavveininger 63

KAPITTEL 3 OM ARBEIDSGIVERPLIKTER 67
3.1 Innledning 67
3.2 Internasjonale rammer 68
3.2.1 Innledning 68
3.2.2 Folkerettslige krav til arbeidsgiverplikter 69
3.2.3 EU/EØS-rettslige krav til arbeidsgiverplikter 74
3.2.4 Sammenfatning 81
3.3 Arbeidsgiverplikter som interessevern 81
3.3.1 Innledning 81
3.3.2 Presentasjon av vernelovgivningen 82
3.3.3 Pliktenes offentligrettslige og privatrettslige sider 84
3.3.4 Vern av ulike interesser 91
3.3.5 Utviklingen av et bredt interessevern 94
3.3.6 Ansvaret for håndhevelsen av de ulike interessene 99
3.3.7 Sammenfatning 101
3.4 Hierarkiet av arbeidsgiverplikter med ulikt rettslig grunnlag 101
3.4.1 Innledning 101
3.4.2 Lovregulerte plikters ufravikelighet 102
3.4.3 Forholdet til de konkrete partenes disposisjoner og behov 105
3.4.4 Forholdet mellom lovregulerte og tariffavtalte plikter 109
3.4.5 Kort om tariffavtalebegrepet 110
3.4.6 Kort om tariffbundethet og ufravikelighet 113
3.4.7 Sammenfatning 117
3.5 Arbeidsgiverpliktenes dynamiske karakter 117
3.5.1 Innledning 117
3.5.2 Endring av arbeidsgiverpliktenes innhold 118
3.5.3 Overdragelse av arbeidsgiverplikter til ny arbeidsgiver 120
3.5.4 Sammenfatning 126
3.6 De individuelle parters frihet 126
3.6.1 Innledning 126
3.6.2 Avtalefrihetens ulike sider 126
3.6.3 Avtalefrihet og styringsrett 127
3.6.4 Grenser for avtalefrihet og grenser for handlefrihet 129
3.6.5 Sammenfatning 130
3.7 Utgangspunkter for fremstillingen videre 131

DEL II INNGANGSVILKÅR FOR ARBEIDSGIVERPLIKTER 133

KAPITTEL 4 PRESENTASJON AV INNGANGSVILKÅRENE 135

KAPITTEL 5 ARBEIDSAVTALE SOM INNGANGSVILKÅR 137
5.1 Hovedinnretningen om ansvar i arbeidsavtalerelasjonen 137
5.2 Verdimessig og internasjonal forankring 138
5.3 Plikter i arbeidsavtalerelasjonen 139
5.3.1 Innledning 139
5.3.2 «Virksomhet», «arbeidsgiver» og «arbeidstaker» i arbeidsmiljøloven 139
5.3.3 Tydeliggjøring av arbeidsavtale som inngangsvilkår 142
5.3.4 Annen vernelovgivning 146
5.3.5 En felles hovedinnretning 151
5.4 Tilleggskrav 151
5.4.1 Innledning 151
5.4.2 Krav om skriftlig avtaleinngåelse? 152
5.4.3 Spesifikke krav til arbeidsavtalen(e)s omfang 153
5.4.4 Arbeidsmiljølovens «nedre grense» 156
5.4.5 Krav om et større antall arbeidsavtaler 160
5.4.6 Formfrihet, men visse minstekrav 165
5.5 Lempet vern i visse arbeidsavtaler 165
5.5.1 Innledning 165
5.5.2 Arbeid i partenes private hjem 166
5.5.3 Arbeidstakere med særlig selvstendighet 169
5.5.4 Større frihet i jevnere avtaleforhold 172
5.6 Arbeidsavtalens betydning for vern ved arbeidsgiverskifte 172
5.6.1 Innledning 172
5.6.2 Betydningen for om det foreligger en virksomhetsoverdragelse 173
5.6.3 Betydningen for hvem som overføres 180
5.6.4 Begrensning i inngåelsesfriheten 184
5.7 Arbeidsavtale som inngangsvilkår for plikter for offentlig forvaltning 185
5.7.1 Innledning 185
5.7.2 Særlige hensyn og særregulering 187
5.7.3 Avtaleregulering av tjenestemenns rettsstilling 190
5.7.4 Harmonisering av arbeidsgiverplikter hjemlet i lov 191
5.7.5 Ansettelse av tjenestemenn i kraft av avtalekompetanse 194
5.7.6 Avtalefrihet som utgangspunkt, men visse særlige begrensninger 195
5.8 Sammenfattende om hovedinnretningen 196

KAPITTEL 6 DRIFTSANSVAR SOM INNGANGSVILKÅR 198
6.1 Driftsansvar for personer i arbeid 198

6.2 Verdimessig og internasjonal forankring 199
6.2.1 Innledning 199
6.2.2 Begrunnelse for helsevern og likebehandling 199
6.2.3 Verdien av helsevern og likebehandling 201
6.2.4 Rekkevidden for internasjonalt vern av helse og likebehandling 204
6.2.5 Verneinteresser med en særlig gjennomslagskraft 207
6.3 Arbeidsgivers plikter til vern av personer som utfører arbeid i tilknytning til driften 208
6.3.1 Innledning 208
6.3.2 Forsvarlig arbeidsmiljø for alle som utfører arbeid 209
6.3.3 Diskrimineringsvern av selvstendige og innleide som utfører arbeid 213
6.3.4 Øvrige plikter til vern av innleide arbeidstakere 216
6.3.5 Erstatningsansvar og forsikringsplikt for personer som arbeider under styring 220
6.3.6 Skattefavorisert tjenestepensjon for eiere som utfører arbeid 225
6.3.7 Arbeidsgivers driftsansvar 226
6.4 Plikter ved styring av drift der arbeid utføres 229
6.4.1 Innledning 229
6.4.2 Plikter for personer som styrer arbeidet 229
6.4.3 Plikter for foretak som styrer arbeidet 234
6.4.4 Plikter for enpersonsbedrifter 237
6.4.5 Særlig om plikter for enpersonsbedrifter som leier inn arbeidskraft 241
6.4.6 Selvstendig driftsansvar 242
6.5 Sammenfattende om driftsansvaret 243

KAPITTEL 7 INNFLYTELSE SOM INNGANGSVILKÅR 246
7.1 Ansvar ved innflytelse på realiseringen av grunnleggende rettigheter 246
7.2 Verdimessig og internasjonal forankring 247
7.2.1 Innledning 247
7.2.2 Begrunnelse for vern av tilgangen til arbeid 248
7.2.3 Verdien av vern i tilgangen til arbeid 250
7.2.4 Internasjonalt vern av tilgangen til arbeid 251
7.3 Arbeidsgivers plikter til vern av arbeidssøkere 254
7.3.1 Innledning 254
7.3.2 Plikt til å forebygge rettighetsbrudd 254
7.3.3 Plikter til vern mot diskriminering 255
7.3.4 Plikter til vern av privatlivet 258
7.3.5 Plikt til å gi fortrinnsrett 260
7.3.6 Begrensninger i partsfriheten og vern av tilgangen til arbeid 262
7.4 Plikter ved innflytelse på vernet av personer i arbeid 263
7.4.1 Innledning 263
7.4.2 Plikter for aktører med innflytelse på helserisiko 264
7.4.3 Særlig om arbeidstakeres medvirkningsplikt 265

7.4.4 Aktivitetsplikt for arbeidslivets organisasjoner 266
7.4.5 Medansvar ved innflytelse på realiseringen av grunnleggende rettigheter 267
7.5 Plikter i foreningsforhold 268
7.6 Sammenfattende om innflytelsesansvar 269

KAPITTEL 8 SAMLET VURDERING AV INNGANGSVILKÅRENE 271
8.1 Inngangsvilkår som verdiavveininger og regulering av makt 271
8.2 Arbeidsgiverbegrepets kjerne og ytre lag 272
8.3 Utgangspunkter for videre drøftelse 273

DEL III ARBEIDSAVTALEN SOM RETTSGRUNNLAG OG INNGANGSVILKÅR FOR ARBEIDSGIVERPLIKTER 275

KAPITTEL 9 OM BINDING, KLASSIFISERING OG ANSVARSPLASSERING .. 277
9.1 Innledning 277
9.2 Etablering av forpliktelser knyttet til arbeidsavtalen 279
9.2.1 Tre problemstillinger 279
9.2.2 Sammenheng og skille mellom problemstillingene 280
9.3 Utgangspunkter 285
9.3.1 Innledning 285
9.3.2 Om «partsvilje» og berettigede forventninger 286
9.3.3 En skillelinje i argumentasjonen 287
9.3.4 Argumentasjon ut fra partenes utsagn og opptreden 289
9.3.5 Særlig om argumentasjon ut fra skriftlige utsagn kontra muntlige utsagn og opptreden 290
9.3.6 Rimelighetsargumentasjon 293
9.4 Nærmere om opplegget 296

KAPITTEL 10 BINDINGSSPØRSMÅLET 299
10.1 Utgangspunkter 299
10.1.1 Alminnelige avtalerettslige prinsipper 299
10.1.2 Rimelighet som overordnet retningslinje 301
10.1.3 Kort om ulike former for binding. Forutsetninger om skriftlighet?.. 303
10.1.4 To begrunnelser for binding og én begrensning 307
10.2 Binding på grunn av felles «partsvilje», ut fra partenes utsagn og opptreden 308
10.2.1 Innledning 308
10.2.2 Utsagn som uttrykk for felles «vilje» 309
10.2.3 Opptreden som uttrykk for felles «vilje» 313
10.2.4 Felles «partsvilje» om en arbeidsavtale 316
10.3 Binding på grunn av arbeidstakers berettigede forventninger 316

10.3.1 Innledning 316
10.3.2 Binding på grunn av brudd på plikter i avtaleinngåelsessituasjonen? 317
10.3.3 Binding fordi arbeidstaker har påbegynt arbeidet? 319
10.3.4 Binding på grunn av forhandlingssituasjonen? 321
10.3.5 Rimelighet som supplerende begrunnelse 324
10.4 Ugyldighet som hinder for binding 324
10.4.1 Innledning 324
10.4.2 Avtaler og utsagn i strid med vernelovgivningen 326
10.4.3 Avtalerettslig ugyldighet eller stillingsvernsregler? Tiltredelsens betydning 328
10.4.4 Et utvidet re integra-prinsipp? 333
10.4.5 Kort om avtaler mot lov og ærbarhet 334
10.4.6 Ugyldighetsregler som korreksjon i bindingsvurderingen 338
10.5 Særlig om bindingsspørsmålet når offentlig forvaltning er part 339
10.6 Sammenfattende om bindingsspørsmålet 346

KAPITTEL 11 KLASSIFISERING AV AVTALEN 347
11.1 Utgangspunkter 347
11.1.1 En bred helhetsvurdering av de reelle forholdene 347
11.1.2 Formelt eller faktisk avtaleinnhold? 349
11.1.3 Generelle normer om momentenes vekt? 351
11.1.4 Retningslinjer for avveiningen? 352
11.1.5 Kjernen: avhengighet 354
11.1.6 En alternativ tilnærming 357
11.1.7 Betydningen av trygde- og skatterettslig klassifisering 358
11.2 Klassifisering av formløse avtaler ut fra partenes opptreden 365
11.3 Klassifisering av skriftlige avtaler ut fra partenes utsagn og opptreden 370
11.3.1 Innledning 370
11.3.2 Betydningen av partenes klassifisering 371
11.3.3 Betydningen av en tolkning av kontraktsforpliktelsene 374
11.3.4 Betydningen av løpende personlig arbeidsplikt og styringsrett 378
11.3.5 Forholdet mellom ordlyd og opptreden 381
11.3.6 Tolkning av primærforpliktelsene i lys av vernehensyn 385
11.4 Klassifisering ut fra rimelighet 386
11.4.1 Innledning 386
11.4.2 Supplerende: arbeidsavtale på grunn av rimelighet 386
11.4.3 Korrigerende: ikke arbeidsavtale på grunn av rimelighet 390
11.4.3.1 Et spørsmål om eierinteresser? 390
11.4.3.2 Er en dominerende eierandel tilstrekkelig til å utelukke en arbeidsavtale? 392
11.4.3.3 Andre hensyn 396
11.4.4 Tilpasning til rettsvirkningen og styrkeforholdet 399
11.5 Sammenfattende om klassifiseringen 400

KAPITTEL 12 ANSVARSPLASSERING 401
12.1 Utgangspunkter 401
12.1.1 En avtalerettslig vurdering med et arbeidsrettslig særpreg 401
12.1.2 Én eller flere arbeidsgivere? 404
12.1.3 Avtaleinngåelse eller utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner? Formelle eller reelle forhold? 409
12.1.4 Hvilke arbeidsgiverfunksjoner er de sentrale? 411
12.1.5 Rimelighetshensyn og gjennomskjæringsbetraktninger 414
12.1.6 Kjernen: rimelig grad av samsvar mellom innflytelse og ansvar 417
12.1.7 En tilnærming i to trinn 418
12.1.8 Sammenhengen med virksomhetsbegrepet 420
12.2 Ansvar for den (eller dem) som inngikk avtalen 426
12.2.1 Innledning 426
12.2.2 Betydningen av å inngå arbeidsavtalen 426
12.2.3 Betydningen av at flere opptrer i fellesskap 429
12.2.4 Forholdet mellom kontraktens partsangivelse og opptreden ved avtaleinngåelsen 430
12.2.5 Betydningen av etterfølgende opptreden 436
12.2.6 Betydningen av rimelighet 438
12.2.7 En avtalerettslig vurdering preget av vernehensyn 440
12.3 Ansvar for flere enn arbeidsgiverparten(e) 441
12.3.1 Innledning 441
12.3.2 Et videre virksomhetsbegrep? 442
12.3.3 Betydningen av konsernstruktur 444
12.3.4 Betydningen av avtalen med arbeidstaker 446
12.3.5 Betydningen av å utøve arbeidsgiverfunksjoner 454
12.3.6 Betydningen av rimelighet 456
12.3.6.1 Innledning 456
12.3.6.2 Supplerende: ansvar for flere på grunn av rimelighet 456
12.3.6.3 Korrigerende: selvstendig stillingsvern på tross av avtalt flytteplikt 460
12.3.7 Et utvidet ansvar for stillingsvern forankret i arbeidsavtalen 462
12.4 Særlig om ansvarsplasseringen når offentlig forvaltning er part 463
12.4.1 Innledning 463
12.4.2 Om partsstillingen i arbeidsavtalen 464
12.4.3 Virksomhetsbegrepet i staten 465
12.4.4 Virksomhetsbegrepet i kommuner og fylkeskommuner 468
12.4.5 Et snevrere virksomhetsbegrep i staten 469
12.5 Sammenfattende om ansvarsplasseringen 470

KAPITTEL 13 SAMLET VURDERING AV ARBEIDSAVTALEN 472
13.1 Nyansering og presisering av de tradisjonelle utgangspunktene 472
13.2 Tilnærmingen til problemstillingene 473

13.3 Rimelighetsvurderingenes innhold 474
13.4 Arbeidsgiverbegrepets kjerne 475

DEL IV AVSLUTNING 477

KAPITTEL 14 ARBEIDSGIVERBEGREPET – MELLOM AVTALEFRIHET OG VERN 479

LITTERATUR 483

LOVREGISTER 503

KILDEREGISTER 513

STIKKORD 533

DEL I

Introduksjon

Begynnelsen er den viktigste
delen av arbeidet.

Platon

KAPITTEL 1

Tema og tilnærming

1.1 En ny tilnærming til arbeidsgiverbegrepet

Denne boken gir en bred analyse av arbeidsgiverbegrepet i norsk rett, på en ny måte. Enkelt sagt blir arbeidsgiverbegrepet stykket opp og satt sammen igjen. I tillegg blir begrepets kjerne nærmere analysert.

Tradisjonelt blir arbeidsgiverbegrepet drøftet som et spørsmål om *hvem* som er arbeidsgiver. Arbeidsgiverbegrepet fremstilles vanligvis som noe man kan og bør ta stilling til *før* man ser på rettsvirkningene av å være arbeidsgiver og på hvilke individer som omfattes av arbeidsgiveransvaret. Arbeidsgiveransvarets innhold og rekkevidde betraktes da som temaer utenfor selve arbeidsgiverbegrepet. En slik tilnærming forutsetter imidlertid at arbeidsgiverbegrepet er én fast størrelse, og at hele settet av rettsvirkninger utløses samlet: Enten er man arbeidsgiver, eller så er man ikke arbeidsgiver.

Problemet er at arbeidsgiverbegrepet ikke er enhetlig. Selv om samme *ord* – «arbeidsgiver» – benyttes i ulike lover og andre kilder, er ikke *begrepet* – det rettslige meningsinnholdet – nødvendigvis det samme alle steder. Det klare utgangspunktet er at arbeidsgiver er part i arbeidsavtalen med arbeidstaker. Men begrepet har noe ulik betydning i ulike rettsregler.

Arbeidsgiverbegrepet varierer med andre ord med rettsvirkningene. Det å være arbeidsgiver er ikke et enten-eller. Man kan være arbeidsgiver i én rettsregels forstand uten å være det i enhver forstand. Hva som gjør et rettssubjekt til arbeidsgiver, må derfor i prinsippet vurderes for den enkelte rettsregel. Ingen har hittil gitt noen

systematisk behandling av dette. I tillegg er vernelovgivningen blitt mer kompleks i senere år. Den inneholder en rekke utvidelser og unntak fra de kjente utgangspunktene. Det er gitt nye særregler blant annet for innleiesituasjoner, og det er gitt verneregler på nye felt, som lovgivning om diskriminering og tjenestepensjon. Det forsterker behovet for systematisk behandling av de begrepsmessige nyansene.

I tillegg har arbeidsgiverbegrepets kjerneinnhold – posisjonen som arbeidsavtalens sterke part – et upresist preg. Hva kreves for at en arbeidsavtale er bindende? Hva skiller arbeidsavtalen fra andre avtaletyper? Og ikke minst: Hvem har ansvaret som er knyttet til arbeidsavtaler? Disse spørsmålene krever konkrete, skjønnsmessige vurderinger. Det varierer hvor grundig spørsmålene er behandlet i teorien. Enkelte spørsmål er svært omtvistet, og i alle tilfelle har slike brede vurderinger alltid et usikkert preg.

Dette betyr for det første at det er behov for en bred analyse av nyansene i arbeidsgiverbegrepet. Det er en viktig oppgave både å kartlegge nyansene i arbeidsgiverbegrepets innhold etter ulike lovregler og å bidra til økt klarhet om arbeidsgiverbegrepets kjerneinnhold. Denne boken foretar en slik analyse.

For det andre betyr dette at arbeidsgiverbegrepet er altfor komplekst til å kunne defineres enhetlig og presist. Det har betydning for den analytiske tilnærmingen. Rettskildematerialet krever en tilnærming som er åpen for nyanser, og som er egnet til å kartlegge dem. Boken er lagt opp med sikte på det.

Jeg tar utgangspunkt i rettsvirkningene, i de *pliktene* som påligger en «arbeidsgiver», og undersøker nærmere hva som utløser dem. Hovedproblemstillingen i boken er: *Hva danner grunnlag for arbeidsgiverplikter*? Problemstillingen blir drøftet i to ledd og i to plan.

Det første leddet er en analyse av nyansene i arbeidsgiverbegrepet i vernelovgivningen (del II). Her diskuterer jeg hva som utløser arbeidsgiverplikter fastsatt i lov. Jeg fokuserer på relasjonen mellom den som har en arbeidsgiverplikt, og de individene som vernes. Drøftelsen gir derfor både svar på hvem som er pliktsubjekt, og hvem som er omfattet av vernet. Nyansene i lovgivningen sorteres i tre typer «inngangsvilkår». Inngåelse av en *arbeidsavtale* er det sentrale. Arbeidsgiverplikter er som et klart utgangspunkt knyttet til relasjonen mellom arbeidsavtalens parter. I tillegg er en rekke arbeidsgiverplikter utløst av *driftsansvar* til vern av personer som utfører arbeid. Dessuten er enkelte arbeidsgiverplikter utløst av andre former for *innflytelse* på vernet av personer i arbeidslivet.

Denne delen av boken gir med andre ord en systematisk kartlegging og sortering av nyansene i lovgivningens arbeidsgiverbegrep. Det gir grunnlag for å redefinere arbeidsgiverbegrepet som et begrep med en kjerne og to ytre lag.

Det andre leddet er en nærmere analyse av begrepets kjerne – posisjonen som arbeidsavtalens sterke part (del III). Lovfastsatte plikter er i hovedsak knyttet til arbeidsavtalerelasjoner. I tillegg er arbeidsavtalen et selvstendig rettslig grunnlag for arbeidsgiverplikter. Her drøfter jeg hvilke helt konkrete forhold som utløser plikter knyttet til denne relasjonen. Jeg utvikler retningslinjer for tre sentrale problemstillinger: Når er en arbeidsavtale inngått (bindingsspørsmålet), hvordan skiller arbeidsavtalen seg fra andre avtaler (klassifiseringen), og hvordan skal ansvaret som knytter seg til avtalen, plasseres (ansvarsplasseringen)?

Denne delen av boken bidrar altså til å klargjøre de brede, skjønnsmessige vurderingene som må gjøres for å ta stilling til om det foreligger ansvar som er betinget av, eller følger av, en arbeidsavtale.

Drøftelsene gjennom hele boken ligger på to plan. Jeg diskuterer løsningen av konkrete rettsspørsmål – hva som danner grunnlag for arbeidsgiverplikter etter gjeldende rett. Arbeidet med boken har overbevist meg om at forholdet mellom to rettslige grunnverdier – avtalefrihet og vern av individet – er vesentlig for å forstå og begrunne arbeidsgiverplikter. Jeg diskuterer derfor også hvordan disse verdiene avveies i løsningen av de konkrete rettsspørsmålene. Dette belyser den verdimessige forankringen for å legge ansvar på en arbeidsgiver. Verdiperspektivet gir dermed et bilde av hva arbeidsgiverbegrepet dypere sett dreier seg om.

Boken er viktig for alle som må vurdere hvem som har arbeidsgiveransvar, og hvem som er beskyttet av verneregler. Den gir veiledning og analytiske verktøy til løsningen av aktuelle rettsspørsmål. Både advokater, dommere, saksbehandlere, bedrifter, interesseorganisasjoner, tillitsvalgte og enkeltpersonene i arbeidslivet vil ha nytte av det.

Boken gir også dypere innsikt i hva problemstillingene dreier seg om, og i de verdimessige avveiningene som ligger til grunn for dagens løsninger. Det er en plattform for å diskutere hvordan arbeidsgiveransvaret kan videreutvikles, og for rettspolitisk argumentasjon. Det vil særlig være av interesse for myndigheter, politiske miljøer og organisasjonene i arbeidslivet.

Dessuten viser boken behovet for å endre tankesett i møte med arbeidsrettslige problemstillinger. Arbeidsgiverbegrepet er ikke en enhetlig størrelse, og arbeidsgiveransvar er ikke et spørsmål om alt eller ingenting. Hvem som er arbeidsgiver,

er avhengig av hvilken rettsvirkning det gjelder, og i hvilken relasjon det er tale om arbeidsgiveransvar. Arbeidsgiveransvarets innhold og rekkevidde inngår med andre ord *i* selve arbeidsgiverbegrepet. Dette kan gjøre det nødvendig å behandle problemstillingene fra en annen kant. Hvilken rettsvirkning saken gjelder, og hvilke relasjoner det er tale om å knytte ansvaret til, bør avklares før man tar stilling til hvem som er arbeidsgiver.

1.2 Betydning og aktualitet

Arbeidsgiverbegrepet er et viktig begrep i rettslig regulering.[1] *Arbeidsrettslig* regulering er i hovedsak utformet som plikter for «arbeidsgiver». Hva som danner grunnlag for arbeidsgiverplikter, er derfor et arbeidsrettslig grunnspørsmål av prinsipiell betydning. Det dreier seg om når verneregler kommer til anvendelse, hvem som er ansvarlig pliktsubjekt, og hvem som omfattes av vernet.

Spørsmålet om hva som danner grunnlag for arbeidsgiverplikter, berører et stort antall virksomheter og enkeltpersoner. Det er 203 919 virksomheter med ansatte i Norge, og arbeidsstyrken teller 2 748 000 personer.[2] Virksomhetene har et åpenbart behov for å forutsi *når* de er arbeidsgivere, med de forpliktelsene det fører med seg. For enkeltpersonene på arbeidsmarkedet er det opplagt viktig å vite *om* de faller under det vernet arbeidsgiverplikter gir. Det er for eksempel en vesentlig forskjell på reglene for selvstendige oppdragstakere og reglene for en avtale mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker. Også *hvem* som er arbeidsgiver, kan ha sentral betydning for individet. Det kan påvirke innholdet i rettighetene og muligheten til å få en rettighet realisert. Ved en nedbemanning vil for eksempel oppsigelsens saklighet bero på om det foretaket som er arbeidsgiver, kan tilby annet passende arbeid. Stillingsvern i et foretak som skal legges ned, har liten verdi. Spørsmålet om hva som danner grunnlag for arbeidsgiverplikter, må kunne sies å ha bred samfunnsmessig betydning.

Arbeidslivet vil alltid være i utvikling. Dagens arbeidsliv skiller seg grunnleggende fra det industrisamfunnet som reguleringen av arbeid sprang ut av. Reguleringen er bygget på at arbeidsforholdet var en avtalerelasjon mellom to parter

1 Søk på begrepet «arbeidsgiver» på www.lovdata.no gir per 1. november 2014 treff i 113 lover og 297 forskrifter.

2 Arbeidsstyrken per 3. kvartal 2014 og antall virksomheter per januar 2014. Tall fra SSB Arbeidskraftundersøkelsen, se www.ssb.no.

som rommet en særpreget maktubalanse.[3] Noen trekk ved utviklingen gir bokens problemstilling en særlig aktualitet i dag. Jeg vil kort skissere enkelte slike trekk.

For det første er det en økende *kompleksitet* i organiseringen av arbeid. Én side ved det er at eier- og virksomhetsstrukturene er blitt mer sammensatte. De fleste norske foretak er små, med få ansatte.[4] Men det er en tendens til at foretak knyttes sammen gjennom konsernorganisering, nettverk eller andre former for integrering.[5] Det betyr at et foretak som er arbeidsgiver og selvstendig formelt sett, kan være under sterk innflytelse fra andre foretak, noe som kan påvirke styringen av arbeidsforholdene.

Organiseringen av selve arbeidet skaper en annen form for kompleksitet. Sysselsettingen i primærnæringer og tradisjonell industri har over tid vært fallende, mens sysselsettingen i tjenesteytende næringer har vært stigende, og det er antatt at tendensen vil fortsette.[6] I deler av de tjenesteytende næringene er arbeidet ikke stedbundet på samme måte som i tradisjonell industri. Veksten i tjenestesektoren legger til rette for arbeid i treparts- og flerpartsrelasjoner.[7] Arbeidet kan utføres i tilknytning til andre bedrifter, som ved salg av servicefunksjoner til andre bedrifter eller ved prosjektarbeid som foregår hos kundene. Det skaper en trepartsrelasjon i den forstand at arbeidet foregår i en annen virksomhet enn arbeidsgiverens. Utleie av arbeidskraft skaper en tydeligere trepartsrelasjon. Da ligger det i arbeidsavtalen at arbeidstakeren skal utføre arbeid under ledelse og kontroll av en annen enn avtalens arbeidsgiverpart. Utleie av arbeidskraft har vært i sterk vekst i perioden 2004–2008 og har siden 2008 både gått opp og ned i takt med konjunktursvingninger.[8] Det kan også være en sammenheng med kompleksiteten i virksomhetsstrukturene. For foretak som inngår i et konsern, kan det være aktuelt å inngå arbeidsavtaler som knytter arbeidsforholdet til konsernet som sådan, med en adgang til å flytte arbeidstakeren mellom ulike konsernselskap. Det kan både danne treparts- og *fler*partrelasjoner. Tendensen til at foretak integreres i konsern mv., kan muligens gjøre dette mer aktuelt enn tidligere.[9]

---

3 Se nærmere i kap. 2.2 og 2.3.

4 Bare 3044 virksomheter har over hundre ansatte per januar 2014. Tall fra SSB, se www.ssb.no.

5 NOU 1992: 20 s. 70–71, NOU 1999: 34 s. 24–26 og NOU 2004: 5 s. 61 og 145.

6 Meld. St. 46 (2012–2013) s. 28–29.

7 For en oversikt over ulike typer trepartsrelasjoner, se Evju 2012c.

8 Prop. 74 L (2011–2012) s. 15–16. Ved toppen i 2008 var i overkant av 44 000 personer sysselsatt i bemanningsbransjen, der utleie av arbeidskraft utgjør over 90 prosent av omsetningen. Gjennomføringen av vikarbyrådirektivet i 2013 kan ha gitt endringer i dette, se nærmere i kap. 6.3.4.

9 Rettspraksis gir flere eksempler på slike avtaler i internasjonale konsern, se særlig kap. 12.3.4. Flernasjonale selskaper står for en høy andel av de utenlandske direkteinvesteringene i Norge, se NOU 2004: 5 s. 50.