

Notat

Til: Kirkerådet v/Ann-Magrit Austenå
Fra: Advokatfirmaet Wiersholm AS ved Jan Fougner, Julie P. Lorentzen og Arve Skjerve
Dato: 20. mai 2022
Tema: Arbeidsgiverorganisering i Den norske kirke

1. Innledning

I forbindelse med den pågående reformen av arbeidsgiverorganiseringen i Den norske kirke, sendte Kirkerådet den 17. juni 2021 ut Müller-Nilssen-utvalgets rapport¹ på høring til kirkelige instanser. Etter utløpet av høringsrunden 1. desember 2021 og videre etter mottak av Wiersholms notat av 14. januar 2022, har Kirkerådet arbeidet med å gjennomgå og sammenstille tilbakemeldingene. Dette arbeidet har resultert i en oppdatert og utvidet høringsoppsummering basert på svar fra over 1200 høringsinstanser.

Det fremgår av oppsummeringen at et stort flertall av høringsinstansene ønsker én felles arbeidsgiverlinje i kirken.² Kirkerådet har imidlertid gjennom og utenfor høringsrunden fått tydelige tilbakemeldinger på at det er et sterkt behov for at tilsetning både formelt og reelt skjer der arbeidet skal foregå, herunder at tilsettingsmyndigheten for ansatte i menighetene fortsatt ligger lokalt.³ Denne forutsetningen kan utfordre en modell hvor det fulle arbeidsgiveransvaret for alle ansatte i kirken ligger hos rettssubjektet Den norske kirke ("RDNK"), slik Wiersholm har redegjort for i notatet av 14. januar 2022,⁴ ettersom slik utstrakt delegering av tilsettingsmyndighet kan motarbeide kirkens ønske om én felles og tydelig arbeidsgiver. Det utelukker likevel ikke en slik modell, se punkt 3 nedenfor.

Parallelt med Kirkerådets arbeid med høringsoppsummeringen, har Advokatfirmaet Hjort DA ("Hjort") etter bestilling fra KA utarbeidet en vurdering⁵ av Wiersholms notat. I sin vurdering fremholder Hjort at Kirkemøtet i medhold av trossamfunnsloven § 12 annet ledd ikke har kompetanse til å beslutte at alle ansatte i trossamfunnet skal samles i RDNK. I tillegg problematiserer Hjort hvorvidt reglene om virksomhetsoverdragelse vil komme til anvendelse ved en slik overføring av ansatte, eller om et slikt grep vil måtte bero på den enkelte arbeidstakers aksept.

Kirkerådet har på bakgrunn av det ovennevnte bedt Wiersholm om å utarbeide dette supplerende notatet. Formålet er dels å kommentere Hjorts hovedsynspunkter, se punkt 2 nedenfor, og dels å gi enkelte tilleggskommentarer til spørsmålet om delegering av tilsettingsmyndighet, se punkt 3.

¹ Samhandling i en selvstendig folkekirke – ny kirkelig organisering.

² Hovedoppsummering – Kirkelige høringsinstanser, s. 4.

³ Ibid s. 5.

⁴ Se punkt 4.3 om delegering av arbeidsgiverfunksjoner.

⁵ Notat fra Hjort til KA datert 17. mars 2022

2. Merknader til Hjorts notat

2.1 Kirkemøtets organiseringskompetanse

I punkt 2 i sin vurdering går Hjort systematisk gjennom Wiersholms tidligere notat og peker på flere punkter hvor de er uenige i vår tolkning av trossamfunnsloven § 12 annet ledd. Oppsummert ser vi ikke grunn til å endre vår tolkning av Kirkemøtets organiseringskompetanse etter nevnte bestemmelse og fastholder at Kirkemøtet mest sannsynlig kan beslutte at alle ansatte i trossamfunnet Den norske kirke skal samles hos en felles arbeidsgiver, herunder i RDNK. Vi finner det verken nødvendig eller hensiktsmessig å gå inn på alle enkelthetene i denne sammenheng, men vil for ordens skyld kommentere og avklare visse forhold som Hjort har problematisert.

I notatets punkt 2.1 fremholder Hjort at det ikke er grunnlag for å tolke trossamfunnsloven § 12 annet ledd slik at det gir Kirkemøtet kompetanse til å frata soknet oppgaver som det har i dag. Det blir i den forbindelse blant annet vist til at presiseringen i § 11 fjerde ledd av at Kirkemøtet kan "fastsette at ett eller flere organer skal ivareta oppgaver for flere sokn" mv. tilsier at endring av soknets oppgaver faller utenfor Kirkemøtets kompetanse etter § 12 annet ledd. Hjorts argumentasjon bærer på dette punkt preg av antitetisk tolkning som det etter vårt syn ikke er grunnlag for, særlig i lys av tydelige forutsetninger i forarbeidene om at eksemplene i trossamfunnsloven på Kirkemøtets kompetanse til å gripe inn i soknets autonomi ikke skal tolkes uttømmende.⁶ Det er i denne sammenheng illustrerende at Hjort nevner "sammenslåing av sokn" som eksempel på en organisatorisk beslutning Kirkemøtet *kan* fatte i medhold av § 12 annet ledd; en beslutning som må anses som vesentlig mer inngripende i soknets autonomi enn å foreta endringer i soknets oppgaver, men som heller ikke er presisert i lovteksten.⁷

I notatets punkt 2.2 uttrykker Hjort å være uenige i at den historiske bakgrunnen for at soknene ble lovregulert som egne rettssubjekter først og fremst var behovet for selvstendighet overfor kommunene, og peker i den forbindelse på uttalelser i ulike forarbeider som også viser til et ønske om selvstendighet overfor kirken sentralt og regionalt. Med henvisning til Ot.prp. nr. 64 (1994–1995) skriver Hjort blant annet:

"Lovproposisjonen er i det hele tatt temmelig klar på at bakgrunnen for lovfesting av soknene som egne rettssubjekter ikke bare var begrunnet i forholdet til kommunen, men kanskje først og fremst for å bygge opp om økt lokalt kirkelig selvstyre og selvstendighet for lokalmenigheten."

Wiersholm er enig i at bakgrunnen for lovfesting ikke "bare" var begrunnet i forholdet til kommunen, og har heller ikke gitt uttrykk for det motsatte, slik Hjort synes å antyde. I vårt notat er det gjentatte ganger vist til at forholdet til kommunen var den "primære" grunnen til å avklare soknets rettsstilling ved lovregulering, uten at det dermed nødvendigvis var den eneste. Etter vår vurdering levner forarbeidene likevel liten tvil om at forholdet til kommunen, herunder økt selvstendighet for lokalmenigheten i relasjon til kommunen, var den viktigste grunnen til lovreguleringen. At dette var hovedfokuset under lovgivningsprosessen, tydeliggjøres for eksempel av proposisjonens punkt 3.3, hvor det informeres om at "[n]ær 90 % av de menighetsrådene som ga uttalelse, ga sin tilslutning til Kirkelovutvalgets hovedsynspunkt om at soknet skal være den kirkelige grunnenhet og gis en rettslig, økonomisk og administrativ selvstendighet i forhold til kommunen"⁸ (vår understreking). I den grad lovfesting av soknets stilling til en viss grad også var motivert av selvstendigjøring fra kirken

⁶ Prop. 130 L (2018–2019) s. 261.

⁷ At sammenslåing av sokn omfattes av Kirkemøtets kompetanse til å gi nærmere bestemmelser om "kirkelig inndeling" etter trossamfunnsloven § 12 annet ledd, forutsettes i Prop. 130 L (2018–2019) s. 260, men er altså ikke presisert i lovteksten.

⁸ Ot.prp. nr. 64 (1994–1995) s. 19.

sentralt og regionalt (da *Statskirken*), har dette etter vår vurdering begrenset betydning ved tolkningen av dagens bestemmelser i trossamfunnsloven, hvor lovgiver har lagt nye premisser for organiseringen av et trossamfunn som nå er løsrevet fra staten.

I samme punkt 2.2 hevder Hjort at Wiersholms henvisninger til departementets og Stortingskomiteens uttalelser vedrørende generelle fordeler ved å samle arbeidsgiveransvaret i ett organ bygger på en "grov feillesning" av forarbeidene, samt at Wiersholm har forsøkt å "få det til å se ut som om man her diskuterer felles arbeidsgiveransvar for alle i «kirken», med andre ord også de som ikke er ansatt lokalt". Kritikken er feilslått. Det aktuelle avsnittet i Wiersholms notat knytter seg uttrykkelig til, og er en tydelig forlengelse av, problemstillingen rundt fordeling av arbeidsgivermyndighet mellom kommunen og soknet. At uttalelsene fra forarbeidene derfor knyttet seg til de lokalkirkelige ansatte og soknets organer, er det altså ingen tvil om. Wiersholms poeng var å få frem de generelle fordelene ved å samle arbeidsgiveransvaret, slik de ble beskrevet i forarbeidene. Slike fordeler har generell interesse – også i det pågående reformarbeidet.

2.2 Vilkårene for virksomhetsoverdragelse

2.2.1 Betydningen av reglene om virksomhetsoverdragelse

I punkt 3 av sitt notat, problematiserer Hjort hvorvidt arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelser kan komme til anvendelse ved en eventuell overføring av de lokalkirkelige ansatte til RDNK, og peker samtidig på at det er en "betydelig svakhet" ved Wiersholms notat at spørsmålet ikke behandles, noe som tilsynelatende "medfører at de øvrige vurderingene om Kirkemøtets kompetanse mister sin relevans".

Til det sistnevnte bemerkes det at innholdet i og omfanget av Wiersholms notat må forstås på bakgrunn av det mandat som var gitt for Wiersholms arbeid, som var en tolkning av trossamfunnsloven § 12 annet ledd. Prinsipielle avklaringer rundt Kirkemøtets organiseringskompetanse etter denne bestemmelsen er relevant både i det pågående reformarbeidet og for fremtidige endringsprosesser, uavhengig av hvilken endelig modell for arbeidsgiverorganisering Kirkemøtet beslutter i denne omgang. Dette må ses i sammenheng med at det ved spørsmål om overføring av ansatte mellom rettssubjekter må skilles mellom i) grunnlaget for den overordnede beslutningen om overføring og ii) grunnlaget for selve gjennomføringen. Normalt er den overordnede beslutningen om overføring tilkjennegett i en gjensidig avtale inngått mellom to rettssubjekter (arbeidsgivere) i kraft av partenes autonomi. I denne saken er imidlertid Wiersholms vurdering at trossamfunnsloven § 12 annet ledd trolig gir Kirkemøtet hjemmel til å fatte prinsipiell beslutning om overføring med virkning for de involverte rettssubjektene i trossamfunnet Den norske kirke, slik at det ikke er nødvendig at avtaler inngås mellom RDNK og det enkelte sokn/fellesråd.

Beslutningen om overføring med hjemmel i trossamfunnsloven § 12 annet ledd er imidlertid en betinget beslutning i den forstand at den ikke får direkte virkning for de ansatte, på samme måte som at en avtale mellom to rettssubjekter (arbeidsgivere) ikke får direkte virkning for de ansatte. Det må altså tas selvstendig stilling til grunnlaget for selve overføringen, det vil si hvordan overføringen juridisk sett kan og skal gjennomføres. Dersom vilkårene for virksomhetsoverdragelse er oppfylt, vil ansettelsesforholdene til de ansatte overføres kollektivt og automatisk i kraft av loven, med mindre de ansatte reserverer seg mot overføring ved å utøve reservasjonsrett. Dersom vilkårene ikke er oppfylt, vil overføring ikke kunne skje kollektivt og automatisk, men må bero på en tilbud/aksept-modell hvor hver enkelt ansatt må samtykke til overføringen ved å godta tilbudet om stilling hos ny arbeidsgiver. Kirkemøtet kan riktignok bestemme at de ansatte uansett skal ha rettigheter *som om* reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse, men dette er i praksis bare et løfte om at gjeldende lønns- og ansettelsesvilkår skal opprettholdes ved eventuell overgang til ny arbeidsgiver. Det vil likevel

ikke skje noen automatisk overføring av de ansatte med mindre vilkårene for virksomhetsoverdragelse er oppfylt.

I tillegg kommer det at reglene om virksomhetsoverdragelse er komplekse og skjønnsmessige, og vurderingen av om vilkårene er oppfylt kan avhenge av små nyanseforskjeller i det faktum som legges til grunn. På det nåværende stadiet i reformarbeidet, hvor alternative modeller for arbeidsgiverorganisering foreløpig kun har vært beskrevet på et overordnet nivå, kan det derfor vanskelig konkluderes på hvorvidt vilkårene for virksomhetsoverdragelse vil være oppfylt på generelt grunnlag. Vi er imidlertid ikke enig med Hjort i at vilkårene for virksomhetsoverdragelse ikke kan være oppfylt ved en samling av arbeidsgiveransvaret i RDNK, og vil utdype noe nærmere rundt dette både hva gjelder overføring av lokalkirkelige ansatte fra fellesråd til RDNK og en eventuell overføring av prester fra RDNK til fellesråd.

2.2.2 Kort om vilkårene for virksomhetsoverdragelse

Arbeidsmiljøloven § 16-1 oppstiller flere vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse. Det må i) foreligge en "overdragelse", ii) overdragelsen må gjelde en "virksomhet eller del av en virksomhet", og iii) overdragelsen må innebære et skifte av arbeidsgiver for de overførte ansatte. Når disse vilkårene tolkes av domstolene, legges det en formålsorientert tilnærming til grunn for å sikre ivaretagelse av de ansattes rettigheter.⁹

Selv om arbeidsmiljøloven § 16-1 oppstiller flere vilkår, er det i praksis ofte vilkåret om at det som overføres må være en "virksomhet eller del av virksomhet" som byr på tvil. For at dette vilkåret skal være oppfylt, må det som overføres for det første ha utgjort en "selvstendig økonomisk enhet" i overdragers virksomhet før overdragelsen. For det andre må enhetens identitet være i behold etter overdragelsen. I sistnevnte ligger det at enheten ikke må ha endret karakter slik at den etter overdragelsen fremstår som noe annet. Dette beror på om en tilstrekkelig del av det som kjennetegner virksomheten, herunder ansatte og aktiva, er overført til og videreføres av erverver.¹⁰

2.2.3 Overføring av lokalkirkelige ansatte fra fellesråd til RDNK

Wiersholm vil først knytte noen kommentarer til hvorvidt overføringen av lokalkirkelige ansatte fra fellesråd til RDNK kan oppfylle arbeidsmiljølovens vilkår om virksomhetsoverdragelse. I sitt notat vurderer Hjort at vilkåret om at enheten som overføres må beholde sin identitet etter overdragelsen (identitetsvilkåret) "nepe" vil være oppfylt dersom ansvaret for oppgavene som i dag ivaretas av de lokalkirkelige ansatte blir liggende hos soknet. Standpunktet er ikke nærmere begrunnet.

Wiersholms foreløpige vurdering er at både identitetsvilkåret og de øvrige vilkårene for virksomhetsoverdragelse kan være oppfylt dersom man samler arbeidsgiveransvaret for alle kirkelige ansatte i RDNK, selv om det overordnede ansvaret for de lokalkirkelige oppgavene blir liggende hos soknet. Soknet vil i et slikt tilfelle beholde det overordnede ansvaret for at oppgavene ivaretas, hvilket er omtalt som "innholdsansvaret" i vårt notat av 14. januar 2022. Den praktiske gjennomføringen av oppgavene, og dermed aktiviteten som sådan, vil imidlertid naturlig henge sammen med og bli overført sammen med de ansatte som faktisk utfører arbeidet. En eventuell overføring av alle ansatte fra dagens fellesråd til RDNK synes å bygge på en forutsetning om at de ansatte skal utføre det samme arbeidet, fra de samme lokalene og med det samme utstyret som i dag. Det vil i realiteten derfor være lite som skiller arbeidstakernes arbeidssituasjonen før og etter overdragelsen, hvilket taler for at

⁹ Se bl.a. Rt. 2010 s. 330 med videre henvisninger til praksis fra EU-domstolen.

¹⁰ Se nærmere om kravet til at enhetens identitet må være i behold i Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven - Lovkommentar* (Universitetsforlaget, 3. utg., 2018) s. 1028 flg.

identitetsvilkåret vil være oppfylt. Det er i denne sammenheng ikke avgjørende at aktiva som kirkebygg og utstyr, som de ansatte vil fortsette å benytte, ikke eies av RDNK som ny arbeidsgiver.¹¹

Etter vår vurdering er det derfor ikke grunnlag for på prinsipielt grunnlag å forkaste en modell for ny arbeidsgiverorganisering hvor alle ansatte er samlet hos RDNK med henvisning til vilkårene for virksomhetsoverdragelse. Slik vi ser det, kan modellen trolig gjennomføres på en slik måte at vilkårene for virksomhetsoverdragelse er oppfylt.

2.2.4 Overføring av prester fra RDNK til fellesråd

Wiersholm vil også knytte enkelte kommentarer til en eventuell overføring av prester fra RDNK til fellesråd (den alternative soknemodellen). I den alternative soknemodellen er forutsetningen at den enkelte prest skal overføres til det fellesrådsområdet som vedkommende allerede er tilknyttet, eventuelt til et geografisk større og forsterket fellesråd. I praksis vil dette antakelig gjennomføres som flere separate virksomhetsoverdragelser. Det er i så fall nærliggende å knytte vurderingen av vilkårene for virksomhetsoverdragelse til den enkelte prest eller den gruppen av prester som overføres til samme fellesråd. Til dette bemerkes det for det første at det i utgangspunktet ikke er av betydning for spørsmålet om virksomhetsoverdragelse om overføringene gjennomføres samtidig eller etappevis. For det andre bemerkes det at selv om konklusjonen generelt må antas å bli den samme, kan det ikke utelukkes at det vil foreligge særlige omstendigheter ved enkelte fellesråd som medfører at vurderingene ikke nødvendigvis blir identiske.

Slik vi ser det, er det sentrale spørsmålet hvorvidt en slik gruppe med prester kan anses som en organisatorisk og selvstendig *enhet* i arbeidsmiljølovens forstand. I denne vurderingen er det avgjørende om den enkelte presten eller den aktuelle gruppen med prester utgjør en organisert helhet av ressurser som kan utøve en virksomhet. Gitt prestenes generelle selvstendighet, legges det til grunn at terskelen er lav for anse prestene som en enhet, men dette må vurderes konkret når modellen er nærmere utbrodert.

For øvrig vil de ovennevnte karakteristikken ved overføring av lokalkirkelige ansatte fra fellesrådene til RDNK langt på vei også kjennetegne en eventuell overføring av prestedtjenesten fra RDNK til fellesrådene. Prestedtjenesten er særlig karakterisert av prestenes arbeidskraft, herunder deres kunnskap og trosformidling, og forutsetningene for soknemodellen synes å være at en eventuell overføring i seg selv ikke skal få betydning for prestenes ansvarsområder eller arbeidsoppgaver. Det legges til grunn at prestenes mandat og gjøremål også etter overføringen skal utledes av den enhver tid gjeldende tjenesteordning fastsatt av Kirkemøtet, for tiden med hjemmel i kirkeordningen § 39 fjerde ledd.¹² At rammeverket for prestedtjenestens virksomhet dermed er fastsatt av et annet rettssubjekt enn fellesrådet som ny arbeidsgiver, vil etter vår vurdering ikke ha avgjørende betydning for spørsmålet om hvorvidt reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse. Tvert imot kan videreføring av tjenesteordningen tale for at prestedtjenestens identitet er i behold etter overføringen. Det nevnes i denne sammenheng at mandatet til flere øvrige lokalkirkelige stillinger, herunder kantorer, diakoner og kateketer, også følger av tjenesteordninger fastsatt av Kirkemøtet.¹³

¹¹ Se bl.a. Rt. 2015 s. 718 og Rt. 2010 s. 330, hvor eierskap til lokaler og infrastruktur tillegges liten vekt i helhetsvurderingen.

¹² Se gjeldende tjenesteordning med kvalifikasjonskrav for menighetsprester, fastsatt av Kirkemøtet 16. november 2021, oppdatert 10. februar 2022, som fastsetter gjøremål og kvalifikasjonskrav for menighetsprester.

¹³ Jf. Kirkeordning for Den norske kirke § 28 annet ledd bokstav c.

Wiersholms vurdering er følgelig at vilkårene for virksomhetsoverdragelse også kan være oppfylt ved overføring av prestetjenesten fra RDNK til fellesråd, men at særlig enhetsvilkåret må vurderes nærmere når rammene for en eventuell overføring er fastsatt.

3. Nærmere om delegering av tilsettingsmyndighet

Som gjort rede for i punkt 2.2.3 over, er Wiersholms vurdering at en overføring av de lokalkirkelige ansattes ansettelsesforhold til RDNK trolig kan gjennomføres etter arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse. Selv om vilkårene for virksomhetsoverdragelse dermed ikke synes å stå i veien for en slik modell for arbeidsgiverorganisering, tyder tilbakemeldingene som Kirkerådet har mottatt på at plasseringen av tilsettingsmyndighet kan skape utfordringer, ettersom et mer eller mindre unisont ønske om å legge tilsettingsmyndigheten til lokale organer kan motvirke formålet med en samling av arbeidsgiveransvaret i RDNK. Det vises til vårt notat av 14. januar 2022, hvor vi blant annet beskriver at utstrakt delegering av sentrale arbeidsgiverfunksjoner til et eksternt organ kan medføre risiko for at det oppstår tvil om reell arbeidsgivers identitet.¹⁴

En modell for arbeidsgiverorganisering hvor alle ansatte samles i RDNK bør imidlertid ikke avskrives som rettslig umulig med henvisning til behovet for delegering av tilsettingsmyndighet. Vår oppfatning er at delegering av en konkret og definert kompetanse til å forestå tilsetninger i lokalkirken er mulig. Videre vil en slik delegering være mindre betenkelig dersom RDNK som reell arbeidsgiver samtidig etablerer tydelige rammer for delegasjonen og det lokale organets utøvelse av kompetansen. Det lokale tilsettingsorganets handlingsrom og fremgangsmåte ved tilsetninger bør derfor fastlegges i tydelige og felles retningslinjer utarbeidet av RDNK, for på denne måten å oppnå ensartet praksis. Som påpekt i vårt notat av 14. januar 2022, er det særlig viktig å sørge for at lokale tilsettingsorganer har tilstrekkelig kjennskap til relevante regler som gjelder ved tilsetninger, noe felles retningslinjer også kan bidra til. Relevant regelverk i denne sammenheng omfatter blant annet likestillings- og diskrimineringsloven, kvalifikasjonsregler etter tariffavtaleverket¹⁵ og deler av forvaltningsloven.¹⁶ Retningslinjene bør derfor også være tydelige på fordeling av ansvar for og samarbeid ved oppfølging av eventuelle klager fra arbeidssøkere som mener relevant regelverk er brutt i tilsettingsprosessen. Slik vi ser det, bør ansvaret for å følge opp slike saker ligge hos RDNK sentralt, men slik at tilsettingsorganet har en plikt til å medvirke for å få saken tilstrekkelig opplyst.

En grunnforutsetning for delegering av tilsettingsmyndighet fra RDNK til lokale organer er i ethvert tilfelle at det verken for arbeidssøker, soknet/fellessrådet eller et eventuelt annet lokalt tilsettingsorgan er noen tvil om at tilsettingen skjer på vegne av RDNK som reell arbeidsgiver.

¹⁴ Denne risikoen gjelder i utgangspunktet uavhengig av på hvilket grunnlag RDNK baserer delegasjonen, dvs. både der delegasjonen er hjemlet i trossamfunnsloven § 12 annet ledd og der delegasjonen er hjemlet i avtale med det eksterne tilsettingsorganet som er inngått i kraft av RDNKs styringsrett.

¹⁵ Se punkt 2.2 i Hovedtariffavtalen for Den norske kirke.

¹⁶ Om forvaltningslovens anvendelse ved tilsetninger og andre personalsaker, se § 42 i kirkeordningen og § 3 i personalreglementet i Den norske kirke.