

Ansattes rettigheter og plikter i forbindelse med oppkjøp eller utsetting av virksomhet

NICOLAY SKARNING OG MARI VERLING

Nicolay Skarning, advokat (H), Kvale Advokatfirma
ns@kvale.no

Mari Verling, advokat, Kvale Advokatfirma
mve@kvale.no

Når er ny arbeidsgiver bundet av de ansattes lønns- og arbeidsvilkår ved oppkjøp eller utsetting av virksomhet? Hvilke rettigheter har arbeidstaker? Artikkelen gjennomgår sentrale rettigheter og plikter ved overdragelse av virksomhet.

NØKKEWORD

virksomhetsoverdragelse | utsetting | oppkjøp | arbeidsmiljøloven | saksbehandling

INNLEDNING

Oppkjøp og utsetting av virksomhet er blitt særlig aktuelt under koronapandemien, der mange bedrifters lønnsomhet har vært under press og man er blitt nødt til å revurdere eksisterende struktur og organisering. Flere virksomheter har da vurdert å sette ut deler av virksomheten til et eksternt byrå, f.eks. renhold, resepsjonistfunksjoner, IT, regnskap eller annet. For andre virksomheter har situasjonen skapt muligheter for å kjøpe opp hele eller deler av andre bedrifter.

Slike overføringer kan utgjøre en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand, dersom visse vilkår er oppfylt. Dette gjelder i korte trekk ved overdra-

gelse av en virksomhet eller en selvstendig del av en virksomhet til en annen arbeidsgiver, og den overførte virksomheten beholder sin «identitet» etter overføringen.¹ Dette beror på en konkret vurdering, som vi ikke går nærmere inn på i denne artikkelen.

Temaet for denne artikkelen er hvordan nåværende og ny arbeidsgiver skal forholde seg til de ansattes rettigheter og plikter, dersom utsetting eller oppkjøp av virksomhet faktisk utgjør en virksomhetsoverdragelse. Kan de ansatte få rimeligere vilkår, eller må de tidligere lønns- og arbeidsvilkår respekteres?

I januar 2021 ble ny eier av en barnehage funnet ansvarlig for å betale reguleringspremier for en pensjonsordning som var sagt opp flere år før overdragelsen og dermed dømt i Høyesterett² til å betale totalt 1,4 millioner kroner. Den nye eieren ble i tillegg ansvarlig for å dekke livsvarig oppregulering av pensjonsforpliktelsen for tre ansatte. Forpliktelsen kom overraskende på den nye eieren. Det er derfor viktig før en transaksjon å vite om virksomhetsoverdragesreglene kommer til anvendelse, og hva som blir konsekvensen hvis så er tilfelle.

I det følgende gis det en oversikt over de rettslige konsekvensene av at en overdragelse vurderes å være en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand, med særlig fokus på de ansattes rettigheter og plikter.

PLIKT TIL SAKSBEHANDLING

Når overdragende og overtakende virksomhet har avklart at virksomhetsoverdragesreglene kommer til anvendelse, må de legge opp saksbehandlingen etter arbeidsmiljøloven §§ 16-5 til 16-7. Reglene stiller krav til informasjon og drøftelse med de tillitsvalgte, og tilsvarende informasjon gis til alle ansatte.

Kjernen er at ny og tidligere arbeidsgiver så tidlig som mulig skal gi informasjon om, og drøfte, overdragelsen med arbeidstakernes tillitsvalgte. Nøyaktig hvilken informasjon som skal gis følger direkte av loven. Det skal gis særskilt informasjon om a) grunnen til overdragelsen, b) fastsatt/foreslått dato for overdragelsen, c) de rettslige, økonomiske og sosiale følger av overdragelsen for arbeidstakerne, d) evt. endringer i tariffavtaleforhold, e) planlagte tiltak overfor arbeidstakerne og f) reservasjons- og fortrinnsrett, og fristen for å utøve slike rettigheter.

Slik informasjon og drøftelser med tillitsvalgte skal gjerne skje før overdragelse er besluttet. På dette stadiet kan den tillitsvalgte pålegges taushetsplikt.

Senere skal også ansatte naturligvis gis informasjon om overdragelsen og konsekvensene av denne. De skal få informasjon om den forestående virksomhetsoverdragelsen, når dette skal skje og konsekvensene dette har for en selv. Man må blant

1. Arbeidsmiljøloven. *Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005.*

2. HR-2021-61-A.

annet informere om at ansatte har plikt til å være med over, og at den som eventuelt reserverer seg mot å bli med, vil kunne få sitt arbeidsforhold avsluttet i og med overdragelsen, fra overdragelsestidspunktet.³

RETTIGHETER KNYTTET TIL LØNN, ANSIENNITET, PENSJON, TARIFFAVTALER MV.

Lønn og arbeidsvilkår følger med over til ny arbeidsgiver. Derfor er det, som nevnt, viktig å vite hva dette innebærer. Det er imidlertid unntak for pensjon etter arbeidsmiljøloven § 16-2 (3): «Ny arbeidsgiver kan imidlertid velge å gjøre allerede eksisterende pensjonsordninger gjeldende overfor de overførte arbeidstakerne.»

Det er videre unntak for tariffavtaler dersom ny arbeidsgiver reserverer seg overfor fagforeningen. Skriftlig erklæring om reservasjon må være levert til fagforeningen senest innen tre uker etter overdragelsestidspunktet. Dersom arbeidsgiver velger å reservere seg overfor fagforeningen, har de ansatte likevel rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkår som følger av den tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av. Se nærmere i arbeidsmiljøloven § 16-2 (2).

I og med at det i utgangspunktet kun er individuelle rettigheter for de ansatte som overføres ved virksomhetsoverdragelse, kan det oppstå spørsmål om en konkret ytelse er en individuell rettighet eller ikke. I en sak der forsvaret hadde satt renhold ut til ISS, var partene enige om at overdragelsen var en virksomhetsoverdragelse, i og med at de ansatte var overført, aktiviteten den samme og kundegruppen den samme.⁴ Tvisten gjaldt den forlengede oppsigelsesfristen (6 måneder) og mulighet for å gå av med tidligpensjon (65 og 62 år), som renholderne hadde hatt i Forsvaret, var overført til ISS. Høyesterett kom til at de forlengede oppsigelsesfristene var individuelle rettigheter som ble overført, men at tidligpensjon ikke ble overført da ISS hadde benyttet anledningen til å overføre de ansatte til sin egen innskuddspensjonsordning. Det er et lovfestet pensjonsunntak fra rettighetsovergangen ved virksomhetsoverdragelser i arbeidsmiljøloven § 16-2 (3) for å gi ny arbeidsgiver mulighet for å innlemme de ansatte i egen pensjonsordning og dermed behandle dem likt.

Et annet eksempel er saken om overføring av Julebygda barnehage, som ble nevnt innledningsvis, der ny eier ble dømt til å betale ca. 1,4 millioner kroner i erstatning og sakskostnader, i tillegg til livsvarige oppreguleringer av pensjoner til tre ansatte. De hadde tidligere hatt kollektiv pensjonsordning som hadde blitt sagt opp i 2007. Ny eier overtok barnehagen i 2012 og det var enighet om at det var virksomhetsoverdragelse, i og med at både aktivitet, lokaler og ansatte var overført

3. Næss, Mona. 2013. *Virksomhetsoverdragelse*. Oslo: Universitetsforlaget.

4. HR-2020-1339.

til ny eier. Partene var bare uenige om konsekvensen av den tidligere kollektive pensjonsordningen. Høyesterett kom til at rettigheten var en individuell/opparbeidet rettighet som ikke var omfattet av pensjonsunntaket, og dermed ble rettigheten overført ved overdragelsen. Dommen viser viktigheten av å ha god oversikt over hvilke forpliktelser som påhviler virksomheten som overføres overfor de ansatte.

ANSATTES RETT TIL Å RESERVERE SEG MOT VIRKSOMHETSOVERDRAGELSEN

Arbeidstakerne har en ubetinget rett til å reservere seg mot å bli med over til ny arbeidsgiver etter arbeidsmiljøloven § 16-3, innen den frist arbeidsgiver har satt. Slik reservasjon medfører imidlertid som hovedregel at arbeidstaker da må forlate virksomheten ved virksomhetsoverdragelsestidspunktet, uavhengig av oppsigelsesreglene og som et selvstendig opphørsgrunnlag for arbeidsforholdet (Mona Næss 2013, s. 184).⁵ Ansatte som har benyttet seg av reservasjonsretten, og som har vært ansatt i virksomheten i til sammen minst 12 måneder de siste to år før overdragelsestidspunktet, har fortrinnsrett til ny ansettelse hos tidligere arbeidsgiver i ett år fra overdragelsestidspunktet, med mindre det gjelder en stilling arbeidstaker ikke er kvalifisert for.

NÅR KAN ANSATTE FASTHOLDE ARBEIDSFORHOLDET HOS OVERDRAGENDE ARBEIDSGIVER (VALGRETT)?

Rettspraksis har utviklet en unntaksregel om valgrett for arbeidstaker, der arbeidstaker har reservert seg mot å bli med over til ny arbeidsgiver, noe som innebærer at man unntaksvis kan fastholde arbeidsforholdet hos første arbeidsgiver. Dette er likevel først og fremst interessant for arbeidstaker der overdrager faktisk kan beholde vedkommende, vi har sett flere dommer der kommunens utsetting av virksomhet har utløst valgrett. Kommuner kan ha en størrelse som gjør valgretten interessant.

Høyesterett uttalte i Psykiatri-dommen⁶ at valgrett etter omstendighetene kan foreligge dersom virksomhetsoverdragelsen «... fører til ikke uvesentlige negative endringer i arbeidstakerens situasjon».

Høyesterett understreket at ansatte i utgangspunktet må kunne tåle en viss forverring, men at «... visse endringer kan være av en så inngripende karakter, og bety så mye for arbeidstakerens nåtidige og fremtidige situasjon, at de bør utløse en valgrett».

5. Næss, Mona. *Virksomhetsoverdragelse*.

6. Rt. 2000 s. 2047.

Et eksempel er DNB-dommen fra 2018⁷, der en arbeidstaker fikk rett til å bli værende i DNB fordi hun ellers ville mistet Avtalefestet Pensjon (AFP), en rett hun kunne benyttet ett års tid etter virksomhetsoverdragelsen, og som hadde en økonomisk verdi i størrelsesorden 1,3 millioner kroner.

I Norlandia-dommen⁸ fra 2011, kom lagmannsretten til at de ansatte på et sykehjem, som ble overført fra et kommunalt selskap til et privat selskap, hadde valgrett. Etter overdragelsen var det betydelig fare for at flere ville miste sitt arbeid etter det konsept som Norlandia hadde for videre drift. Faren for oppsigelser i Oslo kommune var langt mindre. Lagmannsretten la også til grunn at valgretten var en individuell rettighet.

Et annet eksempel er Miljøtransport-dommen⁹ fra 2000. Her ble ansatte innen renovasjon overført fra kommunen til et privat selskap (Miljøtransport), og Høyesterett kom til at det var valgrett fordi de ansatte sto overfor nedbemanning og en mer usikker arbeidssituasjon.

I Vest-Ro slakteri-dommen¹⁰ fra 1999 satte et slakteri ut renholdet til ISS, og tre ansatte ble overført. Høyesterett aksepterte at én ansatt hadde valgrett, siden hun ble påført vesentlig større risiko for å få atskillig lengre arbeidsreise til et nytt arbeidssted. Det ble dermed lagt til grunn at hun hadde rett til å fastholde arbeidsforholdet med sin opprinnelige arbeidsgiver.

I Nemko-dommen (Rt-1999-977) flyttet Nemko sitt sentralbord til Securitas. Den ansatte på sentralbordet fikk lov til å velge å bli værende i Nemko i stedet for å bli flyttet over. Retten uttalte:

Sett fra arbeidstakerens side er forskjellen til bedriftsovertakelsen markert. Selv om A har beholdt sitt arbeidsområde – og dette var forutsatt ved overdragelsen – mister hun fellesskapet i forhold til det å være ansatt i Nemko, selv om hun inntil videre fortsetter å ha bedriften som arbeidssted. Videre blir hun del av en annen bedrift med et helt annet virksomhetsområde. Innholdet i arbeidsgiverens styringsrett blir dermed i faktisk henseende et helt annet, slik også A har opplevd i perioder ved å bli satt som stasjonær vakt i ulike bygg. Samlet sett mener jeg at ved overføring av begrensede deler av en virksomhet, vil arbeidssituasjonen og arbeidskontrakten lettere skifte realitetsinnhold slik at arbeidstakeren i så fall kan fastholde sin opprinnelige arbeidskontrakt.

Vi ser av Høyesteretts uttalelse at valgrett blir mer aktuelt ved delvis overdragelse enn ved overdragelse av hele virksomheten. Om det kreves valgrett, vil imidlertid saksbehandlingen på forhånd langt på vei kunne avklare.

7. HR-2018-1944-A.

8. LB-2010-204200.

9. Rt. 2000 s. 2058.

10. Rt. 1999 s. 989.

PRAKTISKE RÅD

Saksbehandlingen ved virksomhetsoverdragelser – med informasjon og drøftelser med de tillitsvalgte, og deretter informasjon og eventuelt samtaler med de ansatte – vil kunne bringe på det rene om de ansatte krever rettighetsovergang eller krever å bli værende hos nåværende arbeidsgiver. Saksbehandlingen kan således skape mer forutberegnelighet for både overdragende og overtakende virksomhet, selv om man aldri kan gardere seg helt mot senere søksmål med krav etter virksomhetsoverdragelsesreglene. Når det gjelder valgrett, kan den komme inn der ansatte får en vesentlig dårligere situasjon hos overtakende virksomhet. Også denne delen bør derfor vurderes og eventuelt diskuteres med tillitsvalgte og ansatte, for å avdekke om det er risiko for søksmål om valgretten.

AVSLUTNING

Virksomhetsoverdagelsesreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 16 skaper betydelig ansvars- og kostnadsrisiko ved transaksjoner og deltagelse i anbudskonkurranser. Denne risiko kan senkes betraktelig ved en forhåndsanalyse av situasjonen, i kombinasjon med god saksbehandling. Dersom partene lander på at virksomhetsreglene kommer til anvendelse, blir det viktig å få avklart hvilke forpliktelser som i så fall overføres til ny arbeidsgiver. Dersom en lite lønnsom virksomhet kjøpes opp og skal innlemmes hos ny arbeidsgiver, vil det ofte være hensiktsmessig å nedbetanne denne virksomheten først, fordi overføring av en rekke overtallige stillinger kan skape store problemer og store kostnader hos ny arbeidsgiver, og samtidig skape problemer i forhold til ny arbeidsgivers opprinnelige ansatte.

Oppkjøp eller utsetting av virksomhet – hvilke regler gjelder?

NICOLAY SKARNING OG MARI VERLING

Nicolay Skarning, advokat (H), Kvale Advokatfirma
ns@kvale.no

Mari Verling, advokat, Kvale Advokatfirma
mve@kvale.no

Når kommer arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse til anvendelse? Svaret er av stor betydning for ny og gammel arbeidsgiver ved oppkjøp eller utsetting av virksomhet. Artikkelen besvarer spørsmålet gjennom en rekke eksempler og dommer.

NØKKEWORD

virksomhetsoverdragelse | arbeidsforhold | rettigheter og plikter | arbeidsmiljøloven | EU/EØS-rett

INNLEDNING

Koronapandemien gjennom 2020 og 2021 har satt oppkjøp og utsetting av virksomhet på dagsorden. Pandemien har ført til at noen bedrifter har måttet redusere virksomheten, mens andre har utvidet. Mange bedrifter har sett nøyer på sin nåværende organisering og potensialet for effektivisering, herunder muligheten for å outsource noen funksjoner. Andre har sett på muligheten for å vokse, eksempelvis ved å kjøpe opp andre virksomheter som sliter. Slike overdragelser kan utgjøre en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand, som innebærer at en rekke ufravikelige regler kommer til anvendelse. Temaet for denne artikkelen er når en transaksjon er en virksomhetsoverdragelse som utløser slike virkninger.

Virksomhetsoverdragelsesreglene er inkorporert i norsk rett fra EU-retten gjennom EØS-avtalen. Dommer fra EU- og EFTA-domstolene er derfor relevante, men omtales i denne artikkelen mest indirekte gjennom de norske dommene. I tillegg vil det bli brukt en rekke eksempler og gitt praktiske råd. Målet med artikkelen er å gi overdragende og overtakende arbeidsgiver større forutberegnelighet i transaksjonene. De to partene er solidarisk ansvarlig for forpliktelser overfor de ansatte¹, men ansvaret dem imellom kan avtalereguleres². God oversikt over både regelverk og forpliktelser gjør det dermed mulig for partene å utarbeide avtaler som er balansert og skaper forutsigbarhet.

I det følgende gis det først en oversikt over vilkårene for at reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven skal komme til anvendelse (neste punkt). Deretter gjennomgås flere illustrerende eksempler der domstolene kom til at det forelå en virksomhetsoverdragelse (punktet om at det forelå virksomhetsoverdragelse), og der domstolene kom til at det ikke forelå en virksomhetsoverdragelse (punktet om at det ikke forelå virksomhetsoverdragelse). Eksempelene er ment å gi veiledning til bedrifter for hvor grensen går.

DEN INNLEDENDE VURDERINGEN

Arbeidsmiljølovens tre kriterier

Det er etter arbeidsmiljøloven § 16-1 tre betingelser for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse; en type overdragelse som utløser de ansattes rett til å beholde nåværende lønns- og arbeidsbetingelser uendret. Vilårene er i korte trekk følgende:

a) Overdragelse/overflytting av aktivitet

Det må skje en overdragelse av virksomhet, dvs. en overflytting av aktivitet fra en bedrift til en annen. Dette kan skje gjennom en avtale mellom partene, som f.eks. ved fisjon eller fusjon, eller at en part taper en anbudskonkurranse til den andre, uten at disse har kontakt eller avtale seg imellom. Et eksempel kan være at et regnskapsfirma kjøper opp et annet regnskapsfirma, som inkorporeres i den overtakende virksomheten, hvor de ansatte overføres med uendrede vilkår. Et annet eksempel kan være et regnskapsfirma som vinner en anbudskonkurranse om å overta regnskapstjenestene til en større virksomhet fra en annen leverandør, og som må ta over de ansatte hos den andre leverandøren på uendrede arbeidsvilkår.

1. Jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 (1) og HR-1995-233-K.

2. Uten avtale må det legges til grunn at overdragende virksomhet svarer for forpliktelsene frem til overdragelsen og overtakende virksomhet for forpliktelsene etterpå.

Vilkåret skaper sjelden problemer i praksis fordi det tolkes så vidt, og vi kommer derfor ikke til å omtale det nærmere.

b) Selvstendig økonomisk enhet

Overdragelsen må omfatte en selvstendig økonomisk enhet, noe som er uproblematisk ved kjøp av en hel virksomhet, men som kan skape tvil ved overdragelse av deler av en virksomhet, herunder ved utsetting (outsourcing) og inntaking (insourcing) av virksomhet.

Høyesterett³ har uttalt at det som overføres må utgjøre en stabil og operasjonell enhet, som selv er i stand til å levere de tjenester som er karakteristiske for virksomhetens økonomiske aktivitet. EU-domstolen har sett på om virksomheten før overføringen var en organisert helhet av personer og aktiva, som gjorde det mulig å utøve en økonomisk aktivitet med et selvstendig formål.⁴ Det kan imidlertid være snakk om en selvstendig økonomisk enhet selv om den er avhengig av støttefunksjoner i virksomheten for øvrig.

Dette vilkåret er underlagt en helhetsvurdering som kan være vanskelig. Vi går derfor inn på flere dommer som sier noe om dette vilkåret. Et eksempel på en selvstendig økonomisk enhet kan være at hele økonomiavdelingen settes ut til en tjenesteleverandør av økonomiske tjenester. Den vil da normalt sees som en selvstendig økonomisk enhet, mens vurderingen er vanskeligere der bare deler av den overføres.

c) Enheten må beholde sin identitet etter overføringen

Enheten må beholde sin identitet etter overføringen, og dette kriteriet har medført en rekke tvister, som vi gjenfinder i rettspraksis. Også dette vilkåret underlegges en bredere vurdering, hvor momenter fra enhetsvurderingen kan inngå⁵, og det stilles ikke alltid så store krav til å fastslå at identiteten er i behold. Rettspraksis fra EU-domstolen kan tolkes slik at dersom en sak ligger slik an at identitetsvilkåret anses oppfylt selv om verdifulle aktiva ikke er overtatt, vil normalt også enhetsvilkåret anses oppfylt. Fra EU-domstolens dom i 1985 i Spijkers-dommen⁶ ramset EU-domstolen opp noen av momentene ved vurderingen av om identiteten er i behold:

... hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overtagelse af de fysiske aktiver som for eksempel bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overdragelsen, hvorvidt den nye indehaver overtager størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overtages samt i hvor høj grad de økonomiske aktiviteter før og efter overdragelsen er de samme.

3. Rt-2011-1755 avsnitt 53.

4. Se C-13/95 (Süsen), avsnitt 13.

5. Se HR-2015-1276-A (Kirkens Bymisjon) avsnitt 65.

6. C-24/85.

Et eksempel kan igjen være økonomiavdelingen, som settes ut til et stort regnskapsfirma, og hvor de ansatte også får en del nye arbeidsoppgaver. Fortsatt vil man antagelig si at identiteten er i behold, selv om det er noen endringer hos ny arbeidsgiver.

Eiernes opplegg kan bli avgjørende

Både ved oppkjøp og utsetting av virksomhet er det viktig å utrede forholdet til de ansatte. Det er flere alternativer, avhengig av hva overdragende og overtakende virksomhet ønsker. Skal alle eller noen av de ansatte være igjen i overdragende selskap, eller skal alle være med over til ny arbeidsgiver? Hva er best for de involverte virksomheter, og hva sier eventuelt de ansatte? Ved vurderingen av om reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse, vil domstolen først og fremst se på hvordan aktivaene er disponert før og etter. Partene kan dermed påvirke klassifiseringen gjennom sine disposisjoner. Dette er akseptert av domstolene. Til eiernes opplegg for en transaksjon uttalte eksempelvis Høyesterett i Gate Gourmet-saken⁷:

Jeg tilføyer at etter overtakelse av en større kontrakt vil det overtakende selskap ... i en del tilfeller kunne øve betydelig innflytelse på den arbeidsrettslige bedømmelse gjennom de valg arbeidsgiveren tar med hensyn til rekruttering av arbeidstakere og overtakelse av lokaler og andre driftsmidler.

Det har i utgangspunktet begrenset betydning hva bedriften og de ansatte måtte mene om transaksjonen. Det kan imidlertid reises spørsmål ved om betydningen av at ledelsen og de ansatte er enige om en transaksjon er virksomhetsoverdragelse eller ikke, da slik enighet i norsk rettspraksis tradisjonelt har hatt til dels stor betydning, jf. Rasmussen Offshore-dommen fra Høyesterett.⁸ Samtidig står lovens kriterier over en eventuell enighet mellom partene.

Noen innledende praktiske råd

Arbeidsgiveransvaret medfører i norsk rett både et stort ansvar, høye kostnader og høy risiko. Derfor må den arbeidsrettslige vurdering inn helt fra starten, når bedriften vurderer oppkjøp, utsetting eller innfusjonering av virksomhet, eller deltar i en anbudskonkurranse. Arbeidsgiveransvaret overføres ved virksomhetsoverdragelse til overtakende virksomhet, og da er det viktig å ha klart for seg hva dette

7. Rt-2011-1755, avsnitt 68.

8. HR-2000-112, hvor Høyesterett uttalte at domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgivere og tillitsapparatet.

innebærer og hvilke ansatte som overføres. En oppstilling over alle aktiva som overføres, herunder hvilke ansatte, sammen med en beskrivelse av virksomheten før og etter overdragelsen, vil være til nytte i disse sammenhengene.

RETSPRAKSIS DER DOMSTOLENE FANT AT DET FORELÅ VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE

Innledning

Vi skal i det følgende se at domstolene ved vurderingen av om reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse eller ikke, ser på hva slags type virksomhet det er tale om og hvilke aktiva den er preget av. Er den arbeidsintensiv, som for eksempel renhold? Da er det sentralt om ansatte overføres til ny arbeidsgiver og i så fall hvor mange. Det spiller ingen rolle om de ansatte overføres direkte eller om ny arbeidsgiver bare ansetter dem, og hva slags vilkår de i første omgang får. Er virksomheten kapital- og utstyrsintensiv? Da vil det være av stor betydning hva som overføres av kapitalvarer, utstyr mv.

Tommelfingerregelen er at jo mer av aktiva som overføres, særlig av kjernedeler av virksomheten, øker muligheten for at ansatte har krav på å følge med.⁹ I tillegg til vurdering av enkeltfaktorer, gjøres til slutt en helhetsvurdering av alle aktiva som er overført og betydningen av dette i forhold til identiteten på den overførte enhet.

Luftambulanse, 2021

I Luftambulansedommen¹⁰ var det tale om overføring av kontrakt om luftambulans-evirksomhet etter anbudskonkurranse fra et selskap til et annet, hvor det overtakende selskap ikke overtok helikoptre, men overtok 72 % av de ansatte. Det som skilte denne saken fra EU-domstolens dom i Liikenne-saken,¹¹ der EU-domstolen hadde kommet til at det ikke var virksomhetsoverdragelse innen busstransport, når bussene ikke var overført, var at kompetansekravene var vesentlig høyere når det gjaldt piloter og redningsmenn, enn til bussjåfører i Liikenne-saken. Lagmannsretten kom deretter til at det forelå virksomhetsoverdragelse når det ble sett hen til betydningen av de ansatte og deres kompetanse, og at mesteparten av disse var overført.

9. Jf. C-24/85, Spijkers, der EU-domstolen uttalte om identitetsvilkåret at spørsmålet var: «... hvorvidt der er sket en overtagelse af de fysiske aktiver som for eksempel bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overdragelsen, hvorvidt den nye indehaver overtager størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overtages samt i hvor høj grad de økonomiske aktiviteter før og efter overdragelsen er de samme ...».

10. LB-2020-42083.

11. C-172/99 Liikenne.

Bakketjeneste for helikoptre, 2018

Ved heliporten for helikoptre i Stavanger var temaet bytte av leverandør for bakketjenestene for helikoptrene, dvs. de som bl.a. håndterer passasjerer og bagasje.

Partene var enige om at det var en overførsel av virksomhet, men ikke om denne hadde beholdt sin identitet, dvs. om det var overført en stabil og operasjonell enhet som selv er i stand til å levere de tjenester som er karakteristisk for virksomhetens økonomiske aktivitet. Lagmannsretten¹² fant at identiteten var i behold og la vekt på at tjenestene var utført i samme helikopterbygning og med samme struktur som tidligere, bygget på standard-avtaler, samt at kravene til de ansatte og deres kompetanse var den samme som før, med de samme kundene, selv om bare to av syv ble ansatt hos ny leverandør.

Bakketjenester på Torp flyplass, 2018

Widerø overtok etter en anbudskonkurranse bakketjenestene på Torp etter Aviator i 2015 og ansatte bare tre av 75 ansatte. Lagmannsretten¹³ kom likevel til at det forelå virksomhetsoverdragelse, noe som var i samsvar med tidligere avgjørelser om bakketjenester på en flyplass.¹⁴ Det ble vektlagt at bakketjenestenes art i hovedsak var den samme før og etter overføringen, herunder samme felles areal og samme infrastruktur. Rettsgrunnlaget for tjenesteleveransen fremsto som likeartet og standardisert. Kundekretsen var også i det hele den samme.

Kapitalforvaltning, 2018

Et kapitalforvaltningsselskap mistet sine konsesjoner, og virksomheten ble overført til et annet selskap i samme konsern.

To av ti ansatte fulgte med over, men ikke lokaler, løsøre mv., og omsetningen ble betydelig lavere i det overtakende selskapet. Lagmannsretten¹⁵ kom i motsetning til tingretten til at det var tale om en virksomhetsoverdragelse og bygget på en helhetsvurdering og formålsbetraktninger. Kunder og oppdrag kom fra overdragende selskap. Daglig leder og investeringsdirektør skulle derfor vært overført og ble tilkjent erstatning.

Brukerstyrt personlig assistanse, 2017

Trondheim kommune kjøpte inn personlig assistanse til en funksjonshemmet person, som etter hvert ønsket en annen leverandør, og kommunen inngikk da avtale

12. LG-2018-13170.

13. LA-2017-816.

14. Rt-2006-71 (SAS-Braathens) og Rt-2010-330 (Bardufoss).

15. LB-2016-33863.

med Aleris. En assistent ble sagt opp hos forrige leverandør som følge av overdragelsen. Høyesterett¹⁶ kom til at det var en virksomhetsoverdragelse over til Aleris. Assistanseteamet besto av fem assistenter, som Høyesterett fant var en egen selvstendig enhet som hadde bevart sin identitet. Arbeidskraften var den dominerende innsatsfaktor, og her ble tre av fem assistenter ansatt i Aleris. Videre ble virksomheten utført på samme måte og samme sted som før.

Legevakten i Eidsvoll, 2016

Legevakten på Stensby sykehus ble lagt ned, hvoretter kommunen etablerte ny legevakt annet sted og utlyste nye stillinger der. Partene var uenige om at den overførte enheten hadde beholdt sin identitet. Lagmannsretten¹⁷ kom til at så var tilfelle. Den overførte aktivitet var legevaktvirksomhet, m.a.o. et tilbud om helsehjelp utenfor fastlegenes åpningstider og et tilbud om medisinskfaglig konsultasjon og behandling. Kravene til tjenesten var lovpålagt og dermed den samme før og etter overføringen, sammen med måten tjenesten ble utført på og etter de samme rutiner. Både legene og daglig leder var også de samme. Også brukerne var de samme som før.

Kirkens Bymisjonens boligservice på en gitt adresse, 2015

Kirkens Bymisjon leverte booppfølgingstjenester for vanskeligstilte til kommunen på en konkret adresse i Oslo, som besluttet å ta over tjenestene selv. Høyesterett¹⁸ kom til at det forelå virksomhetsoverdragelse. Til enhetsvurderingen viste Høyesterett til at det var tale om en egen geografisk enhet. Den var fysisk adskilt fra den øvrige virksomheten. Enheten hadde eget budsjett, og det ble ført eget regnskap. De ansattes arbeidssted var på den konkrete adressen, så enhetsvilkåret var oppfylt. Til identitetsvurderingen viste Høyesterett til at det måtte gjøres en helhetsvurdering i denne saken, hvor ingen innsatsfaktor skilte seg klart ut som den viktigste. Arbeidskraften var sentral, og her hadde kommunen bare overtatt 1/5-del. Dette var imidlertid særlig kvalifisert personale, som var viktig for tjenestens formål. Et videre vesentlig moment var at bygningen for tjenesten var overtatt, og at den var spesialtilpasset til formålet.

16. HR-2017-2277-A.

17. LE-2015-103142.

18. HR-2015-1276-A.

Songa borerigg, 2012

Songa-dommen¹⁹ gjaldt tilbakeføring av en flyttbar borerigg med mannskap tilbake til tidligere eier. Høyesterett kom til at riggen var en økonomisk enhet, som var overført og som beholdt sin identitet. Den var en egen geografisk enhet, atskilt fra eierens øvrige aktiviteter, selv om den fikk bistand fra eiers andre støttefunksjoner på land. Den utgjorde en klart identifiserbar og selvstendig produksjonsenhet. Når det gjaldt identiteten, viste Høyesterett til at det sentrale momentet var at virksomheten fortsatt var som før, knyttet til samme rigg etter overføringen. Det er særlig riggen som karakteriserer driften og som identiteten er knyttet til, så når denne overføres, anses det også som virksomhetsoverdragelse. At det er tale om fortsatt drift ved samme rigg, må derfor tillegges betydelig vekt. Overtakelsen av riggen inkluderte alt utstyr både av teknisk/produksjonsmessig art og det som gjaldt opphold om bord for arbeidsstokken. Videre var ca. 60 % av arbeidsstokken med. Konsekvensen var at de som var arbeidstakere på riggen på overføringstidspunktet, hadde et rettskrav på å få følge med ved overføringen.

Bardufoss flyplass bakkjetjenester, 2010

Det var bytte av firma for bakkjetjenester ved Bardufoss flyplass etter anbudskonkurranse, og Høyesterett²⁰ kom etter en helhetsvurdering til at det var tale om virksomhetsoverdragelse ved at identiteten var i behold. Tjenesten var standardisert, utført fra de samme lokaler og infrastruktur. 70 % av de ansatte var overført gjennom nye tilsetninger, men på den andre side var kunden endret fra SAS til Norwegian. Dette fikk imidlertid ikke betydning.

SAS-Braathens bakkjetjenester på flyplass, 2006

SAS-Braathens-saken (Rt-2006-71) gjaldt SAS sitt kjøp av Braathens bakkjetjenester, dvs. håndtering av passasjerer, billettservice, innsjekking av bagasje, stuving, lasting og lossing av bagasje m.m. Her kom Høyesterett, i motsetning til hva SAS hadde lagt opp til, frem til at virksomhetsoverdragelsesreglene skulle anvendes, og identiteten var i behold – selv om SAS kun hadde overtatt deler av Braathens inn-satsfaktorer (ca. 25 % av verdiene). I dommen ble det bl.a. uttalt (avsnitt 89–94):

... tjenestenes art fullt ut er den samme. ... disse tjenestene hadde etter overtakelsen det samme innhold og ble utført på samme måte som av Braathens ... betjening av Braathens' fly og flypassasjerer fortsatte i de samme lokaler og i stor grad med

19. Rt-2012-983.

20. HR-2010-473-A.

bruk av den samme infrastruktur som Braathens tidligere hadde benyttet ... SAS-konsortiet i forbindelse med overtakelsen av bakketjenestene overtok utstyr for betydelige verdier fra Braathens. Selv om det bare var 95 av rundt 1000 utstyrsenheter som ble overtatt, utgjorde dette i verdi rundt 25 % av det totale utstyr Braathens benyttet ... [videre] at en ikke ubetydelig andel av de ansatte i Braathens' bakketjenester ble overtatt av SAS-konsortiet. Av totalt 1 130 personer fordelt på 1 066 årsverk ble 265 personer fordelt på ca. 200 årsverk overtatt av SGS. For det femte har jeg lagt vekt på at det er den samme kundekrets som ble betjent, nemlig Braathens' fly og flypassasjerer. Ut fra en samlet vurdering av disse momentene mener jeg at det må legges til grunn at virksomhetens identitet er i behold etter overføringen.

Dommen viser at retten kan foreta en helhetsvurdering, og at det kan bli virksomhetsoverdragelse selv om ny leverandør tar over langt under halvparten av innsatsfaktorene.

Vedlikeholds kontrakt på Friggfeltet i Nordsjøen, 2006

Produksjonen på Friggfeltet nærmet seg slutten, og arbeidsgiver Total overførte vedlikeholds kontrakt med ansatte til Aker. De som ikke ville være med fikk tilbud om sluttpakke. Tre ansatte krevde å få bli værende hos Total, men fikk ikke medhold. Lagmannsretten²¹ la vekt på at formålet med overføringen var å sikre de ansatte arbeid. En betydelig del av de ansatte som hadde spesialkompetanse innen vedlikehold var overført, enheten var avgrenset og beholdt sin identitet.

Eidesund forpleiningstjenester offshore, 1997

Saken gjaldt overføring av forpleiningstjenesten ved en plattform i Nordsjøen fra et selskap til et annet etter anbudskonkurranse. De fleste ansatte (14 av 19) fulgte med, det var samme type tjeneste før og etter, og det var ikke noe tidsavbrudd i tjenesten. Høyesterett²² kom til at det forelå en virksomhetsoverdragelse, da tjenesten var vesentlig den samme før og etter overgangen. Saksøker fikk imidlertid ikke med sin rett til innbetaling i tidligere tjenestepensjonsordning, da dette gikk under det såkalte pensjonsunntaket (at alle rettigheter overføres unntatt pensjonsordning).

Ambulansetjeneste i Trøndelag

Etter anbudskonkurranse ble ambulansetjeneste overført fra et selskap til et annet, og 4 av 9 ansatte ble ansatt hos ny leverandør. Disse hadde særlige kvalifikasjoner

21. LG-2002-7413.

22. Rt-1997-1965.

og lokalkunnskap. Driften var organisert på samme måte og kundekretsen den samme. Dermed kom lagmannsretten²³ til at det forelå virksomhetsoverdragelse.

Oppsummering og praktiske råd

Reglens formål og domstolens helhetsvurdering medfører at retten ganske ofte faller ned på at det er virksomhetsoverdragelse dersom det skulle foreligge tvil om dette. Mange dommer viser dette. Et praktisk råd er at ledelsen fremlegger sitt syn på spørsmålet overfor tillitsvalgte og får inn det som måtte være av innsigelser mot ledelsens oppfatning. Da vil det i ettertid være noe enklere å vurdere om arbeidsmiljøloven kapittel 16 kommer inn eller ikke.

RETTSPRAKSIS DER DOMSTOLENE FANT AT DET IKKE FORELÅ VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE

Innledning

Fra EU-rettspraksis kan innledningsvis nevnes to dommer som har hatt betydning for mange norske avgjørelser: Suzen-dommen²⁴ der et renholdsfirma vant en renholdskontrakt foran tidligere leverandør og ikke tok over noen av de ansatte. Da var det heller ikke en identitet i behold ved aktiviteten. De ansatte fikk ikke rett til å være med. Videre Liikenne-dommen²⁵ der et selskap vant en busskontrakt i Finland, men hvor bussene ikke ble overført til ny driver, og det dermed ikke ble ansett som virksomhetsoverdragelse. Bussene var den sentrale innsatsfaktor.

Kantine, 2019

To kokker arbeidet med kantinevirksomhet for et anleggsfirma som nedbemannet, ettersom prosjektene ble avsluttet, og de to ble sagt opp. Selskapet ville deretter kjøpe kantine tjenester fra ISS, og de to kokkene anførte virksomhetsoverdragelse over til ISS, men vant ikke frem.

Flertallet i lagmannsretten²⁶ la betydelig vekt på at hverken inventar, utstyr eller noen av de ansatte var overført til ISS, og identiteten var således ikke i behold. Bare kundekretsen var overført, dvs. de ansatte i anleggsfirmaet, og det var ikke nok.

23. LF-1997-693.

24. C-13/95 LG-2018-13170.

25. C-172/99 Liikenne.

26. LH-2019-22390.

Renovasjon, 2017

Etter anbudskonkurranse gikk renovasjonsvirksomhet, dvs. innhenting av husholdningsavfall, over fra et selskap til et annet i Trøndelag. Lagmannsretten²⁷ kom til at det ikke forelå virksomhetsoverdragelse og pekte bl.a. på at ingen av de fem renovasjonskjøretøyene var overført til nytt selskap. Disse var en vesentlig innsatsfaktor. Flere ansatte gikk inn hos ny leverandør og kundegruppe og struktur for øvrig var lik, men her var renovasjonskjøretøyene den avgjørende identifikasjonsfaktor, og de var ikke overført.

Gate Gourmet, flymat, 2011

Gate Gourmet-dommen²⁸ gjaldt overføring av matleveranser til SAS fra et selskap til et annet.

Høyesterett kom til at det ikke var tale om virksomhetsoverdragelse, selv om aktiviteten var lik. Høyesterett uttalte (avsnitt 53):

... som overføres må utgjøre en stabil og operasjonell enhet, som selv er i stand til å levere de tjenester som er karakteristiske for virksomhetens økonomiske aktivitet.

Og videre (avsnitt 60):

At aktiviteten og kunden er den samme etter overføringen, er ikke tilstrekkelig til å konstatere at en økonomisk enhet er overført.

Flymatproduksjonen ble flyttet til Gate Gourmets lokaler, og selv om en del ansatte ble overført til Gate Gourmet, var andre innsatsfaktorer, som lokaler, ikke flyttet over til Gate Gourmet, hvilket ble avgjørende. Høyesterett viste til EU-dom C-172/99 (Liikenne) vedr. overføring fra et busselskap til et annet, hvor bussene ikke ble med over. Dette ble ikke ansett å være en virksomhetsoverdragelse, da bussene var den viktigste innsatsfaktoren.

Kranførersaken, 2011

Fra norsk rettspraksis kan nevnes Kranførersaken, hvor Statoil tok tilbake kranførerfunksjonen på installasjonene, og hvor lagmannsretten²⁹ avviste at dette var virksomhetsoverdragelse fordi kranførerfunksjonen ikke kunne sees å være en selvstendig enhet. De var en del av borecrewet og hadde også andre oppgaver på

27. LF-2016-166169.

28. Rt-2011-1755.

29. LG-2010-100151.

installasjonene. Kranførerstillingen utgjorde ikke en selvstendig enhet i forhold til boreentreprenørens øvrige virksomhet på plattformen.

Fontana brusfabrikk, 2002

Fontana brusfabrikk på Sagene ble lagt ned, de ansatte sagt opp og produksjonsutstyret ble overført til et par andre brusfabrikker, mens noe av det ble satt på lager.

Lagmannsretten³⁰ avviste at det var tale om virksomhetsoverdragelse idet det ikke var noen overføring av en selvstendig økonomisk enhet hvor identiteten var i behold.

Olderdalen Ambulanse, 2001

Olderdalen ambulanse-saken (Rt-2001-248): Et firma overtok ambulanseskjøring fra et annet, uten å ta over ambulanser eller ansatte. Høyesterett kom til at det ikke forelå en virksomhetsoverdragelse, da disse innsatsfaktorer var helt sentrale.

Statoils kantine i Harstad, 2001

Statoil hadde gjennom mange år satt ut sin kantinevirksomhet for egne ansatte til kantineselskaper etter anbudskonkurranser.

I 1999 tok ISS over for Eurest, og de to ansatte i Eurest ble sagt opp. Lagmannsretten³¹ kom til at det ikke var tale om en virksomhetsoverdragelse. Det var fra Statoils side stilt krav til større kompetanse hos de ansatte (kokkeutdanning), samtidig som det var Statoil som besatt lokaler og utstyr, virksomheten var den samme og kunden den samme. For lagmannsretten ble det likevel avgjørende at ansatte ikke var overført.

Løten kommunes skolefritidsordning, 1997

Løten kommune-saken (Rt-1997-1954) gjaldt en privat skolefritidsordning, som ble lagt ned pga. økonomiske vansker, og hvor Løten kommune startet opp tilsvarende virksomhet i samme lokaler en måneds tid senere. Høyesterett fant at den nye virksomheten hadde en annen innretning ut fra målsetting og høyere kompetansekrav, og at det derfor ikke var en virksomhetsoverdragelse.

30. LB-2001-1965.

31. LH-2000-970.

Oppsummering og praktiske råd

Vi ser av ovennevnte dommer at få innsatsfaktorer er overført, og heller ikke de mest sentrale innsatsfaktorene, og at dette blir avgjørende for om det er en virksomhetsoverdragelse eller ikke. Derfor er det viktig at overdragende og overtakende virksomhet bestemmer seg for om arbeidsmiljøloven kapittel 16 skal komme inn eller ikke, og at de må disponere innsatsfaktorene i forhold til dette. Samtidig bør de i en transaksjon avtaleregulere hvem som skal sitte med risikoen dersom arbeidsmiljøloven kapittel 16 likevel kommer inn. Informasjon og drøftelser med de tillitsvalgte, samt informasjon og samtaler med de ansatte, vil på forhånd kunne avklare om det blir stilt krav om rettighetsovergang for de ansatte og dermed øke partenes forutberegnelighet i transaksjonen. Ved anbudskonkurranser er ikke dette i samme grad mulig, så der må tilbyder gjøre seg opp en oppfatning av risikoen på forhånd, ut fra anbudsgrunnlaget.

AVSLUTNING

Det er av stor betydning for partene å avklare om virksomhetsoverdragsreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 16 kommer til anvendelse eller ikke, da dette vil ha stor betydning for partenes risiko og kostnader forbundet med transaksjonen. En god saksbehandling og planlegging vil kunne senke denne risikoen betraktelig. Det bør så tidlig som mulig avklares om partene i transaksjonen ønsker at reglene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse eller ikke, og deretter bør de legge opp transaksjonen etter dette valget. Da bør en beskrivelse av virksomheten, hvilke innsatsfaktorer som er mest sentrale og hvilke innsatsfaktorer som overføres, settes opp. Deretter drøftes grunnlaget eventuelt med tillitsvalgte, virksomhetens advokatkontor eller arbeidsgiverforening, slik at underlaget er bredt vurdert før man går videre.