

Praktisk Økonomi og Finans (Universitetsforlaget) nr. 2/2022:

Oppkjøp eller utsetting av virksomhet – hvilke regler gjelder?

Nicolay Skarning
Mari Verling

Nicolay Skarning, advokat (H), Kvale Advokatfirma

ns@kvale.no

Mari Verling, advokat, Kvale Advokatfirma

mve@kvale.no

Publisert 14.06.2022, Praktisk økonomi & finans 2022/2, Årgang 38, side 146-158

Lesetid ca. 15 minutter

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.

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 nøyere 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). Eksemplene 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. Vilkårene 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 fusjon 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. 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 virksomhet 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.

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 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.

Rettspraksis 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 luftambulanses virksomhet 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.

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

Widerøe 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 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.

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 produksjonseenhet. 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 bakketjenester, 2010

Det var bytte av firma for bakketjenester 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 bakketjenester på flyplass, 2006

SAS-Braathens-saken (Rt-2006-71) gjaldt SAS sitt kjøp av Braathens bakketjenester, dvs. håndtering av passasjerer, billettservice, innsjekking av bagasje, stuing, 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 innsatsfaktorer (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 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.

Vedlikeholdskontrakt på Friggfeltet i Nordsjøen, 2006

Produksjonen på Friggfeltet nærmet seg slutten, og arbeidsgiver Total overførte vedlikeholdskontrakt 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 tjenstepensjonsordning, 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 og lokalkunnskap. Driften var organisert på samme måte og kundekretsen den samme. Dermed kom lagmannsretten²³ til at det forelå virksomhetsoverdragelse.

Oppsummering og praktiske råd

Reglenes 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 kantinetjenester 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.

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 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 ambulansesaken (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 (kokkeutdannelse), 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.

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.

Oppkjøp eller utsetting av virksomhet – hvilke regler gjelder?

Nicolay Skarning
Mari Verling

Nicolay Skarning, advokat (H), Kvale Advokatfirma

ns@kvale.no

Mari Verling, advokat, Kvale Advokatfirma

mve@kvale.no

Publisert 14.06.2022, Praktisk økonomi & finans 2022/2, Årgang 38, side 146-158
Lesetid ca. 15 minutter

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.

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 nøyere 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). Eksemplene 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. Vilråene 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 fusjon 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. Vilrået 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 gjenfinner 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.

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 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.

Rettspraksis 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 luftambulansevirksomhet 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.

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

Widerøe 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 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 Bymisjons 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.

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 produksjonseenhet. 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 bakketjenester, 2010

Det var bytte av firma for bakketjenester 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 bakketjenester på flyplass, 2006

SAS-Braathens-saken (Rt-2006-71) gjaldt SAS sitt kjøp av Braathens bakketjenester, dvs. håndtering av passasjerer, billettservice, innsjekking av bagasje, stuing, 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 innsatsfaktorer (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 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.

Vedlikeholdskontrakt på Friggfeltet i Nordsjøen, 2006

Produksjonen på Friggfeltet nærmet seg slutten, og arbeidsgiver Total overførte vedlikeholdskontrakt 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 og lokalkunnskap. Driften var organisert på samme måte og kundekretsen den samme. Dermed kom lagmannsretten²³ til at det forelå virksomhetsoverdragelse.

Oppsummering og praktiske råd

Reglenes 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

kantinetjenester 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.

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 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.

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 virksomhetsoverdragelsesreglene 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.