

Virksomhetsoverdragelse – en analyse av arbeidsmiljøloven § 73 A første ledd

Kandidatnr: 409

Veileder: Ole Christian Hyggen, rådgiver i lovavdelingen JD

Leveringsfrist: 26. April 2004

Til sammen 17965 ord

27.04.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>FORORD</u>	<u>1</u>
<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	INTRODUKSJON AV OPPGAVENS TEMA	1
1.2	AVGRENSNING	3
1.3	RETTSKILDER	3
1.4	PRESEPTORISK REGELVERK	6
1.5	PARTENE	7
1.5.1	INNLEDNING	7
1.5.2	INNEHAVER	7
1.5.3	ARBEIDSTAKER	8
<u>2</u>	<u>HENSYN BAK REGLENE</u>	<u>9</u>
<u>3</u>	<u>OVERSIKT OVER VILKÅRENE I AML. § 73 A</u>	<u>11</u>
<u>4</u>	<u>GJENSTAND FOR OVERDRAGELSE</u>	<u>12</u>
4.1	INNLEDNING	12
4.2	VIRKSOMHET	13
4.3	FORMÅLET BAK VIRKSOMHETEN	14
4.4	SELVSTENDIG ØKONOMISK ENHET	16
4.4.1	VILKÅRET	16
4.4.2	NÆRMERE OM HVA SOM UTGJØR EN SELVSTENDIG ØKONOMISK ENHET	19
4.5	DEL AV VIRKSOMHET	22
4.5.1	INNLEDNING	22
4.5.2	KRAV OM JURIDISK PERSON?	22
4.5.3	NÆRMERE OM VILKÅRET SELVSTENDIG ENHET	23
4.6	OFFENTLIG VIRKSOMHET	25
<u>5</u>	<u>OVERDRAGELSESMÅTENE</u>	<u>28</u>
5.1	INNLEDNING	28

5.2	KRAV OM AVTALE ELLER KONTRAKT ?	29
5.3	OVERFØRING I KONTRAKTSMESSIG SAMMENHENG	30
5.4	KRAV OM DIREKTE AVTALEFORHOLD?	33
<u>6</u>	<u>IDENTITETSKRAVET</u>	<u>35</u>
6.1	INNLEDNING	35
6.2	MOMENTER I VURDERINGEN AV IDENTITETSKRAVET	37
6.3	KONTINUITETSKRAVET	40
6.4	TYPE/ART VIRKSOMHET	41
6.5	OMFANG AV OVERFØRING	42
6.6	OVERTAKELSE AV ANSATTE	43
6.6.1	INNLEDNING	43
6.6.2	RETTSPRAKSIS FØR OLDERDALEN AMBULANSE	44
6.6.3	OLDERDALEN AMBULANSE, RT. 2001 s. 248	49
6.6.4	RETTSPRAKSIS ETTER OLDERDALEN AMBULANSE	50
<u>7</u>	<u>VURDERINGER</u>	<u>52</u>
7.1	INNLEDNING	52
7.2	ORDLYDEN I AML. § 73 A	52
7.3	OMGÅELSE AV REGLENE	53
7.4	PROSENTANGIVELSE I FORHOLD TIL ”OMFANG AV OVERFØRING”	57
<u>8</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>59</u>
<u>9</u>	<u>KILDEREGISTER</u>	<u>61</u>

Forord

Oppgaven skrives etter interesse fra Arbeids- og administrasjonsdepartementet. Det har vært av interesse for departementet å få en oversikt over rettspraksis og hvorvidt det foreligger en rettsutvikling vedrørende virksomhetsoverdragelse.

Rettspraksis er hovedkilden for oppgaven. I denne sammenheng har det vært kontakt med advokater som har prosedert i de nyeste dommene for kommentarer. Arbeids- og administrasjonsdepartementet og EFTA-domstolen har også vært behjelpelige med råd.

1 Innledning

1.1 Introduksjon av oppgavens tema

Tema for oppgaven er anvendelsesområdet for reglene om virksomhetsoverdragelse i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø av 4. februar 1977 nr. 4 (arbeidsmiljøloven), jf. § 73 A første ledd.

Arbeidsmiljøloven (aml.) kapittel XII A (§§ 73 A til 73 E) har bestemmelser om vern av arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelser. § 73 A regulerer bestemmelsenes anvendelsesområde, mens §§ 73 B til 73 E inneholder de nærmere reglene om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. § 73 A første ledd lyder:

”Bestemmelsen i dette kapittel kommer til anvendelse ved overføring av virksomhet eller del av virksomhet til en annen innehaver som følge av overdragelse”

Oppgaven konsentrerer seg om gjenstanden for overdragelse og når den skal anses for overdratt. Det er særlig ved overdragelse av deler av virksomheter at det oppstår

tolkningsproblemer i forhold til anvendelse av reglene om virksomhetsoverdragelse. Fremstillingen ser også på om det foreligger en rettsutvikling på området.

Formålet bak reglene i aml. kap. XII A er å sikre at arbeidstakernes rettigheter etter arbeidsavtalen ivaretas når virksomheten skifter innehaver/arbeidsgiver¹.

De lovregulerte rettighetene som følge av virksomhetsoverdragelse, aml. §§ 73 B til 73 E, angår lønns- og arbeidsvilkår, vern mot oppsigelse, arbeidstakernes rett til representasjon, og krav på informasjon og drøfting av overføring som nevnt i aml. § 73 A. Det finnes også ulovfestede rettigheter som følge av virksomhetsoverdragelse. Dette gjelder reservasjons- og valgretten, dvs. om arbeidstakerne kan nekte å bli med over til den nye arbeidsgiveren og om de i så fall kan velge å fastholde arbeidsavtalen med tidligere arbeidsgiver².

Som følge av styringsretten vil en arbeidsgiver kunne beslutte å nedlegge eller overføre virksomheten til en annen arbeidsgiver. Styringsretten er arbeidsgivers rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør, innenfor de rammer som følger av de arbeidsrettslige regler³. Den ulovfestede styringsretten⁴ angir ikke hvilke virkninger en slik overføring skal ha for arbeidstakerne. Arbeidsmiljøloven kap. XII A vil her komme til anvendelse.

Arbeidsmiljøloven kapittel XII A ble tilføyd ved lov 27. november 1992 nr. 115 og trådte i kraft samtidig med EØS-avtalen, 1. januar 1994. Som følge av denne avtalen er Norge forpliktet til å tilpasse seg blant annet EFs rådsdirektiv 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter⁵. Gjeldende direktiv er 2001/23/EF. Tidligere aml. § 60 nr.3, som gjaldt oppsigelse ved overdragelse av virksomhet, ble opphevet samtidig med ikrafttredelsen av §§ 73 A til 73 E.

¹ Jf. bl. a. Ot prp nr 79 (2000-2001) pkt. 3.1

² NOU 2004: 5 s. 383-392

³ Jakhelln s. 23 (1996). Storeng *Bærebjelker og grunnprinsipper i arbeidsretten* (2003) s. 20

⁴ Storeng *Endringer i arbeidsforholdet – stillingsvernsreglene* (2003) s. 47-53

⁵ Ot prp nr 71 (1991-92) vedlegg 4 inneholder den norske oversettelsen

1.2 Avgrensning

Oppgaven avgrenser seg til å omfatte aml. § 73 A første ledd og direktivets artikkel 1. Oppgaven avgrenses mot rettighetene som arbeidstakerne har krav på som følge av virksomhetsoverdragelse, jf. aml. kap. XII A, §§ 73 B til 73 E og tilsvarende i direktivets artikkel 3 til 7. Aml. § 73 A andre ledd angår konkurs og knytter seg til de innholdsmessige rettighetene, og omtales ikke. Da også den ulovfestede reservasjons- og valgrett må anses som en følge av virksomhetsoverdragelse, vil dette også falle utenfor oppgavens tema.

Hvorvidt aksjelovens (og allmennaksjelovens) regler om fusjon kan innebære bedre rettigheter for arbeidstakerne enn det som fremkommer av reglene om virksomhetsoverdragelse, behandles ikke.

Arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2 annet ledd regulerer stillingsvernet til arbeidstakere som sies opp på grunn av at arbeidet settes ut eller planlegges satt ut på oppdrag. I slike tilfeller vil det kunne oppstå avgrensingsproblemer i forhold til reglene om virksomhetsoverdragelser. Dette er et spørsmål om rettsvirkninger og omtales ikke nærmere i oppgaven.

Spørsmålet om tjenestemannslovens anvendelse ved overføringer i statlig sektor⁶ behandles ikke.

Virksomhetsoverdragelse som faller utenfor arbeidsmiljølovens virkeområde, jf. aml. § 2 nr. 2-8, og direktivets virkeområde, jf. art. 1 nr. 3 omfattes ikke.

1.3 Rettskilder

Ved vurderingen av om det foreligger en virksomhetsoverdragelse som utløser rettighetene i aml. kap XII A, gir *lovteksten* i aml. § 73 A liten veiledning.

Ved innføringen av bestemmelsen valgte lovgiver å ikke presisere nærmere i loven de prinsipper som først og fremst var utviklet gjennom EF-domstolens rettspraksis. Disse prinsippene er imidlertid nærmere reflektert i *forarbeidene*. De relevante forarbeidene er

⁶ Vurdert bl. a. i NOU 2004: 5 s. 367-369

Ot prp nr 71 (1991-92), Innst O nr 5 (1992-93), Ot prp nr 79 (2000-2001) og Innst O nr 91 (2000-2001). Forarbeidene har på grunn av den knappe lovteksten fått forholdsvis stor betydning for tolkning av bestemmelsen⁷.

Høyesterett har behandlet spørsmålet om det foreligger virksomhetsoverdragelse etter aml. § 73 A i fire saker⁸. Det foreligger en stor mengde underrettspraksis. Oppgaven avgrenses til et utvalg av underrettspraksis som er forholdsvis nylig avsagt, som vurderer temaer som har relevans for noen av hoveddelene i oppgaven og som synes å presisere eller muligens går noe lenger enn hva som er gjeldende rett.

Domstolene har anledning til å forelegge tolkningsspørsmål vedrørende EØS-avtalen med protokoller, vedlegg osv. for *EFTA-domstolen*⁹. Ved rådgivende uttalelser, i motsetning til direkte søksmål for EFTA-domstolen, er EFTA-domstolens eneste oppgave å tolke EØS-bestemmelser. Tolking av nasjonale bestemmelser eller å avgjøre i hvilket omfang EØS-rettslige bestemmelser er gjennomført i nasjonal rett, er utenfor EFTA-domstolens oppgaver. Domstolen er ikke bundet av nasjonale domstolers standpunkter eller avgjørelser. EFTA-domstolens rådgivende uttalelser er imidlertid heller ikke bindende for de nasjonale domstoler¹⁰. Tolkingsuttalelsene regnes imidlertid som meget tungtveiende rettskilder¹¹.

Siden arbeidsmiljøloven §§ 73 A til 73 E implementerer rådsdirektiv 77/187/EØF, vil tolkning av direktivet følgelig få direkte betydning for tolkningen av de norske bestemmelsene. Direktivet av 1977 ble endret ved Rådsdirektiv 98/50/EF av 29. juni 1998. Som oppgaven senere vil vise, er det med rådsdirektivet av 1998 gjort endringer som ikke er fulgt opp med endringer i norsk lov. De to direktivene er senere opphevet og avløst av *Rådsdirektiv 2001/23/EF* av 12. mars 2001. Etter dette tidspunkt skal det henvises til 2001-direktivet og ikke til de to foregående. Rådsdirektivet av 2001 er et kodifiseringsdirektiv og innebærer utelukkende en formell sammenslåing av tekst med

⁷ Kritisert bl. a. i forslaget til arbeidslivsloven: NOU: 2004: 5

⁸ Rt. 1997 s. 1954, Rt. 1997 s. 1965, Rt. 1999 og Rt. 2001 s. 248

⁹ Domstolloven § 51a. Omtalt bl. a. Storeng *Endringer i arbeidsforholdet – stillingsvernsreglene* (2003) s. 32

¹⁰ ODA-avtalen art. 34 og art. 3 nr. 2

¹¹ Jf. bl. a. Rt. 1999 s. 977, Rt. 1997 s. 1954 og Rt. 1997 s. 1965

nye artikkelnumre, uten noen materielle endringer¹². I det følgende benevnes dette som direktivet.

De av lovbestemmelsene som gjennomfører direktivets bestemmelser i norsk rett skal tolkes i samsvar med *EF-domstolens tolkningsuttalelser* fram til undertegningen av EØS-avtalen av 2. mai 1992, jf. EØS-loven av 27. november 1992 nr. 109 og art. 6 i hoveddelen av EØS-avtalen¹³. Det er kun gjort unntak fra direktivet i aml. § 73 siste ledd og en side ved offentlig sektor i § 73 A. For senere avgjørelser fra EF-domstolen, fra 2. mai 1992, heter det i artikkel 3 nr. 2 i ODA-avtalen mellom EFTA-statene om opprettelsen av et Overvåkningsorgan og en Domstol, at disse organene skal ”ta tilbørlig hensyn til de prinsipper” som er fastlagt gjennom slike avgjørelser¹⁴. Høyesterett uttaler i Løten-saken, Rt. 1997 s. 1954, at EF-rettspraksis vil utgjøre ”sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet” og videre: ”I og med at arbeidsmiljøloven kap. XII A er utformet med sikte på å implementere direktivet i norsk rett, vil disse rettsavgjørelser få direkte betydning for hva som er norsk rett på virksomhetsoverdragelsesområdet”¹⁵.

Sammen med *formålsbetraktninger*, er *ordlyden i direktivet* den andre sentrale tolkningsfaktor for EF- og EFTA-domstolen. Ved klarlegging av ordlydens meningsinnhold er samtlige medlemslands språkversjoner autoritative¹⁶. Ved avvik mellom språkversjonene vil imidlertid ordlyden som rettskildefaktor få en mer begrenset betydning, til fordel for faktorer som ”direktivets oppbygning, dets plassering i det fællesskapsrettslige system... samt dets formål”, jf. EF-domstolens dom i Abels-saken¹⁷ premiss 13. Den norske språkversjonen av direktivets art. 1 i direktivet er inspirert av den danske¹⁸. Forarbeidene til direktivet spiller generelt en liten rolle i EF-

¹² Ot prp nr 79 (2000-2001) pkt. 1.2

¹³ Ot prp nr 79 (2000-2001) pkt. 3.3

¹⁴ Jf. Rt. 1997 s. 1965 ”Stavanger Catering A/S”, ”SAS/Braathen”-saken, dom i Asker og Bærum tingrett 15. oktober 2003, ikke rettskraftig og Norsk Lovkommentar til aml. § 73 A

¹⁵ *Omstilling og nedbemanning* s. 130 (2003) og Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* s. 742 (2003)

¹⁶ Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* note 1 og 2 (2003)

¹⁷ C-135/83

¹⁸ Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* s. 749 (2003)

domstolens argumentasjon. Dette tilsier at det generelt ikke skal legges stor vekt på dem¹⁹. Forarbeider til direktivet omtales ikke.

Direktivet kan ikke anvendes som hjemmelsgrunnlag for nasjonale domstoler. Direktivet forutsetter gjennomføring i norsk rett²⁰.

Ved siden av lovteksten, er det rettspraksis fra Høyesterett og EF- og EFTA-domstolen som dominerer rettskildebildet. Direktivteksten gir et uttrykk for hva som er gjeldende rett etter EF-domstolens avgjørelser. Forarbeidene til loven er viktige, men ikke, som oppgaven viser, alltid avgjørende for domstolenes vurderinger. *Teori* anvendes sjelden av domstolene som grunnlag for vurderingen av om det foreligger virksomhetsoverdragelse, og må anses å ha mindre vekt.

1.4 Preseptorisk regelverk

Arbeidsmiljøloven § 5 fastsetter at loven er ufravikelig med mindre annet er særskilt fastsatt. Fravik må bare skje på den måte som bestemmelsene gir anvisning på, f.eks. ved skriftlig avtale eller tariffavtale, eller etter dispensasjon fra Arbeidstilsynet²¹. Aml. § 73 A angir når det foreligger virksomhetsoverdragelse. Bestemmelsen har ingen unntak. For denne bestemmelsens vedkommende kan det følgelig ikke avtales at vilkårene for virksomhetsoverdragelse skal være strengere enn etter bestemmelsen. Det ville være i strid med bestemmelsens formål; å verne arbeidstakerne.

Ut fra formålet bak direktivet, må direktivets regler anses som preseptoriske, dvs. unndratt avtalepartenes disposisjonsrett, i den forstand at de ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstakerne, jf. bl.a. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i "Norske Fabrikon-saken"²².

Av reglens preseptoriske karakter følger det at arbeidstakerne ikke kan gi avkall på rettigheter, og at rettigheten selv med arbeidstakerens samtykke ikke kan begrenses. Om arbeidstakeren oppnår andre fordeler som kompensasjon for de ulemper som følger av

¹⁹ *EØS-rett* s. 191 (1996)

²⁰ Jf. bl.a. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i "Noske Fabrikon-saken" E-3/95 premiss 44

²¹ Larsen *Arbeidsmiljøloven* (2001) s. 38-39 og "Norsk Lovkommentar" til aml. § 5

²² E-3/95 premiss 42

endringer i arbeidsvilkårene, slik at han samlet sett ikke ”kommer dårligere ut”, er irrelevant. Det er imidlertid ikke til hinder for at det avtales endringer i arbeidsforholdet med den nye innehaveren av foretaket i den utstrekning slike endringer er tillatt etter nasjonal lovgivning i andre tilfeller enn ved overdragelse av foretak.

1.5 Partene

1.5.1 Innledning

Aml. § 73 A regulerer overdragelse mellom innehavere. Arbeidsmiljøloven kapittel XII A kommer til anvendelse ved overføring av virksomhet eller del av virksomhet ”til en annen *innehaver*” som følge av overdragelse, jf. aml. § 73 A. Det må følgelig skje en overdragelse fra en tidligere innehaver til ny innehaver/ erververen, jf. ”til *en annen*”²³. Begrepet innehaver er ikke brukt andre steder i arbeidsmiljøloven. Det vil under kapittel 1.5.2 redegjøres for innholdet i begrepet ”innehaver”.

Reglene om virksomhetsoverdragelse får direkte virkning for arbeidstakerne. Det vil kort redegjøres for arbeidstakerbegrepet i kapittel 1.5.3.

1.5.2 Innehaver

Direktivet av 1977 og 1998 anvender på same måte som loven begrepet ”innehaver”. Det gjeldende direktivet (2001/23/EF) kodifiserer det man ut fra gjeldende rett har fortolket ut fra direktivet av 1977, jf. 2001-direktivets artikkel 1 nr. 1 litra a:

”Dette direktivet får anvendelse på overdragelse... til en annen *arbeidsgiver*...”.

Endringen av ordlyden av den norske oversettelsen av direktivet gir en bedre språklig tilpasning enn den tidligere direktivteksten og dagens lovtekst. Endringen innebærer ingen endringer i det materielle innholdet²⁴. At realitetsinnholdet i direktivteksten ikke er endret i forhold til lovens ordlyd som anvender ”innehaver”, fremkommer i forarbeidene til arbeidsmiljøloven²⁵, der det under behandling av virkningen av virksomhetsoverdragelse blant annet uttales: ”Den nye innehaver trer som følge av

²³ Se kap. 5

²⁴ NOU 2004: 5 s. 359

²⁵ Ot prp nr 71 (1991-92) s. 30

innehaverskifte inn i de kontraktmessige forpliktelser som påhviler arbeidsgiver. Vedkommende blir med andre ord automatisk arbeidsgiver”.

I forhold til reglene om virksomhetsoverdragelse må begrepet ”innehaver” altså anses for å ha samme innhold som arbeidsgiverbegrepet²⁶. Dette er i samsvar med den engelske versjonen av direktiv 77/187/EØF hvor uttrykket ”employer” brukes. Med ”innehaver” menes den fysiske eller juridiske person²⁷ som har det rettslige ansvaret for driften av virksomheten.

Arbeidsgiver er ”enhver som har tilsatt en arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”, jf. aml. § 4 første ledd. Den eller de som eier virksomheten vil i utgangspunktet fremstå som arbeidsgivere. Arbeidsgiver kan være en eller flere personer som går sammen om å etablere en juridisk person, f.eks. et aksjeselskap, en stiftelse etc. Formell foretaksstruktur vil normalt være avgjørende for hvem som faktisk er arbeidsgiver²⁸.

1.5.3 Arbeidstaker

Av overskriften for kapitlet om virksomhetsoverdragelse, aml. kap XII A: ”Arbeidstakernes rettigheter...” og plassering i arbeidsmiljøloven, fremgår det at reglene om virksomhetsoverdragelse gjelder beskyttelse for arbeidstakerne.

Arbeidstakerbegrepet²⁹ er ikke regulert i kapitlet for virksomhetsoverdragelser i arbeidsmiljøloven. Den generelle definisjonen i aml. § 3 kommer til anvendelse, hvor ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste” regnes som arbeidstaker³⁰.

Rådsdirektivet av 1977 sier ingenting om hvem som skal anses for arbeidstaker. Hvem som omfattes av direktivets vern, følger av de enkelte lands nasjonale regler. De som er arbeidstakere etter nasjonal rett, er beskyttet av direktivet³¹.

²⁶ Jakkhell n s. 356 (1996), Storeng *Endringer i arbeidsforholdet – stillingsvernsreglene* (2003) s. 260

²⁷ En juridisk person er en enhet som kan erverve rettigheter og plikter

²⁸ Norsk Lovkommentar til aml. § 4

²⁹ Behandlet bl.a. av Henning Jakkhell, *Fjernerarbeid*, s. 32-58 (1996) og *Oversikt over arbeidsretten*, 2. utgave, s. 24-34 (1996)

³⁰ Fougner m.fl. *Arbeidsmiljøloven* s. 750 (2003)

³¹ Ot prp nr 71 (1991-92) pkt. 4.1.2 og EF-domstolen i bl.a. Danmols-saken (1985), C-105/84

Med Rådsdirektivet av 1998 inntas en definisjon av arbeidstakerbegrepet som skal kodifisere EF-domstolens rettspraksis med hensyn til innholdet i begrepet. Direktivet åpner for at definisjonen av arbeidstaker kan variere i landene som omfattes av direktivet. Dette relative arbeidstakerbegrepet er fastsatt i direktivets artikkel 2 nr. 1 litra d. I forhold til definering av arbeidsavtale og arbeidsforhold åpner direktivet for nasjonale definisjoner, jf. direktivets artikkel 2 nr. 2 første ledd. Antall arbeidstimer, tidsbegrenset arbeidsavtale eller midlertidig arbeidsforhold skal imidlertid ikke kunne utelukke at det foreligger en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold, jf. direktivets art. 2 nr. 1 andre ledd litra a-c. Deltidsarbeid og vikarbyråers ansettelsesforhold vil etter denne bestemmelsen ikke kunne unntas fra arbeidstakerbegrepet. Dette vil være i samsvar med arbeidsmiljølovens definisjon av arbeidstaker om at ”enhver som utfører arbeid i en annen manns tjeneste” omfattes.

2 Hensyn bak reglene

Reglene om virksomhetsoverdragelse skal ivareta flere hensyn. I arbeidslivslovutvalgets utredning om arbeidslivslø³², som etter forslag skal erstatte arbeidsmiljøloven, uttales det at reglene skal gi en rimelig balanse mellom arbeidstakernes behov for vern, de plikter dette påfører virksomheten og andre samfunnsmessige behov. Reglenes bakgrunn er imidlertid vern for arbeidstakerne. Hensikten er å sikre at arbeidsforholdene fortsetter uavhengig av overføringen, og at arbeidstakernes vilkår opprettholdes uendret. Direktivet har i tillegg som formål å sikre en viss harmonisering, dvs. forhindre nasjonal ulikheter av reglene mellom medlemsstatene.

Ved de opprinnelige reglene i §§ 73 A til 73 E ble direktivets minsterettigheter gjennomført i norsk rett, uten å innføre reformer utover det nivå direktivet forplikter til, jf. Rt. 1997 s. 1954, med henvisninger til Ot prp nr 71 (1991-92), der dette presiseres på s. 5 under avsn. 1.1 og på s. 15 under avsn. 4.1.4 og under avsn. 4.2. Direktivet

³² NOU 2004: 5 s. 355

berører imidlertid ikke medlemsstatenes rett til å anvende eller fastsette lover eller forskrifter som er mer fordelaktig for arbeidstakerne, jf. direktivets art. 8.

Direktivet av 1977 har flere funksjoner i forhold til å fastlegge rettigheter for arbeidstakerne. Dels etablerer det visse minsterettigheter som fastlegges materielt gjennom direktivet og som medlemslandene er forpliktet til å gjennomføre i nasjonal lovgivning. Dels bestemmer direktivet at de rettigheter arbeidstakerne har i henhold til nasjonale regler (lov, avtale, sedvanerett, mv.) ikke skal kunne bli dårligere som følge av virksomhetsoverdragelsen alene³³.

Hjemmelsbestemmelsen i EF-traktaten for det grunnleggende direktivet av 1977, er art. 100, jf. direktivets fortale. EF-traktatens art. 117 bestemmer i første avsnitt at ”det er nødvendig å fremme en forbedring av arbeidstakernes leve- og arbeidsvilkår for herigjennom å muliggjøre en heving av disse vilkår på et stadig stigende nivå”. Det nevnes i 1977-direktivets fortale at nasjonale ulikheter mht. arbeidstakernes vern i forbindelse med skifte av innehaver kan ha en direkte innvirkning på det felles markeds funksjon, og at ulikhetene bør reduseres.

Endringsdirektivet av 1998 har et mer sammensatt formål enn 1977-direktivet. Det har oppstått et endringsbehov i forhold til 1977-direktivet som følge av utviklingen av det indre marked med fri flyt av varer og tjenester i EØS-området og fusjoner på tvers av landegrensene³⁴. Endringsdirektivet tar utgangspunkt i Sosialpakten av 9. desember 1989, som bl.a. bestemmer at ”gjennomføringen av det indre marked må føre til bedre leve- og arbeidsvilkår for arbeidstakerne i Det europeiske fellesskap”. Endringene er utformet ”i lys av virkningen av det indre marked, tendensene innen medlemsstatenes lovgivning når det gjelder redning av foretak som er i økonomiske vanskeligheter, rettspraksis ved De europeiske fellesskaps domstol, rådsdirektiv 75/129/EØF av 17. februar 1975 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om masseoppsigelser... og de lovbestemmelser som allerede er trådt i kraft i medlemsstatene.”³⁵.

³³ Norsk Lovkommentar til aml. kap. XII A

³⁴ Ot prp nr 79 (2000-2001) pkt. 1.2

³⁵ Rådsdirektiv 98/50/EF pkt.1 og 3

3 Oversikt over vilkårene i aml. § 73 A

Tre hovedvilkår må være oppfylt for at det skal foreligge virksomhetsoverdragelse etter aml. § 73 A. Det første vilkåret er at det må foreligge en overføring av ” *virksomhet eller del av virksomhet*”. Dette er gjenstanden for virksomhetsoverdragelse³⁶. Lovens ordlyd definerer ikke nærmere når det foreligger ”overføring av virksomhet...” Hvilke krav man skal stille til virksomheten og overføringen kommer ikke til uttrykk. Det er særlig dette første vilkåret som skal drøftes i oppgaven.

For det andre må *overføringen skje til et annet rettssubjekt*, dvs. en annen innehaver/arbeidsgiver, jf. ”til en annen innehaver”. Vilkaåret har som konsekvens at kjøp av aksjer eller andre eierandeler i et foretak i seg selv ikke vil være en virksomhetsoverdragelse, fordi foretaket, dvs. det rettssubjekt aksjekjøpet knytter seg til, opprettholdes, og de ansatte vil fortsatt ha foretaket som arbeidsgiver³⁷.

For det tredje må overføringen ”skje som følge av overdragelse”. Det er et krav om *årsakssammenheng* mellom virksomhetsoverføringen og en overdragelse³⁸.

Artikkel 1 nr. 1 i EFs rådsdirektiv 77/187/EØF og artikkel 1 nr. 1 litra a i rådsdirektiv 98/50/EF har slik ordlyd i norsk oversettelse:

”Dette direktivet skal komme til anvendelse på overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter til en annen innehaver som følge av en kontraktmessig overdragelse eller fusjon”

Direktivet av 1977 definerer ikke nærmere begrepet virksomhetsoverdragelse. Omfattende EF-rettspraksis tolker imidlertid begrepet. Som det fremkommer av Høyesterettsdommen ”Stavanger Catering” (1997)³⁹, har EF-domstolen gjennom sin tolkning av bestemmelsen, bl.a. i Spijkers-dommen (1986)⁴⁰, lagt vekt på at direktivets

³⁶ Ot prp nr 71 (1991-92) s. 30

³⁷ *Omstilling og nedbemanning* s. 133 (2003) og Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* s. 521 (1998)

³⁸ Rt. 1997 s. 1954

³⁹ Rt. 1997 s. 1965

⁴⁰ C-24/85

formål er å verne arbeidstakerne, og må gjennom sin *formålsorienterte tolkningsmetode* sies å ha gitt direktivet et vidt anvendelsesområde i forhold til ordlyden. Direktivet av 1998 definerer virksomhetsoverdragelse nærmere. Det er særlig dennes artikkel 1 nr. 1 som det skal skrives om i denne oppgaven. Bestemmelsens litra b definerer virksomhetsoverdragelse som:

”... overdragelse av en økonomisk enhet som beholder sin identitet, det vil si en samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet, uansett om det dreier seg om hoved- eller bivirksomhet.”

Ordlyden i aml. § 73 A fanger i liten grad opp hva som er vilkårene for virksomhetsoverdragelse. Årsaken til at lovteksten ikke har regulert vilkårene nærmere, som i direktivet, har vært flere. Det er i tråd med norsk reguleringsmåte, og de valgte begreper gir en form for rettslig standard med muligheter for utfylling og konkretisering gjennom rettspraksis. Det er dessuten liten risiko for utdatering ved en slik lovgivning. Lovgiver ønsket dessuten ikke å lovfeste et krav om at virksomheten skal ha som formål å drive økonomisk virksomhet⁴¹.

4 Gjenstand for overdragelse

4.1 Innledning

Gjenstand for overdragelse er ”virksomhet eller del av virksomhet”, jf. aml. § 73 A. Gjennom rettspraksis er det fastlagt at et mangfold av overdragelsessituasjoner omfattes av reglene. Det er utviklet et sett av prinsipper for løsning av spørsmålet om en konkret overføring omfattes. Rådsdirektivet av 1998 inntar en del av disse prinsippene.

Det gis ingen avgrensning i lovteksten mht. type virksomhet eller aktivitet. Virksomhetsbegrepet er valgt fordi loven skal gjelde for alle typer foretak, enten det er

⁴¹ NOU 2004: 5 s. 363

produksjons- eller servicebedrifter, immateriell virksomhet, offentlig tjenesteyting eller offentlig forvaltning⁴².

Den juridiske form vil ikke være avgjørende for om det foreligger en virksomhetsoverdragelse. Virksomheten kan følgelig være organisert som aksjeselskap, personlig eid selskap, stiftelse osv⁴³.

4.2 Virksomhet

Begrepet ”virksomhet” i aml. § 73 A kan språklig dels bety den enhet som utfører aktiviteten, og dels selve aktiviteten. I lovteksten i aml. § 73 A er begrepet virksomhet benyttet i den førstnevnte betydning⁴⁴. Uttrykket virksomhet benyttes i arbeidsmiljøloven i en rekke bestemmelser som en betegnelse for de driftsmessige aktiviteter som ledes av arbeidsgiver innen en organisatorisk ramme, og som kan være geografisk avgrenset⁴⁵.

Direktivet anvender i artikkel 1 nr. 1 litra a ”foretak og bedrift”. Direktivets begreper er av EF-domstolen tolket så vidt at aml. § 73 A neppe på noe punkt kan tolkes snevrere enn den alminnelige omfangsbestemmelsen for hele arbeidsmiljøloven, aml. § 2 nr. 1 om ”virksomhet som sysselsetter arbeidstaker”⁴⁶. I rettspraksis er det ikke avgjørende at gjenstanden for overdragelse benevnes ”virksomhet” eller ”foretak og bedrift” som vilkår for overdragelsesgjenstanden. I samtlige saker hvor gjenstanden for virksomhetsoverdragelse er oppe, har EF-domstolen oppstilt som grunnleggende krav at det må foreligge overtakelse av en *selvstendig økonomisk enhet*⁴⁷. Høyesteretts behandling av virksomhetsoverdragelser⁴⁸ viser til tilsvarende vilkår om selvstendig økonomisk enhet. Begrepet virksomhet brukes her om en organisatorisk selvstendig

⁴² Ot prp nr 71 (1991-92) pkt. 6.1 og Norsk Lovkommentar til aml. § 2 nr. 1, note 10

⁴³ Ot prp nr 71 (1991-92) pkt. 6.1 og Jakhelln s. 356 (1996)

⁴⁴ Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* s. 779 (2003)

⁴⁵ Jf. bl. a. aml. §§ 1, 2, 3, 4 og 6. Kommentert av Jakhelln s. 23 (1996) og Storeng *Endringer i arbeidsforholdet –stillingsvernsreglene* (2003) s. 42-43

⁴⁶ Fougner m.fl. *Arbeidsmiljøloven* s. 778 (2003)

⁴⁷ Norsk Lovkommentar note 604. Se oppgavens pkt. 4.4 ”Selvstendig økonomisk enhet”

⁴⁸ Rt. 1997 s. 1954, Rt. 1997 s. 1965, Rt. 1999 og Rt. 2001 s. 248

enhet som fremstår som et eget rettssubjekt⁴⁹. Virksomhetsbegrepet må etter dette i norsk rett også anses å omfatte direktivets ”bedrift og foretak”⁵⁰.

4.3 Formålet bak virksomheten

Spørsmålet om formålet bak virksomheten dreier seg om det skal stilles økonomiske krav til virksomheten. Dette reiser bl.a. spørsmål om ideelle virksomheter omfattes, om det skal stilles krav til økonomisk aktivitet og om det skal stilles krav til økonomisk gevinst. Ordlyden i aml. § 73 A stiller ikke krav om økonomisk aktivitet. Et eventuelt krav om økonomisk aktivitet må eventuelt tolkes ut av begrepet ”virksomhet”. Det skal her redegjøres for hvorvidt det gjelder et slikt krav.

EF-domstolens avgjørelse i *Redmond Stichting*-saken (1992)⁵¹ gjaldt overføring fra en veldedig stiftelse til en annen. EF-domstolens drøftelser knytter seg til overføringsbegrepet, men den forutsetter at det veldedige formål og fravær av gevinst- eller overskuddsformål ikke er til hinder for at direktivet får anvendelse. Direktivets formål, beskyttelse av arbeidstakernes rettigheter, vektlegges i domstolens vurdering. Dommens premiss 18 uttaler at: ”... vederlagsfrie tjenesteydelser, udelukker ikke at dispositionen faller indenfor direktivets anvendelsesområde”. At det ikke kan stilles noe krav til økonomisk gevinst følges bl.a. opp i saken ”*Kommisjonen mot Storbritannia*” (1994)⁵². Rettspraksis og hva som er ansett for å være gjeldende rett ble kodifisert i direktivteksten av 1998 artikkel 1 nr. 1 litra c:

”Dette direktivet får anvendelse for offentlige og private foretak som driver
økonomisk virksomhet, enten formålet med virksomheten er gevinst eller ikke”.

Direktivet synes imidlertid å bygge på en forutsetning om *økonomisk aktivitet*. Med endringene i direktivteksten med direktivet av 1998 må dette sies å komme klart til uttrykk i artikkel 1 nr. 1 litra b:

⁴⁹ Norsk Lovkommentar til aml. § 2 nr. 1 note 10

⁵⁰ Storeng *Endringer i arbeidsforholdet – stillingsvernsreglene* (2003) s. 254

⁵¹ C-29/91

⁵² C-382/92

”... det skal regnes som overdragelse i henhold til dette direktivet når det skjer en overdragelse av en økonomisk enhet som beholder sin identitet, det vil si en samling av ressurser som er organisert med det formål å drive *økonomisk virksomhet*”.

Forutsetningen om at virksomheten i direktivets forstand skal drive aktivitet av økonomisk karakter, er praktisert svært beskjedent⁵³. Det er noe uklart om forutsetningen om ”økonomisk virksomhet” skal tillegges noen begrensende betydning ved tolkningen av aml. § 73 A. Departementet uttalte i Ot prp nr 79 (2000-2001) s. 8 under avsn. 4.1:

”I forhold til arbeidsmiljølovens virksomhetsbegrep kan det derimot ikke oppstilles noe krav om økonomisk aktivitet. Loven gjelder for ”enhver” virksomhet og lovens virksomhetsbegrep er ikke begrenset til enheter som driver økonomisk aktivitet, jf. forarbeidene og § 2 nr.3 femte ledd (forutsetningsvis). Således kan det reises spørsmål ved om virksomhetsbegrepet i kapittel XII A må tolkes videre enn virksomhetsbegrepet i direktivet.”

Dersom loven skal fortolkes slik at det ikke stilles noe vilkår om økonomisk aktivitet, vil flere ”virksomheter” omfattes og derigjennom flere arbeidstakere enn etter direktivet. Å gi reglene anvendelse til fordel for flere arbeidstakere enn etter direktivet, er det adgang til. Det kan imidlertid komme i strid med lovgivers intensjon om en minimumsimplentering av direktivet⁵⁴.

Departementet nevner i lovforarbeidet i Ot prp nr 79 (2000-2001) pkt. 4.1 at et vilkår om økonomisk aktivitet i all hovedsak bare vil bli et problem i forhold til offentlige virksomheter⁵⁵, ”... idet det er vanskelig å tenke seg privat virksomhet som ikke faller inn under direktivets krav til økonomisk aktivitet”. Det vises i forarbeidet til at forholdet er diskutert i teorien.

⁵³ Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* s. 779 (2003). Se oppgavns kap. 4.4 ”Selvstending økonomisk enhet”

⁵⁴ Ot prp nr 79 (2000-2001) pkt. 4.1

⁵⁵ Offentlig virksomhet behandles under oppgavns kapittel 4.6

Det synes som om det i forarbeidene ikke er tatt et klart standpunkt til om direktivets vilkår om økonomisk virksomhet også skal gjelde i norsk rett. Samtidig som det innledningsvis nevnes at det ikke kan oppstilles et krav til økonomisk aktivitet etter arbeidsmiljølovens virksomhetsbegrep, innleder forarbeidene på en diskusjon som de ikke kommenterer fullt ut utover å vise til at det foreligger en diskusjon i teorien vedrørende et eventuelt krav om økonomisk aktivitet. Private virksomheter som ikke tilfredsstiller kravet til økonomisk aktivitet kommenteres ikke.

På bakgrunn av de beskjedne krav som knytter seg til vilkåret om økonomisk aktivitet⁵⁶, vil imidlertid usikkerheten ikke få store praktiske konsekvenser. Et eventuelt krav om økonomisk aktivitet kan ikke strekkes så langt som at formålet med virksomheten må være økonomisk gevinst⁵⁷. Det er videre antatt at reglene får anvendelse på virksomheter med ideelle formål⁵⁸.

Direktivets anvendelse bygger på en forutsetning om økonomisk aktivitet. Tilsvarende krav kan etter loven ordlyd og forarbeidene ikke sies å gjelde i norsk rett.

4.4 Selvstendig økonomisk enhet

4.4.1 Vilkåret

Som det fremkommer av forrige kapittel⁵⁹, er forarbeidene klare på at det ikke kan stilles et vilkår om økonomisk formål bak virksomheten, da det ikke er forenlig med virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljøloven⁶⁰. I vurderingen av formålet bak virksomheten anvender rettspraksis begrepet ”selvstendig økonomisk enhet”. Det skal her gis en fremstilling av om gjeldende rett på bakgrunn av rettspraksis er annerledes enn hva forarbeidene legger til grunn.

⁵⁶ Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* s. 779 (2003) og Ot prp nr 79 (2000-2001)

⁵⁷ Ot prp nr 79 (2000-2001) pkt. 4.1. Storeng *Endringer i arbeidsforholdet – stillingsvernsreglene* (2003) s. 254

⁵⁸ Ot prp nr 71 (1991-92) pkt. 6.1 og Jakhelln s. 365 (1996)

⁵⁹ Kap. 4.3 ”Formålet bak virksomheten”

⁶⁰ Ot prp nr 79 (2000-2001) pkt. 8.2.2. Se oppgavens kap. 4.3

Det følger ikke av ordlyden i aml. § 73 A at det kan oppstilles et krav om en selvstendig økonomisk enhet. I forarbeidene er det uttalt at det må stilles vilkår til gjenstanden for overdragelse at den er en ”*selvstendig enhet*”⁶¹. Anvendelse av reglene om virksomhetsoverdragelse avgrenses følgelig nedad, dvs. mot overføringer av enkeltaktiva som ikke kan anses som overføring av noen tilstrekkelig selvstendig enhet.

I Olderdalen Ambulanse (2001)⁶² skriver Høyesterett: ”Det kan følgelig ikke være tvilsomt at ambulansedriften på døgnbasis i Kåfjord kommune på Kåfjord Ambulanseservice AS` hånd var en *selvstendig økonomisk enhet*”. I Nemko-dommen (1999)⁶³ skriver Høyesterett: ”For det første kan det spørres om sentralbord/resepsjon er en tilstrekkelig selvstendig aktivitet til å utgjøre en ”økonomisk enhet”. I Stavanger Catering-dommen⁶⁴ skriver Høyesterett i sin konklusjon at ”Alt i alt er jeg altså kommet til at det som skjedd, oppfyller krav om at det er overført en økonomisk enhet som har bevart sin identitet”. På tross av forarbeidene legger Høyesterett til grunn et vilkår om selvstendig økonomisk enhet.

Direktivet av 1977 inntar på samme måte som aml. § 73 A ikke noe krav til gjenstanden for overdragelse i forhold til kravet om selvstendig økonomisk enhet, jf. direktivet av 1977 artikkel 1 nr. 1. I Kommisjonens fremleggelse av forslag til endring av direktivteksten fra 1977 argumenteres det for at kravene til gjenstanden for overdragelse bør inntas i direktivteksten, da dette ville gi mer klarhet i forhold til direktivets anvendelsesområde og at rettssikkerheten økes ved å holde seg til EF-domstolens praksis⁶⁵.

Gjenstanden for virksomhetsoverdragelse er presisert i rådsdirektivet av 1998 artikkel 1 nr. 1 litra b. Virksomhetsoverdragelse er etter bestemmelsen ”... overdragelse av en økonomisk enhet som beholder sin identitet...”.

⁶¹ Ot prp nr 71 (1991-1992) pkt. 6.1

⁶² Rt. 2001 s. 248

⁶³ Rt. 1999 s. 977

⁶⁴ Rt. 1997 s. 1965

⁶⁵ Ot prp nr 79 (2000-2001)

I EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Stavanger Catering*(1996)⁶⁶ uttaler domstolen om forståelsen av direktivets artikkel 1 nr. 1: ”For at det skal foreligge en overdragelse av et foretak i direktivets forstand må en økonomisk enhet med sin egen identitet være overført og denne identiteten må være i behold”. Det vises til denne vurderingen i EFTA-domstolens uttalelser i *Ulstein*-saken (1996)⁶⁷ og *Ask*-saken (1997)⁶⁸. Det følger av uttalelsene at EFTA-domstolen etter foreliggende EF-rettspraksis innfortolker i direktivet et krav om ”selvstendig økonomisk enhet”.

EF-domstolen har bl.a. i *Spijkers*-dommen(1986)⁶⁹ uttalt at: ”Det avgjørende ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, er, om den pågældende økonomiske enhed har bevart sin identitet”. Dette kravet til gjenstanden for overdragelse gjentas i de senere EF-domstolsavgjørelsene som vurderer direktivets anvendelse. Vilåret inntas bl.a. i EF-domstolens avgjørelse i *Hidalgo*⁷⁰ (1998) hvor domstolen konkluderte med at direktivet kom til anvendelse så fremt det ble overført ”en økonomisk enhet”. Konklusjonen i denne dommen støttes opp i EF-domstolens dom i *Allen*-saken(1999)⁷¹, hvor et selskap i et konsern besluttet å gi et annet selskap i konsernet kontrakter om anlegg av gruvearbeid i underentreprise, så fremt ”der samtidig overføres en økonomisk enhet mellom de to selskaper”.

På tross av at det i forarbeidene ikke anbefales at det skal stilles et økonomisk krav til gjenstanden for overdragelse, er det klart at gjeldende rett oppstiller et slikt krav. Høyesterett og EF- og EFTA-domstolen har en klar rettspraksis på dette. Det må følgelig kunne oppstilles et krav om ”selvstendig økonomisk enhet” til gjenstanden for overdragelse. Kravet har vært problematisk i forhold til hvorvidt offentlig virksomhet omfattes av reglene om virksomhetsoverdragelse i norsk rett. Kapittel 4.6 gir en fremstilling av hvorvidt offentlig virksomhet er omfattet av reglene.

⁶⁶ E-2/95

⁶⁷ E-2/96

⁶⁸ E-3/96

⁶⁹ C-24/85

⁷⁰ C-173/96

⁷¹ C-234/98

4.4.2 Nærmere om hva som utgjør en selvstendig økonomisk enhet

Begrepet ”selvstendig økonomisk enhet” skal etter rettspraksis forstås som en helhet av personer og aktiva som gjør det mulig å utøve en økonomisk virksomhet med et selvstendig formål, jf. EF-domstolens avgjørelser i bl.a. ”Sodexo” (2003)⁷², ”Temco” (2002)⁷³, Allen (1999)⁷⁴, Hidalgo (1998)⁷⁵ og Süzen (1997)⁷⁶. Som vist i kapittel 4.4.1 (om vilkåret om ”selvstendig økonomiske enhet”) legger Høyesterett til grunn at det må stilles et slikt vilkår for reglens anvendelse. Foruten å vise til vurderingene fra EF-domstolen i en generell del av dommene, har imidlertid Høyesterett i alle sakene vedrørende anvendelse av reglene om virksomhetsoverdragelse⁷⁷, med unntak av en kort vurdering i Nemko-saken (1999)⁷⁸, ikke konkret vurdert innholdet av vilkåret til selvstendig økonomisk enhet. Høyesterett har i dommene kun lagt til grunn at det foreligger en selvstendig økonomisk enhet. Det skal her gis en fremstilling av innholdet i vilkåret om ”selvstendig økonomisk enhet”.

*Nemko-saken*⁷⁹ gjelder en enkelt ansatt som hadde ansvaret for å betjene resepsjon og sentralbord for Nemko AS, hvor arbeidsgiver for den ansatte skiftet fra Nemko til Securitas. Spørsmålet var om arbeidstakeren måtte akseptere at arbeidsforholdet overføres til erververen, jf. aml. kap. XII A, eller om hun kunne kreve å fastholde sitt arbeidsforhold med overdrageren. Høyesterett konkluderer ikke i forhold til om *sentralbord/resepsjon* er en tilstrekkelig selvstendig aktivitet til å utgjøre en ”økonomisk enhet”. HR tar i saken ikke endelig standpunkt til om det foreligger virksomhetsoverdragelse, men peker på at det er argumenter for og imot at det foreligger en selvstendig økonomisk enhet. HR viser til likhet mellom de faktiske forhold i Nemko-saken og EF-dommen Schmidt⁸⁰, hvor EF-domstolen kom til at det forelå virksomhetsoverdragelse, samtidig som HR peker på at sentralbord/resepsjon er

⁷² C-340/01, prejudisiell avgjørelse

⁷³ C-51/00

⁷⁴ C-234/98

⁷⁵ C-173/96

⁷⁶ C-13/95

⁷⁷ Rt. 1997 s. 1954, Rt. 1997 s. 1965, Rt. 1999 s. 977 og Rt. 2001 s. 248

⁷⁸ Rt. 1999 s. 977

⁷⁹ Rt. 1999 s. 977

⁸⁰ C-392/92, omtales i oppgavens kap. 4.5.2 ”Selvstendig juridisk enhet”

preget av å være et vesentlig element i bedriftens løpende kontakt med omverden og at daglig behov for avløsning ble utført av Nemkos personell. Slik jeg forstår HR, vil funksjonen være så nært knyttet til virksomheten som sådan at den ikke vil kunne skilles ut som en selvstendig økonomisk enhet i virksomheten.

Direktivet av 1998 artikkel 1 nr. 1 litra b presiserer vilkåret om ”selvstendig økonomisk enhet” ved å stille krav om ”... en samling av ressurser som er *organisert* med det formål å drive økonomisk virksomhet, uansett om det dreier seg om hoved-, eller bivirksomhet”.

Ved bedømmelse av om kravet til organisasjon er oppfylt, kan det være praktisk å ta utgangspunkt i organisasjonskart eller andre strukturelle beskrivelser av den virksomhet som den overførte enhet har inngått i. Det må som utgangspunkt kreves at det er en organisatorisk selvstendig enhet som gjør det mulig å fortsette virksomheten selvstendig, enten alene eller som en del av en organisasjon⁸¹.

Det er ikke tilstrekkelig at ansvaret for eller retten til å utføre aktiviteten blir overført⁸². I ”*Süzen-dommen*”(1997)⁸³ fastslo EF-domstolen at begrepet ”enhet” ikke bare relaterer seg til den aktivitet den utfører. Andre forhold, som for eksempel personalet som er ansatt i enheten, dens ytre rammer, tilretteleggelsen av dens arbeid, dens driftsmåte og av de driftsmidler enheten råder over, vil også være relevant for vurderingen.

I ”*SAS/Braathens*” –saken (2003)⁸⁴ vurderes vilkåret ”selvstendig økonomisk enhet”. På bakgrunn av Høyesteretts begrensede vurderinger av innholdet i vilkåret, i de sakene som har vært oppe for Høyesterett, og da domstolen i SAS/Braathens saken foretar en forholdsvis grundig og generell vurdering av vilkåret, anser jeg det som hensiktsmessig å redegjøre for dommens vurderinger. I saken ble SAS og Braathens saksøkt i forbindelse med at aksjene i Braathens ble kjøpt opp av SAS i 2001 og den samordning mellom selskapenes bakkevirksomhet som skjedd i forlengelsen av aksjekjøpet.

⁸¹ Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 781

⁸² Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 782

⁸³ C-13/95 premiss 15

⁸⁴ Dom av 15. oktober 2003 i Asker og Bærum Tingrett, ikke rettskraftig

Samordningen skjedde slik at den allerede eksisterende bakketjenesten for SAS, SGS, tok over driften. Et visst antall ansatte og en viss mengde driftsmidler fra Braathens gikk inn i SGS. Selskapenes bakketjeneste består i å sørge for den nødvendige service til flypassasjerer til de er i luften og etter at de har landet på bestemmelsesstedet.

I SAS/Braathens konkluderer retten med at vilkåret om ”selvstendig økonomisk enhet” ikke kan tolkes slik at det begrenses til tilfeller av bedriftsøkonomiske selvstendige organisasjoner. Retten uttaler videre at Braathens` Ground Handling-virksomhet/bakkevirksomheten hadde et ”tilstrekkelig økonomisk formål”. Virksomheten er en nødvendig del av det å drive flyvirksomhet.

I forhold til vilkåret i direktivet om ”... samling av ressurser som er organisert...”⁸⁵, uttaler retten i SAS/Braathens at virksomheten var tilstrekkelig organisert med sikte på det økonomiske formålet. Om organisasjonen inngikk som integrerte deler av en større organisasjon, kunne etter rettens mening ikke være avgjørende. Separat regnskap kunne heller ikke stilles som vilkår. Retten la vekt på at avgrensningen av de deler av virksomheten som ble overført, innebar en praktisk og logisk avgrensning hvor oppgavene hadde en indre sammenheng. Etter tingrettens vurdering må det tas hensyn til beskyttelsen av arbeidstakeres rettigheter ved overdragelse av virksomhet til ny arbeidsgiver, når man skal vurdere organiseringen av virksomheten. Det synes som om retten legger terskelen lav for at vilkåret er oppfylt. Retten kom til at det forelå en ”økonomisk enhet”.

For at det skal være en ”selvstendig økonomisk enhet” må det altså foreligge en form for organisasjon, enheten må bestå av både personer og aktiva, og den må være i stand til å drive en eller annen form for økonomisk aktivitet. Kravene vil normalt være oppfylt ved overføringer av hele virksomheten. Det er ved overføring av deler av virksomheter at det først og fremst oppstår tolkningsproblemer.

⁸⁵ Jf. direktivets art. 1 nr. 1 litra b

4.5 Del av virksomhet

4.5.1 Innledning

Virksomhetsoverdragelse gjelder overføring av ”virksomhet eller *del av virksomhet*”, jf. aml. § 73 A. Direktivet kommer til anvendelse ved overdragelse av ”foretak, bedrifter eller deler av foretak eller bedrifter..” jf. direktivets artikkel 1 nr. 1 litra a. Art 1.1 litra b inntar in fine at det foreligger virksomhetsoverdragelse ”... uansett om det dreier seg om hoved- eller bivirksomhet”. Litra b presiserer her innholdet av litra a.

Dersom en del av virksomheten overdras, får bestemmelsene anvendelse for de arbeidstakere som er knyttet til den aktuelle delen. Avgrensning av gruppen kan imidlertid være vanskelig. Det avgjørende må være hvor arbeidstakerne primært har hatt sin tilknytning, og hvor det derfor er mest naturlig at vedkommende fortsetter⁸⁶.

Det følger av forarbeidene at hensikten med formuleringen ”del av virksomhet”, er å klargjøre at det ikke er noe vilkår at hele virksomheten som sådan (i betydning selskap, foretak etc.) overføres til ny innehaver⁸⁷. Kapittel 4.5.2 og 4.5.3 skal redegjøre for spørsmål som særlig gjør seg gjeldende ved overdragelse av del av virksomhet.

4.5.2 Krav om juridisk person?

Uttrykket ”del av virksomhet” er i utgangspunktet ikke noe entydig, klart avgrenset uttrykk. Det som er klart er at det ikke er knyttet noe krav til størrelsen på den enhet som overføres⁸⁸. Det kan imidlertid spørres om det skal stilles krav til at den enheten som overdras skal anses som en juridisk person, dvs. en enhet som kan erverve rettigheter og plikter uten å være en fysisk person, f.eks. organisasjoner, institusjoner og aksjeselskap. Som det vises nedenfor er temaet inntatt i flere rettskilder og er spesielt vurdert ved overdragelse av deler av virksomheter.

Det følger ikke av *ordlyden* i aml. § 73 A og vurdering av gjenstanden for overdragelse, virksomhet eller del av virksomhet, at det skal stilles et krav om selvstendig juridisk

⁸⁶ Ot prp nr 71 (1991-92) pkt. 6.1 og Botzen -saken, C-186/83

⁸⁷ Ot prp nr 71 (1991-1992) pkt. 6.1. Larsen *Arbeidsmiljøloven* (2001) s. 507

⁸⁸ Ot prp nr 71 (1991-1992) pkt. 6.1

person. *Forarbeidene* til aml. § 73 A⁸⁹ legger heller ikke til grunn at det er et vilkår at overdragelsen gjelder selvstendig juridisk person. Det er i norsk *rettspraksis* slått fast at den tidligere aml. § 60 nr. 3 også fikk anvendelse ved overdragelse av del av virksomhet, i den forstand at en virksomhet/bedrift ikke er det samme som en juridisk person, jf. bl.a. Eidsivating lagmannsretts dom av 6. desember 1982. Aml. § 60 nr. 3 ble, som nevnt i innledningen, opphevet da kap. XII A om virksomhetsoverdragelser ble gjennomført. Tolkning av aml. § 60 nr. 3 vil imidlertid ha overføringsverdi for tolkning av dagens bestemmelser i arbeidsmiljøloven om virksomhetsoverdragelser.

At det ikke kan oppstilles et krav om selvstendige juridiske personer, harmoniserer godt med kravene etter EF-domstolens tolkningsuttalelser⁹⁰ og må legges til grunn ved anvendelsen av de norske reglene. Dersom det skulle ha vært et krav om juridisk person for den enhet som overdras, ville reglernes anvendelse, i forhold til gjeldende rett, innskrenkes betydelig, da deler av virksomhet ofte ikke vil kunne forplikte virksomheten som sådan, eks. vaskehjelpen i en bank vil ikke kunne inngå avtaler på vegne av banken.

4.5.3 Nærmere om vilkåret selvstendig enhet

Kravet til overdragelse av selvstendig enhet kan først og fremst bli en problemstilling i forbindelse med overdragelse av del av en virksomhet. Det skal her gis en fremstilling av hvilke krav som rettspraksis stiller opp for at vilkåret om selvstendig økonomisk enhet skal være oppfylt.

I Høyesterett vurdering i *Nemko-dommen* (1999)⁹¹ vurderes hvorvidt

sentralbord/resepsjon i en bedrift tilfredsstillende kravet til selvstendig enhet.

Sentralbord/resepsjon vil være en del av en virksomhets *servicefunksjon*. Som tidligere nevnt, konkluderer ikke HR i saken i forhold til spørsmålet om reglernes anvendelse.

Domstolen er kritisk til om denne delen av virksomheten tilfredsstillende kravet til en selvstendig enhet⁹².

⁸⁹ Ot prp nr 71 (1991-1992) pkt. 6.1

⁹⁰ Fougner Arbeidsmiljøloven (2003) s. 782

⁹¹ Rt. 1999 s. 977

⁹² For nærmere fremstilling av dommen vises til oppgavens kap. 4.4.2 "Nærmere om hva som utgjør en selvstendig enhet"

I Høyesteretts behandling av *Stavanger Catering* (1997)⁹³ var de ansatte i saken ansatt i Scandinavian Service Partner AS (SSP). SSP hadde kontrakt om forpleiningstjenesten på oljeplattformen Ekofisk Alpha i Nordsjøen. SSP hadde også andre avtaler om forpleiningstjenester til forskjellige installasjoner. Hvorvidt den delen av SSP som hadde arbeid på Ekofisk Alpha utgjorde en selvstendig enhet i SSP synes Høyesterett å unngå. Det vises i dommens innledende del imidlertid til EF-domstolens betydning som tolkningsfaktor for hva som skal regnes for gjeldende norsk rett. Det vil nedenfor fremstilles noen dommer fra EF-domstolen som ofte nevnes i vurderingen av om hvorvidt vilkåret for selvstendig enhet er oppfylt ved overdragelse av del av virksomhet.

I ”*Rask og Christensen*”-saken (1992)⁹⁴ kom EF-domstolen til at selv om det kun dreide seg om overføring av en *servicefunksjon* som ikke inngikk som en del av driften i overdragerens virksomhet (kantiner for de ansatte i Philips), så kunne direktivet anvendes. Det uttales i dommen at det avgjørende for om det foreligger en virksomhetsoverdragelse, er om det skjer en endring med hensyn til den fysiske eller juridiske person som er ansvarlig for å drive virksomheten eller en del av denne, jf. tilsvarende i Berg-saken⁹⁵.

I ”*Schmidt*”-dommen (1994)⁹⁶ kom EF-domstolen til at identitetskravet var oppfylt selv om arbeidet som ble utført kun var en *støttefunksjon* som ikke var knyttet til virksomhetens egentlige formål. Saken gjaldt overføring av renholdet i en bank, som før overføringen var utført av en av bankens ansatte. At overføringen bare omfattet en enkeltstående aktivitet var ikke til hinder for at direktivet kunne anvendes⁹⁷. Det forhold at det ikke fant sted overføring av fysiske aktiva var heller ikke til hinder for at direktivet kom til anvendelse. Rettspraksis kan i ettertid ikke sies å gå imot dommens vurderinger.

⁹³ Rt. 1997 s. 1965

⁹⁴ C-209/91

⁹⁵ C-144/145

⁹⁶ C-392/92

⁹⁷ Jf. SAS/Braathens-saken, dom av 15. oktober 2003, ikke rettskraftig

I ”*Merckx*”-saken (1996)⁹⁸ uttalte domstolen at det ut fra et samlet skjønn måtte antas at en overføring av *forhandlerrett*, i dette tilfellet *forhandlerrett* av biler, fra et foretak til et annet kunne være omfattet av direktivet.

”*Rygaard*”-saken (1995)⁹⁹ gjaldt overføring av en enkelt entreprise til en annen virksomhet med sikte på ferdigstillelse. Domstolen kom her til at den overførte aktiviteten ikke var en tilstrekkelig selvstendig enhet i virksomheten. Domstolen stilte i saken opp et ”*stabilitetskriterium*”, dvs. at virksomheten eller en del av denne måtte kunne fortsette på en ”stabil måte”, jf. dommens premiss 20. Domstolen uttaler at overførsel av en enkelt entreprise vil kunne omfattes av direktivet i tilfeller hvor det overtas en organisert helhet av elementer hvor det på en stabil måte er mulig å fortsette virksomhetens aktiviteter eller noen av disse. Ved å stille noen arbeidstakere og materialer til rådighet for fullføring av den aktuelle entreprise, kan imidlertid ikke direktivet, etter domstolens vurdering, komme til anvendelse.

Kravene til selvstendig enhet kan ikke sies å være strenge. Det kan stilles spørsmålstegn ved om det faktisk er et vilkår for reglens anvendelse. Høyesteretts vurdering i *Nemko*-saken og domstolens tvil om den aktuelle delen av virksomheten tilfredstilte kravet til selvstendig enhet kan imidlertid tolkes som et uttrykk at et slikt vilkår gjelder i norsk rett.

4.6 Offentlig virksomhet

Virksomhetsoverdragelse er mest praktisk innen privat sektor. I aml. § 73 A er det imidlertid ikke gjort noe unntak for reglens anvendelse for offentlig virksomhet. Arbeidsmiljøloven kommer altså som hovedregel til anvendelse på offentlig virksomhet¹⁰⁰. Det vil her redegjøres for hvorvidt det kan gjøres unntak fra hovedregelen om at offentlig virksomhet omfattes av reglene om virksomhetsoverdragelse.

⁹⁸ C-171/94 og C-172/94

⁹⁹ C-48/94

¹⁰⁰ Ot prp nr 71 (1991-1992) pkt. 6.1 litra a og Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 750

I Ot prp nr 71 (1991-92) s. 30 uttales det: ”Ved overføring eller omorganisering med hjemmel i lov eller forvaltningsvedtak skjer det ingen overdragelse i utkastet § 73 As forstand, og de foreslåtte bestemmelser kommer ikke til anvendelse”. Det har følgelig ikke alltid vært klart at offentlig virksomhet skal omfattes av reglene.

Høyesterett uttaler i *Løten-saken* (1997)¹⁰¹ at den holdning som kommer til uttrykk i forarbeidene ikke kan være gjeldende rett, og viser til EF-domstolens avgjørelse i *Redmond Stichting-saken*¹⁰². (Det skal imidlertid bemerkes at dommen i *Redmond Stichting-saken* ble avsagt kun tre dager før proposisjonen til implementeringen av direktivet ble fremmet i statsråd¹⁰³, og var ennå ikke avsagt da departementet skrev proposisjonen¹⁰⁴.) Høyesterett viser i *Løten-saken* til at direktivet og bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse i loven må komme til anvendelse ved utøvelse av offentlig virksomhet hvor den virksomhet som ble igangsatt ved kommunestyrevedtak er av en slik karakter at den også kunne vært utøvet av et privat foretak.

I saken *Redmond Stichting* (1992)¹⁰⁵ fant domstolen at direktivet omfattet en kommunes vedtak om å trekke tilbake økonomiske støtte fra en stiftelse og overfører den til en annen. Domstolen svarte benektende på spørsmålet om ”den omstændighed, at beslutningen om overførsel blev truffet ensidigt af den offentlige myndighed og ikke som et resultat af en aftale indgået mellem denne og de subsidierede fonde, indebærer, at direktivet ikke finder anvendelse i denne sag”.

Direktivet av 1977 gav ingen avgrensning mot overføring av offentlig virksomhet. Direktivet av 1998 kodifiserer imidlertid rettsutviklingen som skjedde i medhold og etterkant av direktivet av 1977, og regulerer eksplisitt i artikkel 1 nr. 1 litra c at ”Dette direktiv får anvendelse for offentlige og private foretak som driver økonomisk virksomhet...”. Bestemmelsen presiserer videre:

¹⁰¹ Rt. 1997 s. 1954

¹⁰² C-29/91

¹⁰³ Ot prp nr 71 (1991-1992)

¹⁰⁴ Fougner m. fl. Arbeidsmiljøloven (2003) s. 810

¹⁰⁵ C-29/91

”En administrativ omorganisering av offentlig administrative myndigheter eller en overføring av administrative funksjoner mellom offentlige administrative myndigheter er ikke en overføring i dette direktivets forstand.”

Den hovedregel og det unntak som er inntatt i direktivet er i tråd med EF-rettspraksis¹⁰⁶. Hovedregelen har først og fremst bakgrunn i Redmond Stichting(1992)¹⁰⁷, hvor det fastslås at det ikke er et vilkår om at virksomheten har økonomiske gevinst for øye. I Kommisjonen mot Storbritannia (1994)¹⁰⁸ uttalte EF-domstolen at en enhet kunne utøve en økonomisk virksomhet selv om den ikke var ervervsdrivende. Offentlig virksomhet vil som hovedregel ikke ha økonomisk gevinst som mål, og vil ofte ikke være ”ervervsdrivende”. Henke-dommen (1996)¹⁰⁹ trakk en grense mellom offentlig virksomhet av økonomisk karakter og omorganisering av forvaltningsmyndighet.

Tilsvarende bestemmelse som i direktivet er ikke implementert i den norske lovbestemmelsen. Ifølge forarbeidene til arbeidsmiljøloven¹¹⁰ skal reglene om virksomhetsoverdragelse gis anvendelse fullt ut også hvor det dreier seg om en virksomhetsoverdragelse innenfor offentlige virksomheter. Noe av bakgrunnen for dette er at det samsvarer dårlig med formålet bak kapittel XII A å unnta enkelte arbeidstakere fra reglens vern, og at det ikke foreligger sterke grunner for at enkelte arbeidstakere skal falle utenfor reglens beskyttelsesområde kun fordi de utfører en viss type arbeidsoppgaver.

Behovet for enkle, praktikable regler begrunner videre dagens lovbestemmelse¹¹¹. Det vil dessuten kunne være problematisk å avgrense forvaltningsoppgaver og ”andre” oppgaver, og at denne grensdragningen vil kunne føre til forskjellsbehandling av arbeidstakere innenfor samme virksomhet.

¹⁰⁶ Fougner m.fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 770

¹⁰⁷ Fougner m.fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 770

¹⁰⁸ C-382/92

¹⁰⁹ C-298/94

¹¹⁰ Ot prp nr 79 (2000-2001) s. 11

¹¹¹ Ot prp nr 79 (2000-2001) pkt. 2.1

Gjennom arbeidsmiljølovens generelle anvendelse, uten avgrensning mot offentlig virksomhet, har loven fått et videre anvendelsesområde enn direktivet. Det må anses som gjeldende norsk rett at offentlig virksomhet ikke unntas fra anvendelsesområdet for reglene om virksomhetsoverdragelse etter aml. kap XII A.

Forholdet mellom vilkåret om selvstendig økonomisk enhet og offentlig virksomhet kan imidlertid bli en problemstilling Høyesterett må vurdere i senere tvister. I Løten-dommen, som vurderer forholdet til offentlig virksomhet, gjelder det en virksomhet, som domstolen selv sier, som også kunne vært utøvet av private. Som tidligere beskrevet vil private virksomheter som hovedregel oppfylle kravet til selvstendig økonomisk virksomhet. Tilsvarende gjelder ikke alle enheter i det offentlige. Jeg antar imidlertid, på bakgrunn av de beskjedne krav som stilles til om formålet bak virksomheten og de sterke hensyn bak dagens regler, at hovedregelen om at offentlig virksomhet omfattes av reglene, opprettholdes.

5 Overdragelsesmåtene

5.1 Innledning

Det følger av aml. § 73 A at reglene i kapittel XII A kommer til anvendelse ved overføring av virksomhet eller del av virksomhet til en annen innehaver ”... *som følge av overdragelse*”. I rådsdirektivets artikkel 1 nr. 1 litra a fremgår det at direktivet kommer til anvendelse ved overdragelse ”... *som følge av en kontraktmessig overdragelse eller en fusjon*”. Selv om ordlyden i arbeidsmiljøloven og direktivet er ulik, stilles tilsvarende krav etter loven som etter direktivet¹¹². Lovteksten er ment å innføre direktivets bestemmelse i norsk rett, og det er derfor nødvendig å ta utgangspunkt i en tolkning av direktivet når lovteksten skal tolkes¹¹³.

En problemstilling som domstolene har måtte ta stilling til, har vært om det må foreligge avtale eller kontrakt mellom tidligere og nye innehaver av virksomheten.

¹¹² NOU 2004: 5 pkt. 16.4.2

¹¹³ Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 797

Direktivet er på dette punkt er både uttrykksmessig og innholdsmessig ulik i de forskjellige språkversjonene. Ulikhetene knytter seg først og fremst til spørsmålet om det kreves at overføringene er basert på en gjensidig bebyrdende avtale. Det oppstår da spørsmål om avtalen må være inngått mellom den gamle og den nye arbeidsgiver, og hvilke krav som stilles til det rettslige grunnlag for overføringen.

5.2 Krav om avtale eller kontrakt ?

Den norske direktivteksten synes å forutsette at det må foreligge en avtale eller kontrakt mellom den gamle og den nye arbeidsgiver, jf. ”... kontraktmessig overdragelse eller en fusjon”. Måten overføringen har skjedd på har imidlertid ikke hatt tungtveiende vekt i EF-domstolens vurderinger av om det har skjedd en virksomhetsoverdragelse¹¹⁴.

I ”Møller”/”Ulstein”-saken (1996)¹¹⁵ uttaler EFTA-domstolen at dersom andre faktorer leder til den konklusjon at transaksjonen utgjør en overdragelse i direktivets forstand, så hindrer det ikke at direktivet kommer til anvendelse, selv ved fravær av kontraktsforhold.

At det ikke kan stilles et krav om uttrykkelig avtale eller kontrakt, fremkommer bl.a. av Høyesteretts avgjørelse i *Løten*-dommen (1997)¹¹⁶: ”... Selv om det fortsatt opprettholdes et krav om at den begivenhetsrekke som har ledet frem til overføring av en virksomhet, skal inneholde et *kontraktselement av en eller annen karakter...*”. Hvilke krav man kan stille til den overenskomst som er kommet i stand, må i samsvar med EF-rettspraksis ikke være strenge.

På bakgrunn av variasjoner og delvis motstrid i de forskjellige språkversjonene av direktivet, har EF-domstolen i sine avgjørelser lagt stor vekt på *formålsbetraktninger* i favør av arbeidstakernes behov for beskyttelse ved tolkningen av direktivet med påfølgende vidtfavnende tolkning, jf. bl.a. *Abels* (1985)¹¹⁷ premiss 13 og *Redmond Stichting* (1992)¹¹⁸ premiss 11¹¹⁹.

¹¹⁴ Se oppgavens kap. 5.3 ”Overføring i kontraktmessig sammenheng”

¹¹⁵ E-2/96

¹¹⁶ Rt. 1997 s. 1954

¹¹⁷ C-135/83

¹¹⁸ C-29/91

I ”*Bork*” -saken (1988)¹²⁰ la domstolen i premiss 13 til grunn at direktivet kom til anvendelse i alle tilfeller hvor det som ledd i et kontraktsforhold blir skifte av den fysiske eller juridiske person som er ansvarlig for virksomhetens drift og som påtar seg arbeidsgiveransvaret for de ansatte i virksomheten. I ”*Berg*”-saken (1988)¹²¹ ble en leasingavtale misligholdt og senere opphevet ved en rettslig beslutning. EF-domstolen uttalte at det er uten betydning om kontrakten oppheves ifølge avtale mellom de kontraherende parter, ensidig av en av partene eller ifølge rettsavgjørelse.

I *Redmond Stichting*-saken (1992)¹²² kom EF-domstolen til at reglene om virksomhetsoverdragelse kom til anvendelse når overføringen skjedde som resultat av at kommunen besluttet å innstille sitt økonomiske bidrag til en veldedig stiftelse som drev rusmiddelomsorg for etterpå å støtte en annen stiftelse som overtok ansvaret for rusmiddelomsorgen. Overdragelsen hadde grunnlag i *forvaltningsvedtak* i en kommune, og ikke i en avtale.

Når man sammenligner EF-domstolens avgjørelser med direktivets ordlyd ”kontraktsmessig overdragelse eller fusjon” synes det som om bestemmelsen villeder leseren i forhold til de krav som stilles. Ordlyden i aml. § 73 A sier så vidt lite, ”... som følge av overdragelse...” at det ikke kan villede og støtter opp om hva jeg har skrevet om at måten overføringen skjer på tillegges liten vekt. Det er situasjonen før og etter overdragelse som er viktig for vurderingen av reglenes anvendelse.

5.3 Overføring i kontraktsmessig sammenheng

Det vil her redegjøres for typesituasjoner som vil tilfredsstillere reglenes krav til overdragelsesmåte.

¹¹⁹ Omtales i Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 798

¹²⁰ C-181/87

¹²¹ C-144/87 og 145/87

¹²² C-29/91

Den typiske overdragelse vil være en overdragelse ved *kjøpekontrakt*¹²³. En bedrift eller en bedriftsenhet overdras eksempelvis til en ny eier. I samsvar med EF-domstolens praksis må det imidlertid anlegges en vid forståelse av hva som ligger i uttrykket overdragelse ved avtale.

*Fusjoner*¹²⁴ og andre sammenslåinger av virksomheter samt fisjoner er omfattet av overdragelsesbegrepet i § 73 A¹²⁵. Begrepet fusjon er inntatt i direktivteksten. Dette ble ikke gjort i lovteksten da man anså at slike disposisjoner alltid vil være gjenstand for en avtalemessig disposisjon, og at disse tilfellene ville være omfattet av ordlyden i aml. § 73 A¹²⁶. Tilsvarende skal også *fisjoner* omfattes av ordlyden i aml. § 73 A.

Andre selskapsrettslige disposisjoner vil ikke nødvendigvis innebære en overdragelse som er omfattet av aml. § 73 A¹²⁷. Det må vurderes om det skjer en overføring av virksomhet til et annet rettssubjekt som ved overføringen overtar det rettslige ansvar for driften¹²⁸. Konsekvensen av at det ikke skjer en slik overføring vil være at arbeidstakerne fortsatt vil være ansatt i det samme selskap. Bestemmelsene i kap. XII A vil da ikke komme til anvendelse. Kjøp og salg av selskapsandeler, eks. aksjer vil følgelig ikke falle inn under overdragelsesbegrepet i § 73 A. Et aksjeselskap er den samme juridiske person selv om aksjemajoriteten skifter eier.

Overdragelse av *eiendomsretten* til en bedrift, er av EF-domstolen ikke ansett som et vilkår for anvendelse av direktivet. EF-domstolen kom i ”*Ny Mølle Kro*” –saken (1987)¹²⁹ til at det også foreligger virksomhetsoverdragelse i direktivets forstand når eieren overtar driften av en utleid virksomhet som følge av leietakers mislighold av avtalen. Heving av avtale på bakgrunn av mislighold vil følgelig kunne omfattes av

¹²³ Ot prp nr 71 (1991-1992) pkt. 6.1 litra b, Jakhelln (1996) s. 360 og Storeng *Endringer i arbeidsforholdet –stillingsvernsreglene* (2003) s. 260

¹²⁴ Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 804-809

¹²⁵ Ot prp nr 71 (1991-92) pkt. 4 og 6.1 litra b, Jakhelln (1996) s. 360 og NOU 2004: 5 pkt. 16.4.2

¹²⁶ Ot prp nr 71 (1991-92) pkt. 6.1 litra b

¹²⁷ Ot prp nr 71 (1991-92) pkt. 4 og 6.1 litra b

¹²⁸ Ot prp nr 71 (1991-92) pkt. 6.1

¹²⁹ C-287/86

uttrykket overføring¹³⁰. Av dette følger det at *leie- og leasingtilfeller* vil være omfattet av aml. § 73 A¹³¹.

At kontrakt blir inngått gjennom *anbud* er ikke til hinder for at direktivet og loven får anvendelse. Dette er blant annet kommet til uttrykk i sakene ”Olderdalen Ambulanse” (2001)¹³², ”Stavanger Catering”(1997)¹³³, i EFTA-domstolens uttalelse i ”Ulstein” (1996)-saken¹³⁴ og i EF-dommene har ”Hidalgo”(1998)¹³⁵ og ”Ziemann”(1998)¹³⁶.

Det er ikke nødvendig at det er avtalt *vederlag* for overdragelsen. Gaveoverdragelser vil f.eks. være omfattet av aml. § 73 A, jf. forarbeidene¹³⁷. Overføring som følge av ektepakt, samlivskontrakt, partnerskapsavtale, skifte av felleseie og oppløsning av sameie må også anses omfattet¹³⁸. *Ensidige disposisjoner* vil etter dette omfattes av bestemmelsen¹³⁹.

Panthavers *tiltredelse av pantet* har Høyesterett vurdert som virksomhetsoverdragelse, jf. Rt. 1995 s. 279. Overdragelse som skjer under gjeldsforhandling og i forbindelse med en insolvenssituasjon omfattes likeledes av bestemmelsene i aml. kap XII A¹⁴⁰.

Det kan være aktuelt å overlate deler av den ordinære aktiviteten til en virksomhet til selvstendige tjenesteytere, f.eks. hvor hele eller deler av den juridiske avdeling blir avviklet og tjenester deretter utføres av ett eller flere advokatfirmaer på ordinær eller særskilt avtale betingelser, eller hvor en entreprenør overlater deler av virksomheten til en underentreprenør. Dette betegnes som utsetting av oppdrag eller ”*outsourcing*”.

¹³⁰ Jakkhelln s. 361 (1996)

¹³¹ Ot prp nr 71 (1991-92) pkt. 6.1, Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 799 og s. 802-803, Jakkhelln (1996) s. 360 og Storeng *Endringer i arbeidsforholdet – stillingsvernsreglene* (2003) s. 260

¹³² Rt. 2001 s. 248

¹³³ Rt. 1997 s. 1965 og EFTA-dom E-2/95

¹³⁴ E-2/96

¹³⁵ C-173/96

¹³⁶ C-247/96

¹³⁷ Ot prp nr 71 (1991-1992) s. 32

¹³⁸ Fougner m.fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 809 og Rapport om virksomhetsoverdragelse

¹³⁹ Jakkhelln (1996) s. 360 og Ot prp nr 71 (1991-1992) pkt. 6.1 litra b

¹⁴⁰ Rt. 1995 s. 1624 og Rt. 1995 s. 1636

Dersom de øvrige vilkår foreligger vil slike endringer omfattes av direktivet og aml. § 73 A¹⁴¹. Tilsvarende er også tilbakeføring, ”*insourcing*”, omfattet av reglene¹⁴².

5.4 Krav om direkte avtaleforhold?

Det kan stilles spørsmål til om det må foreligge et direkte avtaleforhold mellom tidligere og ny innehaver av virksomheten, eller om det tillates at virksomheten overdras til ny innehaver med en tredjepart som mellomledd.

Av ordlyden i aml. § 73, jf. ”... overføring... til annen innehaver” synes det som om det må foreligge et direkte avtaleforhold mellom tidligere og nye innehaver. Tilsvarende i direktivets artikkel 1 nr. 1 litra a ”overdragelse... til en annen arbeidsgiver”.

Forarbeidene legger til grunn at aml. § 73 A også vil kunne få anvendelse på situasjoner hvor det ikke er noe direkte kontraktsforhold mellom den tidligere og den nye innehaver¹⁴³.

Høyesterett slutter seg til vurderingen i forarbeidene om at det ikke stilles krav til et direkte avtaleforhold mellom gammel og ny arbeidsgiver, jf. ”Olderdalen Ambulansse” - dommen (2001)¹⁴⁴, ”Løten” (1997)¹⁴⁵ og ”Stavanger Catering” (1997)¹⁴⁶.

Som det fremkommer av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i ”*Stavanger Catering*”-saken¹⁴⁷ (1996) premiss 29, er det ikke til hinder for anvendelse av direktivet at en overdragelse blir gjennomført i to etapper og at det ikke foreligger en direkte kontraktmessig forbindelse mellom første og andre arbeidsgiver.

Trepartsforhold er altså ikke til hinder for at direktivet kommer til anvendelse. Et slikt trepartsforhold kan være utleier, tidligere leietaker og ny leietaker. EF-domstolen har

¹⁴¹ Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 803-804

¹⁴² Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 804

¹⁴³ Ot prp nr 71 (1991-1992) pkt. 6.1

¹⁴⁴ Rt. 2001 s. 248

¹⁴⁵ Rt. 1997 s. 1954

¹⁴⁶ Rt. 1997 s. 1965

¹⁴⁷ E-2/95

lagt til grunn at direktivet kommer til anvendelse, eller ikke er utelukket fra å komme til anvendelse, når en ikke-overførbar leieavtale vedrørende en restaurant utløper og eieren leier den ut til en ny leietaker som uten avbrudd fortsetter driften med det samme personalet, jf. *Daddy`s Dance Hall-dommen*¹⁴⁸ (1998); når eieren av et foretak etter oppsigelse eller heving av en leiekontrakt overtar foretaket for senere å selge det til tredjemann som kort etter gjenopptar driften, jf. *Bork-saken* (1988)¹⁴⁹; når offentlig organ vedtar å stanse offentlig støtte til et juridisk subjekt, med den følge at det juridiske subjektets virksomhet opphører, og å overføre støtten til et annet juridisk subjekt med et lignende formål, jf. *Redmond Stichting* (1992)¹⁵⁰. Tilsvarende konklusjon med henhold til trepartsforhold inntar EF-domstolen i *Schmidt-* (1994)¹⁵¹ og *Süzen-dommen* (1997)¹⁵².

Treparts avtaleforhold drøftes også i EF-domstolens avgjørelse i ”*Sodexho*”-dommen (2003)¹⁵³: ”Det er således ikke en forutsætning for, at direktiv 77/187 finder anvendelse, at der består et direkte avtaleforhold mellom overdrageren og erhververen, og overdragelsen vil kunne finde sted via en tredjemann, f.eks. eieren eller leieren”. Det forhold at de materielle aktiviteter/fysiske aktiva som overtas av den nye innehaveren, ikke tilhørte dennes forgjenger, er etter rettens konklusjon heller ikke til hinder for at det er skjedd en virksomhetsoverdragelse i direktivets forstand. Tilsvarende gjelder hvor oppdragsgiver skifter oppdragstaker, jf. *Merckx-dommen* (1996)¹⁵⁴ og EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Stavanger Catering* (1996)¹⁵⁵.

Det kan imidlertid synes som om retten i dommen *SAS/Braathens* (2003)¹⁵⁶ har lagt til grunn at det må foreligge et direkte avtaleforhold for at det skal dreie seg om relevante aktiviteter i en virksomhetsoverdragelsesvurdering. Det fremkommer at flertallet legger

¹⁴⁸ C-324/86

¹⁴⁹ C-101/87

¹⁵⁰ C-29/91

¹⁵¹ C-392/92

¹⁵² C-13/95

¹⁵³ C-340/01, dom av 20. november 2003, prejudisiell

¹⁵⁴ C-171/94 og C-172/94

¹⁵⁵ E-2/95

¹⁵⁶ Dom av 15. oktober 2003, ikke rettskraftig

liten vekt på overtakelse av lokaler. Retten uttaler at SGS/SAS ikke har trådt inn i eller overtatt Braathens sine leiekontrakter, og det at det dermed ikke foreligger noen overføring av lokaler fra Braathens til SGS. SGS disponerer i dag en del lokaler som Braathens tidligere disponerte. Lokalene leies ut av Luftfartsverket/Avinor til flyselskaper og handlingsselskaper. Det forelå følgelig et trepartsforhold. Tingsrettens standpunkt synes å være i strid med hva gjeldende norsk rett og EF- og EFTA-domstolen tidligere har lagt til grunn og må anses vurdert feil.

6 Identitetskravet

6.1 Innledning

Identitetskravet har betydning ved bedømmelsen av hvorvidt det er skjedd en overdragelse av virksomhet. Det vil være avgjørende om den overførte enhet er å regne som lik eller tilsvarende etter overføringen. Kravet er først og fremst relevant for overdragelse av del av en virksomhet. Det skal her redegjøres for det nærmere innholdet av identitetskravet.

Direktivet inntar identitetskravet i artikkel 1 nr. 1 litra b, som sier at: ”..det regnes som overdragelse i henhold til dette direktivet når det skjer en overdragelse av en økonomisk enhet som beholder sin identitet...”. Tilsvarende krav kommer ikke direkte til uttrykk i aml. § 73 A.

I samtlige saker hvor virksomhetsoverdragelser har vært en problemstilling har EF-domstolen stilt som grunnleggende krav at det må foreligge overtakelse av en selvstendig økonomisk enhet som viderefører sin aktivitet og som bevarer sin identitet¹⁵⁷. Tilsvarende krav inntas bl.a. i forarbeidene til implementeringen av reglene i norsk rett¹⁵⁸ og Høyesteretts vurderinger av virksomhetsoverdragelse¹⁵⁹. Identitetskravet må anses som gjeldende norsk rett.

¹⁵⁷ Norsk Lovkommentar til § 73 A, note 604

¹⁵⁸ Ot prp nr 71 (1991-1992) pkt. 4.4.1

¹⁵⁹ Rt. 1997 s. 1954, Rt. 1997 s. 1965, Rt. 1999 og Rt. 2001 s. 248

Problemer i forhold til identitetskravet oppstår først og fremst der den nye innehaveren ikke overtar alle aktiva, eller at virksomheten på en eller annen måte er ulik etter overføringen. Foreligger det sammenfall mellom virksomhetens aktiviteter før og etter overføringen, kan det normalt konstateres at det er samme virksomhet som fortsetter. Dersom driften faktisk fortsetter eller gjenopptas, må det vanligvis legges til grunn at den økonomiske enhet har beholdt sin identitet, jf. bl.a. Sodexo (2003)¹⁶⁰, Süzen (1997)¹⁶¹ og Spijkers (1986)¹⁶².

Under henvisning til tidligere avgjørelser, blant annet Spijkers-saken¹⁶³, uttalte EF-domstolen i Süzen-saken (1997)¹⁶⁴ i premiss 10:

”Det avgjørende ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand er, om den pågældende økonomiske enhet har bevaret sin identitet, hvilket navnlig må lægges til grund, så fremt driften faktisk fortsættes eller gjenoptages.”

Den omstendighet at aktiviteten før og etter er den samme eller tilsvarende er en nødvendig men imidlertid ikke en tilstrekkelig forutsetning for å kunne fastslå at det er tale om en overføring av en økonomisk enhet som har beholdt sin identitet, jf. EF-domstolens uttalelser i bl.a. Süzen (1997)¹⁶⁵, Hidalgo (1998)¹⁶⁶ og i Temco (2002)¹⁶⁷ og EFTA-domstolen i Ask-saken (1997)¹⁶⁸ premiss 22. I Süzen –dommen uttaler retten i premiss 15 i forbindelse med vurdering av Spijkers-dommen (1986) premiss 13¹⁶⁹: ”En enhed kan ikke begrænses til den aktivitet, den udfører. Dens identitet består også af andre forhold, som f.eks. det personale, der er ansat i enheden, dens ytre rammer,

¹⁶⁰ C-340/01

¹⁶¹ C-13/95

¹⁶² C-24/85

¹⁶³ C-24/85

¹⁶⁴ C-13/95

¹⁶⁵ C-13/95 premiss 15

¹⁶⁶ C-173/96 og C-247/96 forenede saker, dom av 10. desember 1998

¹⁶⁷ C-51/00

¹⁶⁸ E-3/96, dom av 14. mars 1997

¹⁶⁹ C-24/85, se opgavens kap. 6.2 ”Momenter i vurderingen”

tilrettelæggelsen af dens arbejde, dens driftsmåde og i givet fald også de driftsmidler, enheden råder over”. Virksomhetsoverdragelse må følgelig avgrenses mot videreføring av aktivitet uten at den aktuelle enhet blir overtatt. Olderdalen Ambulanse-dommen (2001)¹⁷⁰ viser til premisset i sin vurdering.

Det er ikke til hinder for oppfyllelse av identitetskravet, at nye innehaver av virksomheten før overføringen drev en virksomhet av samme type. I *Olderdalen Ambulanse* (2001)¹⁷¹ drev nye innehaver tidligere dagambulanse i samme område som den overførte virksomhet, som drev døgnambulanse. Høyesterett uttaler at forholdet kan ”neppe tillegges noen betydning i vurderingen av spørsmålet om det som var en selvstendig enhet, beholdt sin identitet”.

6.2 Momenter i vurderingen av identitetskravet

En rekke momenter kan *generelt* gjøre seg gjeldende ved bedømmelsen av om det foreligger overdragelse av en enhet, men ikke alle elementene er karakteriserende for virksomhetens *identitet*. Høyesterett, EF- og EFTA-domstolen har generelt innledningsvis i behandlingen av identitetskravet gitt en beskrivelse av hvilke elementer som i utgangspunktet kan være av betydning. Når det deretter skal avgjøres om den overførte enhet har bevart sin identitet, er *virksomhetens karakter* avgjørende for hvilke av elementene som skal tillegges vekt, og hvilken betydning de skal tillegges¹⁷². En virksomhet kan karakteriseres/preges av arbeidskraften og/eller materielle og/eller immaterielle aktiva.

Den generelle beskrivelsen av elementene er når det gjelder direktivet, av EF-domstolen formulert temmelig likt fra *Spijkers-dommen* fra 1986 til *Sodexho-dommen* 20. november 2003 som den hittil siste (pr. april 2004). EFTA-domstolen har anvendt samme formulering i sine saker, sist i *Viggòsdøttir-dommen* av 22. mars 2002. Høyesterett har sluttet seg til og anvendt samme beskrivelse i sine avgjørelser, som direkte gjelder de norske reglene, sist i *Olderdalen Ambulanse* av 16. februar 2001.

¹⁷⁰ Rt. 2001 s. 248

¹⁷¹ Rt. 2001 s. 248

¹⁷² Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 786-795

Spijkers-dommen¹⁷³ premiss 13 blir gjerne brukt som grunnlag for domstolenes avgjørelse av hvilke momenter/aktiviteter som generelt er relevante ved vurderingen av identitetskravet¹⁷⁴. *Spijkers*-dommen gjelder overdragelse ved salg av en slakterivirksomhet med bygninger og driftsløsøre til en ny innehaver. Virksomheten fortsatte på samme sted etter et avbrudd i driften. Bestemmelsen om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse ble påberopt da *Spijkers* var en av de få som ikke fikk ansettelse hos den nye innehaver av virksomheten. EF-domstolen uttaler at varigheten av avbruddet inngår som et ledd i en samlet vurdering av om det foreligger en overdragelse. Spørsmålet om driftsstans er et vurderingsmoment under identitetskravet¹⁷⁵.

Sammenfatningsvis kan momentene i *premiss 13 i Spijkers-dommen* fremstilles slik:

1. hvilken type/art virksomhet eller bedrift er det tale om før og etter overføringen,
2. om det er overført fysiske aktiva som virksomhetens lokaler, utstyr og annet løsøre,
3. verdien av immaterielle aktiva på overdragelsestidspunktet (blant annet goodwill),
4. omfanget av overtakelsen av arbeidsstokken,
5. om kundekretsen overtas,
6. i hvor stor grad de økonomiske aktiviteter før og etter overdragelsen er de samme, og
7. hvor lenge virksomhetens drift eventuelt har vært innstilt

Det er overføringene slik de faktisk ble som danner grunnlaget for identitetsvurderingen, jf. bl.a. *Olderdalen Ambulanse* (2001)¹⁷⁶. Hvordan overføringene kunne ha blitt under andre forutsetninger er i følge Høyesterett i dommen ikke relevant. Dette gjentas også i dom i Oslo tingrett 10. juli 2003¹⁷⁷. Overdrager og erverver av

¹⁷³ C-24/85

¹⁷⁴ Jf. bl.a. Fra EF-domstolspraksis: *Sodexo*-dommen premiss 33, *Spijkers*-dommen premiss 13 og *Süzen*-dommen premiss 14. Fra norsk rettspraksis: "Løten", Rt. 1997 s. 1954, "Stavanger Catering", Rt. 1997 s. 1965, "Ambulansedommen", Rt. 2001 s. 248. Fra EFTA-domstolspraksis: E-2/95, "Stavanger Catering" premiss 1.

¹⁷⁵ Se oppgavens kap. 6.3 "Kontinuitetskravet"

¹⁷⁶ Rt 2001 s. 248

¹⁷⁷ Publiseringsnummer: TOSLO-2002-05488

virksomheten har på denne måte avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelser skal avgjøres¹⁷⁸.

Selv om det skal foretas en *helhetsvurdering* av alle relevante forhold¹⁷⁹, kan *enkeltaktiviteter* ha stor betydning for om det foreligger virksomhetsoverdragelse. Som eksempel kan nevnes at der en bedrifts aktivitet først og fremst karakteriseres av at en stabil arbeidsstyrke utfører aktiviteten, og en ny kontraktsinnehaver velger å gjenansette arbeidsstyrken for driftens kontinuitet, kan dette være tilstrekkelig til å utgjøre en overdragelse i direktivets forstand, jf. bl.a. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Ask-saken* (1997)¹⁸⁰ premiss 29.

Momentlisten i *Spijkers-dommen* er ikke uttømmende for hva som er relevante aktiviteter ved vurderingen av virksomhetsoverdragelse¹⁸¹. For å vurdere om identitetskravet er oppfylt, må alle fakta som karakteriserer transaksjonen tas i betraktning og vurderes i sammenheng med hverandre, jf. bl.a. *Spijkers-dommen* premiss 12. Det må konstateres hva som karakteriserer eller preger den overførte virksomhetens identitet. Rettspraksis etter *Spijkers-dommen* har videreutviklet hva som kan falle inn under direktivet, og må sies å ha gitt direktivet et vidt anvendelsesområde i forhold til ordlyden¹⁸². I ”*Løten-dommen*” (1997)¹⁸³ og ”*Oldedalen Ambulanse*” (2001)¹⁸⁴ nevnes at det i vurderingen av identitetskravet at det kan være et moment hvordan omverden/lokalbefolkningen oppfatter overføringen. Dersom det for lokalbefolkningen ikke var mulig å registrere noen forskjell etter overføringen, vil dette kunne være et moment som taler for at virksomhetens identitet er i behold. Det synes imidlertid som HR reduserer betydningen av momentet til å være et støtteargument uten særlig selvstendig vekt.

¹⁷⁸ Omtales nærmere i oppgavens kap. 7.3

¹⁷⁹ Jf. bl. a. *Sodexo-dommen* premiss 34, *Spijkers-dommen* premiss 13, *Süzen-dommen* premiss 14 og *SAS/Braathen-dommen* av 15. oktober

¹⁸⁰ E-3/96

¹⁸¹ Jf. bl. a. Rt. 1997 s. 1954

¹⁸² Jf. Rt. 1997 s. 1965

¹⁸³ Rt. 1997 s. 1954

¹⁸⁴ Rt. 2001 s. 248

Fremstillingen videre i kapittel 6 vil konsentrere seg om de momentene som er opplistet i premiss 13 i Spijkers-dommen. Rekkefølgen av punktene følger imidlertid ikke oppgavens oppbygning. Videre er flere av momentene i premisset samlet til vurdering under samme kapittel i oppgaven. Av aktiviteter som kan overføres, konsentrerer oppgaven seg om overføring av materielle aktiviteter og ansatte, da det synes som om rettspraksis konsentrerer seg om disse aktiviteter.

6.3 Kontinuitetskravet

Dersom driften er innstilt en periode før eller i forbindelse med overdragelsen, er problemstillingen om det foreligger en fortsatt bestående økonomisk enhet¹⁸⁵.

I *Ny Mølle Kro-saken* (1987)¹⁸⁶ kom domstolen til at en midlertidig driftsstans, i dette tilfellet sesongmessig, ikke i seg selv utelukket at direktivet kom til anvendelse. *Redmond Stichting* (1992)¹⁸⁷ går i samme retning. Driftsstans fra 22. desember til 4. januar, som dessuten falt sammen med juleferie, ble i *Bork-saken* (1988)¹⁸⁸ betegnet som driftsstans i en kortere periode og fikk ingen betydning. Driftsstans i en måned ble i *Løten-saken* (1997)¹⁸⁹ ikke tillagt vekt.

Det er ikke avgjørende om virksomheten eller en del av denne var i drift på overføringstidspunktet¹⁹⁰. Det avgjørende vil være om driften er endelig opphørt, eller om det er tale om en midlertidig driftsstans¹⁹¹. Årsak og varighet av driftsstans må vurderes ved tvilstilfeller.

Kontinuitetskrav som sådan er ikke en nyskapning i norsk arbeidsrett¹⁹².

Kontinuitetskravet ble forutsatt i forbindelse med reglene om vern mot usaklig oppsigelse i arbeidervernloven av 1936 i forbindelse med tolkning av ”samme bedrift”.

¹⁸⁵ Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 795

¹⁸⁶ C-287/86

¹⁸⁷ C-29/91

¹⁸⁸ C-101/87

¹⁸⁹ Rt. 1997 s. 1954

¹⁹⁰ Ot prp nr 71 (1991-92) pkt. 6.1

¹⁹¹ Ot prp nr 71 (1991-92) s. 32 og Jakhelln s. 359 (1996)

¹⁹² Jakhelln s. 359

Mer direkte kom kontinuitetskravet til uttrykk ved provisorisk anordning av 4. mai 1954 om rett til gjeninntredelse for arbeidere som har måttet oppgi stilling under krigen, § 1.

6.4 Type/art virksomhet

Type/art virksomhet påvirker hvilke aktiviteter ved en virksomhet som er relevante for vurderingen om virksomhetens identitet er i behold etter overdragelsen¹⁹³.

Mens identiteten til en *produksjonsbedrift* i stor grad kan være knyttet til lokaliseringen, aktiva i form av fast eiendom og produksjonsutstyr, og til goodwill som følge av kundekrets, varemerker osv., vil en *tjenesteytende virksomhet* i større grad være preget/karakterisert av selve ytelsen og dermed av de personer som utøver virksomheten. Moderne kommunikasjon vil kunne gjøre tjenesteytende virksomheter mindre knyttet til bestemte lokaler. Overføring av lokaler vil da få mindre betydning i forhold til hva som karakteriserer ytelsen.

Ved kontraktsskifte i *tjenesteytende virksomheter* vil det ofte være slik at kun selve utførelsen av aktiviteten/tjenesten overføres, og at få eller ingen aktiva eller ansatte overtas. Slike tilfeller omfattes ikke av gjeldende rett om virksomhetsoverdragelse¹⁹⁴.

I *Olderdalen Ambulanse*¹⁹⁵ (2001) har Høyesterett lagt til grunn at den ambulansetjenesten som ble drevet i kommunen var en "blandingsvirksomhet", karakterisert både ved de ansatte og det materielle. Ambulansedriften involverer personell som har en sentral funksjon ved de oppdrag som utføres. Ambulansebilene, med innredning og utstyr inngår samtidig som en nødvendig og kapitalkrevende del av virksomheten. HR konkluderer i saken med at virksomhetens identitet i stor grad er knyttet til disse aktiviteter, og når disse aktiviteten ikke fulgte med overføringen, kan virksomhetens identitet etter overføringen ikke sies å være i behold. Arbeidstakerne fikk således ikke rettigheter etter reglene om virksomhetsoverdragelse.

¹⁹³ Jf. bl.a. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i Ask-saken, E-3/96 premiss 21 og Ot prp nr 71 (1991-92) pkt. 6.1

¹⁹⁴ Jf. bl.a. Süzen, C-13/95 premiss 21: Se oppgavens pkt. 6.6.2 "Rettspraksis før Olderdalen Ambulanse"

¹⁹⁵ Rt. 2001 s. 248

6.5 Omfang av overføring

Spørsmålet er hvor stor del av enheten som må være overtatt for at identitetskravet er oppfylt. En problemstilling i forhold til omfanget av overførte aktiviteter, er hvorvidt det skal stilles samme krav til overføring for alle typer av aktiviteter som overføres og hvorvidt aktivitetene skal vektlegges forskjellig ved tjenesteytende virksomheter og produksjonsbedrifter.

Verken direktivet eller loven gir anvisning på omfanget av aktiviteter som må overføres. I rettspraksis er imidlertid forholdet/spørsmålet vurdert inngående.

Süzen-dommen (1997)¹⁹⁶ gjelder en renholdsarbeider i et renholdsfirma som gjorde tjeneste på en skole. Renholdsarbeid generelt *karakteriseres ved ansatte* og ikke materielle aktiviteter¹⁹⁷. Skolen sa opp avtalen med renholdsfirmaet og inngikk avtale med et annet om den samme tjenesten. Süzen bestred sin oppsigelse og viste til direktivet om virksomhetsoverdragelse. I EF-domstolens vurdering av saken i premiss 21 uttales det at der arbeidskraften utgjør den vesentlige del av aktiviteten, vil en gruppe arbeidstakere kunne opprettholde sin identitet som en økonomisk enhet når den nye innehaver overtar en ”etter antal og kvalifikasjoner *betydelig del*” av arbeidsstyrken, jf. også bl.a. *Liikenne*-dommen (2001)¹⁹⁸. Høyesterett viser i *Olderdalen Ambulanse* (2001)¹⁹⁹ også til denne vurderingen. Dette er antatt å være gjeldende rett når virksomheten karakteriseres ved de ansatte²⁰⁰.

I *Liikenne*-dommen (2001)²⁰¹ uttaler EF-domstolen i premiss 42 at i virksomheter som krever omfattende materiell og anlegg – ”hvor de fysiske elementer udgør et væsentligt element i virksomhedsdriften” vil manglende overføring av ”en *væsentlig del* av af disse elementer” kunne føre til at enheten ikke anses å ha bevart sin identitet. Dette er antatt å være gjeldende rett når virksomheten er karakterisert ved materielle aktiviteter²⁰². I

¹⁹⁶ C-13/95, dom av 11. mars 1997

¹⁹⁷ Ansatte som aktivitet omtales nærmere under kap. 6.6

¹⁹⁸ C-172/99

¹⁹⁹ Rt. 2001 s. 248

²⁰⁰ Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 794. Se oppgavens kapittel 6.6 for nærmere redegjørelse

²⁰¹ C-172/99

²⁰² Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* (2003) s. 795

tvilstilfeller kan det ha betydning om og eventuelt hvor mye og hvor viktig del av andre elementer, så som eventuelle immaterielle aktiva og personell som overtas²⁰³.

I ”SAS/Braathens”-dommen (2003)²⁰⁴ legger retten til grunn at det ikke skal stilles lavere krav til overtakelse av ansatte i rene tjenesteytende virksomheter enn til overtakelse av utstyr i rene produksjonsvirksomheter. Retten stiller følgelig også krav til overføring av ”vesentlig del” av ansatte. Retten nevner at ”betydelig del” kan oppfattes som noe mindre overføring enn ”vesentlig del”. Det synes her som retten legger en høyere terskel til grunn for overføring av ansatte i tjenesteytende virksomheter enn det som er anerkjent gjeldende rett. Domstolen begrunner det med formålet bak bestemmelsen.

Både ”vesentlig del” og ”betydelig del” er skjønnsmessige begreper. Jeg antar på lik linje med tingretten i SAS/Braathens-saken at krav om overføring av ”vesentlig del” må anses å kreve større overføringer enn ”betydelig del”. Tingrettens begrunnelse for å legge til grunn et krav om overføring av ”vesentlig del” også ved overføring av ansatte, synes å må være basert på feil grunnlag. Domstolen begrunner kravet til omfang av overføring med formålet bak bestemmelsen. Formålet bak bestemmelsen er å beskytte arbeidstakerne. Ved å stille strengere krav til omfanget av overføringen enn etter gjeldende rett, vil det resultere i at identitetskravet i flere tilfeller ikke oppfylles. Tingrettens vurdering kan imidlertid synes fornuftig, da et skille i kravet til omfang av overføring som er begrunnet i type/art virksomhet kan virke noe tilfeldig.

6.6 Overtakelse av ansatte

6.6.1 Innledning

Av de ulike aktivitetene som kan karakterisere en virksomhet har jeg valgt å se nærmere på overføring av ansatte. Overføring av ansatte er viet stor oppmerksomhet i rettspraksis, og det er blitt diskutert hvorvidt overføring av ansatte er problematisk i forhold til identitetsvurderingen, da nye innehaver av virksomheten har adgang til å velge å overta arbeidstakere eller ikke, og på denne måten påvirke hvorvidt det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse.

²⁰³ NOU 2004: 5 s. 362

²⁰⁴ Dom av 15. oktober 2003, ikke rettskraftig

I forbindelse med overtakelse av ansatte vil det her redegjøres for rettspraksis før og etter Høyesteretts avgjørelse i Olderdalen Ambulanse (2001)²⁰⁵. Dommen legger til grunn at det er det som faktisk overføres som danner grunnlaget for vurderingen av om det foreligger en virksomhetsoverdragelse. Olderdalen Ambulanse har vakt reaksjoner og er bakgrunnen for et ønske om å lovregulere en adgang til å ta hensyn om overføringer er skjedd med bakgrunn i planlagt omgåelse av reglene om virksomhetsoverdragelse²⁰⁶. I denne sammenheng er det interessant å se på hvorvidt Olderdalen Ambulanse skiller seg fra tidligere rettspraksis. Rettspraksis i etterkant synes å presisere eller videreutvikle hva som fremkommer i Olderdalen Ambulanse. På denne bakgrunn finner jeg at et skille mellom rettspraksis før og etter Olderdalen Ambulanse er hensiktsmessig for vurdering av overtakelse av de ansatte.

6.6.2 Rettspraksis før Olderdalen Ambulanse

I *Spijkers-dommen* (1986)²⁰⁷ stiller EF-domstolen krav til overføring av ”størstedelen af arbeidsstyrken”, ved virksomheter som karakteriseres/preges av ansatte, for at ansatte skal være en relevant aktivitet for identitetsvurderingen. I teorien er ”størstedelen” tolket som mer enn 50 %²⁰⁸.

I *Ny Mølle Kro-saken* (1987)²⁰⁹ fantes det ingen ansatte på overdragelsestidspunktet. EF-domstolen kom her til at dette alene ikke var tilstrekkelig for at direktivet ikke kom til anvendelse, særlig der det er snakk om sesongmessig drevet virksomhet.

I ”*Ulstein*” –saken (1996)²¹⁰ behandler EFTA-domstolen spørsmålet om direktivet kan anvendes når det offentlige overfører ambulansetjeneste i et område fra en oppdragsmottaker til en annen. Domstolen legger til grunn at ikke enhver overføring av arbeidstakere påvirker hvorvidt det er skjedd en overdragelse i direktivets forstand. Domstolen inntar i premiss 36 tilsvarende vurderinger som omtales nedenfor i

²⁰⁵ Rt. 2001 s. 248

²⁰⁶ NOU 2004: 5 s. 364-366. Se oppgavens kap. 7.3 ”Omgåelse av reglene”

²⁰⁷ C-24/85 premiss 13

²⁰⁸ Fougner m. fl. *Arbeidsmiljøloven* s. 792 (2003)

²⁰⁹ C-287/86

²¹⁰ E-2/96

Stavanger Catering (:første EFTA-uttalelse vedrørende omfangsbestemmelsen i direktivet), hvor det kreves overføring av en *høy prosentdel* av de ansatte og at denne delen innehar en *høy grad av ekspertise*. Dersom arbeidet som skal utføres ikke krever noen særskilt ekspertise eller kunnskaper vil overtakelse av ansatte i mindre grad underbygge foretakets identitet.

I premiss 37 i Ulstein-saken viser EFTA-domstolen til at *grunnlaget og fremgangsmåten for overføring av arbeidstakere* kan være viktig for vurderingen av betydningen av overføring av arbeidstakere som en aktivitet i helhetsvurderingen av om det foreligger en virksomhetsoverdragelse²¹¹. Om overtakelsen av ansatte er begrunnet i et ønske om å fortsette samme virksomhet som tidligere, eller om det kun var det økte behovet for arbeidstakere som var bakgrunnen for ansettelsen vil kunne ha betydning. Etter domstolens vurdering vil det være sannsynlighet for et ønske om å fortsette virksomheten som tidligere, dersom overtakelse av arbeidstakere er et vilkår for overdragelsen. Annerledes vil det være dersom ansettelsene er basert på individuelle søknader og hvor alle søkere stiller likt.

I *Süzen*-saken (dom 11. mars 1997)²¹² ble det tilsynelatende lagt vekt på at ingen ansatte fikk følge med overføringen. Som begrunnelse for at overdragelse ikke hadde funnet sted, uttaler domstolen at verken materielle eller immaterielle verdier, eller etter antall og kvalifikasjoner betydelig del av den aktuelle arbeidsstyrke ble overført. Dommens premiss 21 legges til grunn i mange etterfølgende dommer²¹³, hvor det kommer til uttrykk at overtakelse av ansatte kan være tilstrekkelig til at det foreligger virksomhetsoverdragelse:

”I visse brancher, hvor arbeidskraften udgjør den væsentligste del af aktiviteten, vil en gruppe arbeidstakere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, *kunne udgjøre en økonomisk enhed*, og en sådan enhed vil kunne opprettholde sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men

²¹¹ Tilsvarende også i EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i ”Stavanger Catering”, E-2/95, premiss 44

²¹² C-13/95

²¹³ Bl.a. Rt. 1999 s. 977, Rt. 2001 s. 248, EF-dommen Hidalgo C-173/96 og C-247/96 premiss 32

også overtager en *etter antal og kvalifikasjoner betydelig* del af den arbeidsstyrke, som hos forgjængeren spesielt utførte denne oppgave...”

Høyesterett viser i *Løten*-dommen (dom 12. desember 1997)²¹⁴ til tilsvarende krav som i premiss 21 i *Süzen*-dommen, med krav om overføring av etter antall og kvalifikasjoner en betydelig del av arbeidsstyrken. I *Løten*-saken følger ingen av de ansatte fra tidligere innehaver over til ny innehaver av virksomheten. De tidligere ansatte hadde ikke de kvalifikasjonene som nye innehaver av virksomheten krevet. Endringer i det tilbud som virksomheten skulle gi, samt høyere krav til de ansattes kvalifikasjoner begrunner Høyesteretts konklusjon om at virksomhetens identitet ikke er i behold etter overføringen. HR vurderte ikke om kravet til kvalifikasjoner ved arbeidsplassen som sådan kunne vært ivarettatt ved at en/noen av de tidligere arbeidstakerne ”fulgte med over” samtidig som nye med de etterspurte kvalifikasjoner ble ansatt, og på den måten opprettholdt virksomhetens identitet. I teorien er det uttalt skepsis til dette²¹⁵.

I *Stavanger Catering*-saken (dom 12. desember 1997)²¹⁶ var de relevante aktiviteter som ble overført lokaler, utstyr, varelager og ansatte. 14 av de 19 ansatte i Scandinavian Service Partner (SPP (tidligere arbeidsgiver)) fikk tilbud om ansettelse og ble overført til vinneren av anbudskonkurransen, Stavanger Catering AS (ny arbeidsgiver). De fem som ikke ble overført var arbeidslederne. At arbeidslederne ikke ble overført, endret imidlertid ikke hvordan de øvrige arbeidstakerne utførte sitt arbeid. At ”ledelseelementet” ikke ble overført, kunne etter EFTA-domstolens mening og påfølgende dom i Høyesterett, ikke være et vesentlig moment i vurderingen av om identiteten etter overføringen var i behold.

I forhold til hvilken vekt overføring av arbeidstakere til nye innehaver generelt skal ha, uttaler EFTA-domstolen generelt i premiss 43 i *Stavanger Catering*, at ”Når en *høy prosentandel* av arbeidstakerne overtas, og når den tidligere virksomheten kjennetegnes av en *høy grad av ekspertise* hos arbeidstakerne, vil den fortsatte virksomhet av personalet kunne støtte at virksomheten er videreført med samme kontinuitet og

²¹⁴ Rt. 1997 s. 1954

²¹⁵ Fougner m. fl., *Arbeidsmiljøloven* s. 785-786 (2003)

²¹⁶ EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i E 2/95 og Rt. 1997 s. 1965

identitet”²¹⁷. Dersom arbeidet som skal utføres ikke krever noen særskilt ekspertise eller kunnskaper vil overtakelse av ansatte i mindre grad underbygge foretakets identitet.

Før overføringen ble de 19 ansett for å være ”en enhet” i SSP i den forstand at ansiennitetsberegningen ved driftsinnskrenkning fulgte denne enheten, ikke selskapet som helhet. Videre var det et klart skille mellom SSP og oppdragsgiveren/plattformoperatørens egen virksomhet. For at leveranser av varer eller tjenester skal kunne oppfattes som en egen bedrift, må det foreligge et visst minimum av aktivitet og kontinuitet²¹⁸. Noen få leveranser, eller ikke sammenhengende leveranser, vil neppe være tilstrekkelig. For den foreliggende virksomhet var det sammenhengende tjenesteytelse, på døgkontinuerlig basis gjennom flere år. EFTA-domstolen uttaler at overtakelse av ansatte etter omstendigheten kan støtte at det foreligger virksomhetsoverdragelse, mens fravær av en slik overtakelse ikke nødvendigvis tilsier det motsatte.

I vurderingen av overføringen av de ansatte viser Høyesterett i Stavanger Catering-saken²¹⁹ til vurderinger inntatt Süzen-dommen og EFTA-domstolens uttalelse i Ask-saken²²⁰ (1997; uttalelse som kom mellom EFTA-uttalelsen i Stavanger Catering og Høyesteretts behandling av saken). I Ask-uttalelsen, som gjaldt tidsbegrensede kontrakter om vedlikeholds- og modifikasjonsarbeid på en oljeplattform, viser EFTA-domstolen til egne uttalelser i Stavanger Catering om krav til overføring av en høy prosentandel av de ansatte som innehar høy grad av ekspertise. Høyesterett i Stavanger Catering omtaler Ask-saken som om den her har brukt tilsvarende uttrykk som Süzen-dommen (”... *efter antal og kvalifikasjoner betydelig del af den arbejdsstyrke...*”). Høyesterett sluttet seg i Stavanger Catering-saken til EFTA-domstolens uttalelser og konkluderte med at en betydelig del av de ansatte med hensyn til antall og kvalifikasjoner var overført og at vilkårene for virksomhetsoverdragelse etter aml. § 73 A var oppfylt.

²¹⁷ Tilsvarende vurdering i bl. a. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i ”Ulstein-saken”, E-2/96, premiss 36

²¹⁸ E-2/95 premiss 37

²¹⁹ Rt 1997 s. 1965

²²⁰ E-3/96

I *Nemko-dommen* (1999)²²¹ vurderer Høyesterett anvendelsen av aml. § 73 A ved overdragelse av en enkelt ansatt i en virksomhet som betjener resepsjon og sentralbord. I denne vurderingen viser domstolen til EF-dommen *Schmidt(1994)*²²² og dommens premiss 15, som sier noe generelt om overføring av en enkelt ansatt. Det fremkommer i premisset at direktivets anvendelse ikke avhenger av antall arbeidstakere som er ansatt i den del av virksomheten som er gjenstand for overføring. Formålet bak direktivet om å beskytte arbeidstakerne ved virksomhetsoverdragelse gjelder alle arbeidstakere, også når overføringen kun innebærer overføring av en enkelt arbeidstaker.

Spørsmålet om hvilke faktorer som karakteriserer identiteten til den overførte virksomhet, kan by på tvil. I EF-domstolens sak *Oy Liikenne Ab* (2001)²²³ behandles overføring av en kontrakt om busskjøring etter anbudsprosedyre. Spørsmålet om hva som karakteriserer/preger virksomheten vurderes i dommen. Ingen busser eller annet materiell ble overtatt. Derimot overtok den nye innehaveren 33 av de 46 tidligere ansatte. EF-domstolen kom til at busstransportbransjen først og fremst karakteriseres ved dens fysiske aktiva, dvs. busser. Da ingen busser var overtatt, forlå det ingen overdragelse i direktivets forstand. Det er imidlertid interessant at Kommisjonen, i sitt forslag til avgjørelse i saken, anførte at identiteten for bussdriftsaktivitet må være karakterisert ved de ansatte. Da et flertall av de ansatte ble overtatt av den nye innehaveren, forelå det etter Kommisjonens mening virksomhetsoverdragelse etter direktivet.

Rettspraksis før Olderdalen Ambulanse (2001)²²⁴ må for virksomheter som karakteriseres av de ansatte sies å være forholdsvis entydig. I relasjon til det som skal redegjøres for i Olderdalen Ambulanse, synes det som om domstolene legger til grunn hva som faktisk overføres i deres vurderinger. Motivet bak overføringene har ikke vært et tema for domstolene.

²²¹ Rt. 1999 s. 977

²²² C-392/92

²²³ C-172/99

²²⁴ Rt. 2001 s. 248

6.6.3 Olderdalen Ambulanse, Rt. 2001 s. 248

Under Høyesteretts behandling av Olderdalen Ambulanse foretar domstolen en generell vurdering²²⁵ av betydningen av overføring av arbeidstakere til nye innehaver for overdragelsesvurderingen. Høyesterett fulgte i dommen tilsvarende prinsipper i forhold til vurdering av hva som karakteriserer virksomheten som i EF-domstolens sak *Liikenne*²²⁶, og kom til samme resultat. I Ambulansedommen ble verken ambulansebil eller ansatte overtatt av den nye konsesjonsinnehaveren. Det var ikke tilstrekkelig at selve aktiviteten og ”kundemassen” ble overtatt for at identitetsvilkåret skulle være oppfylt.

Alle arbeidstakerne i Olderdalen Ambulanse-saken fikk tilbud om jobb under den nye innehaveren av virksomheten. Det ble imidlertid stilt vilkår om at de tre arbeidstakerne ikke kunne fagorganisere seg. De tre aksepterte jobbtilbudet, men ikke under forutsetningen av at de ikke kunne være fagorganisert. Høyesterett kom til at vilkåret var ulovlig, men da arbeidstakerne ikke hadde akseptert avtalen slik den var tilbudt, kunne det etter HR sitt syn ikke sies å være kommet i stand en avtale om ansettelse. Da det ikke ble overført ansatte, vurdert ikke HR hvorvidt arbeidstakerne tilfredsstilte vilkåret til ”høy grad av ekspertise”. Legges det til grunn av arbeidstakerne tilfredsstiller kvalifikasjonskravene, ville arbeidstakernes aksept av vilkåret og overføring til ny arbeidsgiver tale for at identitetsvilkåret var oppfylt.

Høyesterett konkluderer med at det er *situasjonen slik den faktisk ble* som må legges til grunn for vurderingen av om det foreligger en virksomhetsoverdragelse. Hypotetiske vurderinger av hva som ville ha skjedd dersom de hadde akseptert vilkåret var etter rettens vurdering ikke relevant:

”Slik jeg ser det kan spørsmålet om identitet vanskelig vurderes annerledes enn ut fra situasjonen slik den faktisk ble, hvor ansatte og aktiva ikke fulgte med, og ikke slik den ville ha blitt hvis Olderdalen Ambulanse AS hadde forholdt seg på en annen måte. Konsekvensen av dette blir at den overtakende virksomhet ved egne beslutninger kan få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern og

²²⁵ Dommens pkt. 2

²²⁶ C-172/99

virksomhetsoverdragelse skal avgjøres, men lenger kan jeg ikke se at stillingsvernet er utbygget gjennom den praksis som foreligger fra EF- og EFTA-domstolene. Og for øvrig vil den overtakende bedrift allerede på forhånd ha en slik innflytelse, blant annet ved det valg som gjøres med hensyn til overtakelse av aktiva.”

Etter dette vil overtakende virksomhet ved egne beslutninger få avgjørende innflytelse på når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse skal avgjøres. Det reiser spørsmål om forholdet mellom et vilkår for reglens anvendelse (overtakelse av de ansatte) og de rettsvirkninger reglene gir (fortsettelse av arbeidsforholdet). Dette gjelder særlig i de bransjer hvor identiteten i hovedsak karakteriseres ved de ansatte, f.eks. renholds- og vaktjenester. Arbeidstakere fra virksomheter i slike bransjer som taper en anbudskonkurranse kan oppleve at de velges bort ved ansettelser i den virksomhet som overtar, av den grunn at ansettelse av et flertall av disse arbeidstakerne kan medføre at reglene om virksomhetsoverdragelse får anvendelse. Nye innehavers valg med hensyn til å overta ansatte kan få den konsekvens at stillingsvernet bortfaller og står i konflikt med formålet bak reglene om virksomhetsoverdragelse.

At erverver av virksomheten kan påvirke hvorvidt reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse ved å velge å ikke overta eller kun overta et begrenset antall ansatte, er et iboende uunngåelig paradoks ved reglene om virksomhetsoverdragelse slik de er i dag. Det kan av denne grunn diskuteres om overføring av ansatte ikke burde være en aktivitet i vurderingen av om identitetskravet er oppfylt. Et motargument mot å unnta overføringa av ansatte som en relevant aktivitet i identitetsvurderingen er at ansatte kan være den aktivitet som alene karakteriserer virksomheten og som denne identifiseres med.

6.6.4 Rettspraksis etter Olderdalen Ambulanse

Hålogaland lagmannsrett viser i sin *avgjørelse av 18. juni 2001* i stor grad til de ovenfornevnte Høyesteretts vurderinger i Olderdalen Ambulanse. Dommen legger til grunn vurderingen om at det er den faktiske overføringen av aktiviteter som må legges til grunn for identitetsvurderingen. Saken gjaldt overtakelse av Statoils kantine i Harstad. Kantinedriften er tjenesteytende virksomhet som i alminnelighet vil være preget av selve ytelsen og derved de personer som utfører tjenesten. Det at det ikke var

overtatt noen av de tidligere ansatte, talte med styrke mot å anse virksomhetens identitet i behold.

Oslo tingretts dom av 10. juli 2003 går noe lenger enn det Høyesterett gjør, og uttaler at hvilken *motivasjon eller siktemål som ligger bak* overføringen, ikke er avgjørende for om det foreligger virksomhetsoverdragelse. Dommen viser til de samme vurderinger som er gjort i Olderdalen Ambulanse i forhold til at det er det som faktisk er overført som det må tas hensyn til i identitetsvurderingen. Tingretten viser til at dette er gjeldende EF-rett, og viser til EF-domstolens avgjørelse i Spijkers-saken.

Tingrettsdommen kan muligens anvendes som argument for at Høyesteretts uttalelse om at det er kun det som faktisk er overført som danner grunnlag for vurderingen etter reglene om virksomhetsoverdragelse, innebærer at bakgrunnen/motivasjonen for at det ikke er overført aktiviteter ikke har relevans for vurderingen.

"SAS/Braathens"-saken av 15. oktober 2003 angår virksomhetsoverdragelser og drøfter blant annet det forhold at en viss prosentandel av arbeidstakerne følger med ved overføringen. Retten legger til grunn at det neppe "være aktuelt å godta mindre overføring enn ca. 40 % av henholdsvis arbeidsstokken og utstyret". Flertallet uttaler imidlertid videre at det ikke trenger å ta standpunkt til om det må kreves overføring av ca. 40 % av både utstyr og ansatte, da det uansett måtte være utilstrekkelig at det i dette tilfellet ikke var overført mer enn rundt 20 % av både utstyr og ansatte. Retten konkluderer med at Braathens sin Ground Handling-virksomhet som helhet ikke har beholdt sin identitet, og at reglene om virksomhetsoverdragelse derfor ikke kommer til anvendelse. Identiteten var imidlertid i behold på stasjonene i Kristiansund og Molde. Da øvrige vilkår var oppfylt, fikk reglene anvendelse for disse to stasjonene.

Vurdering av overføring av en viss prosentdel av de ansatte, kan sies å følge opp det jeg har skrevet i forhold til EFTA-domstolens krav om overføring av en *høy prosentandel* av de ansatte for at reglene skal komme til anvendelse. Noen henvisning til EFTA-domstolens vurderinger gjøres imidlertid ikke i SAS/Braathens-saken.

EF-domstolens avgjørelse i ”Sodexo”(2003)²²⁷ gjelder overføring av en kontrakt om storkjøkkendrift (omtales av enkelte i teorien som kantinedrift) og ansvaret for matsservering til pasienter på et sykehus. Dommen drøfter innholdet i identitetsvurderingen ved overføring av enkelte typer aktiviteter når oppdragsgiver eier lokaler og utstyr. I samsvar med tidligere rettspraksis, tok EF-domstolen i vurderingen av om det foreligger en virksomhetsoverdragelse utgangspunkt i hva som karakteriserer denne type virksomhet for å kunne avgjøre hvilken vekt de ulike momentene har i helhetsvurderingen. Domstolen kom til at storkjøkkendrift av denne type ikke karakteriseres ved de ansatte, men av inventaret. EF-domstolen presiserer at det i de tilfeller hvor virksomheten karakteriseres av lokaler og utstyr, og en vesentlig del av dette forblir det samme hos tidligere og nye tjenesteyter, vil det at det ikke er overført noen ansatte, ikke medføre at direktivet ikke får anvendelse. Domstolen uttrykker dessuten at det at lokaler og utstyr stilles til rådighet av oppdragsgiver ikke vil ha noen betydning. I samsvar med tidligere EF-domstolspraksis legger domstolen til grunn det som faktisk er overført, uten å vurdere motivene bak.

7 Vurderinger

7.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg ta opp og vurdere enkelte temaer som oppgavens kapitler omfatter. Bakgrunnen for temaene jeg har valgt å kommentere, er at de sannsynligvis i nær fremtid står overfor en utvikling eller endring.

7.2 Ordlyden i aml. § 73 A

Den norske ordlyden i aml. § 73 A gir i begrenset grad uttrykk for vilkårene for virksomhetsoverdragelse. Bestemmelsen er imidlertid av arbeidslivslovutvalget foreslått endret og erstattet med arbeidslivsloven § 16-1²²⁸, med følgende ordlyd:

²²⁷ C340/01, dom av 20. november 2003, prejudisiell

²²⁸ NOU 2004:5 s. 528

”Bestemmelsene i dette kapittel kommer til anvendelse ved *overdragelse* av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen *arbeidsgiver*. Med overdragelse anses overføring av en *selvstendig enhet som beholder sin identitet* etter overføringen.”

Begrepet ”innehaver” i aml. § 73 A erstattes med ”arbeidsgiver”. Dette er imidlertid også foreslått tidligere²²⁹. Å anvende arbeidsgiver i lovteksten er i samsvar med dagens forståelse av innehaverbegrepet, og vil ikke innebære en materiell endring. Begrepet ”overføring” er byttet ut med ”overdragelse”. Dette innebærer heller ingen materiell endring av vilkårene. Annet punkt ”selvstendig enhet som beholder sin identitet” kodifiserer gjeldende praksis og EU-direktivet om artikkel 1 nr. 1 b), og må tolkes i samsvar med rettspraksis fra Høyesterett og EF-domstolen. Lovforslaget vil gjøre innholdet av hva man allerede i dag skal tolke ut av bestemmelsen mer ”tilgjengelig” og bør av den grunn gjennomføres.

7.3 Omgåelse av reglene

På bakgrunn av Høyesteretts tolkning og anvendelse av reglene, og kravet til identitet i Olderdalen Ambulanse (2001)²³⁰, har arbeidslivlovutvalget vurdert hvorvidt anvendelsesområdet for reglene om virksomhetsoverdragelse bør utvides²³¹.

I arbeidslivlovutvalgets utredning synes det som om utvalget ønsker å lempe²³² på kravene i forhold til identitetsvurderingen, jf. ”Det bør derfor vurderes om kravet til ”identitet” etter overdragelsen i enkelte tilfeller bør reduseres eller endres, for eksempel ved kontraktsutsetting og skifte av kontraktsinnehaver, herunder ved anbud”. Det synes her som om utvalget ønsker å begrense ”lempingen” av identitetskravet til typer av virksomheter, jf. ”i enkelte tilfeller”. Transport- og ambulansesektoren nevnes som eksempler. Utvalget foreslår en gjennomskjæringsregel²³³ i tilfeller der det er grunn til å tro at manglende overtagelse av eksempelvis ansatte eller aktiva, er motivert i å unngå at reglene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse. Utover å nevne at

²²⁹ NOU 1996:6 og Jakhelln s. 356

²³⁰ Rt. 2001 s. 248

²³¹ NOU 2004: 5 s. 364

²³² Begrepet er ikke anvendt av utvalget

²³³ Begrepet er ikke anvendt av utvalget

”der det er grunn til å tro”, går utvalget ikke nærmere inn på å vurdere hva som skal til for at ”det er grunn til å tro”. Bakgrunnen for at utvalget ikke går inn på å definere hvilken sannsynlighetsvurdering som her skal legges til grunn, vurderes ikke.

Utvalget anser det vanskelig å finne frem til klare og forutberegnlige regler for å hindre planlagt omgåelse av reglene²³⁴. Det vises til at markedet for tjenesteytelser utgjør et sammensatt mangfold hvor de enkelte kontraktene varierer stort i tid og ressursinnsats. De enkelte aktører varierer tilsvarende fra mindre distriktsbaserte tjenesteytere til større internasjonale konserner. Foreliggende rettspraksis angår kun en begrenset del av dette markedet. Innenfor dette mangfoldet vil ulike hensyn til konkurranse, næringsutvikling og arbeidstakervern gjøre seg gjeldende med ulik styrke.

Det finnes imidlertid eksempler på avtaler og regelverk hvor det finnes regler som antas å være begrunnet i at arbeidstakernes rettigheter ved overføring til ny innehaver, skal inneha rettigheter som tilsvarende de som følger av reglene om virksomhetsoverdragelse. Et eksempel er EF-domstolens avgjørelse i *Temco-saken* (2002)²³⁵, som omhandler skifte av renholds kontrakt. I den inngåtte tariffavtale var det regler som påla nye innehaver å tilby ansettelse til minst 75 % av de ansatte hos den forrige innehaveren. Den tidligere innehaveren var dessuten forpliktet til å forsøke å sikre videre ansettelse for sine ansatte, enten ved overføring til ny innehaver, eller ved reorganisering av egen virksomhet.

I forbindelse med anbudsinnbydelser e.l. finnes det også eksempler på at oppdragsgivere stiller krav om, eller anmoder om at den som vinner kontrakten må overta arbeidstakerne. I *Stavanger Catering-saken* (1997)²³⁶ overtok vinneren av anbudet et flertall av de ansatte etter at det ble stilt krav til det i anbudsgrunnlaget.

Arbeidslivslovutvalget²³⁷ viser til EU-kommisjonens reviderte forslag til forordning om medlemsstatenes håndtering av krav vedrørende offentlig trafikkbetjening som har en

²³⁴ NOU 2004: 5 s. 364-365

²³⁵ C-51/00

²³⁶ Rt. 1997 s. 1965

²³⁷ NOU 2004: 5

frivillig bestemmelse for medlemsstatene om arbeidstakervern ved skifte av kontrakt om persontrafikk. Det foreslås en bestemmelse om at det aktuelle forvaltningsorgan kan forlange at den valgte operatør gir de ansatte som tidligere utførte arbeidet, de rettigheter de ville hatt, dersom det hadde vært tale om en overføring i virksomhetsoverdragelsesdirektivets betydning. Hvilke ansatte og hvilke rettigheter som skal omfattes, foreslås regulert. Med forskrift om anbud i lokal rutetransport av 26. mars 2003 anses Norge for å tilfredsstillende Kommisjonens forslag, jf. forskriftens § 4 som fastslår fortrinnsrett ved nyansettelser.

Selv om arbeidslivslovutvalget ser behovet for en ”gjennomskjæringsregel” eller ”lemping” av identitetskriteriet, fremmes det ikke forslag om en slik regel. Lovteksten foreslås ikke endret utover en bedre klargjøring av kravet til identitet og enhet. Utvalget viser til at den videre rettsutviklingen bør skje ved rettspraksis²³⁸.

EF- og EFTA-domstolen synes ikke å gi arbeidstakerne bedre vern enn at det er mulig for tidligere og nye innehaver av virksomheten å planlegge hvorvidt overføringen av virksomheten skal anses som virksomhetsoverdragelse etter bestemmelsen i loven og direktivet, ved at det planlegges i hvilket omfang og hvilke aktiviteter som overføres, jf. gjengitte avsnitt ovenfor fra Olderdalen Ambulanse: ”... men lenger kan jeg ikke se at stillingsvernet er utbygget gjennom den praksis som foreligger fra EF- og EFTA-domstolene”.

Det kan synes som om Høyesterett gjennom Olderdalen Ambulanse har fått på dagsorden et tema som domstolen muligens ikke direkte har fremprovosert. På den andre siden kan Høyesteretts vurdering av gjeldende rett anses som et uttrykk for en rettsituasjon de mener ikke burde være slik, men at domstolen ikke har hjemmel for å vurdere tilfellet annerledes. Høyesteretts utsagn kan tolkes som et ønske om at lovgiver skal gi domstolen lovhjemmel for inngripen der det kan sannsynliggjøres at det er skjedd en planlagt omgåelse av reglene om virksomhetsoverdragelse.

²³⁸ NOU 2004: 5 s. 366

I etterkant av *SAS/Braathens-dommen* (2003)²³⁹ antas det av enkelte advokater²⁴⁰, at dersom det kan sannsynliggjøres at det er tatt ”utenforliggende hensyn” ut fra et omgåelsessynspunkt, vil domstolen måtte, ved en så klar prosentvis angivelse som angitt i dommen, vurdere spørsmålet om virksomhetsoverdragelse ut fra de underliggende forhold. Det synes her som om advokatene forutsetter at domstolene har en ”gjennomskjæringsrett”. Arbeidslivslovutvalgets vurdering av en gjennomskjæringsregel²⁴¹ synes også å åpne for at domstolene har en gjennomskjæringsrett og henviser til rettspraksis for utviklingen av den.

Ut fra Høyesteretts henvisning i Olderdalen Ambulanse til at det er den overføringen som faktisk har skjedd som legges til grunn for vurderingen og at foreliggende praksis fra EF- og EFTA-domstolen ikke beskytter arbeidstakeren lenger enn dette, synes det som om HR selv anser at domstolen ikke har hjemmel for en gjennomskjæringsregel. HR vurderer ikke i dommen hvorvidt det er tatt utenforliggende hensyn ved overføringen av aktiviteter. Det er da heller ikke direkte vurdert hvorvidt domstolen har en gjennomskjæringadgang hvor det er sannsynliggjort at det er tatt utenforliggende hensyn. Etter min mening hadde domstolen imidlertid mulighet til å vurdere hvorvidt slike hensyn lå bak det ugyldige vilkåret for ansettelse; at de ikke kunne fagorganisere seg. Høyesteretts henvisning til at det er kun det faktisk overførte som danner grunnlag for vurderingen kan tolkes som, at uansett om det kan sannsynliggjøres at det foreligger utenforliggende hensyn bak overføringene, så endrer ikke det vurderingen for domstolene. På bakgrunn av en slik tolkning kan det legges til grunn at domstolen anser selv at den ikke har en gjennomskjæringsadgang. Domstolen har imidlertid ikke vurdert dette uttrykkelig, og det kan på bakgrunn av denne dommen ikke klart fastslås hva som er gjeldende rett vedrørende gjennomskjæringsadgangen for domstolene vedrørende virksomhetsoverdragelser.

Arbeidstakerne burde muligens vernes mot planlagt omgåelse av reglene om virksomhetsoverdragelse. Da rettspraksis synes å legge listen for relevante aktiviteter i

²³⁹ Asker og Bærum tingrett, 15. oktober 2003

²⁴⁰ Bornø *Virksomhetsoverdragelse –en kommentar til SAS/Braathens-saken* og Kvernås *Dom i saken mellom SAS og Braathens...*

²⁴¹ NOU 2004: 5 s. 364-366

identitetsvurderingen høyt, vil overføringer av aktiviteter kunne skje uten at det foreligger en virksomhetsoverdragelse. Det kan vurderes om ”terskelen” er for høy, og at en lavere terskel vil kunne hindre spekulering. Økt beskyttelse av arbeidstakerne, ved at det skal lite til for at det foreligger virksomhetsoverdragelse, kan imidlertid hindre at nye innehavere ønsker å overta aktiviteter. Det ville bli mindre interessant for potensielle nye innehavere å gå inn i en virksomhet, da ansatte og deres rettigheter i medhold av aml. kap. XII A, etter nye innehavers vurdering, ville kunne være en så stor byrde at han velger å ikke gå inn i virksomheten. Mulighetene for å få ”dårlige” virksomheter ”opp å gå igjen” vil kunne reduseres. Dette ville være samfunnsøkonomisk lite gunstig.

Det kan være mer eller mindre lønnsomt for nye innehaver/arbeidsgiver å overta arbeidstakerne²⁴². Dersom arbeidstakerne er en ressurs for virksomheten og bidrar til overskudd, vil det gjerne være en fordel for nye innehaver å kunne overta arbeidstakerne. Lite effektive arbeidstakere vil nye innehaver imidlertid kunne ønske å erstatte med andre og mer effektive arbeidstakere. I sist nevnte situasjon vil nye innehaver neppe være interessert i å gi arbeidstakere under tidligere innehaver rettigheter etter aml. kap. XII A. Tidligere innehaver av virksomheten vil sannsynligvis i slike tilfeller også få en bedre pris for virksomheten dersom arbeidstakerne ikke følger med over til nye innehaver.

En ”gjennomskjæringsregel” støttes fra min side. Hvilke sannsynlighetskrav som skal stilles for at en planlagt omgåelse skal kunne anses bevist kan imidlertid diskuteres. Sannsynlighetskravene må ikke bli for høye, slik at en gjennomskjæringsregel blir illusorisk.

7.4 Prosentangivelse i forhold til ”omfang av overføring”

EFTA-domstolen stiller, for virksomheter som karakteriseres av de ansatte, i Ulstein-saken (1996)²⁴³ og Stavanger Catering (1996)²⁴⁴ krav om at det må foreligge en overføring av en *høy prosentdel* av arbeidstakerne og at denne gruppen må utøve en *høy*

²⁴² Jakhelln s. 353

²⁴³ E-2/96

²⁴⁴ E-2/95

grad av ekspertise for de aktuelle virksomhetene i identitetsvurderingen. Tidligere EF-domstolsavgjørelser og norsk rettspraksis har, som tidligere beskrevet, lagt til grunn andre begreper for vurderingen, jf. ”etter antal og kvalifikasjoner *betydelig del*”. Det kan stilles spørsmål om EFTA-domstolen har forsøkt å legge grunnlaget for at vurderingen blir mindre skjønnsmessig, ved at den ved oppfølging i senere rettspraksis kan få gjennomslag for et krav om ”høy prosentandel”, med påfølgende diskusjon om hvilken prosentandel som anses å være tilstrekkelig. Ved fastleggelse av en bestemt prosentandel ville man kunne opparbeide forutberegnelighet for hva som skal anses for å tilfredsstillende identitetskravet.

SAS/Braathens-dommen kan, dersom dommens argument følges opp i ankesaken og senere rettspraksis, få betydning i forhold til vilkår om en bestemt prosentangivelse i forhold til identitetskravet ved overdragelse av aktiviteter. Etter hva jeg kjenner til, vurderes det i SAS/Braathens-saken (april 2004) å innhente en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. Siden EFTA-domstolen tidligere har anvendt overføring av en prosentandel som vurderingstema, vil domstolens vurdering ved en rådgivende uttalelse kunne bli spennende dersom den tar stilling til tingrettens bruk av bestemte prosentgrenser.

I forhold til det jeg tidligere har skrevet angående omgåelse av reglene for virksomhetsoverdragelse, vil en klar prosentangivelse av de relevante aktiviteter som medfører virksomhetsoverdragelse, ikke hjelpe mot planlagt omgåelse av reglene. Tidligere og nye innehaver av virksomheten vil da lettere kunne planlegge å omgå reglene når de har en klar grense å forholde seg til. Dagens ordning er mer skjønnsmessig. En tilsvarende prosentsats som anvendes i SAS/Braathens-saken, er etter hva jeg har funnet, ikke tatt inn i vurderinger i EF-domstolsavgjørelser i identitetsvurderingen.

Ut fra hva som fremkommer av ordlyden i aml. § 73 A, forarbeidene til bestemmelsen²⁴⁵, Høyesterettspraksis²⁴⁶ og teori kan det etter gjeldende rett ikke knyttes et bestemt prosentkrav til omfanget av overførte aktiviteter i identitetsvurderingen. Helhetsvurderingen som skal gjøres ved vurderingen av om identitetsvilkåret er oppfylt

²⁴⁵ Ot prp nr 71 (1991-1992) og Ot prp nr 79 (2000-2001)

²⁴⁶ Rt. 1997 s. 1954, Rt. 1997 s. 1965, Rt. 1999 og Rt. 2001 s. 248

er basert på en skjønnsmessig vurdering. En klar angivelse av en prosentgrense for relevante aktiviteter vil kunne hindre den skjønnsmessige helhetsvurderingen.

Jeg mener dagens skjønnsmessige ordning bør bevares. Ordningen er uansett ikke så skjønnsmessig at partene ikke har en viss forutberegnlighet. Et tungt argument mot å innta en bestemt prosentgrense for når omfanget av overførte aktiviteter er tilstrekkelig for å oppfylle identitetsvilkåret, er at det klart åpner for spekulasjon i omgåelse av reglene.

8 Oppsummering

Siktemålet med fremstillingen har vært å se om det foreligger en rettsutvikling vedrørende virksomhetsoverdragelse. Fremstillingen av dommer fra EF-domstolen, EFTA-domstolen og norsk rettspraksis viser generelt at gjeldende rett er forholdsvis entydig med henhold til hvilke vilkår som stilles og innholdet i disse ved virksomhetsoverdragelse. Prinsippene som fremkommer i de tidligste dommene på området er imidlertid blitt presisert i etterfølgende rettspraksis.

I forhold til direktivets ordlyd slik den opprinnelig var i direktivet av 1977, har domstolene gjennom den formålsorienterte tolkningsmetoden utvidet bestemmelsenes anvendelsesområde. Påfølgende direktiv i 1998 og 2001 har kodifisert hva som er gjeldende rett. Ordlyden i aml. § 73 A har imidlertid blitt stående uten endringer etter implementeringen av 1977-direktivet.

De formelle forholdene rundt overdragelsen av virksomheten legger domstolene liten eller ingen vekt på. Det er de faktiske forhold i vurderingen av virksomhetsoverdragelse som legges til grunn. Det stilles ingen krav til en uttrykkelig avtale eller kontrakt. Videre kreves det ikke en direkte overdragelse mellom den tidligere innehaver og erververen.

Kontinuitetskravet som er oppstilt er ikke strengt. Det avgjørende er om driften er endelig opphørt, eller om det er tale om en midlertidig driftsstans. Driftsstans i en

periode kan imidlertid godtas når dette kan begrunnes. Dersom kontinuitetskravet ikke er oppfylt, er dette et signal på at det ikke er samme eller tilsvarende virksomhet som overdras.

For at det skal kunne foreligge virksomhetsoverdragelse, stilles det krav til overføring av en selvstendig økonomisk enhet. Det stilles imidlertid ikke krav til overføring av en selvstendig juridisk person.

Både privat og offentlig virksomhet omfattes av reglen i aml. § 73 A. I forhold til direktivet går arbeidsmiljøloven her lenger i forhold til å gi rettigheter til flere arbeidstakere da det ikke, som i direktivet, inntas en begrensning i forhold til offentlig virksomhet.

Selv om rettspraksis er klar på at det skal foretas en helhetsvurdering i vurderingen av identitetskravet, synes det som om domstolene legger stor vekt på enkeltfaktorer.

Det er overføring av de aktiviteter som karakteriserer/preger virksomheten som domstolen vurderer i forhold til identitetskravet. Hva som karakteriserer virksomheten er imidlertid ikke alltid klart. Tjenesteytende virksomheter karakteriseres generelt ved de ansatte. Produksjonsbedrifter karakteriseres gjerne ved materielle aktiviteter.

Omfanget av aktiviteter som må overføres for at identitetskravet skal være oppfylt varierer etter gjeldende rett noe i forhold til hvilke aktiviteter som vurderes. Dersom det er de ansatte som karakteriserer virksomheten, må det overføres etter antall og kvalifikasjoner en betydelig del av arbeidsstyrken. Dersom virksomheten karakteriseres ved materielle aktiviteter, må det overføres en vesentlig del av disse.

9 Kilderegister

- Artikler

Advokat Johansen, Atle S., Lov og rett nr. 7, 2002

”Betydningen av om ansatte følger med for spørsmålet om det foreligger overdragelse etter rådsdirektiv 77/187 EØF, jfr. arbeidsmiljøloven kpt. XII A”

Advokat Poulsson, Einar Østerdahl, Lov og rett nr. 1, 2003

”Betydningen av om ansatte følger med for spørsmålet om det foreligger overdragelse etter rådsdirektiv 77/187 EØF, jfr. arbeidsmiljøloven kpt. XII A- replikk til advokat Atle S. Johansen”

Advokat Johansen, Atle S., Lov og rett nr. 4-5, 2003

”Replikk til Einar Østerdahl Poulsson”

Advokat Bornø, Thomas Laurendz (advokatfirmaet Lind Stabel Horten)

”Virksomhetsoverdragelse –en kommentar til SAS/Braathens-saken”

Advokat Kielland, Tor (advokatfirmaet Vogt&Wiig)

”Arbeidsrett –overføring av virksomhet” fra hjemmesiden til adv. firmaet Vogt og Wiig

Advokat Kvernaas, Pål (advokatfirmaet Selmer)

”Dom i saken mellom SAS og Braathens og personer tilknyttet selskapenes bakketjeneste” fra hjemmesiden til adv.firmaet Selmer

Advokatene Lars Holo og Mona Næss (advokatfirmaet Arntzen de Besche)

”Dom i SAS/Braathens-saken” fra hjemmesiden til adv.firma Arntzen de Besche

- **Bøker**

EØS-rett (1996)

Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og
Helge Stemshaug

Jakhelln, Henning

Oversikt over arbeidsretten, 2. utgave, 1996

Johansen, Thor-Erik

Inngåelse og avslutning av arbeidsforhold, 2. utgave, 1999

Jan Fougner, Lars Holo og Odd Friberg

Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, 8. utgave, 2003

(Lars Holo har hatt ansvaret for aml. kap 12 A)

Jan Fougner, Lars Holo og Odd Friberg

Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, 7. utgave, 1998

(Lars Holo har hatt ansvaret for aml. kap 12 A)

Kenner, Jeff

EU EMPLOYMENT LAW, from Rome to Amsterdam and beyond, 2003

Larsen, Per Arne

Arbeidsmiljøloven, 2001

Nils Storeng, Tom H. Beck og Arve Due Lund

*Arbeidslivets spilleregler, Bærebjelker og grunnprinsipper i
arbeidsretten*, Bind I, 2003

Nils Storeng, Tom H. Beck og Arve Due Lund

*Arbeidslivets spilleregler, Endringer i arbeidsforholdet -
stillingsvernsreglene*, Bind II, 2003

Omstilling og nedbemanning

Jan Fougner, Eli Asheim Johan Kr. Øydegard, Marit B. Frogner, Espen Bergh, Tron Sundet, 2003

- **Direktiver**

Rådskonklusjon 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter.

Rådskonklusjon 98/50/EF av 29. juni 1998 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter.

Rådskonklusjon 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter.

- **Domsregister**

Norsk rettspraksis

Høyesterett:

Rt. 2001 s. 248 "Ambulanse-dommen"

Rt. 1999 s. 977 "Nemko-dommen"

Rt. 1997 s.1954 "Løten-dommen"

Rt. 1997 s.1965 "Stavanger Catering-dommen"

Rt. 1995 s. 270

Underrettspraksis:

Asker- og Bærum Tingrett , SAS/Braathen-saken, 15. oktober 2003, ikke rettskraftig

Oslo tingrett, dom av 10.juli 2003 (Publiseringsnummer: TOSLO-2002-05488)

Hålogaland lagmannsrett, dom av 18.juni 2001

Eidsivating lagmannsretts, dom av 6.desember 1982

EF-rettspraksis

- C-340/ 01 ”Sodexo” (2003-11-20)
- C-51/ 00 ”Temco” (2002-01-24)
- C-172/ 99 ”Liikenne“ (2001-01-25)
- C-343/ 98 „Telecom Italia“/“Collino“/“Chiappero“ (2000-09-14)
- C-234/ 98 ”Allen” (1999-12-02)
- C-173/ 96 „Hidalgo m.fl.“ (1998-12-10)
- C-247/ 96 ”Ziemann Sicherheit” (1998-12-10)
- C-13/ 95 ”Süzen” (1997-03-11)
- C-171/ 94 og 172/ 94 ”Merckx” (1996-03-07)
- C-48/ 94 ”Rygaard” (1995-09-19)
- C-305/ 94 ”Rosart” (1999-04-20)
- C-298/ 94 „Henke“ (1996-10-15)
- C-382/ 92 ”Kommisjonen mot Storbritannia” (1994-06-08)
- C-392/ 92 „Christel Schmidt“ (1994-04-14)
- C-29/ 91 ”Redmund Stichting”(1992-05-19)
- C-209/ 91 „Watson Rask og Christensen“ (1992-11-12)
- C-362/89 ”d’Urso” (1991-07-25)
- C-144/ 87 og 145/ 87 ”Berg” (1988-05-05)
- C-101/87 ”Bork” (1988-06-15)
- C-287/86 ”Ny Mølle Kro” (1987-12-17)
- C-324/ 86 ”Daddy`s Dance Hall” (1988-02-10)
- C-24/ 85 ”Spijkers” (1986-03-18)
- C-105/ 84 „Danmols“ (1985-07-11)
- C-135/ 83 „Abels“ (1985-02-07)
- C-186/ 83 „Botzen“ (1985-02-07)

EFTA-rettspraksis

- E-3/01 „Viggòsdóttir“ (2002-03-22)
- E-3/96 ”Ask” (1997-03-14)
- E-2/96 ”Ulstein” (1996-12-19)
- E-3/95 ”Norske Fabricon” (1996-09-26)
- E-2/95 ”Stavanger Catering” (1996-09-25)

- **Elektroniske dokumenter**

Norsk Lovkommentar

Norsk Lovkommentar, studentutgave, lover à jour per 9. januar 2004 nr. 1, oppdatert januar 2004, Oslo

Rapport om virksomhetsoverdragelse

Rapport fra Arbeids- og administrasjonsdepartementet (AAD), sendt på høring med frist 15. september 2000: Rapport om virksomhetsoverdragelse. Forslag til endringer i arbeidsmiljøloven kapittel 12 A som følge av nytt EU-direktiv. Tilgjengelig på arbeids- og administrasjonsdepartementets hjemmeside: (www.odin.dep.no/aad)

- **Lover**

Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø av 4. februar 1977 nr. 4 (arbeidsmiljøloven), sist endret ved lov av 12. desember 2003 nr. 117 (i kraft 1. januar 2004)

Lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5 (domstolloven), sist endret ved lov av 5. september 2003 nr. 91 (i kraft 1. mars 2004)

- **Lovforarbeider**

Ot prp nr 79 (2000-2001) Lov om endring i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Innst O nr 91 (2000-2001) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot prp nr 71 (1991-1992) Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet mv. som følge av en EØS-avtale

Innst O nr 5 (1992-1993) Innstilling fra kommunal- og miljøvernkomiteen om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet mv. som følge av en EØS-avtale

- **Utredning**

NOU 2004: 5 Forslag til lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern

(Arbeidslivsloven)

