

VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE - OVERFØRING AV ANSATTE



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 568
Leveringsfrist: 26.04.2010

Til sammen 15439 ord

25.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>4</u>
1.1	Problemstillingen	4
1.2	Kort om rettskildesituasjonen	5
<u>2</u>	<u>VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE I LOVENS FORSTAND - KORT OM VILKÅRENE I AML. §16-1</u>	<u>7</u>
2.1	Innledning	7
2.2	”Virksomhet eller del av en virksomhet”	7
2.3	”Overføring”	8
2.4	Identiteten må være beholdt	8
<u>3</u>	<u>FORMÅLET MED REGLENE</u>	<u>9</u>
3.1	Mer enhetlig regelverk i EØS-området	9
3.2	Arbeidstakervern	9
<u>4</u>	<u>VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE FRA ARBEIDSTAKERS PERSPEKTIV</u>	<u>10</u>
4.1	Arbeidstaker reserverer seg – arbeidsforholdet opphører	10
4.2	Arbeidstaker blir værende hos overdrager	10
4.2.1	Valgretten	11
4.3	Ansatte blir overført til erverver	11
<u>5</u>	<u>VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE FRA ARBEIDSGIVERS PERSPEKTIV</u>	<u>12</u>

5.1	Hvorfor gjennomføre en virksomhetsoverdragelse?	13
6	<u>PRESENTASJON AV IDENTITETSVURDERINGEN</u>	14
6.1	Innledning	14
6.2	Spjikersdommen	15
6.2.1	Type virksomhet	16
6.2.2	Overføring av materielle aktiva	17
6.2.3	Overføring av immaterielle aktiva	17
6.2.4	Overtakelse av kundebase	17
6.2.5	Aktiviteten som drives før og etter overføringen	18
6.2.6	Opphør av driften	18
6.2.7	Overføring av ansatte	19
6.2.8	Krav til en konkret helhetsvurdering	19
7	<u>NÆRMERE OM HVILKEN BETYDNING OVERFØRING AV ANSATTE HAR FOR IDENTITETSVURDERINGEN</u>	20
7.1	Konsekvenser for vurderingen av at ansatte overføres eller ikke overføres	21
7.1.1	Situasjoner der ansatte rent faktisk blir overført	21
7.1.2	Situasjoner der ansatte ikke overføres.	22
7.2	Er overføring av ansatte alltid et relevant moment?	22
7.3	Hva er bestemmende for momentets vekt?	25
7.3.1	Betydningen av virksomhetens karakter	25
7.3.2	Betydningen av ansattes kvalifikasjoner	28
7.3.3	Kan man ut fra dette trekke en regel om vekten og anvendelsen av momentet i forbindelse med identitetsvurderingen?	32
7.4	Forholdet mellom ”regelen” og hensynene som ligger bak den	33
7.4.1	Vernehensyn	33
7.4.2	Kommersielle hensyn	34
8	<u>KRITISKE BEMERKNINGER</u>	39

8.1	Regelens rettspolitiske aspekter	39
8.2	Sirkulær argumentasjon og manglende logikk	40
8.3	Tilpasnings- og omgåelseshensyn	41
8.4	Hensynet til forutsigbarhet for arbeidstakerne rundt deres egen rettsstilling	49
<u>9</u>	<u>ETTERORD</u>	<u>50</u>
<u>10</u>	<u>KILDER</u>	<u>52</u>
10.1	Lover	52
10.2	Forarbeider	52
10.3	Traktater	52
10.4	EU-direktiver	52
10.5	Rettspraksis fra EF- og EFTA-domstolen	52
10.6	Nasjonal rettspraksis	53
10.7	Juridisk litteratur	53

1 Innledning

1.1 Problemstillingen

Problemstillingen i denne oppgaven er: Hva er forholdet mellom overføring av ansatte som et moment ved identitetsvurderingen i forbindelse med virksomhetsoverdragelse og reglens formål?

Hovedregelen etter reglene om virksomhetsoverdragelse er at arbeidsforholdet videreføres hos den nye arbeidsgiver.¹

For at bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse stilles det krav om at virksomhetens identitet må være i behold etter overføringen.² I vurderingen av om virksomhetens identitet er i behold har både EF-domstolen og norske domstoler blant annet lagt vekt på hvorvidt ansatte har blitt overført. Reglens formål er å hindre at arbeidstaker mister sine rettigheter etter arbeidsavtalen i forbindelse med skifter på arbeidsgiversiden.³ Spørsmålet mitt er hvorvidt momentet om overføring av ansatte i realiteten står i konflikt med reglens formål. Når det ovennevnte moment tas med i vurderingen må man også ta hensyn til at dersom reglene om virksomhetsoverdragelse ikke kommer til anvendelse, vil erverver selv kunne avgjøre i hvor stor grad og hvilken del av de ansatte han ønsker å overta. Det at erververen i en slik utstrekning har kontroll over et av momentene som er en del av vurderingen, kan representere en omgåelsesrisiko.

Ser man saken fra arbeidstakers side vil argumentasjonen mot ham kunne føres slik at det at han ikke ble overtatt av ny arbeidsgiver er et argument for at han ikke har rett til å bli overtatt av ny arbeidsgiver. En slik sirkulær argumentasjon kan virke urimelig.

¹ Jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 (1)

² Jf. arbeidsmiljøloven § 16-1

³ Jf. rdir. 2001/23/EF forordets avsnitt 3

1.2 Kort om rettskildesituasjonen

I første halvdel av forrige århundre var selskapsformene stort sett preget av en enkelt og oversiktlig struktur. En bedrift som drev en virksomhet var ofte selv også ansvarlig for de støttefunksjoner som var nødvendig i driften. Den interne selskapsorganiseringen var ofte mindre komplisert enn den man ser i dag. I tillegg var situasjonen slik at selv om man helt siden overgangen fra det 19. århundret så en gradvis fremvekst av regler som beskyttet arbeidstakernes rettigheter.

Etter hvert ble avhending av virksomheter, spesialisering av aktiviteter og dermed forskjellige overføringssituasjoner vanligere. Konsernforhold og selskapsorganiseringer ble mer komplekse, og dette førte til at også forholdene på arbeidsgiversiden etter hvert ble mer diffuse. Man registrerte at man i forbindelse med overdragelser av virksomheter fra en arbeidsgiver til en annen kunne undergrave sentrale arbeidstakerrettigheter. Det ble dermed behov for å regulere disse situasjonene. I 1977 kom det første rådsdirektivet fra EF om arbeidstakers rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Dette er siden blitt endret to ganger, i 1998 og 2001.

Reglene som regulerer arbeidstakernes rettigheter i forbindelse med virksomhetsoverdragelse finnes i arbeidsmiljøloven kap. 16. Disse bestemmelsene bygger på EFs rådsdirektiv rdir. 2001/23/EF om virksomhetsoverdragelser. Direktivet er blitt innarbeidet i norsk rett først ved et nytt kapittel 12A i den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977 ved lovendring 27. november 1992 nr. 115 i forbindelse med Norges tilslutning til EØS-avtalen. Da arbeidsmiljøloven av 1977 ble erstattet av en ny Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr 58, fikk reglene om virksomhetsoverdragelse plass i lovens kapittel 16. Reglene i kapittel 16 er ment å inkorporere minimumskravene i rådsdirektivet i norsk rett, og både direktivet og EF- og EFTA-domstolens praksis er dermed å anse som gjeldende norsk rett.⁴

⁴ Jf. Ot.prp.nr.49 (2004-2005) pkt. 21.1 side 256 og Rt. 1997 s. 1954 avsnitt 3 s 1960

EF- og EFTA domstolene har blant annet i oppgave å tolke innholdet i EUs sekundærlovgivning jf. Traktat om opprettelsen av det europeiske fellesskap art. 234 og Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol art. 34.

Domstolenes virke preges av en dynamisk tilnærming til rettslige problemer. Særlig EF-domstolen har tradisjon for å drive rettskapende virksomhet. Dermed har man på EF og EØS-rettens område store mengder av domstolskapt rett.⁵

I tillegg kan det nevnes at EF- og EFTA-domstolens tilnærming ofte blir preget av formålsrettet tolkning. Dette gjelder både formål som er nevnt i rettskildens hovedbestemmelse, og i for eksempel forord som ofte inneholder formålsbestemmelser slik som er tilfellet i rdir. 2001/23/EF, jf. forordets art. 3.⁶

For den nærmere analysen av anvendelsen av reglene er det naturlig også å benytte seg av nasjonal rettspraksis siden EF-domstolen flere ganger uttrykkelig har sagt at vektingen av momentene i helhetsvurderingen og den videre anvendelsen av reglene er en oppgave for nasjonale domstoler.⁷

⁵ Jf. Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyen og Kolstad, EØS-rett 2. utg side 52 flg. og side 214 flg.

⁶ Jf. Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyen og Kolstad, EØS-rett 2. utg side 235 flg.

⁷ Jf for eksempel C-24/85 (Spijkers) avsnitt 14

2 Virksomhetsoverdragelse i lovens forstand - kort om vilkårene i aml. §16-1

2.1 Innledning

Før jeg går nærmere inn på kjernen i problemstillingen vil jeg først presentere rettsgrunnlaget for avgrensningen av anvendelsesområdet for reglene om virksomhetsoverdragelse. Dermed ønsker jeg å kunne gi en introduksjon til emnet, som etter hvert vil lede inn mot hovedtema for oppgaven.

Aml. §16-1 stiller opp følgende vilkår for at reglene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse.

”Dette kapittelet kommer til anvendelse ved overdragelse av en virksomhet eller en del av en virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen.”

Det er altså i hovedsak tre vilkår som må være oppfylt og jeg vil i det følgende gi en kort presentasjon av disse.

2.2 ”Virksomhet eller del av en virksomhet”

For det første må det som overføres være en virksomhet eller del av en virksomhet. Hva som nærmere ligger i dette vilkåret må avgjøres etter en konkret tolkning hvor særlig nasjonal rettspraksis, lovforarbeider og ikke minst praksis fra EF-domstolen vil være sentrale rettskilder. Det er slått fast at det må dreie seg om en stabil økonomisk enhet.⁸ Dette uttrykket er imidlertid rent språklig sett lite til hjelp for å presisere den opprinnelige formuleringen, virksomhet eller del av en virksomhet. Det er klart ut fra rettspraksis at organiseringen av de ansatte i team, forretningsenheter, avdelinger og liknende ikke

⁸ Jf. EF-domstolens sak C-13/95 Suez avsnitt 13

nødvendigvis trenger å være avgjørende. Det avgjørende må være om man har å gjøre med en som noen lunde stabil enhet som har ressurser til i seg selv å utføre økonomisk aktivitet.⁹ Det stilles ikke høye krav til omfanget av enheten. En enkelt ansatt har for eksempel i visse tilfeller vært ansett å utgjøre en slik økonomisk enhet som vilkåret snakker om.¹⁰

2.3 "Overføring"

Vilkår nummer to er at det må ha skjedd en "overføring" av denne enheten. Dette vil ikke nødvendigvis være et skifte på eiersiden. Den som byttes ut er den som er ansvarlig for den daglige driften av virksomheten, med andre ord arbeidsgiveren. Ut fra rettspraksis er det ikke bare overdragelser i form av oppkjøp, fusjoner eller fisjoner som kan falle inn under bestemmelsen.¹¹ Bestemmelsene kan således få anvendelse på alle forhold der det reelt sett skjer et skifte av arbeidsgiver for en selvstendig økonomisk enhet som fortsetter å bestå etter overføringen. Det stilles etter direktivet ikke noe krav om at det skal foreligge et direkte kontraktsforhold mellom de involverte aktørene.¹² Eksempler på andre tenkelige overdragelsesformer kan være at en oppdragsgiver skifter driver av en virksomhet eller at offentlige organer tildeler løyver eller tilskudd til en annen aktør, slik at det blir denne som får ansvaret for driften av en tjeneste.

2.4 Identiteten må være beholdt

I tillegg kreves det at identiteten til den overførte virksomheten skal være beholdt etter transaksjonen. Dette betyr ikke at enheten nødvendigvis må bestå som en selvstendig del og ikke skal integreres i en evt. allerede bestående organisasjonsstruktur hos den nye innehaver. Det er heller et uttrykk for at den nye virksomheten skal fortsette å utføre tilnærmet de samme oppgavene på tilsvarende måte som tidligere. Dette identitetskravet vil være hovedtema for resten av oppgaven.

⁹ Jf. EF-domsstolens sak C-13/95 Suez avsnitt 13

¹⁰ EF-domsstolens sak C-392/92 (Schmidt)

¹¹ Jf for eksempel sak C-324/86 (Daddy's Dance Hall)

¹² Jf. for eksempel EF-domsstolens sak C-171/94 og C-172/94 (Merckx) avsnitt 30 og HR-2010-473-A

3 Formålet med reglene

For å kunne ta stilling til oppgavens problemstilling, nemlig om anvendelsen av overføring av ansatte som et moment i identitetsvurderingen står i konflikt med reglenes formål, er det nødvendig å presentere disse formålene. Vurderingen som ligger bak reglene er i stor grad todelt. På den ene siden skal reglene beskytte arbeidstaker. På den andre siden skal reglene ved å skape enhetlige regler i avtalestatene styrke det indre markedet i EØS-området.¹³

3.1 Mer enhetlig regelverk i EØS-området

Det å skape enhetlige regler for regulering av arbeidsmarkedet er et virkemiddel for å oppnå en friere flyt av arbeidstakere innad i regionen. Det skal fremme fri konkurranse om arbeidskraft og valgfrihet for arbeidstakere på tvers av landegrensene. Dermed ønsker man å muliggjøre økt samarbeid og styrke det indre markedet i fellesskapet. Målet er imidlertid ikke å skape et enhetlig oppsigelsesvern i hele EØS-området.¹⁴ Det som er forsøkt oppnådd med direktivet er å sørge for at de oppsigelses- og vernereglene som gjelder i de enkelte lands nasjonale rett skal få anvendelse også i forbindelse med virksomhetsoverdragelser.

3.2 Arbeidstakervern

Videre kan beskrivelsen av reglenes formål i stor grad knyttes til utviklingen som er beskrevet ovenfor i pkt. 1.2. Det fremgår av direktivets forord¹⁵ at man har et ønske om å beskytte arbeidstakers rettigheter i forbindelse med virksomhetsoverdragelse. Hverdagen på det økonomiske markedet er slik at endringer på innehaversiden i virksomheter kan skape utrygghet for arbeidstakerne. Dette kombinert med arbeidsforholdets viktighet for arbeidstaker og arbeidstakers svake stilling i forhold til arbeidsgiver gir et behov for beskyttelse av arbeidstaker gjennom preseptoriske lovreguleringer.

¹³ Rdir. 2001/23/EF, forordets avsnitt 4

¹⁴ Jf. blant annet EFTA-domstolens sak E-2/04 (Total) avsnitt 23

¹⁵ Rdir. 2001/23/EF, forordets avsnitt 2 og 3

4 Virksomhetsoverdragelse fra arbeidstakers perspektiv

Det at det skjer et skifte på arbeidsgiversiden kan få forskjellige konsekvenser for de ansatte. Jeg vil her presentere tre hovedscenarier som kan være aktuelle. Dette for å illustrere den praktiske betydningen av oppgavens tema.

4.1 Arbeidstaker reserverer seg – arbeidsforholdet opphører

Arbeidstaker kan også motsette seg overføring til ny arbeidsgiver ved å benytte seg av sin reservasjonsrett, jf. aml. §16-3. Dette betyr imidlertid ikke at arbeidsforholdet fortsetter hos tidligere arbeidsgiver. Arbeidsforholdet opphører i og med reservasjonen. Kun der hvor arbeidstaker også har en valgrett kan arbeidstaker kreve arbeidsforholdet opprettholdt hos gammel arbeidsgiver. Jeg vil komme tilbake til valgetten i punkt 4.2.2 nedenfor.

Bruk av reservasjonsretten utløser også en fortrinnsrett for arbeidstaker til stillinger hos gammel arbeidsgiver som arbeidstaker er kvalifisert for, jf. aml. § 16-3 (3), dersom vilkårene ellers er oppfylt.¹⁶

4.2 Arbeidstaker blir værende hos overdrager

I noen tilfeller vil overdrager ønske å beholde enkelte ansatte selv om de i utgangspunktet ville være omfattet av virksomhetsoverdragelsen. Innenfor rammene av styringsretten, alternativt gjennom avtale, kan arbeidsgiver forflytte arbeidstaker til den delen av virksomheten som ikke blir overført, og dermed beholde de ansatte i sin egen organisasjon.

¹⁶ Denne fortrinnsretten står imidlertid tilbake for fortrinnsrett etter aml. §§ 10-2, 14-2 og 14-3

4.2.1 Valgretten

Den ulovfestede valgretten gir, sammen med reservasjonsretten, arbeidstaker en mulighet til ikke bare å unngå å bli overført til ny arbeidsgiver, men også å fortsette arbeidsforholdet hos gammel arbeidsgiver. Hvorvidt arbeidstaker har en slik valgrett avhenger av om den ansattes situasjon, som følge av virksomhetsoverdragelsen, i ikke uvesentlig grad blir endret i negativ retning.¹⁷ Det er da snakk om endringer som ikke har direkte tilknytning til de rettigheter som er vernet gjennom aml. kap. 16. Eksempler på denne typen endringer er økt usikkerhet i forhold til overtallighetssituasjoner¹⁸ og tap av tilknytning til den opprinnelige arbeidsplassen.¹⁹

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om ikke den ansatte, selv om arbeidsforholdet i utgangspunktet blir opprettholdt, risikerer å bli oppsagt i forbindelse med senere nedskjæringer i virksomheten, og at valgretten i så tilfelle vil få liten betydning. Det er lett å tenke seg at dette ofte i praksis vil bli resultatet, også i tilfeller med for eksempel utsetting av støttefunksjoner.

4.3 Ansatte blir overført til erverver

Et annet alternativ er at de ansatte blir overtatt av ny arbeidsgiver, og dermed blir en del av overføringen. Dette er hovedregelen etter reglene om virksomhetsoverdragelse. Det er da slik at alle de rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtalen overtas av den nye arbeidsgiver, jf. aml. §16-2 første ledd. Dette gjelder altså også de rettigheter som regulerer lønn, pensjoner og andre rettigheter som arbeidstaker har forhandlet seg frem til hos den tidligere innehaver. Med andre ord vil arbeidsforholdet bestå i uendret form, bortsett fra at en av partene har endret seg. Dette vil også få den betydning at arbeidstakers oppsigelsesvern vil være det samme som før overdragelsen, jf. aml. §16-4 første ledd, som slår fast at overdragelse av virksomhet i seg selv ikke er en berettiget begrunnelse for

¹⁷ Jf. Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten 4. utgave side 525

¹⁸ Jf. Rt 2000 side 2058 (Miljøtransport)

¹⁹ Jf. Rt 1999 side 977 (Nemco)

oppsigelse. De alminnelige reglene om saklig oppsigelse må derfor komme til anvendelse. Konsekvensene blir dermed at oppsigelsen bare er berettiget dersom de er berettiget etter de alminnelige reglene om oppsigelsesvern, jf. aml. kapittel 15.

Hvor arbeidstakeren ender opp i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse blir dermed i stor grad et spørsmål om hvor nedbemanningen skal skje i tilfeller med overtallighet. Det er ikke uvanlig at det blir nødvendig å foreta oppsigelser enten på gammel eller ny innehavers side i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse. Dette ligger på mange måter i situasjonens natur. Målet med en virksomhetsoverdragelse er ofte å på en eller annen måte øke lønnsomheten av driften, og dette gjøres ofte gjennom kutt i kostnader bl.a. i forhold til ansatte. Det er også dette som er noe av grunnen til at ansatte i situasjoner med virksomhetsoverdragelse er ansett å ha et spesielt behov for beskyttelse. Reglene om virksomhetsoverdragelse fastsetter ikke et forbud mot at det fortas oppsigelser i disse situasjonene. Det bestemmelsene tilsier er at de reglene som vanligvis beskytter arbeidstaker i forbindelse med oppsigelse fortsatt gjelder overfor både gammel og ny arbeidsgiver i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse. Selve overføringen av arbeidsgiverposisjonen skal dermed ikke ha betydning for arbeidstakers vern i så måte. Konsekvensen av dette må bli at oppsigelser gjort i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse bare kan være gyldige dersom de også ville vært det om en virksomhetsoverdragelse ikke hadde vært gjennomført

5 Virksomhetsoverdragelse fra arbeidsgivers perspektiv

For at problemstillingen i oppgaven skal komme tydelig frem må jeg også beskrive omstendigheter på arbeidsgivers side som kan gjøre at denne vil ønske å minimere arbeidstakers rettigheter ved virksomhetsoverdragelser.

5.1 Hvorfor gjennomføre en virksomhetsoverdragelse?

En markedsaktør kan ha mange forskjellige motiver for å overta en annen virksomhet. Ofte er imidlertid profesjonelle aktører i et økonomisk marked først og fremst opptatt av å øke lønnsomheten. Typisk kan man tenke seg at erververen vil kunne skaffe seg gevinster gjennom bl.a. følgende mekanismer:

- 1) Skaffe seg større markedsandel ved å tilknytte seg nye kundemasser, kontrakter osv.
- 2) Eliminere/reducere konkurranse innenfor sin bransje.
- 3) Minimere kostnader ved synergieffekter.
- 4) Spre risiko ved å differensiere sin egen virksomhet.
- 5) Starte virksomhet innenfor en ny bransje.
- 6) Rekruttere høyt kvalifisert personell

Disse faktorene, i alle fall punkt 2 og 3, stimulerer gjerne til en reduksjon i det samlede antall ansatte i den ”nye” virksomheten. Generelt har overdragelse av virksomheter således ofte overtallighet som konsekvens. Dermed kommer også spørsmålene om arbeidstakers rettigheter i så måte ofte på spissen.

Det er imidlertid ikke alltid slik at erverver ønsker å kvitte seg med de ansatte. I en del tilfeller er det derimot slik at den overdratte virksomheten har ansatte som innehar verdifull kompetanse som ny innehaver ønsker å dra nytte av. Ofte er spørsmålet i så måte ikke om de ansatte skal overføres, men hvordan utvelgelsen skal foretas ved overtalligheten som lett oppstår i disse tilfellene. Det kan kanskje være et ønske fra den nye innehaver å skifte ut noen i sin egen organisasjon med nye ansatte fra den overtatte bedriften. Dermed vil han kunne sitte igjen med de mest lønnsomme ansatte fra begge virksomheter, og en mer produktiv samlet arbeidsstokk. En virksomhetsoverdragelse kan på denne måten gi arbeidsgiver en god anledning til å effektivisere sin organisasjon.

I en situasjon der den økonomiske enheten som overtas er en veldrevet og effektiv virksomhet vil gjerne også erverver ønske å overta de ansatte sammen med virksomheten. Dette gjelder særlig der den ervervende virksomhet tidligere ikke har hatt ansatte som har fylt de rollene som den overtatte økonomiske enheten har hatt. Dette vil særlig være tilfelle der en virksomhet ønsker å komme inn på nye markeder, enten bransjemessig eller geografisk. En virksomhetsoverdragelse kan da være en god måte å rekruttere nye ansatte på.

En kan tenke seg situasjoner der de ansatte i ny innehavers opprinnelige virksomhet risikerer å miste jobben på grunn av en virksomhetsoverdragelse. Dette kan lett føre til misnøye, særlig dersom tidligere ansatte i den overdratte virksomheten blir ansatt på de forannevntes bekostning. Dette kan imidlertid bli en nødvendig konsekvens av at reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse. Siden disse reglene bestemmer at arbeidstakers rettigheter skal videreføres i forhold til den nye innehaver, vil dette også si at de vil stå på lik linje med de ansatte i den overtakende virksomheten i forbindelse med utvelgelsesprosessen ved eventuell overtallighet.

Dersom det er betydelige forskjeller i arbeidstakernes rettigheter i de forskjellige virksomhetene vil dette kunne spille inn. For eksempel vil et høyere lønnsnivå i den overdratte virksomheten gjøre det ønskelig for erverver å kvitte seg med disse ansatte og omvendt.

6 Presentasjon av identitetsvurderingen

6.1 Innledning

Som nevnt ovenfor henviser aml. § 16-1 til at det skal foretas en identitetsvurdering. Siden tema for denne oppgaven er ett av momentene i denne vurderingen, er det hensiktsmessig å

gi denne en mer inngående behandling. Premissene for identitetsvurderingen ble lagt i sak C-24/85, Spijkersdommen, som presenteres like nedenfor.

6.2 Spijkersdommen²⁰

Spijkersdommen omhandler arbeidstakeren Jozef Maria Anyonius Spijkers, som var ansatt ved et slakterhus som ble nedlagt på grunn av økonomiske problemer. Kort tid etterpå startet brødrene Gebrøders Benedik Abattoir CV opp en ny slaktervirksomhet i de samme lokalene, og med de samme driftsmidlene som tidligere var benyttet. De ansatte fra den gamle virksomheten fikk, med unntak av Spijkers og en annen arbeidstaker, ansettelse hos Benedik. Spijkers gikk så til sak for å hevde de rettigheter som følger av direktivet om virksomhetsoverdragelse.

Dommen fastsetter rammer for identitetsvurderingen og stiller samtidig opp en liste over momenter som kan være relevante.

Dommens avsnitt 12 og 13 fastslår følgende:

“12 Consequently, a transfer of an undertaking, business or part of a business does not occur merely because its assets are disposed of. Instead it is necessary to consider, in a case such as the present, whether the business was disposed of as a going concern, as would be indicated, inter alia, by the fact that its operation was actually continued or resumed by the new employer, with the same or similar activities.

13 In order to determine whether those conditions are met, it is necessary to consider all the facts characterizing the transaction in question, including the type of undertaking or business, whether or not the business’s tangible assets, such as buildings and movable

²⁰ EF-domstolens sak C-24/85 (Spijkers)

property, are transferred, the value of its intangible assets at the time of the transfer, whether or not the majority of its employees are taken over by the new employer, whether or not its customers are transferred and the degree of similarity between the activities carried out before and after the transfer and the period, if any, for which those activities were suspended. It should be noted, however, that all those circumstances are merely single factors in the overall assessment which must be made and cannot therefore be considered in isolation.”

Det fremgår at det avgjørende må være hvorvidt virksomheten er blitt fortsatt eller gjenopptatt på hovedsaklig samme vis som tidligere under en ny arbeidsgiver. Dermed blir det viktig å analysere hvilke egenskaper som karakteriserte virksomheten før overdragelsen, og deretter sammenlikne disse med situasjonen etterpå. Noen slike momenter er nevnt i dommen avsnitt 13. Det fremgår også at denne listen av mulige momenter ikke nødvendigvis er uttømmende. Momentlisten har senere blitt benyttet i en rekke senere dommer, både i nasjonal norsk rett, og av EF-domstolen selv.²¹

Jeg vil nå kort presentere de momentene som nevnes av EF-domstolen. Selv om det bare er et av disse momentene som er hovedtema for oppgaven, ser jeg det som nødvendig å gi en kort fremstilling av alle momentene som her er nevnt, siden de alle inngår i en og samme helhetlige vurdering, og ingen av dem dermed kan diskuteres isolert fra sammenhengen. I tillegg kommer at de forskjellige momentene ofte glir sammen og kan være vanskelige å skille fra hverandre

6.2.1 Type virksomhet²²

Hvilken type virksomhet det er snakk om kan komme inn som et relevant element fordi forskjellige typer virksomheter kan ha forskjellige karakteriserende trekk. Typisk vil en industriell produksjonsbedrift særlig være gjenkjennelig ved sitt produksjonsutstyr, sine lokaler og andre materielle verdier. Det er først og fremst disse som er grunnlaget for deres verdiskapning. Andre typer virksomheter, så som for eksempel en tjenestetilbyder, vil

²¹ F.eks. EF-domstolens sak C-340/01(Abler) og Rt. 2006 s.71(SAS-Braathens)

²² Se Rt 1997 s. 1954 (Løten) på side 1962 avsnitt 3

gjærne ikke ha noe produksjonsutstyr, eller materielle aktiva av stor verdi. De viktigste verdiene i selskapet vil dermed heller typisk være de ansattes kompetanse, virksomhetens omdømme og posisjon i markedet, kundebasen og lignende. Det vil dermed bli kunstig å si at virksomheten er overdratt selv om en annen arbeidsgiver for eksempel har overtatt IT-materiell og annet kontorinventar bedriften disponerte.

6.2.2 Overføring av materielle aktiva²³

Det andre momentet er hvorvidt det har blitt overført materielle aktiva mellom overdrager og erverver. Dette er et spørsmål om i hvilken grad driftsmidler som er nødvendige i utførelsen av virksomheten har skiftet eier. Dette momentet har særlig vekt i såkalte kapitalintensive virksomheter, det vil si virksomheter som krever store investeringer, og der verdiskapningen er spesielt knyttet til materielle aktiva. Et typisk eksempel vil være rederier, som i stor grad er avhengige av å investere store beløp i sine skip for å kunne drive sin aktivitet.

6.2.3 Overføring av immaterielle aktiva²⁴

En virksomhets immaterielle aktiva kan i noen tilfeller ha stor verdi. Logoer og merkevare- og firmanavn som har en sentral plass i markedet kan være av slik betydning at virksomhetens identitet i sterk grad vil være knyttet til disse. Dette vil få særlig vekt i sterkt kunderettede virksomheter. De ansattes ”know how” og diverse rettigheter til kunnskap og teknologi som kan gi et slags konkurransefortrinn for den nye innehaver, kan i mange bransjer være sentrale.

6.2.4 Overtakelse av kundebase²⁵

I nær sammenheng med det forrige punktet er spørsmålet om overtakelse av kundebase. Dersom erverver fortsetter å betjene den samme kundebasen som den overtatte virksomhet tidligere hadde, er dette på samme måte et argument for at identiteten er bestått. Det kan

²³ Se Rt. 2006 s. 71(SAS/Braathens) avsnitt 91

²⁴ Se EF-domstolens sak C-446/07 (Ferrotron) avsnitt 30

²⁵ Se Rt. 2006 s. 71(SAS/Braathens) avsnitt 93

ofte være vanskelig å identifisere kundegruppen som en heterogen og avgrenset enhet. Denne vurderingen må gjøres ut fra de konkrete forhold i den enkelte sak. I noen tilfeller kan avgrensningen gjøres etter geografiske forhold. I andre tilfeller er det snakk om at virksomheten betjener noen få store og viktige kunder som dermed er avgjørende for driften. Uansett kan kundeforhold, enten i form av langvarige kontrakter eller som en konsekvens av den plasseringen virksomheten har i markedet, være en viktig del av dens inntjeningsgrunnlag, og noe som er med på å karakterisere dens identitet.

6.2.5 Aktiviteten som drives før og etter overføringen²⁶

I tillegg må man i følge avgjørelsen sammenlikne den aktiviteten som utøves etter overdragelsen med den som tidligere ble utøvet. Den produksjonen, tjenesteleveringen el. som utføres må i stor grad være den samme før og etter overføringen. Dersom for eksempel en restaurant blir nedlagt og en frisørsalong senere åpner i det samme lokalet vil, aktiviteten som bedrives være så forskjellig at det vil være lite naturlig å si at virksomheten er videreført. Dette på tross av at lokaler, og til og med noe innbo, kan være overtatt.

6.2.6 Opphør av driften²⁷

Det siste punktet som er nevnt i dommen er spørsmålet om, og i så fall hvor lenge, driften i virksomheten er opphørt i forbindelse med overdragelsen. Dersom virksomheten har ligget nede i en lengre periode etter overføringen, vil det etter hvert bli mindre naturlig å si at den samme aktiviteten er fortsatt. Det er imidlertid ikke slik at ethvert avbrudd i driften utelukker at identiteten er beholdt. Man kan finne flere eksempler både fra norsk og internasjonal rettspraksis hvor aktiviteten har vært nedlagt i opp mot en måned uten at dette har hatt stor betydning for resultatet av vurderingen.²⁸ Det kan tyde på at noe av det som har vært tatt inn i vektingen av momentet er begrunnelsen for avbruddet. Dersom begrunnelsen for avbruddet for eksempel er at det er nødvendig med driftsmessige eller

²⁶ Se HR-2010-473-A (Bardufoss Flyservices) avsnitt 65

²⁷ Se Rt. 1997 s. 1965 (Stavanger Catering) side 1972 avsnitt 5

²⁸Jf. for eksempel Rt. 1997 s. 1954 (Løten) på side 1962 avsnitt 2

organisatoriske justeringer for å kunne fortsette driften under den nye arbeidstaker vil dette ikke nødvendigvis gi store utslag.

6.2.7 Overføring av ansatte²⁹

Et siste moment er hvorvidt majoriteten av de ansatte blir overført. På samme måte som med overføring av materielle aktiva vil dette momentet mest sannsynlig variere i vekt ut fra virksomhetens karakter. Der virksomhetens ressurser først og fremst ligger i de ansattes kompetanse, og verdiskapningen overveiende er basert på de ansattes innsats vil dette momentet trolig få stor vekt. De ansatte i bedriften kan slik sett etter forholdene utgjøre en betydelig del av virksomhetens identitet. Dette momentet er hovedfokus for oppgaven, og vil bli presentert inngående senere, særlig i lys av formålene bak reglene om virksomhetsoverdragelse som blir behandlet nedenfor.

6.2.8 Krav til en konkret helhetsvurdering

Jeg har i avsnittene 6.2.1 til 6.2.7 presentert en del momenter som ifølge EF-domstolens avgjørelse i sak C-24/85 (Spijkers) er relevante i vurderingen av hvorvidt en virksomhets identitet er bestått i forbindelse med en overdragelse. Etter dommens avsnitt 13 kan derimot ikke en ren konstatering av tilstedeværelse eller uteblivelse av et eller flere av momentene være avgjørende. For det første slår domstolen fast på slutten av avsnitt 13 at ingen av enkeltmomentene i seg selv er avgjørende. Dette har blitt fulgt opp i en rekke dommer som har slått fast at det å konstatere fravær eller tilstedeværelse et av de enkelte momentene i seg selv ikke er utslagsgivende.³⁰ Derimot beror avgjørelsen på en helhetsvurdering der alle de momentene som er aktuelle i det konkrete tilfellet må vektes mot hverandre og deretter må det vurderes hvorvidt vilkåret om virksomhetens bevarte identitet er oppfylt. På grunnlag av dette er det klart at hvert moment ikke kan bedømmes isolert, men må sees i sammenheng med de andre punktene på listen. Hovedtema for denne

²⁹ Se Rt. 1997 s. 1965 (Stavanger Catering) side 1973 avsnitt 2

³⁰ Eks. EF-domsstolens saker C-392/92 (Schmidt) avsnitt 16 (om overføring av aktiva), C-171/94 (Merckx) avsnitt 26 (om overføring av ansatte) og C-13/95 (Suezen) avsnitt 15 (om opprettholdelse av samme økonomiske aktivitet).

oppgaven, nemlig overføring av ansatte, kan således ikke behandles isolert fra de andre momentene i vurderingen.

Listen over momenter er ikke uttømmende. Tvert imot følger det av dommen i starten av avsnitt 13 at man i vurderingen må ta hensyn til alt som er med på å karakterisere virksomheten. Det kan dermed tenkes at det også finnes andre karakteristika som kan være viktige når man skal kartlegge hva som utgjør kjernen i virksomhetens identitet.

Det fremgår videre av rettspraksis på området³¹ at ikke alle momentene vil ha like stor betydning i alle sammenhenger. Vektingen av argumentene må bero på en konkret vurdering av forholdene før og etter overdragelsen, og på hva som faktisk karakteriserer den bestemte økonomiske enheten det er snakk om. Det å foreta den videre konkrete vektingen av momentene i den enkelte sak er ifølge EF-domstolen en oppgave for de nasjonale domstolene.³²

7 Nærmere om hvilken betydning overføring av ansatte har for identitetsvurderingen

Jeg skal nå se nærmere på overføring av ansatte. Jeg vil gå nærmere inn på bruken av momentet, og hva som er avgjørende for hvilken vekt det blir tillagt. Det er imidlertid viktig å ikke miste av syne at det fortsatt er snakk om en helhetsvurdering der alle faktorene som karakteriserer en virksomhet skal vurderes i forhold til om virksomhetens identitet er i behold etter en transaksjon.

³¹ Eks. EF-domsstolens sak C-13/95 (Suezen) avsnitt 18

³² Jf. bl.a. EF-domsstolens sak C-24/85 (Spijkers) avsnitt 14

7.1 Konsekvenser for vurderingen av at ansatte overføres eller ikke overføres

Først vil jeg forsøke å vurdere hvilke konsekvenser det får for identitetsvurderingen om ansatte rent faktisk overføres eller ikke. Det som ofte vil være tilfelle i slike situasjoner er imidlertid at noen ansatte blir overført til den nye virksomheten, mens andre ikke blir det. I disse tilfellene vil det være flere forskjellige omstendigheter som kan påvirke vektingen av momentet.

7.1.1 Situasjoner der ansatte rent faktisk blir overført

Det at en hoveddel av de ansatte blir overført vil tale for at en transaksjon representerer en virksomhetsoverdragelse.³³ Det kan være uttrykk for et ønske fra den nye innehaver om at virksomhetens aktiviteter skal fortsette som før. Det å overta en virksomhet med sine ansatte kan være ønskelig for ny innehaver dersom virksomheten er velfungerende og kostnadseffektiv. Dette vil også kunne være tilfelle dersom de ansatte innehar en høy grad av kvalifikasjoner. I disse tilfellene vil det neppe dukke opp problemer fordi de ansattes kompetanse ofte kanskje til og med kan være en av hovedgrunnene til at overdragelsen ble gjennomført.

Konsekvensen av at de ansatte faktisk overtas vil være at dette i en eller annen grad taler for at det har blitt gjennomført en virksomhetsoverdragelse.³⁴ Dette fordi de ansatte vil utgjøre en del av virksomhetens identitet, og deler av denne identiteten vil altså være i behold etter transaksjonen fordi i alle fall en del av de ansatte vil være de samme. Det avgjørende for vekten dette momentet vil ha er dermed i hvor stor grad de overførte ansatte er med på å karakterisere bedriften.³⁵ Hva som vil bestemme hvilken betydning ansatte har i så måte kommer jeg tilbake til nedenfor.

³³ EF-domsstolens sak C-24/85 (Spijkers) avsnitt 13

³⁴ Jf. HR-2010-473-A (Bardufoss Flyservice) avsnitt 68

³⁵ Jf. Rt. 2006 s. 71 (SAS-Braathens) avsnitt 86

7.1.2 Situasjoner der ansatte ikke overføres.

Dersom arbeidstakere ikke blir overtatt av ny arbeidsgiver vil dette i prinsippet tale for at identiteten ikke er beholdt. Man kan ikke på grunnlag av dette momentet alene utelukke at vernebestemmelsene kommer til anvendelse, men det er klart at dersom man også har få andre holdepunkter for at en transaksjon representerer en virksomhetsoverdragelse, vil det at de ansatte ikke er overført også trekke i samme retning.³⁶ Det er vanskelig å finne klare eksempler på at manglende overføring av ansatte i seg selv har vært utslagsgivende i negativ retning for de ansatte. Slik jeg ser det er det også få eksempler på at dette spørsmålet virkelig har kommet på spissen. En annen grunn kan være nettopp det at det i alle tilfeller skal utføres en helhetsvurdering, og selv om det er pekt ut en del momenter vil det avgjørende spørsmålet uansett i siste instans bli hvorvidt man etter helheten av momentene og omstendighetene rundt transaksjonen kan si at identiteten er beholdt. Man ser i så måte sjelden at de momentene som taler i forskjellig retning blir stilt direkte opp og veid mot hverandre hver for seg. Sporene etter disse avveiningene, og hvordan de er utført, er ofte vanskelige å finne i rettspraksis.

7.2 Er overføring av ansatte alltid et relevant moment?

Som nevnt er Spijkersdommen den grunnleggende dommen som slår fast at overføring av ansatte kan være med i vurderingen av om en virksomhets identitet er i behold etter en transaksjon.³⁷ Formuleringen av dette momentet er inntatt ovenfor i sitatet i pkt. 6.2. Ut fra denne formuleringen kan det tyde på at det eksisterer en terskel der en viss andel av de ansatte må være overtatt for at momentet skal være relevant. Nærmere bestemt lyder momentet i følge dommen: *“Whether or not the majority of its employees are taken over by the new employer”*. Dette kan tyde på at momentet bare kan få betydning i tilfeller der flertallet av de ansatte blir overtatt og at det ellers vil være feil å ta hensyn til det.

³⁶ EF-domsstolens sak C-13/95 (Suez) avsnitt 23

³⁷ Jf C-24/85(Spijkers) avsnitt 13

Avgjørelsen slår også tydelig fast at det skal foretas en helhetsvurdering av alle elementer som kan være med på å karakterisere virksomheten.³⁸ Disse to utsagnene kan virke motstridende ettersom man setter så strenge grenser for når momentet kan benyttes, samtidig som man foretar en helhetlig og åpen vurdering.

Domstolen modererer seg da også en del i senere avgjørelser der det snakkes om at en, etter antall og kvalifikasjoner, betydelig del av de ansatte blir overtatt.³⁹ Her har formuleringen endret seg slik at det i mindre grad henspeiler på at flertallet av de ansatte er overført, og man ser kanskje mer på den betydningen de overførte arbeidstakerne hadde for driften i virksomheten. Kravet til antall overførte ansatte virker dermed å være lempet, i den grad det i det hele tatt har eksistert. Denne formuleringen har senere blitt sitert i en rekke dommer.⁴⁰

I norsk rettspraksis er denne utviklingen trukket enda lenger. Høyesterett har behandlet både vektingen og terskelen for at overføring av ansatte skal få betydning i Rt. 2006 s. 71 SAS-Braathenssaken.

Avgjørelsen gjaldt en beslutning, som ble tatt av Braathens styre, om å istedenfor selv å produsere bakketjenester for sine egne flygninger, kjøpe inn disse fra SGS og STS, to selskaper i SAS-konsernet, som Braathens også var blitt en del av. I denne forbindelse ble det overført noe materiell, ca 1 % av antallet utstyrsenheter med en verdi på ca 25 % av den totale utstyrsparken til Braathens bakketjenester. I tillegg leide STS inn, og overtok senere, avisingsutstyr fra Braathens til en verdi av mellom 20 og 25 millioner kroner. Dette ble sett som relevant for vurderingen, selv om avising og andre bakketjenester ble utført av to selvstendige forretningsenheter i SAS, hhv. STS og SGS, og at kjøpet av de to tjenestene ble regulert i separate avtaler. SGS benyttet seg også av utstyr, infrastruktur og lokaler, eid av Avinor, som Braathens tidligere hadde disponert. Det ble også overført en del ansatte mellom selskapene. Av 1130 ansatte fordelt på 1066 årsverk ble 265 ansatte fordelt på ca

³⁸ Jf C-24/85(Spijkers) avsnitt 14

³⁹ Jf C-13/95 (Suez) avsnitt 21

⁴⁰ Jf for eksempel C-172/99 (Oy Liikenne) avsnitt 38

200 årsverk overtatt av SGS. I tillegg til dette kommer at den aktiviteten som utføres ansees å være tilnærmet identisk, og kundebasen er også som før navnlig Braathens fly og flypassasjerer.

Domstolen uttaler at den typen bakketjenester for flytransport er en type virksomhet som ikke kan bedømmes ut fra en hovedsakelig innsatsfaktor slik som tilfellet kan være innenfor en del bransjer så som renhold eller vakthold, jf. avsnitt 86.

Når det gjelder overføringen av ansatte spesielt, uttaler retten følgende i avsnitt 92 at retten har lagt vekt på at en *”ikke ubetydelig andel av de ansatte i Braathens’ bakketjenester ble overtatt av SAS-konsortiet.”* Ut fra dette kan man altså trekke at høyesterett anser dette som tilstrekkelig for at momentet skal få betydning i vurderingen. Dette er noe annet enn det som i den samme dommen er sitert fra tidligere EF-domstolspraksis. Det som sies i Spijkersdommen er at det kan være et moment i vurderingen, hvorvidt størstedelen av arbeidsstokken blir overført. Dette har gjennom domsstolens videre praksis blitt utviklet til å bli et spørsmål om hvorvidt virksomheten *”overtaker en efter antal og kvalifikasjoner betydelig del av den arbeidsstyrke, som hos forgængerer spesielt utførte denne oppgave”*⁴¹, altså aktiviteten som er overført. Siden retten i den aktuelle sak verken benytter seg av uttrykket størsteparten eller betydelig andel som tidligere er benyttet av EF-domstolen men derimot ikke ubetydelig andel som gir inntrykk av en lavere grense, kan det tyde på at terskelen er senket for at momentet skal være relevant. Dette kan i så fall igjen ha innvirkning på betydningen av overføring av ansatte som moment i vurderingen. At dette kan være konsekvensen, støttes blant annet av Stein Evju i en kommentar til avgjørelsen fra januar 2006.⁴² Evju hevder her at det foreligger en terskel, men at denne, etter det som følger av SAS-Braathensdommen, kan ha blitt senket. Han tar imidlertid forbehold om at dette kan være en konsekvens av konkrete omstendigheter rundt saken.

⁴¹Jf C-13/95 (Suez)

⁴² Stein Evju, Virksomhetsoverdragelse i utvikling Høyesteretts dom 31. januar 2006, Arbeidsrett 01/2006 side 52, på side 64 avnitt 3

Denne utviklingen sett i sammenheng med den helhetsvurderingen tyder etter mitt syn på at det kanskje ikke kan sies å være noen bestemt kvantitativ terskel for når det er relevant å ta overføring av ansatte med i vurderingen. Det er mer naturlig å si at vektingen blir tyngre dess større andel de overførte arbeidstakere utgjør av den totale mengden ansatte. Dette har også tidligere blitt hevdet i teorien, for eksempel av Atle Sønsteli Johansen.⁴³ Han skriver blant annet at ”*Spørsmålet for den nasjonale domstol er derfor ikke i første rekke om det er relevant å legge vekt på om ansatte følger med ved overdragelsen, men hvilken vekt dette skal tillegges for den konkrete vurdering.*” Dette blir også støttet av Einar Østerdahl Poulsson i hans replikk til dette innlegget.⁴⁴ Når det er snakk om et liten nok andel overførte ansatte, vil disse nærmest ikke i det hele tatt være karakteriserende for virksomheten, og momentet vil dermed i svært liten grad ha betydning som argument for at en transaksjon representerer en virksomhetsoverdragelse i direktivets forstand.

7.3 Hva er bestemmende for momentets vekt?

Jeg vil nå vurdere hvilke omstendigheter som kan gjøre at overføring av ansatte får spesielt stor betydning for identitetsvurderingen. Tilsvarende vil jeg forsøke å illustrere de tilfeller der momentet blir tillagt liten vekt.

7.3.1 Betydningen av virksomhetens karakter

I hvilken grad overføring av ansatte blir av stor betydning i identitetsvurderingen kan ha svært nær sammenheng med momentet jeg har kalt type virksomhet, jf. ovenfor pkt. 6.2.1. Det har i rettspraksis blitt pekt på at det kan skilles mellom to typetilfeller der relevansen vurderes svært forskjellig.⁴⁵ Det skilles mellom bedrifter som typisk er karakterisert av

⁴³ Atle Sønsteli Johansen, Betydningen av om ansatte følger med for spørsmålet om det foreligger overdragelse etter rådsdirektiv 77/181 EØF jfr. Arbeidsmiljøloven kpt. XII A, Lov og Rett nr. 7/2002 s. 447-453

⁴⁴ Einar Østerdahl Poulsson, Betydningen av om ansatte følger med for spørsmålet om det foreligger overdragelse etter rådsdirektiv 77/181 EØF jfr. Arbeidsmiljøloven kpt. XII A – Replik til advokat Atle S. Johansen, Lov og rett 1/2003 s 57-58

⁴⁵ Jf. Rt. 2001 s.248 nederst på s. 257 flg.

lokaler, driftsmateriell, produksjonsutstyr og andre materielle aktiva, og de som kjennetegnes ved en spesielt arbeidsintensiv verdiskaping.

Typiske eksempler på det første er rene produksjonsbedrifter med kostbare maskiner, dyre lokaler og høye behov for investeringer i fysiske verdier. På den annen side av skalaen er tjenesteytende virksomheter som i liten grad benytter fysiske hjelpemidler i driften.

Eksempler som kan nevnes er renhold og vaktjenester. Jeg fremhever dette for å illustrere momentets varierende betydning. I en tjenestebasert virksomhet vil identitetsspørsmålet i større grad kunne knyttes til de ansattes arbeidsinnsats fordi denne er basis for den verdiskapingen aktiviteten innebærer. Det kan i så måte være få andre faktorer å knytte identitetsvurderingen til, og overføring av ansatte vil da naturlig komme i forgrunnen.⁴⁶

Det er således gjerne ved overføring av denne typen foretak at spørsmål om overtakelse av ansatte, og dette argumentets betydning kommer på spissen. Det følger av rettspraksis at i de motsatte tilfellene spiller overføring av lokaler og fysiske aktiva en langt større rolle i vurderingen, mens overføring av ansatte kommer mer i bakgrunnen.⁴⁷

De forskjellige momentene i identitetsvurderingen kan altså ha forskjellige vekt ut fra konkrete forhold i virksomheten. Dette kommer blant annet frem i EF-domstolens sak C-13/95 *Ayse Suezien mot Zehnacker Gebaedereinigung GmbH Krankenhausservice*. *Arbeitsgericht Bonn* ba i denne saken om en uttalelse vedrørende tolkningen av direktiv 77/187 art.1. *Ayse Suezien* var ansatt i selskapet *Zehnacher Gebaudereignigung* som hadde ansvaret for rengjøring på sykehuset. Denne oppgaven ble så tildelt det saksøkte firmaet uten at noen av de ansatte eller de materielle driftsmidler ble overført. *Suezien* gikk til sak og hevdet at overføringen representerte en virksomhetsoverdragelse. EF-domstolen ga henne ikke medhold. Det følgende er hentet fra dommens avsnitt 18:

”Som anført ovenfor i præmis 14 skal den nationale domstol ved vurderingen af de faktiske omstændigheder omkring overførslen bl.a. tage hensyn til, hvilken form for virksomhed

⁴⁶ Ef-domstolens sak C-13/95 (*Suezien*) avsnitt 21

⁴⁷ EF-domstolen sak (C-340/01) (*Abler*) avsnitt 36

eller bedrift der er tale om. Heraf følger, at afvejningen af, hvilken vægt der skal tillægges de forskellige kriterier for, om der i henhold til direktivet er tale om en overførsel, nødvendigvis afhænger af, hvilken type aktivitet der udføres, og hvilke produktions- eller driftsmåder der anvendes i virksomheden, bedriften eller den pågældende del af bedriften. En økonomisk enhed kan således navnlig i visse brancher fungere uden væsentlige materielle eller immaterielle aktiver, og det kan i så fald ikke være afgørende for, om enheden opretholdes efter den pågældende transaktion, at der overdrages sådanne aktiver.”⁴⁸

Det fremgår her at man må ta utgangspunkt i de karakteriserende faktorer ved virksomheten.

Muligens er overføring av ansatte brukt som et viktig moment fordi det i en del slike tilfeller er vanskelig å definere en virksomhets identitet ut fra andre momenter. Derfor er det også vanskelig å definere hvorvidt denne identiteten er beholdt etter overføringen.

Det er imidlertid slik at i de fleste virksomheter vil det å fastslå hva som er kjernen i en økonomisk enhets identitet bero på en rekke forskjellige momenter, og man kan dermed ikke se en av faktorene som den avgjørende, men må foreta en avveining av de momentene som til sammen er karakteriserende.⁴⁹ Oftest vil nok resultatet således bli at virksomhetene ikke kan plasseres inn i noen av disse to typetilfellene, men derimot må sees som en type blandingsvirksomheter som har en del egenskaper fra begge eksempler. Her vil det bli snakk om å vekte de forskjellige momentene mot hverandre, og se hva som veier tyngst, og i så måte å vurdere om det som er likt før og etter transaksjonen er tilstrekkelig til at identiteten er beholdt. Det kan være vanskelig å komme frem til noen flere generelle retningslinjer enn det som her er nevnt for hvordan denne vurderingen skal gjøres. Det kan tyde på at domstolene bedømmer den enkelte sak svært konkret, og at det dermed ikke

⁴⁸ EF-domstolens sak C-13/950 (Suezen) avsnitt 18

⁴⁹ Jf. Rt. 2001 s.248 (Olderdalen Ambulanse)

finnes noen klar linje man kan forholde seg til i tvilstilfeller.⁵⁰ I følge EF-domstolens praksis er dette et spørsmål som det er opp til de nasjonale domstolene å vurdere.⁵¹

7.3.2 Betydningen av ansattes kvalifikasjoner

Momentet om overføring av ansatte kan også få større vekt dersom arbeidsstokken er preget av en høy grad av ekspertise. Grunnen er at innenfor bransjer der det stilles høye krav til arbeidstakernes spesialkompetanse, og dette er av avgjørende nødvendighet for den økonomiske aktiviteten som utøves, vil arbeidsstokken inngå som en særlig viktig komponent i virksomhetens identitet.⁵²

Et eksempel på en slik type virksomhet kan være et advokatfirma. I et slikt tilfelle er det typisk tre ting som definerer kjernen i virksomheten, de ansatte og deres kvalifikasjoner, firmaets omdømme eller goodwill, samt de kontrakter og kundeforbindelser de har. Virksomheten vil kanskje også ha materielle eiendeler i form av lokaler. Dette kan ha betydelig verdi, men er sjelden tett knyttet til virksomheten som sådan, som ofte kan drives fra et hvilket som helst sted. De aktiva som er tilknyttet driften i form av driftsmateriell vil oftest være av relativt ubetydelig verdi.

De ansatte og deres kvalifikasjoner vil derfor i stor grad være avgjørende for om man kan si at identiteten er opprettholdt etter en transaksjon. Det er dette som i størst grad skiller dem fra andre liknende virksomheter, og det er dette som først og fremst er det nødvendige grunnlaget for den økonomiske aktiviteten som bedrives.

⁵⁰ Se om dette Merethe Bårdsen, "Anvendelse av direktivet om virksomhetsoverdragelse i situasjoner hvor det ikke overføres ansatte- EF-domstolens dom i Abler-saken" *Arbeidsrett*, 2004 s. 141 punkt 4.2

⁵¹ Jf. Ef-domstolens sak C-24/85 (Spijkers) avsnitt 14

⁵² EFTA-domstolens sak E-2/04 (Total) avsnitt 40

Det at de ansattes kvalifikasjoner kan ha betydning for vurderingen har blant annet blitt trukket frem i EFTA-domstolens sak E-2/95. Saken gjaldt utsetting av vedlikeholds og støttefunksjoner i forbindelse med gassproduksjon. Her fremholdes blant annet følgende:

“Where a high percentage of the personnel is taken over, and where the previous business is characterised by a high degree of expertise of its personnel the continued activities of the personnel may support a finding of identity and continuity of the business. If the work to be performed does not require any particular expertise or knowledge, the taking-over of personnel becomes less indicative of the identity of the undertaking. The perspective here is whether the qualifications required of the personnel is of relevance for the assessment of whether a transfer has taken place.”⁵³

Ut fra dette må det mulig å konstatere at det ikke bare er den rent kvantitative andelen av de ansatte som blir overført som får betydning i forhold til identitetsvurderingen. I tilfeller som nevnt i teksten over, der den overførte virksomheten kjennetegnes ved en høy grad av ekspertise blant de ansatte, må det også tas hensyn til hvorvidt denne ekspertisen er blitt overført til den nye arbeidsgiver. I typiske kompetansebaserte bransjer vil nettopp ekspertisen til de ansatte være det som er grunnlaget for den økonomiske aktiviteten som bedrives.

Det kan også virke som om man på grunnlag av dette kan trekke slutninger om at ansatte innenfor sektorer der det stilles lave kompetansekrav, i mindre grad vil være med på å prege identiteten til den økonomiske enheten de tilhører. Det at det kreves lite ekspertise for å utføre de aktiviteter som virksomheten bedriver vil derfor kunne føre til at overføring av ansatte kan få mindre vekt som moment i helhetsvurderingen.

En kan imidlertid ane at dette standpunktet kan problematiseres ved å kikke på siste setning av nevnte avsnitt 43. Her har domstolen fremhevet at alle grupper av ansatte har rett på den samme beskyttelsen i forbindelse med en overdragelse. Det kan dermed bli problematisk

⁵³ EFTA-domsstolens sak E-2/95 (Stavanger Catering) avsnitt 43

dersom argumentet om overføring av ansattes ekspertise gjør at ansatte i mindre kompetansekrevende yrker får et svakere vern fordi de ikke innehar slik ekspertise. Ofte vil det være slik at arbeidstakere innenfor bransjer som krever lav kompetanse er mer sårbare når det gjelder det å miste jobben enn dem som innehar en høy grad av ekspertise innenfor et fagfelt. De vil i mange tilfeller ha vanskeligere for å få seg nytt arbeide, og de vil dessuten være mindre attraktive for ansatte i den overtakende virksomheten. Således vil de også være mer utsatt i forhold til det å bli oppsagt i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse. Dermed vil også behovet for vern i enda større grad gjøre seg gjeldende overfor denne gruppen.

I så måte kan det være interessant å se på situasjoner der det er store forskjeller på kompetansenivået innad i en økonomisk virksomhet. I en del tilfeller vil det kunne være slik at erverver, ved å overta nøkkelpersonell fra den tidligere bedriften, vil kunne forplikte seg til også å overta resten av de ansatte.

I motsetning til slike kompetansekrevende virksomheter finnes også foretak som verken er preget av de ansattes høye kvalifikasjoner eller av store materielle eller immaterielle aktiva. Et eksempel kan være bedrifter som driver med telefonsalg. Aktivitetene som drives av slike virksomheter krever verken høy kompetanse fra de ansatte eller store investeringer i fysiske driftsmidler. Det finnes imidlertid ofte visse andre momenter man til en viss grad kan knytte vurderingen til, så som firmanavn, telefonlister, tillatelser, kunder osv. Mest sannsynlig vil imidlertid de ansatte i slike tilfeller veie tungt i identifikasjonsvurderingen når det gjelder denne typen foretak.

Et eksempel som kan illustrere en slik situasjon, og som har vært oppe for EF-domstolen er C-173/96 og C-247/96 (Hidalgo). Her var det snakk om to saker som ble tatt opp under felles behandling. Begge saker omhandlet blant annet identitetsspørsmålet innen bransjer som verken er preget av et høyt kompetansenivå hos de ansatte, eller betydningsfulle verdier innen materielle driftsmidler eller immaterielle aktiva. Saken gjaldt virksomheter

som tilbød henholdsvis hjemmehjelps- og vaktjenester. Domstolen sier blant annet følgende:

*”Selv om enheden skal være tilstrækkelig strukturert og selvstendig, innebærer dette ikke nødvendigvis, at der til denne er knyttet materielle eller immaterielle aktiver af betydning. I visse brancher, som f.eks. rengøring og bevogtning, er disse aktiver ofte begrænset til det mest elementære, og den aktivitet, der udøves, er hovedsagelig baseret på arbejdskraften. Derfor kan en organiseret helhed af lønmodtagere, som specielt og i længere tid udfører opgaver i fællesskab, når der ikke er tale om andre produktionsfaktorer, udgøre en økonomisk enhed.”*⁵⁴

Av dette følger at innenfor bransjer der hovedvekten av aktiviteten beror på de ansattes arbeidsinnsats, kan en stabil gruppe arbeidstakere, som over tid hadde utført bestemte arbeidsoppgaver, i seg selv utgjøre en økonomisk enhet, og spørsmålet om hvorvidt denne enhetens identitet er i behold i forbindelse med en utskifting av den ansvarlige for utøvelsen av den økonomiske aktiviteten, vil dermed kunne bestemmes nettopp ved å se på om de ansatte i enheten ble overført. Dette som en følge av at dersom identiteten ikke er knyttet til noe annet enn de ansatte, og den aktivitet de utøver, finnes lite annet enn dette momentet å ta vurderingen ut fra.

En kan også stille spørsmål ved betydningen av at det, i forbindelse med en transaksjon som kan bli karakterisert som en virksomhetsoverdragelse, etter overføringen stilles høyere krav til kompetanse enn det man tidligere gjorde. Dette kan føre til at ansatte ikke blir overført grunnet manglende kvalifikasjoner. Dette var blant annet tilfelle i en sak for Høyesterett om åpningen av en kommunal førskoleordning i lokalene til et tidligere privat drevet skolefritidsordning.⁵⁵ I forbindelse med reformen av skoleverket initierte kommunen en førskoleordning og her ble det blant annet stilt krav om at de ansatte skulle ha

⁵⁴ EF-domstolens sak C-173/96 og C-247/96 (Hidalgo) avsnitt 26

⁵⁵ Rt. 1997 s 1954 (Løten)

utdannelse som førskolelærere. Dermed var det flere av arbeidstakerne fra den tidligere skolefritidsordningen som ikke var kvalifisert, og dermed ikke fikk ansettelse. Høyesterett mener imidlertid tilsynelatende at den økonomiske aktiviteten som ble drevet før og etter at kommunen startet opp driften var så forskjellig fra den som tidligere ble utøvet at identiteten dermed ikke var beholdt. Dette hadde blant annet sammenheng med de forskjellige kvalifikasjonskravene som ble stilt som følge av endringen i kravene til skolefritidsordningens innhold. Retten kom dermed til at det i dette tilfellet ikke kunne være snakk om en virksomhetsoverdragelse i direktivets forstand.

Det kan imidlertid tenkes at slike kvalifikasjonskrav kan brukes til en type omgåelse av regelverket. I en yrkesgruppe hvor det finnes både faglærte og ufaglærte yrkesutøvere vil erverver, i et tilfelle hvor arbeidsstokken i den overtatte virksomheten stort sett består av arbeidstakere med liten offisiell kompetanse, kunne slippe å overta ansatte dersom han viser til at kravene til slik kompetanse vil være høyere i den nye virksomheten, og at identiteten dermed ikke kan sies å være bevart. Dette kan muligens utnyttes for å omgå reglene.

7.3.3 Kan man ut fra dette trekke en regel om vekten og anvendelsen av momentet i forbindelse med identitetsvurderingen?

Momentet om overføring av ansatte vil dermed ha en særlig tyngde der hovedvekten av den økonomiske aktiviteten som utføres av den enheten det er spørsmål om, beror på de ansattes arbeidsinnsats, samt, og kanskje spesielt, i de tilfellene der en stor del av de ansatte innehar en høy grad av ekspertise som er nødvendig for utførelsen av aktiviteten. Det er med andre ord i disse typer saker at spørsmålet om betydningen av overføring av ansatte som et moment i identitets- og kontinuitetsvurderingen oftest kan komme på spissen. Som et argument for at den gjennomførte transaksjonen utgjør en virksomhetsoverdragelse, vil momentet derimot tape seg i styrke dess mindre andel av det totale antallet og kompetansen de overførte ansatte representer. Det er derimot vanskelig å fastslå at det er stilt opp et kvantitativt krav, for eksempel at flertallet av de ansatte skal være overført, for at momentet

skal være relevant i så måte. Utover dette er det vanskelig å si noe generelt både om anvendelsen av dette momentet og om helhetsvurderingen som skal foretas, annet enn at rettstilstanden fortsatt er usikker. Den samme konklusjonen trekkes forøvrig av Evju.⁵⁶

7.4 Forholdet mellom "regelen" og hensynene som ligger bak den

Det som følger av Spijkersavgjørelsen om overtakelse av ansatte som moment i vurderingen av om identiteten til en økonomisk enhet er beholdt etter en transaksjon⁵⁷, er altså senere fulgt opp både av domstolen selv og i nasjonal rettspraksis. Det kan imidlertid være uklart på hvilken måte dette momentet faktisk benyttes i praksis. Jeg vil forsøke ved hjelp av eksempler fra rettspraksis å illustrere hvilke hensyn som mest sannsynlig spiller inn når domstolene skal vurdere anvendelsen av overføring av ansatte i forhold til identitets- og kontinuitetskravet.

7.4.1 Vernehensyn

Når man skal se på hensynene som ligger bak grensedragningen for disse vernereglens anvendelsesområde, er det naturlig å begynne med det hensynet som er eksplisitt nevnt som hovedformålet med direktivet om arbeidstakers rettigheter ved virksomhetsoverdragelse.⁵⁸ Det fremgår her at direktivet har kommet til som en konsekvens av behovet for å beskytte arbeidstakerne i forbindelse med virksomhetsoverdragelser. EF-domstolen har ved flere anledninger benyttet seg av formålsbetraktninger ved tolkningen av direktivet.⁵⁹ Det har for eksempel vært tvil om hvorvidt direktivet omfattet forskjellige typer transaksjoner der det ikke forligger noe direkte avtaleforhold mellom ny og gammel innehaver, så som i anbudstilfeller der oppdragsgiver skifter fra en tjenestetilbyder til en annen. I

⁵⁶ Stein Evju, Virksomhetsoverdragelse i utvikling Høyesteretts dom 31. januar 2006, Arbeidsrett 01/2006 side 52, på side 63 ansnitt 4

⁵⁷ EF-domstolens sak C-24/85 (Spijkers) avsnitt 13

⁵⁸ Rådets direktiv 2001/23/EF, forordets artikkel 3

⁵⁹ Se for eksempel EF-domstolens sak C-13/95 (Suezen) avsnitt 11

Suezdommen kommer imidlertid EF-domstolen, under henvisning til hensynet til beskyttelsen av arbeidstakerne, og dermed formålet med direktivet, til at det ikke foreligger et direkte kontraktsforhold mellom ny og gammel innehaver ikke kan utelukke at direktivet kommer til anvendelse.⁶⁰

Også når det gjelder vurderinger rundt identitets- og kontinuitetskravet er det tydelig at domstolen tar hensyn til direktivets formål i forbindelse med helhetsvurderingen. Et eksempel er EF-domstolens sak C-340/01, Ablersaken. Det relevante spørsmålet som behandles i denne saken er hvorvidt det at ansatte ikke overføres i det gjeldende tilfellet er tilstrekkelig for å utelukke at direktivet kommer til anvendelse. Dette besvarte EF-domstolen benektende da de fant at det ville stride mot direktivets formål.⁶¹ Dersom man i en slik sak skulle legge avgjørende vekt på den manglende overføringen av ansatte, ville det i realiteten ikke ligge noen forpliktelse på ny innehaver til å ansette de som etter direktivet skal ha rettigheter som følge av det.

7.4.2 Kommersielle hensyn

Dersom Rådet med direktivet hadde ønsket å gi de ansatte en maksimal beskyttelse i forbindelse med arbeidsgiverskifter, ville det kunne være en løsning å la reglene om virksomhetsoverdragelse omfatte alle situasjoner der utførelsen av en aktivitet skifter innehaver. Dette ville altså gi en løsning der det som er utslagsgivende for hvorvidt en arbeidstakers rettigheter er i behold kun hviler på en vurdering av om den økonomiske aktiviteten som tidligere ble drevet er videreført. Arbeidstaker ville i så fall følge aktiviteten han er med på å utøve. Det er imidlertid klart at det ikke kan konstateres at ansatte har en så vid beskyttelse. For det første slås det fast både i EF-direktivet om virksomhetsoverdragelse⁶² og i aml. § 16-1 at identiteten til den overførte økonomiske enhet må være i behold for at beskyttelsen skal komme arbeidstakerne til gunst. Dette

⁶⁰ EF-domsstolens sak C-13/95 (Suezen) avsnitt 11

⁶¹ EF-domsstolens sak C-340/01 (Abler) avsnitt 37

⁶² Rdir. 2001/23/EF artikkel 1-1 b)

innebærer som nevnt, ifølge Spijkersdommen, at det at den økonomiske aktiviteten videreføres, kun er ett av flere momenter som inngår i vurderingen av reglens anvendelighet. Ifølge EF-domstolens argumentasjon i Suezdommen⁶³ kan det ikke være tilstrekkelig for at direktivet skal komme til anvendelse at den økonomiske aktivitet som tidligere ble utøvet er videreført av den nye driveren. Det må komme mer til for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse i direktivets forstand.⁶⁴ Et forslag fra LO om å utvide bestemmelsene i arbeidsmiljøloven til også å omfatte situasjoner der det er snakk om en ren overføring av en økonomisk aktivitet, ble vurdert i forarbeidene til lovendring av arbeidsmiljøloven av 15. juni 2001.⁶⁵ Det var etter departementets syn ikke ønskelig å la bestemmelsen gå ut over det som fulgte av direktivet. I tillegg ble det uttrykt at det var usikkert hvilke konsekvenser dette kunne få for næringslivet. Det sies blant annet at:

”Videre er det vanskelig å overskue hvilke konsekvenser en slik anvendelse av reglene vil kunne få for næringslivet, men det er grunn til å tro at det ville kunne virke hemmende på omstillings- og satsningsviljen.”

I tillegg hevdes det at innføringen av en slik regel vil være å gå ut over det som er det egentlige formålet med direktivet. Siden man slik ikke går til det mest drastiske steg som er mulig for å beskytte de ansatte i situasjoner der en aktivitet blir overført fra en virksomhet til en annen, er det nærliggende å anta at det også foreligger andre motstridende hensyn som domstolene og direktivet tar med i sine vurderinger. Dette på tross av at slike hensyn i liten grad er direkte omtalt i direktivet, lovgivningen og av domstolene, hvor det oftest er fokus på vernehensynene som man finner grunnlaget for i formålsbestemmelsene i direktivets forord. Det kan da være interessant å se på hvilke hensyn som gjør at det kan være ønskelig å begrense de ansattes vern, og dermed utvide virksomhetenes handlefrihet på denne måten. Mest sannsynlig er det nettopp i denne utvidelsen av virksomhetenes

⁶³ EF-domsstolens sak C-13/95 (Suesen) avsnitt 15

⁶⁴ Se også Kjetil Vågen, Virksomhetsoverdragelse Identitetskravet i aml. § 73 A 1 ledd 1, Arbeidsrett nr 4 2004 side 241 på side 242 flg.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) avnitt 8.2.2

handlefrihet at hoveddelen av svaret ligger.⁶⁶ Man kan som eksempel se på Høyesteretts uttalelser i Rt. 2001. s 248. Saken handler om driften av en ambulansetjeneste. Kåfjord Ambulanseservice AS sa opp avtalen om drift av ambulansetjenester i Kåfjord kommune. Olderdalen Ambulanse tok så på seg oppdraget, men overtok verken materiell eller ansatte fra den tidligere driver. Det var i denne saken ingen uenighet om at den økonomiske aktiviteten som tidligere ble utøvet av Kåfjord Ambulanseservice AS ble videreført på vesentlig samme måte under den nye tjenestetilbyder, men oppdraget ble altså utført med nytt materiell og nytt mannskap. Høyesterett omtaler betydningen av at arbeidstakerne ikke fikk ansettelse i Olderdalen Ambulanse blant annet på følgende måte:

”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 annen måte. Konsekvensen av dette blir at den overtakende virksomhet ved egne beslutninger kan få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved 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 det overtakende foretak allerede på forhånd ha en slik innflytelse, blant annet ved det valg som gjøres med hensyn til overtakelse av aktiva.”

Når man leser dette er det for det første tydelig at Høyesterett har en noe annen innfallsvinkel enn den EF-domstolen har antatt for eksempel i Ablerdommen.⁶⁷ Som jeg nevnte i omtalen av denne avgjørelsen ovenfor, var tolkningen her formålsfokuseret. Man tok hensyn til reglens verneformål, og tolket identitetskravet deretter, mens i Olderdalen Ambulanse spør Høyesterett seg heller hvor langt beskyttelsen i utgangspunktet er strukket, og antar at det skal spesielle hensyn til for å gå ut over dette, jf. nest siste setning i sitatet ovenfor. Sammenlikningen mellom disse dommene er også blitt gjort blant annet av

⁶⁶ Jf. sitatet på siden ovenfor fra Ot.prp. nr 79 (2000-2001) avsnitt 8.2.2

⁶⁷ EF-domsstolens avgjørelse C-340/01 (Abler)

Jakhelln.⁶⁸ Det ser derimot ut til at selv om han ser at tilnærmingen til spørsmålet om identitetsvurderingen er noe forskjellig i de to dommene, så forklarer han dette med forskjeller i de konkrete omstendighetene rundt de to transaksjonene. Jeg kan imidlertid ikke se hvorfor den prinsipielle tilnærmingen til spørsmålet skulle være annerledes på grunn av dette. Høyesterett kunne godt anlagt denne typen formålsfokuserende vurdering også i saken om Olderdalen Ambulanse. Dette ville imidlertid likevel mest sannsynlig føre til det samme resultatet i denne konkrete saken.

Grunnen til at vernet ikke er strukket lenger kan være rene kommersielle hensyn. Bedrifter er avhengige av en viss handlefrihet for å kunne produsere lønnsomme varer og tjenester. Økt vern for de ansatte vil i praksis representere mindre handlefrihet og økte kostnader for virksomheter. Et eksempel er tilfellet med anbudskonkurranser. Dersom potensielle anbudsgivere skal kunne bindes til å overta ansatte fra tidligere utøver av aktiviteten, vil dette skape usikkerhet rundt grunnlaget for anbudet. Dette vil igjen føre til at denne vil måtte gjøre store og kostbare undersøkelser for å kunne finne ut hvilke utgifter som vil påløpe ved utførelsen av oppdraget, eller evt. øke prisanslaget i anbudet grunnet usikkerheten om kostnadssituasjonen. De høye transaksjonskostnadene kan i verste fall føre til at det som i utgangspunktet er en lønnsom avtale ikke blir inngått.⁶⁹ I alle fall vil de kunne føre til en økt ressursbruk i forbindelse med denne type avtaleinngåelser. Fra et samfunnsøkonomisk perspektiv vil dette være uønsket fordi enhver lønnsom avtale vil gjøre at ressurser blir overført til en aktør som verdsetter dem høyere enn det man gjorde der de var før. Dette vil dermed ifølge samfunnsøkonomiske teorier skape en situasjon der ressursene i samfunnet blir utnyttet på best mulig måte.⁷⁰ Det er imidlertid slått fast, både i norsk rettspraksis og av EF-domstolen, at hensynet til fri konkurranse i forbindelse med anbudssituasjoner ikke har noen plass i tolkningen av anvendelsesområdet for vernereglene i forbindelse med virksomhetsoverdragelse.⁷¹

⁶⁸ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten 4. utgave 2006 s. 507-509

⁶⁹ Om transaksjonskostnader, se Erling Eide og Endre Stavang, Rettsøkonomi 2008, side 129 flg.

⁷⁰ Om dette se Erling Eide og Endre Stavang, Rettsøkonomi 2008, side 81-84.

⁷¹ Jf. EF-domsstolens sak C-172 (Oy Liikenne) avsnitt 22 flg. og HR-2010-473-a (Bardufoss Lufthavn) avsnitt 79

I tilfeller med direkte overdragelser vil det på samme måte være en risiko for at reglene påvirker markedsaktørens handlinger. Dersom en erverver ønsker å betale prisen for å overta de ansatte, er dette gjerne et uttrykk for at han verdsetter disse høyere enn det den tidligere arbeidsgiver gjorde. I det motsatte tilfellet, vil det at erverver allikevel kan bli forpliktet til å gi arbeidstakerne ansettelse påføre ham økte kostnader, som kan føre til at prisen synker eller i verste fall at avtalen ikke blir gjennomført.

Det å forplikte den nye innehaver til å skulle overta andre elementer enn det han egentlig har planlagt å ta over i forbindelse med en transaksjon, er svært inngripende. Man går her inn og innskrenker drastisk den handlefriheten som ligger i at alle kan inngå avtaler med det innhold og i den form man ønsker. Dette er i og for seg ikke noe nytt. Det er noe som er gjort på mange andre avtalerettslige områder for å beskytte andre interesser som er ansett som viktigere. Den interessen som begrunner innskrenkningen er altså arbeidstakervern. Det problematiske er imidlertid, som ovenfor, at det fra et samfunnsmessig perspektiv er ønskelig at avtaler blir inngått siden slike er med på å flytte ressurser til de områdene der de er høyest verdsatt. Ved totalt fravær av begrensninger og transaksjonskostnader tilsier teorien dermed at alle ressurser ville ende der de gjør mest nytte.

Det er altså i lys av denne avveiningen at tolkningen av identitets- og kontinuitetskravet, og slik også anvendelsen av overføring av ansatte som moment i denne tolkningen, må forstås. Det er få retningslinjer i direktivet som forteller om hvordan denne avveiningen skal gjøres utover de formålsbetraktningene som kommer frem i forordet. Denne avveiningen er i virkeligheten et spørsmål med mange politiske og ideologiske aspekter, og dermed er det viktig å ta hensyn til det direktivet uttrykker vedrørende ønsket om, og behovet for, et utvidet vern for arbeidstakere.

8 Kritiske bemerkninger

8.1 Regelens rettspolitiske aspekter

Det virker dermed som om balansegangen mellom de to hensynene som er omtalt, er avgjørende for hvor grensene for direktivets anvendelsesområde skal trekkes, og dermed hvor langt vernet av de ansatte strekker seg. Noe som kan gjøre tolkningen av bestemmelsene problematisk er at valget mellom arbeidervern og markedsaktørens frihet i stor grad representerer to motstridende politiske ideologier som utgjør sterke motpoler i europeisk samfunnsliv. Spørsmålet ligger midt i konfliktsonen mellom høyre og venstresiden i europeisk politikk. Det er da viktig at rettsanvendere ikke lar sine egne politiske meninger bli utslagsgivende for hvordan reglene tolkes og anvendes. Det at skjønsmessige avgjørelser er overlatt til domstolene er ikke uvanlig. Det er derimot muligens slik at i denne typen sammenhenger, hvor reglene har en stor grad av politiske aspekter, bør domstolene i enda større grad enn ellers være forsiktig med å utfordre lovgivers vilje. Dette nettopp fordi det kan være vanskelig å unngå at de avgjørelser som fattes farges av politiske synspunkter.

Dette er grunnen til at de retningslinjene som ligger i direktivet bør bli vektlagt med stor tyngde når vurderingene skal foretas. Dermed er det påfallende at sitatet fra avgjørelsen om Olderdalen Ambulanse, som er inntatt ovenfor, tilsynelatende ikke tar i betraktning det som står i direktivets forord om behovet for arbeidstakervern. Dersom mitt resonnement ovenfor er riktig er her domstolen uvillige til å gjøre inngripende begrensninger av næringslivsaktørers handlefrihet. Dette blir imidlertid i liten grad diskutert opp mot reglernes formål. I sitatet blir dette ikke problematisert. Derimot konstateres det bare at vernet ikke har blitt trukket videre enn til et visst punkt gjennom tidligere rettspraksis, og man finner derfor ikke grunnlag for å gjøre dette denne gangen heller.

Det kan godt tenkes at dette fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er ønskelig. Kanskje er beskyttelsen av arbeidstakere generelt så stor at den på visse områder kan virke som et sterkt hinder for maksimal verdiskapning i samfunnet som helhet. Det kan likevel stilles spørsmål ved om grensedragningen her bør overlates fullt og helt til domstolene. Kanskje burde denne typen oppgaver i større grad være en oppgave demokratiske organer bør ta på seg. De veiledninger som er lagt i rettskildene som stammer fra disse bør i alle fall tas med i vurderingene. Dette selv om denne typen demokratihensyn muligens i mindre grad gjør seg gjeldende i forhold til EF-retten.

Dersom man skal ta formålsbestemmelsene på alvor, må de sees i sammenheng med alle deler av vurderingen, også i forhold til momentet overføring av ansatte. Det at overføring av ansatte i visse tilfeller kan bli utslagsgivende i identitetsvurderingen, kan tenkes å være i strid med det som er forutsatt i direktivet. Det er i og for seg ikke uvanlig at EF-domstolen stiller seg relativt fritt i sin tolkning av direktiver. Dette er heller ofte ansett som en nødvendighet på grunn av at direktivene gjerne er lite konkrete, og dessuten kompliserte å endre i henhold til samfunnsutviklingen.

8.2 Sirkulær argumentasjon og manglende logikk

Når beskyttelsen av de ansattes rettigheter er avhengig av en helhetsvurdering der overføring av ansatte inngår som ett av vurderingstemaene, kan man teoretisk sett havne i situasjoner, som ut fra logiske resonnementer kan være vanskelig å forstå. Vi kan tenke oss to nesten identiske tilfeller. I det ene tilfellet har man en del momenter som taler for at en virksomhetsoverdragelse foreligger, så som overføring av en del materielle aktiva, man fortsetter med den samme økonomiske aktiviteten, og mange av kundene blir overtatt. Dette, i tillegg til at en del av de ansatte blir overtatt av den nye virksomheten, gjør at man alt i alt kommer til at det har skjedd en overføring som faller inn under reglene om virksomhetsoverdragelse. La oss så tenke oss det samme eksempelet med den modifikasjon at ansatte ikke blir overført. Den ervervende part ønsker ikke å ta over arbeidsstokken og velger dermed å ikke ansette noen av arbeidstakerne fra den tidligere virksomheten.

Dersom man i det første tilfellet har lagt vekt på overføring av ansatte som en del av begrunnelsen for at reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse, vil man i det andre eksempelet kunne havne i den situasjon at den manglende overføringen av ansatte blir det som gjør at reglene ikke kommer til anvendelse. Dersom så er tilfelle blir dermed det avgjørende moment for om arbeidstakerne er beskyttet av reglene hvorvidt den nye arbeidstaker velger å gi dem ansettelse eller ikke. Spørsmålet om de får beholde jobben avgjøres dermed av om de får fortsatt ansettelse. Intuitivt er dette et resonnement som ikke bare er vanskelig å forstå. Den manglende logikken i argumentasjonen kan også virke svært urimelig for den som evt. mister rettigheter på grunn av at vilkårene for at reglene skal komme til anvendelse ikke ansees å være oppfylt.

8.3 Tilpasnings- og omgåelseshensyn

Spørsmålet om hvorvidt reglene om beskyttelse av arbeidstaker i forbindelse med virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse på et bestemt tilfelle, er altså blant annet avhengig av hvorvidt den økonomiske enheten som har blitt overført har bevart sin identitet. Som nevnt er et av momentene i denne identitetsvurderingen overføring av ansatte. Omgåelsesproblematikken ligger her i at partene selv kan la være å overta ansatte, og dermed hindre at reglene som skal beskytte arbeidstakerne fra å miste jobben, kommer til anvendelse. Denne problematikken kommer forøvrig også til en viss grad inn i forhold til momentene med overføring av materielle aktiva og om driftsopphør. Når ny innehaver på denne måten har mulighet til å innvirke på om arbeidstakers rettigheter skal bestå, er det et viktig spørsmål om dette faktisk uthuler de ansattes rettigheter etter bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse.

Spørsmålet om tilpasningsmulighetene i forhold til reglenes anvendelse er blant annet behandlet i Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen Ambulanse).

På dommens side 257 går Høyesterett inn på spørsmålet vedrørende overføring av ansatte som moment i identitetsvurderingen og forholdet til tilpasningsproblematikken. Det sies blant annet at *”spørsmålet om identitet vanskelig [kan] vurderes annerledes enn ut fra situasjonen slik den faktisk ble... ”*. Videre konkluderes det med at en erverver dermed *”ved egne beslutninger kan få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse skal avgjøres... ”*. Dette må sannsynligvis tolkes slik at når en aktør velger å erverve noe som tidligere har inngått i en annen virksomhet, er det et spørsmål mellom erverver, overdrager og eventuelt oppdragsgiver, som i dette tilfellet, å avgjøre hva som skal omfattes av overdragelsen. Dersom det man blir enig om at skal overdras faktisk ikke utgjør en selvstendig økonomisk enhet, så kan man vanskelig argumenter med at det ville gjort det dersom overdragelsen hadde omfattet også andre ting. Det er i og for seg mye logikk i dette. Problemet er at det lett kan undergrave oppsigelsesvernet til de tidligere ansatte i den avsluttede virksomheten.

Dersom man ser dette i sammenheng med uttalelser fra EF-domstolen blant annet i sak C-13/950 *Ayse Suezan mot Zehnacker Gebaueudereinigung GmbH Krankenhausservice* kan denne tolkningen virke problematisk. Her sies blant annet det følgende.

”En økonomisk enhet kan således navnlig i visse brancher fungere uden væsentlige materielle eller immaterielle aktiver, og det kan i så fald ikke være afgørende for, om enheden opretholdes efter den pågældende transaktion, at der overdrages sådanne aktiver.”⁷²

I slike tilfeller som over vil det altså ha mindre betydning om materielle eller immaterielle aktiver er blitt overført. Identitetsvurderingen vil i slike tilfeller i svært liten grad bero på disse momentene. For å ta eksempelet med renholdsbedriften vil identiteten til virksomheten oftest i liten grad være knyttet til det renholdsutstyret og de vaskemidler som benyttes i aktiviteten. Disse har for det meste liten økonomisk verdi og er lette å erstatte med nytt utstyr.

⁷² EF-domstolens sak C-13/950 avnitt 18

Domstolen argumenterer altså i denne saken for at en virksomhets identitet i tilfeller som dette i første rekke vil være knyttet til to ting. For det første den aktiviteten som utføres og de det retter seg mot, for det andre de ansatte. I dette konkrete tilfellet er aktiviteten som utføres før og etter transaksjonene i all hovedsak den samme, og kunden som betjenes er det samme sykehuset med pasienter og ansatte. Det er da, ut fra den argumentasjonen som føres av domstolen, det at ingen ansatte overføres som blir avgjørende for at det her ikke er snakk om et tilfelle der direktivet kommer til anvendelse. Resultatet blir for erverver i dette konkrete tilfellet at han i realiteten står fritt til å velge om han vil forplikte seg til å overta de ansatte eller ikke.

På bakgrunn av dette kan man spørre seg om man i det hele tatt kan si at de rettigheter som arbeidstaker har i forbindelse med en overførsel av virksomheten er reelle, og om de motsvares med virkelige plikter som påligger arbeidsgiver. Dersom disse forpliktelsene som følger av direktivet og gjennomføringslovgivningen i mange tilfeller ensidig vil kunne velges bort av den forpliktete, altså arbeidsgiver, vil muligens arbeidstakers rettigheter som følge av bestemmelsene også bli illusoriske.

På den annen side kan det også argumenteres for at den som erverver utførelsen av en aktivitet ut fra prinsippet om avtalefrihet må kunne stå fritt til å avtale hva overføringene skal omfatte. La oss se på tilfellet ved en enkel førstegenerasjons overdragelse. Dersom erverver faktisk bare ønsker å kjøpe en maskin for å utvide sin produksjonsfabrikk, og han ikke overtar noe annet må han stå i sin fulle rett til dette. Etter min tolkning av rettspraksis fra EF-domstolen er det imidlertid slik at hvis den nye innehaver i tillegg overtar for eksempel en del kvalifisert arbeidskraft som skal betjene denne produksjonsmaskinen så kan vi ut fra omstendighetene allerede begynne å nærme oss det som kan kalles en virksomhetsoverdragelse i direktivets forstand, med de følger dette har. Det kan imidlertid virke som om omfanget av transaksjonen, og dermed klassifiseringen innefor eller utenfor direktivet om virksomhetsoverdragelsers virkeområde fullt, og helt beror på erververs egne ønsker.

Dette kan igjen tyde på at direktivet ikke har som mål å i for stor grad gå inn og begrense avtalepartenes frihet til å bestemme om de faktisk ønsker å overta en virksomhet eller bare en produksjonsmaskin, driften av en aktivitet, et par av de ansatte eller andre elementer som i seg selv ikke utgjør slike selvstendige økonomiske enheter som direktivet taler om.

Det direktivet derimot ser ut til å være ment å oppnå er at når en slik overdragelse av virksomhet, eller del av en virksomhet som det her er snakk om, faktisk har forekommet, så vil de ansatte få en slik beskyttelse som direktivet krever. At direktivets beskyttelse ikke går lenger enn som så er som nevnt også hevdet i norsk høyesterettspraksis i Rt. 2001 s. 248 som handler om drift av en ambulansetjeneste som skiftet hender. Gjennom en ny anbudsrunde tok den nye innhaver Kåfjord Ambulanseservice AS over driften som Olderdalen Ambulanse tidligere hadde stått for. Det var ingen tvil om at aktiviteten som ble utført var den samme. Kåfjord Ambulanseservice AS betjente også innbyggerne innenfor det samme geografiske område som Olderdalen Ambulanse tidligere hadde hatt avtale om å dekke. I tillegg hadde erverver overtatt en del mindre løsøre som ble benyttet i driften så som blant annet materiell for hjerte og lungeredning. Høyesterett vurderte imidlertid virksomhetens karakter og fant ut at for drift av en ambulansetjeneste måtte identitetsspørsmålet først og fremst knyttes til to faktorer. Disse to faktorene var ambulansebilen som ble benyttet og de ansatte og deres kompetanse som begge var nødvendige elementer for driften av tjenesten. Driften av denne aktiviteten ble altså sett på som et blandingstilfelle av de typisk kapitalkrevende og de klart arbeidsintensive typetilfellene. Når ingen av de overnevnte faktorene ble tatt over av Kåfjord Ambulanseservice AS, konkluderer Høyesterett med at identiteten til den økonomiske enheten det var snakk om, ikke var i behold etter innehaverskiftet.

Deretter behandles omgåelsesproblematikken. Det sies med rene ord at den anvendelsen av direktivet som fremgår av dommen åpner for en relativt betydelig omgåelsesadgang, idet Kåfjord Ambulanseservice AS overtok driftsavtalen med kommunen står de fritt i spørsmålet om de også vil overta andre deler av den tidligere virksomheten som vil bringe

transaksjonen nærmere å falle inn under direktivet. Høyesterett finner imidlertid ikke at det er grunnlag i rettskildene for å fastslå at det foreligger et sterkere vern enn som så.

”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 annen måte. Konsekvensen av dette blir at den overtakende virksomhet ved egne beslutninger kan få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse skal avgjøres, men lenger kan jeg ikke se at stillingsvernet er utbygget gjennom den praksis som foreligger fra EF- og EFTA-domstolene.”⁷³

Det kan være av interesse å sammenlikne denne dommen med EF-domstolens sak C-340/01 Ablerdommen. Det er blant annet blitt hevdet av mindretallet i Arbeidstvistlovutvalget i NOU 2004:5 at det etter denne dommen kan såes tvil om det som følger av Olderdalen Ambulanse etter Ablerdommen er i samsvar med gjeldende rett etter EF-direktivet.⁷⁴

Carlito Abler saksøkte i denne saken selskapet Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH, og krevde ansettelse i selskapet etter reglene om virksomhetsoverdragelse. Bakgrunnen for søksmålet var at Sodexho hadde overtatt driften av storkjøkkenet på et sykehus. Driften av dette kjøkkenet hadde tidligere vært utøvet av Sanrest Groküchen Betriebsgesellschaft mbH der Abler tidligere var ansatt. Det som ble overtatt av Sodexho var for det første den økonomiske aktiviteten som ble bedrevet, samt de kundene som Sanrest tidligere hadde betjent. I tillegg var Sodexho forpliktet gjennom avtalen til å benytte seg av storkjøkkenet og de driftsmidler som hørte til dette. Utstyret og lokalene som skulle benyttes tilhørte sykehuset som oppdragsgiver, og hadde også blitt brukt av Sanrest i den perioden da de betjente sykehuset. Sodexho ønsket imidlertid ikke å overta noen av de ansatte og var heller ikke interessert i menyplaner, servise og annet innbo som tilhørte Sanrest. Spørsmålet var

⁷³ Rt. 2001 s. 248 på side 257 avsnitt 5

⁷⁴ NOU 2004:5 s. 366

dermed om transaksjonen likevel kunne utgjøre en virksomhetsoverdragelse og, altså mer bestemt, om det var snakk om en selvstendig økonomisk enhet som hadde beholdt sin identitet etter transaksjonen.

Først og fremst fastslår domstolen i avsnitt 36 at det i dette tilfellet ikke er snakk om en slik type virksomhet der det vesentligste av aktiviteten beror på arbeidsinnsatsen. Kjernen i virksomhetens identitet er her nært knyttet til de lokaler og driftsmidler som benyttes. Det legges også vekt på den faste kundebasen som betjenes på samme måte som tidligere. Domstolen går så videre i avsnitt 37 til å vurdere betydningen av at det ikke blir overført en etter antall og kvalifikasjoner betydelig del av de ansatte. Det konkluderes med at dette alene, i saker som denne, ikke utelukker at direktivet kommer til anvendelse. En slik tolkning av direktivets anvendelsesområde ville ifølge domstolen være i strid med reglernes formål.

Dette kan tolkes slik at dersom man i slike tilfeller skulle legge avgjørende vekt på den manglende overtakelsen av ansatte ville den forpliktelsen, som i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse er pålagt arbeidsgiver til å opprettholde arbeidsforholdet til de ansatte, kunne bli uthulet. Ny innehaver ville da bare være bundet til å tre inn i de eksisterende arbeidskontrakter dersom han selv ønsket dette. Det manglende påbudselementet i bestemmelsen ville da motsvares av en illusorisk rettighet for de ansatte. Dette ville gripe sterkt inn i den beskyttelsen som EF-direktivet er ment å gi arbeidstakerne.⁷⁵

Mindretallet i Arbeidslivslovutvalget stiller dermed spørsmålet om hvorvidt selve det å legge vekt på overføringen av ansatte i forbindelse med virksomhetsoverdragelse kan stride mot det beskyttelseshensynet som ligger til grunn for bestemmelsene. Et slikt syn er også blitt luftet av Atle Sønsteli Johansen i hans artikkel i Lov og rett 2002 s. 447. Han hevder her i sine avsluttende bemerkninger at overføring av ansatte bør tillegges liten vekt i vurderingen, og at det som derimot bør være avgjørende for utfallet er graden av likhet i

⁷⁵ Se om dette Merethe Bårdsen, "Anvendelse av direktivet om virksomhetsoverdragelse i situasjoner hvor det ikke overføres ansatte- EF-domsstolens dom i Abler-saken" Arbeidsrett, 2004 s. 141 punkt 4.3

den aktiviteten som utføres før og etter overføringen, samt overføringen av aktiva og kundekretsen.

Flertallet i utvalget faller tilsynelatende derimot ned på en annen tolkning av dommen. De anser således at det er på grunn av det betydelige utstørsbehovet, som drift av storkjøkken innebærer, at manglende overføring av ansatte i dette tilfellet ikke tillegges særlig vekt. Dette kan ikke tas til inntekt for at det å ta hensyn til hvorvidt ansatte overtas generelt sett vil stride mot direktivets formål.

Det faktum at momentet om overføring av arbeidstakere er omstridt fremgår i og for seg også av odelstingsproposisjonen som foranlediget den nye arbeidsmiljøloven.⁷⁶ Her siteres en høringsuttalelse fra LO, der de stiller spørsmålsteget ved hvorvidt overføring av ansatte bør være en del av vurderingen. Det fremgår at LO reagerer nettopp på det at arbeidsgiver i visse tilfeller kan få anledning til ensidig å avgjøre hvorvidt bestemmelsene får anvendelse eller ikke, og den betydningen dette har for arbeidstakernes vern.

LO foreslår også at det skal lovfestes en formålsparagraf som direkte nevner de formålene som ligger bak direktivet. Dette kan tyde på at LO ikke mener at det vernet som direktivet er ment å gi, blir gjennomført i praksis.

Departementet ser derimot ikke behov for å gjøre denne typen endringer i den foreslåtte teksten, blant annet fordi de ikke ønsker å gå utover det vernet som direktivet gir, og mest sannsynlig ut fra redaksjonelle hensyn når det gjelder formålsparagrafen.

Dermed kan det se ut som det er få holdepunkter for at det faktisk har skjedd en endring i retning av at overtakelse av en betydelig andel av de ansatte ikke lenger skal være en del av den vurderingen som gjelder spørsmålet om hvorvidt virksomhetens identitet er i behold. Et annet spørsmål er hvordan vektingen av dette argumentet skal gjøres. Det skal som nevnt slik EF-domstolen fastslår, analyseres hvilken viktighet de forskjellige momentene skal ha

⁷⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) 21.2.3 side 258

ut fra virksomhetens art.⁷⁷ Forskjellige typer virksomheter kan som beskrevet gi de forskjellige momentene forskjellig vekt. Nettopp Ablerdommen nevnt ovenfor er i så måte et eksempel på at et moment kan få liten betydning på grunn av virksomhetens karakter.

Domsstolen uttaler i sak C-172/99 Oy Liikenne Ab mot Pekka Liskojärvi og Pentti Juntunen på bakgrunn av det som er sagt i sak c-13/950 Suez

”at i visse brancher, hvor arbeidskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed, således at en sådan enhed vil kunne opretholde sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængerens specielt udførte denne opgave. I så fald overtager den nye indehaver en organiseret helhed af elementer, der gør det muligt på stabil måde at fortsætte den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle af disse (Süzen-dommen, præmis 21, dommen i sagen Hernández Vidal m.fl., præmis 32, og dommen i sagen Hidalgo m.fl., præmis 32).”⁷⁸

Det tyder her på at i denne typen virksomheter må det kunne legges stor vekt på overføring av de ansatte, særlig på bakgrunn av at flere av de andre viktige momentene i vurderingen i liten grad kommer til anvendelse. Det slås endog tilsynelatende fast at i visse tilfeller vil en gruppe av ansatte i seg selv kunne utgjøre en slik økonomisk enhet, som omfattes av reglene om virksomhetsoverdragelse, uten at andre forhold knyttet til aktiviteten må tas i betraktning. Man kan i disse tilfellene da vanskelig se for seg andre aspekter som i så stor grad som overføring av ansatte vil ha innvirkning på vurderingen. Det eneste som da kreves i tillegg er at aktiviteten som utføres fortsetter etter overføringen. Det vil si at de problematiske aspektene ved momentet også kommer særlig i forgrunnen.

⁷⁷ Jf for eksempel C-24/85 (Spijkers) avsnitt 13

⁷⁸ EF-domsstolens sak C-172/99 (Oy Liikenne)

8.4 Hensynet til forutsigbarhet for arbeidstakerne rundt deres egen rettsstilling

Arbeidstakeres behov for trygghet i forbindelse med arbeidsforholdet stort. Det viktigste for arbeidstakeren er i så måte lønn, som er livsgrunnlaget for alle mennesker i arbeidsaktiv alder. Selv om vi i Norge har en av verdens mest utbygde velferdsstater som i stor grad tar vare på dem som faller utenfor arbeidslivet, er det å miste jobben fortsatt en stor økonomisk belastning for de fleste av de individene det rammer.

I tillegg må man heller ikke undervurdere de sosiologiske og psykososiale konsekvensene det har for den enkelte å bli utestengt fra fellesskapet av det verdiskapende samfunn. Dette kan i seg selv arte seg som en personlig tragedie for mennesket. Det er derfor forståelig at arbeidstakere ønsker størst mulig sikkerhet og stabilitet i sitt arbeidsforhold. Fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er det også vanlig å anta at arbeidstaker presterer bedre dersom de føler trygghet rundt sin arbeidssituasjon og slipper stressfaktoren ved usikkerhet rundt sin stilling i ansettelsesforholdet. Det er dette som er bakgrunnen for at oppsigelsesvern og liknende institusjoner er innført for bl.a. å hindre usikkerhet om nettopp disse forholdene. Reglene i aml. kap. 16 som tilsier at et rent arbeidsgiverskifte ikke suspenderer disse rettighetene har bl.a. også dette formål.

Dersom erverver og overdrager gjennom en virksomhetsoverdragelse kunne suspendere bestemmelsene som beskytter arbeidstakerne i så måte, ville arbeidstakernes rettigheter i slike tilfeller bli undergravet. Det samme vil i stor grad være tilfelle dersom partene i overtakelsen selv kan bestemme om reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse. Denne risikoen for omgåelse av reglene er spesielt fremtredende i forhold til de momentene i identitetsvurderingen som knytter seg til overføring av materielle og immaterielle aktiva og til en viss grad også til avbrudd i driften. Dersom adgangen til omgåelse er stor vil dette svekke beskyttelsen av de ansatte som nettopp er hovedformålet med reglene som er fastsatt i EF-direktivet.

I noen tilfeller vil overføring av ansatte ha større betydning enn ellers, blant annet på grunn av at de ansatte i seg selv utgjør hovedvekten av de verdier som er med på å karakterisere hva virksomheten er. Dette er særlig tilfelle i virksomheter der aktivitetene som utføres i liten grad er avhengig av andre elementer enn de ansatte. Dette vil kunne være tilfelle i situasjoner som nevnt ovenfor i punkt 7.3.2, der de ansatte innehar en spesiell grad av ekspertise innenfor sitt område. Det finnes imidlertid også andre tilfeller der det i liten grad eksisterer andre karakteriserende elementer i en virksomhet enn de ansatte. Jeg tenker da særlig på bransjer der det i liten grad er behov for materielle driftsmidler og lokaler for å utføre den økonomiske aktiviteten som drives. Dette er spesielt tilfelle i forbindelse med tjenesteytelser. Et eksempel kan være renholdstjenester som verken er kjennetegnet ved høy kompetanse hos de ansatte, store investeringer i fast eiendom eller kapitalkrevende driftsmidler.

Det kan også nevnes her at selve det at rettstilstanden på dette området er så usikker, og det at avgjørelsen i den enkelte sak i så stor grad avhenger av konkrete skjønnsvurderinger i seg selv kan føre til at arbeidstakeres mulighet til å forutse sin rettsstilling blir vanskeligjort.

9 Etterord

Før jeg begynte å skrive denne oppgaven var mitt inntrykk av reglene om virksomhetsoverdragelse at domstolene i forbindelse med identitetsvurderingen la så mye vekt på kommersielle hensyn at verneformålet til direktivet til en viss grad ble glemte. Dette utgangspunktet var nok dels et resultat av den typen argumentasjon som føres i dommen om Olderdalen Ambulanse, som åpner for en relativt vid omgåelsesadgang, og dels den sirkulære argumentasjonen som er et resultat av at overføring av ansatte er en del av identitetsvurderingen. Etter at jeg har studert rettspraksis rundt bestemmelsenes anvendelsesområde, og forsøkt å se regelsettet som et hele har jeg imidlertid kommet til at

arbeidstakervernet på dette området generelt sett er særdeles sterkt. Det som derimot likevel kan være problematisk er at direktivet om virksomhetsoverdragelse, og dermed bestemmelsene i aml. kap. 16, favner om en lang rekke svært ulikartede situasjoner. Dermed vil et så generelt utformet direktiv vanskelig kunne gi like god beskyttelse til alle arbeidstakere.

10 Kilder

10.1 Lover

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni. Nr.62. 2005

10.2 Forarbeider

Ot.prp. nr. 79 (2000-2001)

Ot.prp. nr. 49(2004-2005)

NOU 2004:5 Arbeidstvistlovutvalget

10.3 Traktater

Traktat om opprettelsen av det europeiske fellesskap

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol

10.4 EU-direktiver

Rdir. 2001/23/EF

10.5 Rettspraksis fra EF- og EFTA-domstolen

C-24/85 (Jozef Maria Antonius Spijkers mot Gebroeders Benedik Abattoir C.V. og Alfred Benedik en Zonen B.V.)

C-324/86 (Daddy's Dance Hall)

C-392/92 (Christel Schmidt mot Spar-unt Leihkasse der Fruehren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen.)

C-171/94 og C-172/94 (Albert Merckx og Patrick Neuhuys mot Ford Motors Company Belgium SA.)

C-13/95 (Ayse Suezzen mot Zehnacker Gebaedereinigung GmbH Krankenhausservice.)

E-2/95 (Eilert Eidesund and Stavanger Catering A/S.)

C-172/99 (Oy Liikenne Ab mot Pekka Liskojärvi og Pentti Juntunen.)

C-175/99 (Didier Mayeur mot Association Promotion de l'information messine (APIM))

C-340/01(Abler)

E-2/04 (Total)

C-458/05 (Mohamed Jouini m.fl. mot Princess Personal Service GmbH)

C-446/07 (Ferrotron)

10.6 Nasjonal rettspraksis

Rt. 1997 s. 1954 (Løten)

Rt. 1997 s. 1965 (Stavanger Catering)

Rt. 1999 s. 977 (Nemko)

Rt. 2001 s. 71 KS (Rasmussen Offshore)

Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen Ambulanse)

Rt. 2006 s.71 (SAS-Braathens)

HR-2010-473-A (Bardufoss Flyservices)

10.7 Juridisk litteratur

Arnesen, Finn, Foyn, Sten, Kolstad, Olav, Rognstad, Ole-Andreas, Sejersted, Fredrik *EØS-rett*, 2. utgave, 2004

Bårdsen, Merethe *Anvendelse av direktivet om virksomhetsoverdragelse i situasjoner hvor det ikke overføres ansatte- EF-domsstolens dom i Abler-saken*. Arbeidsrett, 2004 s. 141

Dege, Jan Tormod *Arbeidsgivers Styringsrett Bind 1 Ytre rammevilkår og arbeidsavtalen*. 1995

Dege, Jan Tormod *Arbeidsrett Rettigheter og plikter i arbeidsforhold*, 2003

Eide, Erling og Stavang, Endre *Rettsøkonomi*. 2008

Evju, Stein *Virksomhetsoverdragelse i utvikling Høyesteretts dom 31. januar 2006*. Arbeidsrett 01/2006 s 54

Fanebust, Arne *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 4. utgave, 2001

Gjone, Tor og Aagaard, Erik C. *Bedriftens personalhåndbok Rett og plikt i arbeidsforhold* 6. utgave, 2002

Jakhelln, Henning *Arbeidsforholdets stilling ved virksomhetsoverdragelse fra konkursbo- En studie i krysningsfeltet mellom kontinuitetshensyn og opphørshensyn med særlig henblikk på adgangen til å avtale prøvetid*, Fougner, Jan *Virksomhetsoverdragelse og tilpasning*, Arbeidsrett nr 1. 2006 side 65

Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utgave, 2006

Johansen, Atle Sønsteli *Betydningen av om ansatte følger med for spørsmålet om det foreligger overdragelse etter rådsdirektiv 77/181 EØF jfr. Arbeidsmiljøloven kpt. XII A*. Lov og Rett nr. 7/2002 s. 447-453

Poullsson, Einar Østerdahl *Betydningen av om ansatte følger med for spørsmålet om det foreligger overdragelse etter rådsdirektiv 77/181 EØF jfr. Arbeidsmiljøloven kpt. XII A – Replikk til advokat Atle S. Johansen*. Lov og rett 1/2003 s 57-58

Storeng, Nils H., Beck, Tom H., Due Lund, Arve *Arbeidslivets Spilleregler*, 2006

Vågen, Kjetil *Virksomhetsoverdragelse Identitetskravet i aml. § 73 A 1 ledd 1*, Arbeidsrett nr 4 2004 side 241