

KANDIDAT

**XXXXXX**

PRØVE

# JUR1511 1 Arbeidsrett, den individuelle del (BA)

Emnekode JUR1511

Vurderingsform Hjemmeeksamen

Starttid 11.11.2020 07:45

Sluttid 11.11.2020 12:30

Sensurfrist 01.12.2020 22:59

PDF opprettet 20.01.2021 20:15

## <sup>1</sup> JUR1511

**Drøft vilkårene for at det foreligger en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1 (1).**

**Bruk gjerne både rettspraksis og egne praktiske eksempler for å belyse tolkningen og anvendelsen av vilkårene.**

**Skriv ditt svar her**

Virksomhetsoverdragelse og vern av arbeidstakerne

### 1. Innledning

Arbeidsgiver kan i kraft av styringsretten overføre virksomhet til en annen arbeidsgiver. Denne besvarelsen vil ta for seg vilkårene for at det foreligger en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1 (1). Bestemmelsen og dens vilkår vil drøftes. Det vil vises til andre bestemmelser i kap. 16 og 1, men besvarelsen avgrenses mot drøfting av disse. For å belyse tolkningen og anvendelsen av vilkårene i § 16-1 (1) vil rettspraksis og egne praktiske eksempler trekkes inn fortløpende. Det som er besvarelsens kjerne er hvilke rettigheter arbeidstakerne har videre etter en virksomhetsoverdragelse. Til en viss grad berører besvarelsen hvilke rettigheter arbeidstakere har til å påvirke virksomhetsoverdragelsen før den er et faktum. Når det foreligger en virksomhetsoverdragelse, plikter ny arbeidsgiver i utgangspunktet å gi arbeiderne samme vern som den tidligere arbeidsgiver ga dem. Dette vernet faller bort dersom det ikke foreligger virksomhetsoverdragelse. Som besvarelsen viser, er det ikke alltid i nyarbeidsgivers interesse å gi arbeiderne det samme vernet ved overtakelse av virksomhet. Derfor argumenterer stadig ny arbeidsgiver mot at virksomhetsoverdragelse foreligger.

### 2. Rettslig grunnlag og formål

Arbeidsmiljøloven (aml.) av 2005 § 16-1 (1) 1 pkt. regulerer overdragelse av virksomhet, enten av en virksomhet som helhet eller en del av virksomheten til en «annen arbeidsgiver». Med arbeidsgiver menes enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste jf. § 1-8.

Aml. § 16-1 (1) 2. pkt. innebærer en overdragelse mer spesifikt en «overføring» «av en «selvstendig enhet» som «beholder sin identitet etter overføringen». Denne forståelsen av virksomhetsoverføring er en direkte lovfesting av EU-direktivet 2001/23 EF sin definisjon av begrepet. Dette direktivet er inneholder minimumskrav som skal beskytte arbeidstakere.

Fra § 16-1 (1) kan vi utlede 3 kumulative vilkår som alle må være oppfylt for at det skal være tale om en virksomhetsoverdragelse: overføringsvilkåret, enhetsvilkåret og identitetsvilkåret. Rettspraksis hartolket § 16-1 dithen at det må foreligge en selvstendig økonomisk enhet, denne må være overført, og den må etter overføringen ha bevart sin identitet for at det skal være tale om en virksomhetsoverdragelse jf. LE 2010-70525 (Gate Gourmet), Rt-2006-71 (SAS/Braathen) og Rt-2015-718 (Kirkens Bymisjon). Hva som nærmere ligger i vilkårene er utledet av rettspraksis fra norske domstoler, men er også klarlagt gjennom EU-rettspraksis som påvirker Norsk rett.

En ny EU-dom fra 2020 (ISS-renholder mot Atalian) fastslår at dersom virksomheten overdras, kan ansatt kreve sitt arbeidsforhold overført og fordelt mellom flere nye arbeidsgivere. Denne dommen forventes å ha betydning for senere saker i Norge. Dette gjenstår å se. Videre skal jeg ta for meg gjeldende rett.

Hvis det foreligger virksomhetsoverdragelse etter § 16-1 kommer hele kapittel 16 til anvendelse. Da vil

arbeiderne i virksomheten som overføres få automatisk overgang av sin ansettelse. De vil da få overført lønns- og arbeidsvilkår de hadde etter § 16-2, vern mot oppsigelse mv. At individuelle rettigheter og plikter i arbeidsforholdet overføres uendret ved virksomhetsoverdragelser er det klare hovedprinsippet, se HR 2020-1339-A (ISS). Det bemerkes at dette hovedprinsippet modifiseres av annet og tredje ledd i § 16(2). Eksempelvis kan overføringen av pensjonsrettigheter som arbeidsvilkår være unntatt, se HR-2018-1944-A (DNB). I visse tilfeller kan unntaksvis en ansatt som oppfyller vilkårene til AFP vurderes å gis en valgrett om å bli i forrige virksomhet etter ulovfestet rett.

Vi ser med dette klart de ulike måtene virksomhetsoverdragelse er regulert på ifht. arbeidstaker etter kap. 16 er egnet til å oppnå formålet om å verne arbeidstakernes rettigheter. Det har vært ønskelig å ivareta arbeidstakernes sosiale trygghet for å balansere de økonomiske hensyn som har vært styrende i dagens samfunn når virksomheter stadig endres og tilpasses markedet for eksempel gjennom virksomhetsoverdragelse.

Virksomhetsoverdragelse er ikke alltid ønskelig for den som overtar en virksomhet blir ny arbeidsgiver. Dette er fordi de tidligere ansatte vil beholde sine rettigheter etter overdragelsen. Ny arbeidsgiver kan ha ønske om å velge sine nye ansatte og ha egen tilsettingsprosess, i stedet for å beholde den gamle arbeidsstokken fra tidligere virksomhet. Grunner til dette kan være ønske om å ta virksomheten i ny retning, skape ny kultur, endre lønnsvilkår, og ev. gi nye arbeidstidsvilkår og andre rettigheter. En virksomhetsoverdragelse kan føre til at det blir for mange arbeidere og at ny arbeidsgiver må foreta nedbemanningsprosess som krevende. Derfor er det ikke alltid den som overtar virksomhet ønsker ikke å gi det samme vernet.

Formålet om å verne arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse søkes ivaretatt gjennom de tre vilkårene for om virksomhetsoverdragelse. I det følgende vil jeg utdype hva som nærmere ligger i de tre vilkårene for virksomhetsoverdragelse. Jeg vil bruke både rettspraksis og egne praktiske eksempler for å belyse tolkningen og anvendelsen av vilkårene.

### **3. De kumulative vilkårene for virksomhetsoverdragelse**

#### **3.1 Overføringsvilkåret**

Med overføring av den selvstendige økonomiske enheten (overføringsvilkåret) menes det at den fysiske eller juridiske råderetten over virksomheten er overdratt til nytt rettssubjekt. Videre stilles det krav til hvem enheten overdras til (ny eier). Det følger av § 16-1 (1) 1. pkt. at overdragelsen må ha skjedd til en annen arbeidsgiver som må oppfylle vilkårene for å være arbeidsgiver etter § 1-8. I tillegg må overføringen skje på grunnlag av kontrakt eller ved sammenslåing av virksomheter (fusjon), jf. Rt-2006-71 (Braathen) avsnitt 73.

Videre følger det av rettspraksis at det ikke er krav om eierskifte, så lenge det er en overføring av den fysiske eller juridiske jf. HR-2020-1339-A avsnitt 44. I denne saken var det en overføring når renholdere som tidligere var ansatt i Forsvarsbygg, begynte å jobbe under ISS Facility Services AS (ISS) etter at det var politisk besluttet at renholdet av Forsvarets bygningsmasse skulle legges ut på anbud. At det ikke er krav om eierskifte henger sammen med at det i dagens samfunn er blitt vanlig å outsource arbeid til spesialkompetente byråer for eksempel og å ha leverandører av tjenester. I tillegg er det blitt vanlig at slike avtaler om arbeid er midlertidige og skiftes ut raskere enn tidligere, for eksempel hvis man har et bedre tilbud fra et annet byrå.

Videre vil ikke aksjeoverføring i et selskap være tilstrekkelig til at overføring foreligger jf. Sûzen-saken i EU domstolen.

#### **3.2 Enhetsvilkåret**

Med selvstendig økonomisk enhet (enhetsvilkåret) stilles det krav til virksomheten som overføres. Dette kommer sjelden på spissen. Hvis det kommer på spissen er det fordi en del av virksomheten skilles ut (fisjon). Med selvstendig enhet, menes en samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet, uansett om det dreier seg om hoved- eller bivirksomhet, se Rt-2006-71 (Braathen) avsnitt 70. Dette vil si at en gruppe arbeidere som ikke i det hele tatt har som hensikt å utføre økonomisk aktivitet faller utenfor. Organiseringskravet er ikke så strengt, så lenge gruppen faktisk er organisert til en adskilt enhet. I HR-2017-2277-A fant høyesterett at enheter bestående av en ansatt i prinsippet kan oppfylle enhetsvilkåret. Dermed er det ikke krav til en bestemt størrelse på enheten. Reglene om virksomhetsoverdragelse kommer heller ikke til anvendelse ved overføringer av enkeltaktiva i en virksomhet se Rt-2006-71 (Braathen) avsnitt 72.

Som følger direkte av § 16-1 (1) kan enheten som overdras enten være virksomheten som helhet eller en del av virksomheten. En del av virksomheten kan for eksempel være dersom en gruppe som gjør

aktiviteter eller har bestemte oppgaver som også utgjør en selvstendig økonomisk enhet.

I Gate Gourmet-saken (LE-2010-70525) la lagmannsretten til grunn at enhetsvilkåret var oppfylt fordi det hadde skjedd en overføring av en selvstendig økonomisk enhet ved at hele virksomheten ble overdratt.

### 3.3 Identitetsvilkåret

Ved at den økonomiske enheten må etter overføringen ha bevart sin identitet(identitetsvilkåret) stilles krav om en viss kontinuitet av virksomheten etter overdragelse. Da vil aktivitet, fortsettelse og likhet i virksomhetens karakter før og etter overgangen vurderes, se Rt-2006-71 som baserer seg på kravene etter Spijkersdommen (sak 24/85). I dette ligger det at overført virksomhet i all hovedsak må være den samme som ble drevet av den tidligere innehaver for at enhetsvilkåret er oppfylt. Hvis ikke kan det ikke foreligge en virksomhetsoverdragelse etter aml. §16-1 (1). Om en enhet er selvstendig økonomisk i den konkrete sak vil bero på en helhetsvurdering se Spijkers (sak 24/85), som er foretatt i LE-2010-70525 (Gate Gourmet) og Rt-2006-71 Braathen blant annet. Momenter som kan være relevante i vurderingen er klarlagt i rettspraksis: virksomhetens art, overføring av fysiske aktiva, verdien av immaterielle aktiva på overdragelsestidspunktet, omfanget av overtakelsen av arbeidsstokken, om kundekrets overtas, i hvor stor grad de økonomiske aktiviteter før og etter overdragelsen er de samme, og hvor lenge virksomhetens drift eventuelt har vært innstilt(stoppet opp).

I LE-2010-70525 (Gate Gourmet) var spørsmålet nettopp om en flycateringvirksomhet (LSG) sin identitet var bevart etter at Gate Gourmet hadde overtatt kontrakten med SAS. De andre vilkårene om enhet og overføring var klart oppfylt. Lagmannsretten la til grunn at det må foretas en konkret helhetsvurdering hvor enkeltelementer ikke alene er avgjørende. Flertallet la vekt på at tjenestenes art ikke avviker på noe avgjørende punkt fra den kontrakten som tidligere var inngått med LSG. Blant annet hadde de generelle oppgavene i kontrakten med SAS hadde forblitt de samme og tjenestene ble utført for samme kontraktspart, nemlig SAS. Videre talte det mot at identiteten var bevart (og således mot at virksomhetsoverdragelse forelå) var at Gate Gourmet hadde annet utstyr som ble brukt for å gjennomføre catering til SAS. Men i motsatt retning trakk det at en betydelig andel av dette utstyret hadde Gate Gourmet overtatt fra SAS. I tillegg hadde en rekke arbeidere fra LSG vært nøkkelpersoner i virksomheten til Gate Gourmet videre. Disse representerte identitetsbærere. Dessuten var virksomheten med leveranser til SAS i gang kontinuerlig uten å ligge nede før ny kontraktspart tok opp igjen virksomheten. Etter en samlet helhetsvurdering kom flertallet til at det forelå en virksomhetsoverdragelse fordi enhetsvilkåret var oppfylt også.

I Rt-1997-1954 ble en driftsstans på en måned regnet som midlertidig stans som ikke var nok til å si at virksomhetsoverdragelse ikke hadde funnet sted. I saken ble forsøk på skjult virksomhetsoverdragelse ikke vellykket.

En annen sak der enhetsvilkåret ble det springende punkt er Braathen-saken Rt-2006-71. I saken var enhets- og overføringsvilkårene oppfylt, men kravet om identitet var det som kom på spissen. Etter en helhetsvurdering fant høyesterett at identitetskravet var oppfylt. Dermed kom høyesterett til at det forelå virksomhetsoverdragelse slik at rettigheter og plikter som fulgte av arbeidsforholdet mellom bakkemannskap og Braathen fulgte dem videre etter SAS tok over som arbeidsgiver. I saken kjøpte SAS opp Braathens ASA. Når SAS overtok fikk de som arbeidet som bakkemannskap ikke med seg lønnsnivå, stillingsprosent eller stillingsansettelse. SAS anså ikke kjøpet av Braathen som en virksomhetsoverdragelse etter aml. § 16-1 (1). Som konsekvens fulgte ikke rettigheter og plikter fra det tidligere arbeidsforholdet med bakkemannskapet videre. SAS ble gitt medhold i tingretten og lagmannsretten, men høyesterett ga bakkemannskapet medhold for sin anførsel om at virksomhetsoverdragelse forelå.

### 4. Noen avsluttende betraktninger

Denne besvarelsen har drøftet de tre kumulative vilkårene for at det foreligger en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1 (1). For å belyse tolkningen og anvendelsen av vilkårene i § 16-1 (1) har rettspraksis fra norske domstoler og EU, samt noen egne praktiske eksempler blitt trukket inn fortløpende. Besvarelsen viser hvilke rettigheter arbeidstakerne har videre når virksomhetsoverdragelse foreligger. Når det foreligger en virksomhetsoverdragelse, plikter ny arbeidsgiver i utgangspunktet å gi arbeiderne samme vern som den tidligere arbeidsgiver ga dem. Dette vernet faller bort dersom det ikke foreligger virksomhetsoverdragelse. Som besvarelsen vitner om, er det ikke alltid i ny arbeidsgivers interesse å gi arbeiderne det samme vernet ved overtakelse av virksomhet.

Derfor argumenterer stadig ny arbeidsgiver mot at virksomhetsoverdragelse foreligger. Ofte er det

identitetskriteriet som kommer på spissen når virksomhetsoverdragelse vurderes. Identitetsvilkåret og kravet til selvstendig enhet ses ofte i sammenheng og vurderes kort eller slås fast fort. Derfor er det ofte helhetsvurderingen av om enhetens identitet er i behold etter overdragelse som avgjør om det foreligger en virksomhetsoverdragelse.

