

Virksomhetsoverdragelse – et krav?

Dato: 2018-06-08

Fra: Advokatfullmektig Nils Norheim og ansvarlig advokat Otto Johan Hegnar von Ubisch

Til: Lise-Lotte Elde

Status: Unntatt offentlighet iht. Offentlighetslovens § 14

1 Innledning

Problemstilling

Finnmarkssykehuset HF (Finnmarkssykehuset) skal gjennomføre åpen anbudskonkurranse om drift av båtambulansetjeneste. Tjenesten skal dekke Loppa kommune, Hasvik og ytre Altafjord.

Problemstillingen i dette notatet har dukket opp i forbindelse med forberedelsen av konkurransedokumentene.

Har Finnmarkssykehuset plikt til å innta krav om virksomhetsoverdragelse ved konkurranse om båtambulansetjenester?

Konklusjon

Finnmarkssykehuset har ingen plikt til å kreve virksomhetsoverdragelse ved anbudskonkurranse om båtambulansetjeneste.

Hvorvidt ansatte hos eksisterende leverandør har en rett til å kreve virksomhetsoverdragelse er ikke mulig å konkludere på nå, men vil være en vurdering de må foreta når utfallet av konkurransen er klart. Det skjer også en utvikling av lovverket på dette området som vil kunne få innvirkning på de ansattes rettigheter i relasjon til dette.

Hvorvidt Finnmarkssykehuset kan kreve at reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 16 likevel gjelder, krever nærmere vurdering. Et slikt krav vil potensielt virke konkurransebegrensende og være i strid med EØS-avtalen. En slik løsning kan likevel ikke utelukkes, men hensynet til konkurranse må da veies opp mot hensynene bak arbeidsmiljøloven kapittel 16. Det kan også vurderes å ivareta behovet for lokalkunnskap og kompetanse på andre måter enn ved krav om virksomhetsoverdragelse. Vi forstår at dette også er den tilnærmingen Finnmarkssykehuset har valgt i de foreløpige utkastene til konkurransedokumenter.



2 Om overdragelse

I korte trekk

Reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven kapittel 16 er hovedsakelig gjennomføring av rådsdirektiv 2001/23/EF som er en kodifisering av de to tidligere virksomhetsoverdragelsesdirektivene.¹ Dersom det foreligger en virksomhetsoverdragelse vil den overdragende arbeidsgiverens retter og plikter i grove trekk bli overført til den ervervende arbeidsgiveren. På den måten vil mange av arbeidstagerens rettigheter bestå f.eks. når et selskap blir kjøpt opp av et annet.

Det finnes forskjellige spesialregler for virksomhetsoverdragelse. Et eksempel på dette er reglene i yrkestransportloven § 8 om at arbeidsmiljølovens bestemmelser om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse ved anbudskonkurranse om tildeling av løyve.

Sjøgående skip²

Direktivet om virksomhetsoverdragelse får ikke anvendelse på «sjøgående skip». Dette følger uttrykkelig av artikkel 1 tredje ledd. Unntaket skyldes bl.a. at medlemsstatene hadde vanskelig for å enes om felles regulering, som følge av forskjelligartet nasjonal lovgivning.³ Unntaket er gjennomført i norsk rett. Utenriksdepartementet uttalelse om avgrensningen og forholdet til sjømannsloven følger av Ot.prp.nr. 71 s. 19:

Skipsfartsavdelingen har valgt å legge til grunn samme forståelse som danskene på dette punkt. Etter den danske oversettelsen unntas «søgående skibe». Dette unntaket omfatter ihht. danskene alt utenom såkalte «indre vannveier», hvilket i EF-retten omfatter kanaler, elver og innsjøer. Da det ikke foregår skipstrafikk av betydning i næringsøyemed på norske elver og innsjøer, antas det ikke nødvendig å foreta endringer i sjømannsloven.»

Arbeidsmiljøloven § 1-2 annet ledd bokstav a gjør unntak for lovens anvendelse for «sjøfart, fangst og fiske, herunder bearbeiding av fangsten om bord i skip». Unntaket fanger opp all sjøfart, inkludert ambulansebåt. Sjøfolks arbeidsvilkår er regulert i lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven). Loven gir vern mot usaklig oppsigelse ved overdragelse av en samlet virksomhet i § 5-6 fjerde ledd:

Overdragelse av en samlet virksomhet er ikke i seg selv saklig grunn for oppsigelse fra tidligere eller ny arbeidsgiver. Ved oppsigelse fra ny arbeidsgivers side skal det ved vurderingen av om oppsigelsen er saklig legges vekt på om begrunnelsen også ville kunne anses saklig om overdragelsen ikke hadde funnet sted.

Denne bestemmelsen gir ikke arbeidstakeren de samme rettighetene som direktivet og arbeidsmiljøloven.

¹ Rådsdirektiv 77/187/EØF og rådsdirektiv 98/50/EF

² Se nærmere Næss, M. (2013). *Virksomhetsoverdragelse*. Oslo: Universitetsforlaget. s. 131 flg.

³ R 1408 B, Rapport fra udvalget til forberedelse af gennemførelseslovgivning af EF-direktiv om lønmodtagernes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Afgivet maj 1979 side 11-12.



Rekkevidden av avgrensningen

I teorien har det vært diskutert om det norske unntaket gikk lenger enn fellesskapsretten ga grunnlag for.⁴ De senere år har det vært en utvikling i retning av at flere skipsarbeidere har fått rettigheter etter direktivet. Spørsmålet om det forelå virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven ved konkurranseutsetting av fergeruten Oslo-Nesodden ble behandlet i Borgarting lagmannsrett i 2010.⁵ Ved drøftingen av mulig oppdeling av virksomheten uttalte lagmannsretten følgende forholdet til avgrensningen mot sjøfarten:

Mens overdragelse av hele sambandet faller utenfor arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse som følge av begrensningen i arbeidsmiljøloven § 1-2, må arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse anvendes dersom man skiller ut den del av virksomheten som A arbeidet i, og vurdere om overføringen av denne delen representerer en virksomhetsoverdragelse som sikrer A rettigheter overfor den nye operatøren.

Lagmannsretten konkluderte med at vilkårene for virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven ikke forelå. Senere har Stortinget gjort endringer i yrkestransportlova som fanger opp enkelte situasjoner som tidligere var unntatt arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse. Paragraf 8 regulerer arbeidstakernes rettigheter ved tildeling av løyve ved konkurranse. Dersom virksomheten blir drevet med type transportmiddel etter konkurransen, kommer arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse til anvendelse, jf. § 8 annet ledd. Bestemmelsen gjelder kun ved konkurranse om løyve.

3 Endringsdirektiv og høring

Det har vært gjennomført to høringer vedrørende forslag til endringer i skipsarbeidsloven i 2017 og 2018⁶. Høringen i 2018 gjaldt i hovedsak gjennomføring av virksomhetsoverdragsdirektivet som var foreslått regulert i nytt kapittel 5a. Bakgrunnen for høringen var å forberede for gjennomføringen av Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/1794 (endringsdirektivet) i skipsarbeidsloven.

For temaet her følger den relevante endringen av artikkel 5:

Ændring af direktiv 2001/23/EF

Artikel 1, stk. 3, i direktiv 2001/23/EF affattes således:

”3. Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af et søgående skib, der er en del af en overførsel af en virksomhed, bedrift eller del af en virksomhed eller bedrift som omhandlet i stk. 1 og 2, forudsat at erhververen er beliggende på eller den overførte virksomhed, bedrift eller del af en virksomhed eller bedrift forbliver inden for traktatens territoriale anvendelsesområde.

Dette direktiv finder ikke anvendelse, når overførslen udelukkende vedrører et eller flere søgående skibe.”

⁴ (Næss, 2013) s. 132

⁵ LB 2010-31001

⁶ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endring-av-lov-om-stillingsvern-for-arbeidstakere-pa-skip/id2588842/>



Hensikten med direktivet er å gi tilsvarende vern til arbeidstakere på skip som det arbeidstakere på land har. Gjennomføringsfristen i EU var 10. oktober 2017. Rettsakten er i skrivende stund under vurdering i EØS/EFTA-statene. Et eventuelt lovforslag vil ikke bli fremmet våren 2018 som forutsatt i høringsnotatet.⁷

4 Virksomhetsoverdragelse som krav

Arbeidstakere i sjøfarten vil ikke være omfattet av reglene om virksomhetsoverdragelse. Hvis reglene allikevel skal gjøres gjeldende utenfor arbeidsmiljølovens virkeområde, må det inntas i konkurransedokumentene. Ved en åpen anbudskonkurranse kan oppdragsgiver stille en rekke krav til både ytelsen og leverandøren. Hvilke krav som kan stilles til leverandøren er relativt strengt regulert, mens oppdragsgiver står ganske fritt til å definere ytelsen. Rent praktisk vil et krav til virksomhetsoverdragelse kunne kategoriseres som et krav til lønns- og arbeidsvilkår eller være frittstående.

Det kan være problematisk å slå fast at reglene i arbeidsmiljøloven kap. 16 skal komme til anvendelse ved henvisning all den tid vilkårene i loven ikke er oppfylt. Ved konkurranser om løyve er det flere eksempler på at oppdragsgiver i konkurransedokumentene gjør oppmerksom på at tildelingen likestilles med en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven. Men for konkurranser om løyve følger det nettopp av yrkestransportloven at det er et krav til virksomhetsoverdragelse.

En tilnærming vil være å regulere de samme rettighetene og pliktene som følger av en virksomhetsoverdragelse i konkurransedokumentene. På den måten vil rettighetene overføres fra en arbeidsgiver til en annen.

Det kan imidlertid reises spørsmål ved om det er tilrådelig og i det hele tatt lovlig å kreve at en tilbyder skal overta nåværende leverandørs ansatte. Et slikt krav vil kunne virke konkurransedempende og i tillegg diskriminere tilbydere samtidig som eksisterende leverandør kan oppnå en fordel. Fremgangsmåten må vurderes konkret i det enkelte tilfelle.

⁷ E-postkorrespondanse med Nærings- og fiskeridepartementet, maritim avdeling.