

Virksomhetsoverføring – erververs undersøkelsesrett og -plikt – kjøpsrett og arbeidsrett

Av Einar Østerdahl Poulsson

1	Innledning	93
2	Begrepsbruk	95
3	Opplysninger om ansatte	98
4	Opplysningsplikt og undersøkelsesrett i trekantsituasjoner etter aml. kap. XII A	99
4.1	Utgangspunkter; den praktiske situasjonen	99
4.2	Overdragers opplysningsplikt	102
4.3	Erververs undersøkelsesplikt	103
4.4	Erververs rett til opplysninger i tilfeller hvor det er et vilkår fra oppdragsgiver at transaksjonen skal behandles som virksomhetsoverdragelse som faller inn under aml. kap. XII A	103
5	Kjøpsrettslige mangelsbeføyelser opp mot den arbeidsrettslige beskyttelse av ansettelsesforhold og arbeidsavtaler	103
5.1	Mangelsbeføyelser	103
5.2	Garantier	106
6.	Oppsummering	107

1 Innledning

Margrethe Buskerud Christoffersen har i to artikler drøftet kjøpsrettslige spørsmål om erververs undersøkelsesplikt ved kjøp av virksomhet. Den første – ”Kjøpers undersøkelsesplikt ved overdragelse av virksomhet”, i *Tidsskrift for forretningsjus* 2004, s. 373-407 (Christoffersen 2004) – går mer generelt inn på problemstillingene. Den andre er en oppfølgende artikkel særlig knyttet til ”Bodum-dommen” i Rt. 2002 s. 1110.¹ I det følgende tar jeg utgangspunkt i den mer omfattende av de to, ”Kjøpers undersøkelsesplikt ved overdragelse av virksomhet”. Det heter det innledningsvis at

⁺ Einar Østerdahl Poulsson (f. 1941) er cand.jur. (1970), ble advokat i 1975 og fikk møterett for Høyesterett i 1997. Han ble ansatt i N.A.F. (nå NHO) i 1977. I årene 1977-1988 arbeidet han som forhandler, særlig med de forskjellige funksjonæravtalene. Fra 1988 har han vært advokat samme sted. Han har prosedert flere saker om aml. kap. XII A.

¹ ”Virksomhetsoverdragelser – noen kjøpsrettslige spørsmål i lys av Rt. 2002 s. 1110 (Bodum-dommen)”, *Jussens Venner* 2005, s. 19-40 (i det følgende: Christoffersen 2005).

”Formålet med denne artikkelen er å belyse et sentralt element i den kjøpsrettslige mangelsvurderingen ved virksomhetsoverdragelser; kjøpers undersøkelsesplikt før kjøpet” (s. 374).

I artikkelen behandler Christoffersen dette ut fra et rent kjøpsrettslig perspektiv. Fra en praktisk synsvinkel er det etter min oppfatning imidlertid ikke tilstrekkelig å behandle disse problemene ut fra et så begrenset perspektiv. Arbeidsrettslige perspektiver må også trekkes inn.

Når bedrifter kjøpes, vil de ansatte svært ofte ha rett til fortsatt ansettelse på sine opprinnelige vilkår hos den nye eier, etter reglene i arbeidsmiljølovens² kap. XII A. Etter disse reglene anses arbeidsgiveransvaret å ha gått over til den nye eier ved overtagelsen (”overføringen”).³ Christoffersen behandler ikke hvilken virkning en eventuell hevning av kjøpet skal ha for disse arbeidsavtalene.

Det at ansatte skal overtas, reiser også spesielle problemer i forhold til kjøpers undersøkelsesplikt. Ikke minst er dette aktuelt i ”kunnskapsbedrifter”, der det i liten grad er tale om fysiske aktiva, men hvor det er de ansattes kunnskaper som er bedriftens ”kapital”.

I noen tilfeller vil det foreligge ”overføring av virksomhet” etter arbeidsmiljølovens kap. XII A uten at det er noen direkte kontakt mellom tidligere og ny innehaver. Det er særlig aktuelt i ”trekantsituasjoner” med utskiftning av oppdragtakere. Undersøkelsesplikt og mangelsvurderinger i disse tilfellene reiser særlige problemer.

I det følgende tar jeg opp noen sider av disse problemstillingene. Først er det imidlertid grunn til noen bemerkninger om begrepsbruken.

² Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (aml.). Bestemmelsene i kap. XII A videreføres med visse endringer i kap. 16 i den nye arbeidsmiljøloven, lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv., som skal tre i kraft pr. 1. januar 2006 (jfr. res. 17. juni 2005) (men hvor ikrafttredelsen kan bli utsatt etter det nylige regjeringsskiftet). Her knytter jeg referansene til den gjeldende loven, men på et par punkter nedenfor kommer jeg kort inn også på den nye loven,

³ Jfr. for så vidt EFTA-domstolens dom 10. desember 2004 i sak E-2/04, *Reidar Rasmussen m.fl. og Total E&P Norge AS, v/styrets formann*, EFTA Court Report 2004 s. 57.

2 Begrepsbruk

For sine formål bruker Christoffersen begrepet ”virksomhet” som betegnelse på ”en forretningsmessig drift av et sammensatt formueskompleks”, et formueskompleks som utgjør ”en funksjonell enhet”.⁴ Hun sier videre at en ”virksomhet”

”kan bestå av ett hovedaktivum med tilhørende kontraktsforpliktelser, eksempelvis et skip eller en fast eiendom med leiekontrakter, eller være mer kompleks som en fabrikk med ansatte, kunde- og leverandørkontrakter og drifts- og anleggsmidler. Virksomheter vil i de aller fleste tilfeller være organisert som et selskap eller en sammenslutning, med en eller flere eier.

Det vil være en grense nedad i forhold til hvor mye aktivitet som må drives for at det er naturlig å tale om en virksomhet; størrelsen på omsetningen, formålet med driften og kompleksiteten vil være faktorer i vurderingen” (Christoffersen 2004, s. 374 og 375).

Med ”overdragelse” forstår hun transaksjoner som innebærer et *eierskifte*. Det omfatter ”innmatssalg”, der eierselskapet overdrar virksomheten direkte til kjøper. Men hennes begrep ”virksomhetsoverdragelser” omfatter også kjøp av alle eller (en større) del av aksjene i et selskap – ”aksjesalg”.⁵

Det er utvilsomt slik at kjøpsloven⁶ får anvendelse på kjøp av aksjer. Innholdsmessig sett kan Christoffersens begrepsbruk sikkert også være hensiktsmessig i en kjøpsrettslig sammenheng. Om den terminologisk sett er hensiktsmessig, er imidlertid et annet spørsmål. Hun benytter begrepene ”virksomhet” og ”virksomhetsoverdragelse” på en annen måte enn slik disse brukes i arbeidsmiljølovens kap. XII A og i den rettspraksis og litteratur som knytter seg til dette. Det illustreres ikke minst av Christoffersens begrep om virksomhetsoverdragelse inkluderer ”aksjesalg”. Salg av aksjer faller som kjent utenfor arbeidsmiljølovens kap. XII A.⁷

Men også ellers er det betydelige forskjeller. Kap. XII A omfatter overføring av en ”virksomhet eller del av virksomhet”, jfr. aml.

⁴ Christoffersen 2004, s. 374, jfr. Christoffersen 2005, s. 20 og 25.

⁵ Christoffersen 2004, s. 375-376, jfr. også Christoffersen 2005, s. 22-26.

⁶ Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp.

⁷ Se alment om transaksjonsformene f.eks. L. Holo, [Kommentarer til kap. 12 A], i J. Fougner, L. Holo, O. Friberg, *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave*, 8. utg. (Oslo 2003), s. 797 ff.

§ 73 A. Det som i denne sammenheng er en ”virksomhet”, må være en ”selvstendig økonomisk enhet”, den utførte aktiviteten må videreføres av erververen, og den overførte enheten må ”bevare sin identitet”.⁸ Spørsmålet om det foreligger en enhet som har bevart sin identitet, beror på en *helhetsvurdering*. De mest sentrale, men ikke uttømmende, momenter av betydning for vurderingen ble beskrevet av EF-domstolen i Spijkers-dommen 1986.⁹ Sammenfatningen der har EF-domstolen holdt fast ved og bygget på i sin senere rettspraksis, og den er likeledes lagt til grunn av Høyesterett i forhold til arbeidsmiljølovens kap. XII A, se spesielt Rt. 1997 s. 1965 (Eidesund), jfr. også Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen Ambulanse).

I forhold til virksomhetsbegrepet i kap. XII A er det også tvil- somt om det foreligger noen størrelsesmessig nedre grense. I Christel Schmidt-dommen¹⁰ fant EF-domstolen at også overføringen av rengjøringen av en bankfilial, som ble utført av en person på deltid, kunne være overføring av virksomhet som falt inn under EF-direktivet.¹¹ I Rt. 1999 s. 977 (Nemko) unnlot Høyesterett å ta stilling til om den nedre grensen etter kap. XII A var like lav som etter direktivet. Utgangspunktet vil imidlertid være det samme; den overførte enhet behøver ikke å ha noen bestemt minste størrelse.

Det er også flere forskjeller med hensyn til hva som er ”virksomhetsoverdragelse”. Etter arbeidsmiljølovens kap. XII A er det, som vel kjent, *ikke* et vilkår at det skjer et ”eierskifte”. Det som faller inn under lovens uttrykk ”overføring ... som følge av overdragelse”, omfatter en rekke transaksjonsformer som ikke er kjøp/salg-transaksjoner. Det følger av såvel EF-domstolens som Høyesteretts rettspraksis. Her vil jeg spesielt trekke frem den formen for trepartsforhold som gjerne kalles ”trekantsituasjoner”. Med dette sikter jeg til for-

⁸ Se generelt om dette f.eks. L. Holo, *l.c.* s. 778 ff.

⁹ Sak 24/86 *Josef Maria Antonius Spijkers mot Gebroeders Benedik Abbatoir CV og Alfred Benedik en Zonen BV*, dom 18. mars 1986, Saml. 1986 s. 1119.

¹⁰ Sak C-392/92 *Christel Schmidt mot Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, dom 14. april 1994, Saml. 1994 I-1311.

¹¹ Rådsdirektiv 77/187/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter; nå avløst av Rådsdirektiv 2001/23/EF.

holdet der en oppdragsgiver har satt bort et oppdrag, f.eks. rengjøring, til en annen virksomhet, en oppdragstaker. Oppdragskontrakten bringes så til opphør, enten fordi kontraktstiden er ute, eller fordi oppdragsgiveren er misfornøyd med det arbeidet som utføres og går til oppsigelse av opp kontrakten. Oppdragsgiveren gir deretter, enten etter konkurranse eller direkte, kontrakten for en neste periode til en annen oppdragstaker. Dette kan være overføring av virksomhet som faller inn under kap. XII A. Men det spesielle i disse tilfellene er at overføringen av virksomhet da skjer fra den tidligere oppdragstaker til den nye oppdragstaker, og overføringen av virksomhet kan skje også uten at det er noen direkte kontakt mellom disse. Jfr. f.eks. Rt. 1997 s. 1965 (Eidesund) og Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen Ambulanse).

I en anbuds-/konkurransesituasjon vil konkurrentene til den som har oppdraget, ofte være interessert i hvilke maskiner og hvilke metoder som benyttes av den aktuelle oppdragstakeren. Den som har oppdraget, og som også konkurrerer om å få beholde det, vil derimot ha en sterk, og beskyttelsesverdig, interesse i å beholde disse opplysningene for seg selv. Dette skiller seg klart fra kjøpstilfellene.

Fordi de ansatte følger med ved overføring av virksomhet som faller inn under kap. XII A, vil konkurrentene også være interessert i opplysninger om de ansatte. Denne interessen gjelder lønn og lønnsvilkår, men også personlige egenskaper, dyktighet og anvendelighet. At den tidligere kontraktsinnehaver, når han har tapt sitt oppdrag, har rett, og for noen av disse opplysningene også plikt, til å gi slike opplysninger til den som har overtatt oppdraget og er blitt ny oppdragsgiver, er etter min oppfatning klart. Og den som har overtatt oppdraget må kunne lagre og bruke disse opplysningene i samme grad som den tidligere oppdragstaker kunne. Problemet er i hvilken grad personopplysninger kan gis i perioden *før* noe er avgjort. Jfr. videre om dette i avsnitt 3 og 4 nedenfor.

Forskjellene er altså til dels betydelige, men kjøp og salg av foretak har også arbeidsrettslige konsekvenser. Derfor er det etter min oppfatning uheldig at Christoffersen benytter ”virksomhet” og ”virksomhetsoverdragelse” i en annen betydning enn den begrepene har i arbeidsmiljølovens kap. XII A. Det ville være langt å foretrekke om hun i stedet hadde brukt f.eks. ”foretakskjøp” eller ”kjøp av foretak”. En slik terminolog vil redusere faren for å trekke forhastede og uhold-

bare slutninger fra de kjøpsrettslige reglene rundt kjøp av foretak over til de arbeidsrettslige problemene rundt overdragelse av virksomhet.

I aml. § 73 A er det tekniske uttrykket riktignok ”overføring” av virksomhet ”ved overdragelse”, men den alminnelige betegnelsen på dette, som også er brukt i overskriften til kap. XII A, er nettopp ”virksomhetsoverdragelse”. Det samme uttrykket brukes også i overskriften til den nye arbeidsmiljølovens kap. 16, og der er dessuten terminologien i § 16-1, som svarer til den gjeldende § 73 A, endret fra ”overføring” til ”overdragelse” av virksomhet.

3 Opplysninger om ansatte

Ved overføring av virksomhet som faller inn under arbeidsmiljølovens kap. XII A, er det ikke bare gjenstander og andre aktiva som følger med når et foretak kjøpes. De ansatte får også en rett til å bli med fra overdrager til erverver. Dette medfører at den potensielle kjøper, i tillegg til å undersøke det som vanligvis må undersøkes i forbindelse med ”due diligence”,¹² også vil ha interesse av opplysninger om de ansatte. Dette vil gjelde alle kjøp av foretak. Men kjøp av kunnskapsbedrifter illustrer problemet klarest. I en bedrift hvor aktiva består av maskinparken, står den potensielle selger fritt til å gi alle de opplysningene kjøperen er interessert i om maskinenes alder, slitasje, antall stans for vedlikehold pr. år, osv. I kunnskapsbedrifter vil det være de ansatte som er bedriftens største aktivum. Her vil den potensielle kjøper ikke bare være interessert i opplysninger om lønn, men også opplysninger om sykefravær, dyktighet, kreativitet og personlige egenskaper.

Personopplysningsloven¹³ legger betydelige begrensninger på utveksling av slike opplysninger under en ”due diligence”-prosess. Det er klart at den nye innehaver, etter at overføringen har funnet sted, har samme rett til å lagre og å bruke personopplysninger om de ansatte, som den tidligere innehaver hadde. Men i undersøkelsesfasen setter

¹² Med ”due diligence” sikter jeg her til undersøkelser av dokumentasjon knyttet til virksomheten, hvor poenget er at kjøperen skal foreta en aktsom undersøkelse av denne. Betegnelsen ”due diligence” kan imidlertid ikke sies å vise til en bestemt aktsomhetsnorm; i praksis er avtaler om organiseringen av en ”due diligence” svært forskjellige. Jfr. *Christoffersen* 2004, s. 377 og 397.

¹³ Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger.

personopplysningsloven en del grenser. Hva den enkelte ansatte arbeider med, vil det etter min oppfatning ikke stride mot personopplysningsloven å gi opplysninger om. Men etter lovens § 2 nr. 8 er for eksempel medlemskap i fagforening en sensitiv personopplysning. I store bedrifter vil opplysninger om hvilke tariffavtaler som er gjort gjeldende, og hvilke fagforeninger det foretas kontingenttrekk til, kunne gis i anonymisert form. Men i små bedrifter vil dette kunne bli vanskelig. NHO har i dag ca 16 100 bedrifter som medlemmer, og det gjennomsnittlige antall ansatte i disse bedriftene er 29. Antagelig er det gjennomsnittlige antall ansatte i bedrifter som ikke er medlem av noen arbeidsgiverorganisasjon, noe lavere. NHO har tariffavtaler for tekniske funksjonærer med fire forskjellige forbund, og tariffavtaler for merkantile funksjonærer med seks forskjellige forbund. Disse kan gjøres gjeldende i samme bedrift. Dette viser at ved mange foretakskjøp er anonymisering mer en teoretisk mulighet enn en praktisk løsning. Også rasemessig eller etnisk bakgrunn er etter loven en sensitiv opplysning, mens en potensiell kjøper vil ha en legitim interesse i å kartlegge hvilke språk og språkproblemer han kan møte dersom han kjøper foretaket. En liten bedrift som svarer ”swahili og urdu”, vil kunne ha brutt personopplysningsloven fordi svaret samtidig gir opplysninger om etnisk bakgrunn. Tilsvarende problemer oppstår ofte i nedbemanningsprosesser, og NHO tok i juli 2004 en del slike spørsmål opp med Datatilsynet. Ut fra Datatilsynets tolkning om hvilke begrensninger Personopplysningsloven setter på hvilke personopplysninger en bedrift kan gi til de tillitsvalgte i de innledende faser av en oppsigelsesprosess, trekker jeg den slutning at Personopplysningsloven sterkt begrenser hvilke opplysninger som kan gis om de ansatte.¹⁴

4 Opplysningsplikt og undersøkelsesrett i trekantsituasjoner etter aml. kap. XII A

4.1 Utgangspunkter; den praktiske situasjonen.

Christoffersen har treffende påpekt at en kjøper ”[a]v flere grunner har ... behov for å motta informasjon om virksomheten han skal overta fra

¹⁴ Brev fra Datatilsynet 06.07.05.

selger, før overdragelsen gjennomføres. En grunn er at kjøpsgjensstanden ofte er kompleks og uoversiktlig, og består av mange ulike rettigheter og plikter” (*Christoffersen* 2004, s. 376).

Det samme gjelder for erverver ved overføringer av virksomhet i ”trekantsituasjoner” som faller inn under arbeidsmiljølovens kap. XII A. Men i slike situasjoner er erververens muligheter til å få disse opplysningene betydelig redusert i forhold til kjøpstilfellene.

Én kompliserende faktor er tidsperspektivet. I trekantssituasjonene, hvor en oppdragsgiver i en periode har gitt et oppdrag til en oppdragstaker, og hvor oppdragsgiver for neste periode gir oppdraget til en annen oppdragstaker, vil tidligere og ny oppdragstaker ofte ikke kunne fastslå endelig om dette er overføring av virksomhet som faller inn under kap. XII A før i etterhånd. Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen Ambulanse) er en god illustrasjon.

I begynnelsen av 1998 sa Kåfjord Ambulanseservice AS opp sin kontrakt om ambulanseskjøring med Troms fylkeskommune. Etter en anbudsrunde hvor både Kåfjord Ambulanseservice AS og Olderdalen Ambulanse AS deltok, tildelte Troms fylkeskommune ambulanseskjøringen for den nye perioden til Olderdalen Ambulanse AS på forsommeren 1998. De tre ansatte i Kåfjord Ambulanseservice AS mente dette var virksomhetsoverdragelse som falt inn under kap. XII A, og krevde på dette grunnlag ansettelse i Olderdalen Ambulanse AS, noe de ikke fikk. I april 1999 ga Nord-Troms herredsrett de tre medhold i at dette var virksomhetsoverføring som falt inn under kap. XII A, og i at alle tre hadde rett til ansettelse i Olderdalen Ambulanse AS. Den 17. februar 2000 stadfestet Hålogaland lagmannsrett at det var tale om ”overdragelse av virksomhet”, men sa samtidig at daglig leder, som også var styreformann og eide 50 % av aksjene i Kåfjord Ambulanseservice AS, ikke var beskyttet av kap. XII A.¹⁵ Daglig leder anket ikke, men bedriften anket i forhold til de to andre arbeidstagerne. I sin dom av 16. februar 2001 slo Høyesterett så fast at det *ikke* var tale om en overføring av virksomhet som falt inn under kap. XII A.

Saken illustrerer for det første hvor lang tid det kan gå før de involverte får en endelig avgjørelse på om det er tale om en virksomhetsoverdragelse som faller inn under arbeidsmiljølovens kap. XII A.

Men den bringer også frem et annet problemkompleks. Så lenge tidligere og ny innehaver av oppdraget konkurrerer om oppdraget, vil konkurrentene ikke uten en spesifikk lovhjemmel – som i dag ikke

¹⁵ RG 2000 s. 1572.

finnes – kunne kreve at den som har det oppdraget som skal avsluttes, gir opplysninger om hvilket materiell han bruker og hvilken standard dette utstyret har. Og den som har oppdraget vil, naturlig nok, betrakte sine kalkyler og lønnsomhetsberegninger i forbindelse med anbudet som forretningshemmeligheter. I disse trekantsituasjonene er det ikke et samarbeid mellom overdrager og erverver slik det regulært vil være i kjøpstilfellene, men tvert imot en konkurranse mellom dem om å få oppdraget for den nye perioden. I en slik konkurransesituasjon vil en utveksling av opplysninger absolutt ikke være i nåværende oppdragstakers interesse. Og en unnlattelse av å gi opplysninger før oppdragsgiver har avgjort hvem som skal få oppdraget, vil vanskelig kunne ses på som kritikkverdig eller rettstridig oppførsel fra nåværende oppdragstaker. Etter at oppdragsgiver har gitt oppdraget til en ny oppdragstaker, kan det i realiteten foreligge en overdragelse av virksomhet fra tidligere til ny oppdragstaker, jfr. f.eks. senest EF-domstolens dom fra november 2003 i *Abler-saken*.¹⁶ Det kan som jeg har påvist ovenfor ta lang tid før sikre slutninger kan trekkes, men den etterfølgende juridiske avgjørelsen bygger på de fakta som forelå på det tidspunkt den nye oppdragstaker fikk oppdraget. Og de ansatte hos den tidligere oppdragstaker vil, etter at domstolene endelig har fastslått at dette faller inn under kap. XII A, ha et rettskrav på ansettelse hos den nye oppdragstaker fra det tidspunkt den nye oppdragstaker overtok oppdraget.

Også etter at den nye oppdragstaker har fått oppdraget, kan den tidligere oppdragstaker ha en interesse i å holde opplysninger om sitt materiell, sine metoder og sine kalkulasjoner skjult for den nye oppdragstaker, fordi de to også konkurrerer om andre oppdrag.

Etter at den nye oppdragstaker har fått oppdraget, er i stor grad kortene lagt. Jeg kan vanskelig se for meg at han kan heve sin kontrakt med oppdragsgiver fordi materiellet som han har overtatt fra den tidligere oppdragstaker, var i en dårligere forfatning enn det han hadde forutsatt.

¹⁶ Sak C-340/01 *Carlito Abler m.fl. mot Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH, intervenient: Sanrest Großküchen Betriebsgesellschaft mbH*, dom 20. november 2003.

4.2 Overdragers opplysningsplikt

Som nevnt er det ingen lovhjemlet opplysningsplikt for overdrageren i disse trekantsituasjonene.

Oppdragsgiveren kan i sine kontrakter ta inn en plikt for den som får oppdraget, til å gi relevante opplysninger til alle som skal delta i en konkurranse om oppdraget i neste periode. Men fremdeles er problemet at dersom den som i dag har oppdraget, bryter denne opplysningsplikten, er dette et kontraktsbrudd overfor oppdragsgiver og ikke overfor de som konkurrerer om det nye oppdraget. Og disse konkurrentene er i disse situasjonene helt avhengige av at oppdragsgiver faktisk sørger for at den som har oppdraget, etterlever kontrakten. I de tilfellene hvor oppdragsgiver har sagt opp kontrakten fordi han er misfornøyd med den måten nåværende oppdragstaker oppfyller kontrakten på, kan også oppdragsgiver ha problemer med å få oppdragstakeren til å etterleve kontraktens opplysningsplikt.

Videre vil oppdragsgiveren i en slik kontrakt ikke kunne sette til side personopplysningslovens regler til beskyttelse av opplysninger om oppdragstakers ansatte.

Når det gjelder forhandlinger og opplysninger vedrørende et konkret kjøp av et foretak, med en selger og en kjøper, kan det etter min oppfatning argumenteres for en lempelig tolkning av personopplysningsloven. Men i de tilfellene hvor flere konkurrerer om et oppdrag, uansett om den som tidligere hadde oppdraget deltar i konkurransen eller ikke, vil sensitive opplysninger bli spredd for en større krets enn det som er tilfelle hvor det er tale om en selger og en kjøper. Jeg antar derfor at personopplysningsloven vil bli tolket strengere i disse tilfellene, og det selv om konkurrentenes behov for relevante opplysninger i trekantsituasjonen er like stort som foretakskjøperens behov ved kjøp av foretak.

Hvor snevre grenser for utveksling av personopplysninger personopplysningsloven vil sette, er usikkert, men jeg er ikke i tvil om at loven her vil bli tolket strengt.

4.3 Erververs undersøkelsesplikt

Christoffersen drøfter også det hun kaller ”selgers forholds betydning for kjøpers undersøkelsesplikt”.¹⁷ I trekantsituasjonene er det ikke noe direkte kontraktsforhold mellom den tidligere og den nye oppdragstaker. Og som jeg har vist ovenfor, vil det være svært begrensede opplysninger den nåværende oppdragsinnehaver plikter å gi til de som konkurrerer om oppdraget for den nye perioden. Jeg har derfor problemer med å se at det kan utledes noen undersøkelsesplikt vis à vis den aktuelle oppdragstakeren for de som konkurrerer om det nye oppdraget, hverken i forhold til denne oppdragstakeren eller for den del i forhold til oppdragsgiveren. Overfor oppdragsgiver vil disse konkurrentene ellers måtte følge de vanlige aktsomhetsnormer i næringslivet.

4.4 Erververs rett til opplysninger i tilfeller hvor det er et vilkår fra oppdragsgiver at transaksjonen skal behandles som virksomhetsoverdragelse som faller inn under aml. kap. XII A

I disse tilfellene er det ikke en vurdering av de faktiske omstendighetene som avgjør om det er en overdragelse som faller inn under kap. XII A, men et krav fra oppdragsgiver. Hvis den nye oppdragstaker ikke aksepterer dette, vil han ikke få oppdraget. Og den nye oppdragstaker står ikke fritt til å kunne inngi anbud ut fra de resurser han allerede har, han vil måtte overta den tidligere oppdragstakers ansatte i tillegg. Oppdragsgiveren bør da også ha en forpliktelse til å sørge for at de relevante opplysningene er til stede for de som skal konkurrere om oppdraget. Men også i disse tilfellene vil personopplysningsloven sette grenser for hvilke opplysninger oppdragsgiver og anbudskonkurrentene kan få om den tidligere oppdragstakers personale.

5 Kjøpsrettslige mangelsbeføyelser opp mot den arbeidsrettslige beskyttelse av ansettelsesforhold og arbeidsavtaler

5.1 Mangelsbeføyelser

Også når det gjelder mangelsbeføyelser, stiller virksomhetsoverdragelse som faller inn under arbeidsmiljølovens kap. XII A, i en sær-

¹⁷ Christoffersen 2004, s. 384-386, jfr. også Christoffersen 2005, s. 36-38.

stilling. Mangelsbeføyelser er knyttet til en kontraktsoppfyllelse. Hvis det i en trekantsituasjon er feil eller mangler ved de aktiva den nye oppdragstaker i kraft av virksomhetsoverføringen overtar fra den tidligere oppdragstaker, vil den nye oppdragstakers mangelsbeføyelser i utgangspunktet måtte rettes mot oppdragsgiver, som er kontraktsmotparten, og ikke mot den tidligere oppdragstaker. Men i den utstrekning den nye oppdragstaker kjøper utstyr fra den tidligere oppdragstaker for å oppfylle kontrakten, er det en direkte kontrakt mellom disse, og i utgangspunktet kommer da de vanlige kjøpsrettslige regler til anvendelse i forholdet mellom dem.

Som sagt kommer kjøpsloven derimot ikke til anvendelse i de tilfeller der det utelukkende er reglene i arbeidsmiljølovens kap. XII A som medfører at den nye oppdragstaker overtar aktiva og personell fra den tidligere oppdragstaker. En eventuell analogisk anvendelse av kjøpslovens § 20 vil bare berøre den nye oppdragstakers aktsomhet vis à vis den avtalen han inngår med oppdragsgiver. Kjøpsloven regulerer et gjensidig kontraktsforhold, og det er mellom oppdragsgiver og oppdragstakeren et slikt kontraktsforhold foreligger. Skulle det i kontraktsforholdet mellom disse to være noe som ville gi den nye oppdragstaker rett til i etterhånd å heve kontrakten, vil det i de fleste tilfellene skje så sent at overføringen av virksomheten fra den tidligere til den nye oppdragstaker allerede er gjennomført. Og en hevning av kontrakten den nye oppdragstaker har med oppdragsgiver, vil ikke i seg selv automatisk medføre at virksomheten, og de ansatte, tilbakeføres fra den nye oppdragstaker til den tidligere oppdragstaker. Resultatet av en hevning fra den nye oppdragstakers side vil ofte bare medføre at den nye oppdragstaker blir sittende med en overbemanning som det i beste tilfelle vil ta tid og koste penger å gjøre noe med. Selv om den nye oppdragstaker ikke har arbeid til dem, vil de arbeidstakerne som fulgte med ved virksomhetsoverdragelsen, som et minimum ha krav på lønn i oppsigelsestiden. Dette medfører at en hevningsrett i kap. XII A-tilfellene har mindre verdi for den nye oppdragstaker enn en hevningsrett i en vanlig kjøpsituasjon.

Ut fra en tankegang tilsvarende den i kjøpslovens § 20 kan det imidlertid stilles spørsmål om den tidligere oppdragstakers forhold kan være av en slik art at den nye oppdragstaker ikke plikter å overta virksomheten og de ansatte.

Et eksempel – skjønt det vel kan være en ren vandrehistorie – kan illustrere problemstillingen: Etter at det var klart at det hadde tapt konkurransen om oppdraget for en ny periode, flyttet et rengjøringsfirma i Belgia alle sine svakeste arbeidstakere over på den kontrakten de hadde tapt før det nye rengjørings-selskapet skulle overta arbeidet, og ga også disse arbeidstakerne et lønnstillegg på 25 % – med den følge at det nye rengjøringsfirmaet gikk konkurs.

I denne sammenheng er det sentralt at formålet med reglene, både i det bakenforliggende EF-direktivet og i arbeidsmiljølovens kap. XII A, er å beskytte arbeidstakerne. Dette er også stadig understreket i EF-domstolens rettspraksis, blant annet med uttalelser om at direktivets unntaksregler må fortolkes strengt.¹⁸ Den samme tilnærmingen vil utvilsomt gjøre seg gjeldende også i forhold til en slik problemstilling som det er tale om her. Jeg tror derfor det skal mye til for at den tidligere oppdragstakers kritikkverdige forhold overfor oppdragsgiver eller den nye oppdragstaker, skal kunne redusere de rettighetene de ansatte har etter kap. XII A. At den nye oppdragstakeren kan få et erstatningskrav mot den tidligere oppdragstakeren, er ikke det samme som at de som før overføringen var ansatte hos den tidligere oppdragsinnehaver, mister den beskyttelsen av ansettelsesforhold og rettigheter som de har etter direktivets og arbeidsmiljølovens regler.

En hevning er i kjøpstilfellene en reaksjon som retter seg mot selger, og som vanligvis vil ha som formål å tilbakeføre virksomheten til selger. Men i trekantsituasjonene kan den nye oppdragstakeren ikke heve virksomhetsoverdragelsen overfor den tidligere oppdragstakeren. Det den nye oppdragstakeren kan gjøre, er å heve kontrakten med oppdragsgiver. Med andre ord vil en hevning av kontrakten i disse tilfellene ikke gå ut over den tidligere oppdragstakeren ("overdrageren" etter arbeidsmiljølovens kap. XII A), men derimot ramme oppdragsgiveren som satte ut oppdraget. Og dersom den nye oppdragstakeren hever kontrakten med oppdragsgiver, vil den nye oppdragstakeren i de fleste tilfelle likevel bli sittende med de arbeidstakerne som tidligere var ansatt hos den tidligere oppdragstakeren. Selv i de tilfeller hvor virksomheten virkelig skulle kunne tilbakeføres til den tidligere oppdragsinnehaver, vil den nye oppdragsinnehaver bli sittende med en

¹⁸ Se f.eks. sak C-164/00 *Katia Beckmann mot Dynamco Whichloe Macfarlane LTD*, dom 4. juni 2002, Saml. 2002 I-4893.

stor usikkerhet. I en del overdragelser som faller inn under kap. XII A, vil de ansatte kunne velge fortsatt ansettelse hos den nye oppdragsinnehaver. I hvilke tilfeller de ansatte har en slik reservasjons- og valgrett etter den nå gjeldende arbeidsmiljølov, er ikke helt avklart, se Rt. 1999 s. 977, Rt. 1999 s. 989, Rt. 2000 s. 2047 og Rt. 2000 s. 2058.¹⁹ Når den nye oppdragstaker risikerer å bli sittende med den virksomheten og de ansatte som ble overført fra den tidligere oppdragstakeren, og en hevning overfor oppdragsgiver medfører at den nye oppdragsinnehaver ikke kan beskjefte disse ansatte, vil hevningalternativet ikke være særlig forlokkende.

Bortsett fra de rene sviktilfellene har jeg problemer med å se at den nye oppdragstaker kan gjøre noe krav gjeldende direkte mot den tidligere oppdragstakeren. Og selv dette kravet vil trolig begrense seg til et erstatningskrav.

5.2 Garantier

I slike tilfeller som er behandlet ovenfor, vil kjøpers undersøkelsesplikt og selgers opplysningsplikt spille vesentlig mindre rolle enn i kjøpstilfellene. Samtidig vil behovet for garantier fra selger/oppdragsgiver øke.

I de tilfelle oppdragsgiver i oppdraget betinger seg at oppdraget utføres med de samme maskiner eller med det samme personell som den tidligere oppdragsinnehaver har benyttet til å utføre oppdraget, vil oppdragsgiveren forutsetningsvis ha et direkte kjennskap til disse maskinene og dette personellet. De som konkurrerer om oppdraget for den nye perioden, vil da kunne få garantier fra oppdragsgiver for at maskiner og personell holder en viss standard. En slik garanti kan i de fleste tilfelle gis uten å komme i konflikt med personopplysningsloven. Har oppdragsgiveren gitt en slik garanti, men den viser seg å være uriktig, vil en priskompensasjon i kontrakten mellom oppdragsgiver og den nye oppdragstaker kunne være en relevant mangels-

¹⁹ Her endres rettsstillingen med den nye arbeidsmiljøloven. Etter dens § 16-3 (første ledd) skal arbeidstakerne alltid ha en reservasjonsrett, dvs. at de kan motsette seg at deres arbeidsforhold overføres til en ny arbeidsgiver. Men dersom denne retten benyttes, har arbeidstakeren *ikke* krav på å få fortsette hos overdrageren; arbeidsforholdet vil da opphøre ved tidspunktet for overdragelsen, dog tidligst på det tidspunkt arbeidstakerens oppsigelsestid ville utløpt.

beføyelse. En slik garanti vil ha størst betydning hvis den gir den nye oppdragstaker en økonomisk kompensasjon knyttet opp mot de ekstra omkostningene han får i hele kontraktsperioden pga. standardsvikten.

6. Oppsummering.

Språklig har begrepene ”virksomhet” og ”virksomhetsoverdragelse” en ganske vid og langt fra alltid klar betydning. Rettspraksis knyttet til arbeidsmiljølovens kap. XII A og det bakenforliggende EF-direktivet har imidlertid presisert betydningen av begrepene i forhold til disse bestemmelsene. Da bør det unngås å bruke de samme begrepene i en annen betydning i situasjoner hvor også kap. XII A får anvendelse.

Ved kjøp av foretak, hvor hevning ut fra et rent kjøpsrettslig perspektiv kan være en relevant mangelsbeføyelse, kan den beskyttelsen arbeidsmiljølovens kap. XII A gir de ansatte, begrense de praktiske mulighetene til å foreta en hevning.

Personopplysningsloven setter snevre grenser for kjøpers undersøkelsesplikt og selgers opplysningsplikt når det gjelder personopplysninger.

I trekantsituasjonene kan analogier fra avtaleretten og kjøpsretten gi noen løsninger dersom det oppstår konflikt mellom oppdragsgiver og den nye oppdragstakeren, men det er lite å hente fra disse regelsettene i en konflikt mellom tidligere og ny oppdragstaker.

