



NORGES HØYESTERETT

Den 31. januar 2006 avsa Høyesterett dom i

HR-2006-00174-A, (sak nr. 2005/744), sivil sak, anke,

1. Herdy L. Abrahamsen
2. Roger Andersen
3. Karin Angelo
4. Christian T. Aronsen
5. Petter Aune
6. Kjell Arnfinn Aune
7. Unni Aurdal
8. Ingfrid Bakka
9. Kurt F. Bakkejord
10. Kjell Bakkeland
11. Svein E. Bangen
12. Arne Bastiansen
13. Eileen Bendiksen
14. Ulf Bendiksen
15. Dag Bertheussen
16. Anne Mette Bjørgan
17. Knut Ove Bjørgum
18. Ole Martin Bjørkliås
19. Jostein Blindheim
20. Astrid Rørvik Botner
21. Marit Breistrand
22. Aud Bremseth
23. Anne Berit Davan
24. Redouane Drici
25. Peder Dysjaland
26. Tellef Dønnestad
27. Torbjørn Dønnestad
28. Kenneth Edvardsen
29. Aud Sissel Egeland
30. Eva Ellefsen
31. Steinar Elstad
32. Tone Enga
33. Astrid Engebretsen
34. Helge Eriksen
35. Bjørn Fagertun
36. Jan Einar Farstad

37. Karin Federici
38. Arne Fjeldstad
39. Vegard Fjeldstad
40. Erik Fjærli
41. Linda Foss
42. Arne Furunes
43. Torfinn Gaudestad
44. Gretha Geving
45. Kolbjørn Geving
46. Tor Andre Godø
47. Siw Gravrok
48. Espen Grevstad
49. Monica Grimstad
50. Tor Erling Grødum
51. Kirsten Møller Gulden
52. Kjell Gundersen
53. Kenneth Gundersen
54. Einar Gundersen
55. Åke Hagerupsen
56. Tomas Haglind
57. Ernst Haglind
58. Kari Hallem
59. Jørn Aage Halvorsen
60. Brit Hammerhaug
61. Kristine Hamre
62. Arne Hansen
63. Charles Hansen
64. Charles Hansen
65. Dag Ronny Hansen
66. Petra Hansen
67. Thomas Hartmann
68. Kjell Haug
69. Rune Haugen
70. Inger Marie Haugen
71. Bente Heggen
72. Christian Heitmann
73. Eirik Heitmann
74. Nina Hennie-Røed
75. Åge Hessen
76. Anneline Tjessem Hetland
77. Liv Borghild Hildre
78. Siv Anita Hoel
79. Ove Holand
80. Jostein Holmebukt
81. Rune Holmebukt
82. Christina Holmen
83. Ola Holter
84. Terje Holter
85. Birte Holter
86. Eva Hope

87. Arne Horni
88. Tønnes Hovland
89. Svein Husby
90. Anita Hærås
91. Svein Høybakk
92. Tove Ingebrigtsen
93. Stig Arne Isaksen
94. Håvard N. Iversen
95. Morten S. Jakob
96. Per-Henry Johansen
97. Mats Johansen
98. Ole Ø. Johansen
99. Elin Vabo Johnsen
100. Pål H. Johnsen
101. Robert Johnsen
102. Vera Katarina Jonsson
103. Dag Erik Jønsson
104. Reidun Roald Jønsson
105. Elisabeth Øines Jørgensen
106. Trond Kaspersen
107. Knut Kavlie
108. Geir Kjerstad
109. Tina G. Kjær
110. Berit B. Klausen
111. Arne Kleiven
112. Roar Kleven
113. Harald Knapskog
114. Roger Kristensen
115. Georg Kristiansen
116. Trond K. Kristoffersen
117. Berit Kristoffersen
118. Tyri J. Kvalvik
119. Lars Chr. Kvarenes
120. Hugo Sverre Langum
121. Anja Larsen
122. Kolbjørn Larsen
123. Stig B. Larsen
124. Kari Lilleng
125. Reidun Woll Lindbach
126. Hilde Nyberg Loe
127. Bodil Normann Losvik
128. Trond Lunde
129. Arve Lundeby
130. Stein Roger Lyngdal
131. Lise Lystad
132. Pål Ma
133. Mildrid Linge Marcelli
134. Bent Arild Mathiesen
135. Per Mathiesen
136. Bjørn Einar Melberg

-
137. Anne O. Mellemstrand
 138. Ellen Mentsen
 139. Brit Bodil Minde
 140. Bård Mjelde
 141. Tov P. Mogen
 142. Pål Noralf Molnes
 143. Severin Molnes
 144. Per Magne Molnes
 145. Kjell Inge Molnes
 146. Elias Molnes
 147. Iris Wenche Molnes
 148. Bente Molvær
 149. Stein Molvær
 150. Astrid Myhr
 151. Rolf Myhrer
 152. Rune Myhrvang
 153. Eivind Mykland
 154. Bodhild Mære
 155. Leif Sverre Nilsen
 156. Jens Are Nilsen
 157. Jorunn Breen Nilsen
 158. Jostein Nilsen
 159. Sølvi V. Nilsen
 160. Tor Borge Nilssen
 161. Trond Nilsskog
 162. Leif Atle Njærheim
 163. Kjell A. Nordli
 164. Bjørg Nordstrand
 165. Grethe Skjong Nordstrand
 166. Torill Holen Nyseth
 167. Svein Offergaard
 168. Oddrun Hole Oksnes
 169. Liv Olsen
 170. Rune Olsen
 171. Johnny Ottoson
 172. Rolf Overvik
 173. Venche Paulsen
 174. Kjartan O. Pedersen
 175. Kjell Inge Prestegård
 176. Bjørn Molskred Ramsli
 177. Rolf Rasmussen
 178. Truls Rasmussen
 179. Alv Håkon S. Rasmussen
 180. Gunn Karin Remøy
 181. Leif Repshus
 182. Alex Simon Reyes
 183. Berit Risa
 184. Halvor Rise
 185. Christin Roald
 186. Sigrid Roaldsand

187. Erik Rognmo
188. Kafa Rokoengen
189. Hanne M. Rygg
190. Signe Rysstad
191. Arne G. Rønneberg
192. Arnstein Rørvik
193. Eldar Rørvik
194. Kåre P. Rørvik
195. Per Kristian Rørvik
196. Alf Rørvik
197. Ragnar Rørvik
198. Terje Rørvik
199. Samund Rørvik
200. Per Helge Røssvold
201. Rune Røstad
202. Wibekke Røsvik
203. Gunnar Røsvik
204. Kjell Salbostad
205. Grethe Tamara Sandnes
206. Thomas Schøning
207. Liv Segrelles
208. Inger Seljeskog
209. Per Ove Sigurdson
210. Geir Arne Skei
211. Egil Skjelnes
212. Jan Ove Skodje
213. Kristin Skogstad
214. Bertel Sola
215. Berit Solheim
216. Rolf Solstad
217. Tone Torsvik Solum
218. Karl Arne Solvang
219. Trond-Viggo Solås
220. Arne J. B. Standli
221. Gunnar Stangeland
222. Helge Stavang
223. Ola Storheim
224. Solveig Stornes
225. Synnøve Stølen
226. Ole Sundbotten
227. Lars Håvard Sveen
228. Trond Svendsen
229. Aslak Sødergren
230. Tor Sømme
231. Dan Mikael Teie
232. Else-Marie Teie
233. Arne Tetli
234. Ronny Theodorsen
235. Jon Martin Thomassen
236. Ann Karin Thorsen

-
237. Thomas Tronsrud
 238. Pål Tronstad
 239. Kristin Tråsdahl
 240. Elonora Ulrichsen
 241. Bent Ove Ulsaker
 242. Anne Britt Vabo
 243. Atle Varhaugvik
 244. Jarl Endre Vegsund
 245. Elsa Vermedal
 246. Carol Vik
 247. Terje Vik
 248. Gøril Vikhagen
 249. Jan Roar Vistnes
 250. Brit Wiggen
 251. Kåre Wintervold
 252. Gjermund Woxmyhr
 253. Jan Ole Ødegård
 254. Sølvi Aagren
 255. Olaf Aarethun
 256. Geir Helge Aarethun
 269. Inger Marie Andersen
 270. Hilde N. Balteskar
 271. Vivi Bente Brochmann
 272. Tone Urholmen Eilertsen
 273. Sidsel Bjerknes Fjeldheim
 274. Anne Mari Gramnæs
 275. Bjørn Kåre Grøsvik
 276. Else Harr
 277. Rolf Arne Hauge
 278. Hilde Tveit Håbesland
 279. Per Reidar Johnsen
 280. Ann Kristin Jønsson
 281. Torill Helene Larsen
 282. Gunnar Nilssen
 283. Debbie Lise Olsen
 284. Marit Tranhug Olsen
 285. Tom Ottesen
 286. Marius Pedersen
 287. Synnøve H. Synnes Roald
 288. Svein Birkeland Røstad
 289. Olaug Lien Schei
 290. Walter Sele
 291. Gunn Annie Skuseth
 292. Lene Beathe Skaanevik
 300. Inger Johanne Follan
 301. Ellen Pedersen Megrund
 302. Guri Rødal
 321. Laila Bruteig
 322. Jan Petter Faråsen
 323. Thorbjørn Grødum

324. Anne Tvedt Olsen

325. Arnhild Roald

(advokat Einar Engh - til prøve)

257. Joselito L. Alcoriza

258. Kjell Jostein Børseth

259. Johnny M. Cabusao

260. Robert Cabusao

261. Kjetil Gover

262. Asgeir Hansen

263. Tore Husby

264. Stig Johnsrud

265. Bjørn Jonassen

266. Tommy Lakselvnes

267. Morten Holmen Nilsen

268. Svein Sandvik

293. Ove Håkon Fonbæk

294. Aina Johannessen

295. Bjørg Marie Lien

296. Jan Mathisen

297. Vidar Nogva

298. Rune Ottesen

299. Håvard Simensen

303. John Inge Berg

304. Roger Dullum

305. Pål W. Edvardsen

306. Hubert Gundersen

307. Ole Kristian Hansen

308. Margrethe Aa Johansen

309. Tom Klippenberg

310. Åge Kvål

311. Laila Langseth

312. Stig Lumundal

313. Britt Veslemøy Mehren

314. Trine Moen

315. Therese S. Nilsson

316. Steinar Paulsen

317. Gunnar Pedersen

318. Shira Raban

319. Bent Svendsrud

320. Laila Thesen

(advokat Kjetil Edvardsen)

Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund

(hjelpesintervenant)

Parat (hjelpesintervenant)

(advokat Jan Fougner)

mot

Scandinavian Airlines System Denmark
Norway Sweden

(advokat Lars Holo)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Skoghøy**: Saken gjelder spørsmålet om hvorvidt overføring av en aktivitet fra et selskap til et annet innenfor samme konsern, er av en slik karakter at arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse.
- (2) Frem til SAS AB 20. desember 2001 overtok aksjene i Braathens ASA (heretter kalt Braathens), hadde Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden og Braathens drevet konkurrerende flyvirksomhet på det norske innenlandsmarkedet.
- (3) Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden (heretter stort sett kalt SAS-konsortiet) var organisert som et konsortium som ble eid av de tre nordiske aksjeselskapene SAS Danmark AS, SAS Norge AS og SAS Sverige AB med henholdsvis 2/7, 2/7 og 3/7 hver. De tre nordiske aksjeselskapene var 100 % eid av morselskapet i konsernet – SAS AB.
- (4) Åpningen av den nye hovedflyplassen på Gardermoen i 1998 muliggjorde en kraftig kapasitetsøkning i flytrafikken i Norge, og det oppstod da en betydelig overkapasitet både i Braathens og i SAS-konsortiet. Situasjonen ble kraftig forverret etter terroraksjonen mot World Trade Center i New York 11. september 2001, som medførte en krise for luftfarten i mange land. Det ble etter dette gjennomført betydelige nedskjæringer både i Braathens og SAS-konsernet. Høsten 2001 gjennomførte Braathens en bemanningsreduksjon på 908 årsverk, som tilsvarer en nedskjæring på 25–30 %. Ved gjennomføringen av SAS' tiltaksprogram 2002 ble antall stillinger i SAS-konsernet skåret ned med ca. 2 500 stillinger.
- (5) Allerede tidlig i 2001 var det klart at aksjekapitalen i Braathens var i ferd med å gå tapt, og under forutsetning av godkjennelse av Konkurransetilsynet ble aksjene i Braathens våren 2001 solgt til SAS AB. Etter godkjennelse av Konkurransetilsynet ble salget endelig 20. desember 2001.
- (6) Braathens og SAS-konsortiet hadde konkurrert på en rekke flyruter med avganger omtrent samtidig – med halvtomme fly som resultat. Selskapene drev også forskjellige virksomheter på flyplassene side om side. Det var således åpenbart at en samordning mellom de to selskapene ville kunne gi store synergieffekter. I startfasen ble det særlig satt fokus på å utarbeide et samordnet rutenett for selskapene, samt å finne løsninger for en samordning og integrering av selskapenes forskjellige virksomheter.
- (7) I slutten av januar 2002 startet et samordningsprosjekt for gjennomføring av integrasjonen/koordineringen av de to selskapene i henhold til de mål og strategiske retningslinjer som konsernledelsen i SAS fastsatte. Prosjektet ble organisert som et samarbeidsprosjekt mellom selskapene. Prosjektet omfattet en rekke ulike forretningsområder, der salg, frakt, tekniske tjenester og bakketjenester ("ground handling") var de største. For de tre førstnevnte områdene ble resultatet at Braathens' virksomhet ble overført til andre selskaper i SAS-konsernet etter arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse, slik at de ansatte i Braathens fikk overført sine arbeidsforhold til den nye innehaveren av virksomheten.

- (8) Også for bakketjenestene ble det opprinnelig lagt til grunn at en samordning av selskapenes virksomheter ville innebære at arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse kom til anvendelse. Med ”bakketjenester” menes all virksomhet på en flyplass fra flyene lander til de tar av, dvs. håndtering av passasjerer før og etter avreise i form av billettservice, innsjekking av bagasje, stuing, lasting og lossing av bagasje og manøvrering av fly på bakken som ikke pilotene selv foretar.
- (9) Både i Braathens og i SAS-konsernet var bakketjenestene organisert som selvstendige forretningsenheter. I SAS-konsernet ble forretningsenheten for bakketjenestene kalt Scandinavian Ground Services (SGS). Denne enheten ble drevet som en forretningsenhet innenfor SAS-konsortiet. I 2004 ble den omdannet til et eget aksjeselskap.
- (10) I Braathens omfattet forretningsenheten for bakketjenester også avising (”de-icing”) av fly. I SAS-konsernet omfattet derimot forretningsenheten for bakketjenester ikke avising av fly. Avisingstjenesten var i SAS-konsernet organisert som del av forretningsenheten SAS Technical Services (STS).
- (11) På styremøte i Braathens 1. mars 2002 ble det besluttet å gi administrasjonen i oppdrag å fremforhandle en avtale om kjøp av bakketjenester fra SGS. Det ble på dette tidspunkt både fra Braathens og SGS’ side forutsatt at en slik utsettelse av bakketjenestene (”outsourcing”) ville ha karakter av virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven. Etter at SGS hadde foretatt en nærmere vurdering av forretningsenhetens behov for personell og materiell for å kunne utføre bakketjenestene for Braathens, ble det imidlertid i april 2002 både i SGS og i Braathens’ styre konkludert med at en slik utsettelse av tjenestene ikke ville ha karakter av virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven. De ansattes representanter i Braathens var imidlertid uenige i dette og anså også en overføring av bakketjenestene til SGS som ikke bygget på arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse, som et brudd på tidligere løfter fra ledelsen.
- (12) I styremøte 27. mai 2002 i Braathens ble det besluttet å anbefale overfor bedriftsforsamlingen at selskapet skulle nedlegge sine bakketjenester og i stedet kjøpe dem fra SGS. Forslaget ble vedtatt i møte i bedriftsforsamlingen samme dag mot stemmene til de ansattes representanter.
- (13) Etter dette ble det 10. juni 2002 inngått følgende rammeavtale mellom Braathens og SGS:

”1. Bakgrunn

I forbindelse med Braathens innlemmelse i SAS Gruppen har det oppstått muligheter for ytterligere effektivisering av Ground Handling tjenestene innenfor SAS konsernet.

Samordningsprosjektet har i delprosjekt Ground Handling estimert synergier ved én integrert handlingorganisasjon i Norge til min. 155 mnok i forhold til kostnadene ved å opprettholde to separate ground handling organisasjoner (”0-punkt beregningene”). På bakgrunn av dette har SGS utformet et tilbud på salg av bakketjenester (Ground Handling) til Braathens ASA.

2. Leveransens omfang

Partene er enige om at Braathens skal kjøpe Ground Handling tjenester fra SGS på norske flyplasser der Braathens i dag driver egen Groundhandling virksomhet. Dette skal skje fra 1/9-2002 eller en nærmere avtalt dato. Braathens etablerer og opprettholder en ”ground operation” organisasjon i henhold til de BSL [bestemmelser

for sivil luftfart] og BSL JAR-OPS [Joint Aviation Regulations] bestemmelser som til enhver tid er gjeldende for en norsk AOC [Airline Operator Certificate] innehaver.

Leveransen skal omfatte handlingstjenester på samtlige flyavganger og ankomster på ovennevnte flyplasser i Norge med BU [Braathens] rutenummer. Den skal omfatte tjenester som billettservice, passasjerservice, ankomsts-service, renholdsservice, stasjons- og bakkeservice, bakkeutstyr og administrative prosesser sentralt og på stasjonene.

Leveransen omfatter ikke salg av tjenestene Deicing, Frakthåndtering, bortsett fra lasting/lossing og transport av frakt og post mellom fly og terminaler som er inkludert, og Catering handling, med unntak av Catering handling enkelte stasjoner ref pkt 5.1.

Grunnlaget for leveransen vil forøvrig være dekket i en Standard Ground Handling Agreement (SGHA) med tilhørende SLA [Service Level Agreement] som vil bli fremforhandlet mellom partene.

3. Profilering av Braathens varemerke

3.1. Skilting

Partene er enige om at profilering av Braathens varemerke på alle skranker og billettkontorer inngår i leveransen. Denne profileringen skal defineres nærmere i detalj av kunden på grunnlag av bl.a. beslutninger som fattes på overordnet nivå om posisjonering av varemerker innenfor SAS Gruppen.

3.2. Uniformer

Det forutsettes at SGS benytter uniformer som brander SGS spesielt, og som skiller seg fra SAS Airline uniformer, iht. retningslinjer gitt som konsernpolicy.

...

5. Pris

5.1. Pris

Braathens skal for første 12 måneders periode etter avtalen er trådt i kraft betale en grunnpris til SGS på nok 460 mnok. Det skal finne sted en prisjustering pr. 1.5. 2003. ...

...

6. Kvalitet

6.1. Braathens Standard

SGS forplikter seg til å yte handling iht Braathens standard definert i TRA 1 og 2. Partene er enige om å igangsette et arbeide for å harmonisere bestemmelsene i manualverket til Braatthens og SAS Airline.

6.2. Kvalitetsgaranti

Partene er enige om at SGS skal levere til Braathens en kvalitet som minimum tilsvarer den kvalitet Braathens Passenger Service organisasjon har levert som et gjennomsnitt for de 2 kalenderårene 2000 og 2001, med det samme produktinnhold. Dette omfatter følgende områder:

- Punktlighet
- Ventetider for passasjerer
- Uregelmessigheter for bagasje
- Generell Kundetilfredshet (målinger)

SGS skal etablere/opprettholde et kvalitetssystem i samsvar med anerkjente standarder og skal som minimum krav ivareta kvalitetssystem krav beskrevet i JAR-OPS 1.0.3.5

med tilhørende AMC, samt etablere system for å sikre at relevante bestemmelser i JAR-OPS subpart B, C, D, J, P, R og S ivaretas.

...

8. SGS forpliktelser

8.1. Rekruttering fra Braathens

SGS forplikter seg til å prioritere ekstern rekruttering fra Braathens. Dette innebærer at SGS's behov for rekruttering av eksterne ressurser tilsvarende 264 årsverk (ca 377 personer) vil skje fra Braathens. Utvelgelsen av disse blant Braathens ansatte skal som hovedregel skje på grunnlag av kompetanse og ansiennitet. I tillegg vil det være behov for et varierende vikarbehov avhengig av tid på året. Disse vil bli primært søkt hentet fra overtallige i Braathens.

8.2. Ansatte over 50 år

Blant fast ansatte i Braathens Ground handling organisasjon over 50 år pr. 31.12.2002 vil det bli gitt prioritet på ledige stillinger i SGS på samme stasjon som i dag. Ansettelsene skjer etter de ressursbehov og stillingsbrøker SGS har på de angjeldende områder. Utvelgelsen vil skje på bakgrunn av ansiennitet og kompetanse.

Alle ansatte over 59 år pr. 31.12.2002 skal tilbys minimum 50 % stilling på samme stasjon som i dag.

For å bli ansatt må den enkelte være yrkesaktiv i relasjon til reglene i lov om folketrygd, etter bestemmelsene i den kollektive tjenestepensjonsordning og etter SAS's forsikringsvilkår.

8.3. Fremtidig rekruttering til SGS

Fremtidig eksternt rekrutteringsbehov for faste ansatte skal frem til utløp av 2003 skje fra gruppen overtallige hos Braathens – dersom det finnes ansatte som er skikket til – og som ønsker å gå inn i aktuelle stillinger.

8.4. Ansiennitet

SGS har intensjoner om at medarbeidere fra Braathens som blir ansatt i SGS får sin bedriftsansiennitetsdato fastsatt til overføringsdatoen, med mindre annet avtales. Intensjonen er videre at medarbeiderne beholder lønnsansiennitet, reiseansiennitet og "jubileumsansiennitet". SGS vil etter tariffforhandlinger rundt dette spørsmål komme tilbake med en nærmere presisering.

8.5. Overdragelse av utstyr

SGS vil vurdere å overta fra Braathens utstyr knyttet til ground handling etter nærmere spesifikasjoner. Det er pr i dag antatt at behovet utgjør ca 4 – 7 % av Braathens samlede utstyr målt i enheter.

...

10. Varighet og oppsigelse

Partene har til hensikt å inngå en 3-årig avtale med 12 måneders gjensidig oppsigelse i 3-års perioden."

- (14) Partene er enige om at det totale antall utstyrsenheter som ble benyttet av Braathens' bakketjenester, utgjorde mellom 971 og 1 131 enheter. Avisingsutstyret er da holdt utenfor. I forbindelse med at SGS overtok utførelsen av bakketjenestene for Braathens, ble 95 av Braathens' utstyrsenheter ved avtaler av 22. august 2002 og 10. oktober 2002 overført til SAS-konsortiet med SGS som bruker. Eiendomsretten til dette utstyret er senere i hovedsak overført til SAS Ground Handling Equipment AS. For dette utstyret

betalte SGS ca. kr 17,3 millioner. Det var da fratrullet en rabatt på 20 %, slik at partene ved inngåelsen av overdragelsesavtalene har gått ut fra en verdi på rundt kr 21,6 millioner. Hvor meget det øvrige utstyret Braathens hadde, var verdt, er partene noe uenige om. Verdianslagene på Braathens' totale bakkehåndteringsutstyr utenom avisingsutstyret ligger på mellom 70 og 86 millioner kroner.

- (15) Som det fremgår av rammeavtalen punkt 2, omfattet den ikke avising ("de-icing"). Den 14. november 2002 ble det imidlertid for vintersesongen 2002/2003 også inngått en ny samarbeidsavtale om avising av fly på norske flyplasser. Etter denne avtalen skulle Scandinavian Technical Services (STS) forestå avising både av Braathens- og SAS-fly på flyplassene i Oslo, Kristiansand, Haugesund, Bergen, Ålesund, Molde, Kristiansund, Bodø, Evenes, Tromsø, Bardufoss, Alta, Lakselv og Kirkenes, mens Braathens skulle forestå avising av fly for begge flyselskaper på flyplassene i Stavanger og Trondheim. Umiddelbart etter at denne avtalen var inngått, ble det mellom Braathens som utleier og STS som leietaker inngått avtale om leie av avisingsbiler og tankanlegg på flyplassene i Oslo, Kristiansand, Ålesund, Molde og Kristiansund. Basert på kjøretøyenes alder og antatte salgsverdier ble leieprisen for vintersesongen 2002/2003 fastsatt til kr 2 225 250. Denne leieavtalen ble senere forlenget, og i 2004 ble alt avisingsutstyr i Braathens solgt til SAS Ground Equipment Norway AS til bokført verdi. Partene har anslått verdien av avisingsutstyret per 1. september 2002 til mellom 20 og 25 millioner kroner.
- (16) Før Braathens fra 1. september 2002 gikk over til å kjøpe bakketjenester fra SGS, hadde Braathens hatt 1 130 ansatte fordelt på 1 066 årsverk til å utføre disse tjenestene. Av disse ble 265 ansatte fordelt på ca. 200 årsverk overtatt av SGS.
- (17) Etter nedleggelsen av bakketjenestene i Braathens ble det utarbeidet en tiltakspakke for de som ble overflødige. Alternativene var ansettelse i SGS etter søknad på kunngjorte stillinger, overgang til andre stillinger i Braathens, overgang til vikarordning i Braathens (såkalt jobb-bank), egen oppsigelse mot en sluttpakke eller overgang til AFP (avtalefestet pensjon) med tilleggssytelser. Ansettelse i SGS innebar at man ikke fikk med seg lønnsnivå, stillingsbrøk eller ansiennitet fra den stilling en hadde hatt i Braathens. Det ble imidlertid gitt en garanti for uendret lønn ut 2003.
- (18) Den 6. november 2002 tok 309 tidligere ansatte i Braathens ut stevning mot Braathens og SAS-konsortiet ved Asker og Bærum tingrett med krav om at deres arbeidsforhold i Braathens skulle videreføres i SAS-konsortiet med samme ansiennitet og stillingsbrøk som de hadde hatt i Braathens. Senere ble det tatt ut ytterligere seks stevninger med til sammen 73 saksøkere.
- (19) Saksøkerne bestod av tre hovedgrupper:
- De som hadde fått full stilling i SGS, men mistet ansiennitet og/eller stillingsnivå,
 - de som hadde fått redusert stilling i SGS, og
 - de som ikke hadde fått tilbud om stilling i SGS.
- (20) Som grunnlag for kravet om at arbeidsforholdene skulle videreføres i SAS-konsortiet, anførte saksøkerne for det første at de saksøkte på avtalerettslig grunnlag var bundet av løfter om at Braathens-ansatte skulle likebehandles med SAS-ansatte under nedbemanningen, og at det ved nedbemanningen skulle legges til grunn at reglene om virksomhetsoverdragelse kom til anvendelse.

- (21) For det andre anførte de at manglende likebehandling av de ansatte i SAS og Braathens stredd mot ulovfestede arbeidsrettslige prinsipper.
- (22) For det tredje anførte de at siden SAS-konsortiet og Braathens drev ”samme virksomhet” innen ”ground handling”, og arbeidsgiveren hadde annet passende arbeid i virksomheten å tilby saksøkerne, var endringsoppsigelsene av saksøkerne usaklige etter arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2.
- (23) For det fjerde anførte de at overføringen av bakketjenestene fra Braathens til SAS-konsortiet måtte anses som en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven.
- (24) De sju søksmålene ble forent til felles behandling, og da saken ble tatt opp til doms i tingretten, var det til sammen 368 saksøkere.
- (25) Med unntak for de som hadde hatt sin arbeidsplass ved flyplassene i Molde og Kristiansund, kom tingretten i dom 15. oktober 2003 til at overføringen av bakketjenestene i Braathens til SGS ikke hadde karakter av virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven, og at det heller ikke forelå noe annet grunnlag som kunne gi saksøkerne rett til å fortsette sitt arbeidsforhold i Braathens med SAS-konsortiet som ny arbeidsgiver. For overføringen av bakketjenestene ved flyplassene i Molde og Kristiansund kom tingretten derimot til at overføringen måtte anses som virksomhetsoverdragelse, og at de som hadde vært ansatt ved disse flyplassene, derfor hadde krav på å få arbeidsforholdene videreført i SAS-konsortiet.
- (26) Tingrettens dom i de sju sakene har denne likelydende domsslutning:
- ”1. De saksøkerne som var tilknyttet Braathens ASA sin Ground Handlingorganisasjon på stasjonene i Molde og Kristiansund 31.8.2002 og som i dag er knyttet til SGS eller fortsatt er knyttet til Braathens ASA, har fra 1.9.2002 stilling i SGS med de samme vilkår som i stilling i Braathens ASA 31.8.2002.
 2. For øvrig frifinnes Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden SAS og Braathens ASA.
 3. Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden SAS og Braathens ASA betaler in solidum i saksomkostninger til saksøkerne i punkt 1 ovenfor innen 2 – to – uker kr 39.000 – kronerrettinitusen – med tillegg av forsinkelsesrenter etter lov 17.12.1976 nr 100 § 3, for tiden 12 %, fra forfall til betaling skjer.
 4. De saksøkerne som ikke omfattes av punkt 1 ovenfor betaler in solidum i saksomkostninger til Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden SAS innen 2 – to – uker kr 158.000 – kronerettihundreogfemtittetusen – med tillegg av forsinkelsesrenter etter lov 17.12.1976 nr 100 § 3, for tiden 12 %, fra forfall til betaling skjer.
 5. De saksøkerne som ikke omfattes av punkt 1 ovenfor betaler in solidum i saksomkostninger til Braathens ASA innen 2 – to – uker kr 26.000 – kronerettjuesekstusen – med tillegg av forsinkelsesrenter etter lov 17.12.1976 nr 100 § 3, for tiden 12 %, fra forfall til betaling skjer.”

- (27) Dommen er avsagt under dissens, idet én av meddommerne stemte for at overføringen av bakketjenestene fra Braathens til SGS måtte anses som virksomhetsoverdragelse i forhold til samtlige saksøkere.
- (28) Tingrettens dom ble av de 325 av saksøkerne som ikke fikk medhold av tingretten, påanket til Borgarting lagmannsrett for så vidt gjaldt frifinnelsen av SAS-konsortiet. SAS-konsortiet motanket ikke i forhold til de som hadde vært ansatt ved flyplassene i Molde og Kristiansund. Tingrettens dom ble dermed rettskraftig i forhold til disse.
- (29) For lagmannsretten gjorde de ankende parter gjeldende tre rettsgrunnlag for at deres arbeidsforhold i Braathens skulle videreføres i SAS-konsortiet. For det første anførte de at samordningen av flyselskapenes bakketjenester ble gjennomført på en slik måte at arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse. For det andre anførte de at SAS-konsortiet var arbeidsgiver ved siden av Braathens før overføringen. Det tredje grunnlaget var at SAS-konsortiet gjennom beslutninger som var truffet av SAS-konsernet, hadde handlet i strid med arbeidsrettslige saklighetsnormer.
- (30) Lagmannsretten, som var satt med fire meddommere, avsa 18. mars 2005 dom med slik domsslutning.

- ”1. Tingrettens dom, slutningens punkt 2 og 4, stadfestes i samtlige sju saker.**
- 2. De ankende parter fra nr 1 til og med nr 256 dømmes in solidum til å betale Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden SAS sakens omkostninger for lagmannsretten med 78 920 – syttiåttetusennihundreogtjue – kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av denne dom med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall til betaling skjer.**
- 3. De ankende parter fra nr 257 til og med nr 268 dømmes in solidum til å betale Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden SAS sakens omkostninger for lagmannsretten med 78 920 – syttiåttetusennihundreogtjue – kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av denne dom med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall til betaling skjer.**
- 4. Den ankende parter fra nr 269 til og med nr 292 dømmes in solidum til å betale Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden SAS sakens omkostninger for lagmannsretten med 78 920 – syttiåttetusennihundreogtjue – kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av denne dom med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall til betaling skjer.**
- 5. De ankende parter fra nr 293 til og med nr 299 dømmes in solidum til å betale Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden SAS sakens omkostninger for lagmannsretten med 78 920 – syttiåttetusennihundreogtjue – kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av denne dom med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall til betaling skjer.**
- 6. De ankende parter fra nr 300 til og med nr 302 dømmes in solidum til å betale Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden SAS sakens omkostninger for lagmannsretten med 78 920 – syttiåttetusennihundreogtjue – kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av denne dom med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall til betaling skjer.**
- 7. De ankende parter fra nr 303 til og med nr 320 dømmes in solidum til å betale Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden SAS sakens omkostninger for lagmannsretten med 78 920 – syttiåttetusennihundreogtjue**

– kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av denne dom med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall til betaling skjer.

8. De ankende parter fra nr 321 til og med nr 325 dømmes in solidum til å betale Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden SAS sakens omkostninger for lagmannsretten med 78 920 – syttiåttetusennihundreogtjue – kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av denne dom med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall til betaling skjer.”

- (31) I forhold til spørsmålene om felles arbeidsgiveransvar og brudd på allmenne saklighetsnormer i arbeidslivet, er dommen avsagt under dissens fra to meddommere. For så vidt gjelder spørsmålet om arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse, er dommen avsagt under dissens fra én fagdommer og to meddommere.
- (32) De 325 saksøkerne som stod som ankende parter for lagmannsretten, har påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett på grunn av feil ved bevisvurderingen og rettsanvendelsen. Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund og arbeidstakerorganisasjonen Parat har erklært hjelpeintervensjon til støtte for de ankende parter.
- (33) Ved Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 2. juli 2005 ble anken henvist til Høyesterett for så vidt gjelder spørsmålet om virksomhetsoverdragelse, men for øvrig nektet fremmet etter tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 1.
- (34) Det er for Høyesterett avgitt parts- eller vitneforklaringer fra til sammen 40 personer. Disse er dels avgitt ved bevisopptak og dels i form av skriftlige forklaringer.
- (35) For det spørsmål som er henvist til Høyesterett, står saken i det vesentlige i samme stilling for Høyesterett som for de lavere instanser.
- (36) De ankende parter, *Herdy L. Abrahamsen mfl.*, har i korte trekk anført:
- (37) Av de ankende parter fikk noe over 200 ansettelse i SAS-konsortiet, men fikk ikke videreført ansiennitet eller fikk redusert stillingsandel, mens litt over 50 ble omplassert til andre stillinger i Braathens og litt over 60 ble plassert i Braathens’ ”jobb-bank”. Dersom de ankende parter får medhold i at overføringen av ”ground handling”-virksomheten i Braathens til SAS må anses som virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven, har de som før overføringen var ansatt i Braathens’ bakketjenester, krav på at deres arbeidsforhold blir videreført i SAS-konsortiet med samme ansiennitet og stillingsbrøk som de hadde i Braathens.
- (38) Arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse gjennomfører EU-direktiver. Innholdet av reglene må fastlegges på grunnlag av EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis.
- (39) Etter EF-domstolens praksis er det et vilkår for at reglene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse, at virksomheten har vært drevet som en selvstendig økonomisk enhet, at denne er overført til et nytt rettssubjekt, og at virksomhetens identitet er i behold etter overføringen. Det som er omtvistet, er hvorvidt det siste vilkåret er oppfylt.

- (40) Etter de ankende parter oppfatning er virksomhetens identitet videreført i SAS-konsortiet. Lagmannsretten har stilt for strenge krav til hvor mye utstyr og hvor stor andel av de ansatte som må overtas, og ikke tatt hensyn til at SAS-konsortiet ved vurderingen av hvor mye utstyr det ønsket å overta, innrettet seg med det formål å komme utenom arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse.
- (41) Det må skilles mellom virksomhetsoverdragelse som skjer direkte mellom to parter ("første generasjons overføring"), og tilfeller hvor det foreligger et tre parts-forhold ("andre generasjons overføring"). Ved første generasjons overføring er utgangspunktet at identiteten er i behold dersom aktiviteten videreføres. Det må også legges vekt på at overføringen av Braathens' bakketjenester skjedde til selskap i samme konsern.
- (42) I dette tilfellet er den aktivitet som etter overføringen ble utført av SGS, den samme som tidligere var blitt utført av Braathens. Ved vurderingen av om identiteten er i behold, kan man ikke bare se på antallet utstyrsenheter som ble solgt til SAS-konsortiet. Det må også legges vekt på verdien av det overførte utstyr.
- (43) Videre må det ved vurderingen av om virksomhetens identitet er i behold, tas hensyn til verdien av avisingsutstyret. Det at avisingsvirksomheten i SAS-konsernet ble utført av en annen forretningsenhet enn de øvrige bakketjenestene, kan ikke tillegges vekt.
- (44) Det må også tas hensyn til at "ground handling"-virksomheten ble videreført i de samme lokalene og med den samme infrastruktur som tidligere. Det at lokalene og infrastrukturen ble eid av Avinor, kan ikke tillegges vekt.
- (45) Endelig må det legges vekt på at SAS-konsortiet overtok Braathens' kundekrets og billettsystem og bruken av Braathens' varemerke.
- (46) Herdy L. Abrahamsen mfl. har nedlagt slik påstand:
- "1. De ankende parter rettigheter og plikter som fulgte av arbeidsavtalene med Braathens ASA er overført til Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden.**
 - 2. Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden dømmes til å betale de ankende parter omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett tillagt forsinkelsesrente med den til enhver tid gjeldende rente i henhold til forsinkelsesrentelovens § 3, første ledd, første punktum, for tiden 9,25 % p.a., fra oppfyllelsesfristen for Høyesteretts dom til betaling skjer."**
- (47) Hjelpeintervenientene, *Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund og Parat*, har i korte trekk anført:
- (48) Frem til april 2002 mente SAS-konsernet at en overføring av "ground handling"-virksomheten i Braathens til SGS hadde karakter av en virksomhetsoverdragelse. Det SGS har gjort ved å begrense overtakelsen av aktiva, er å søke å unngå at reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse. Disse reglene skal beskytte arbeidstakerne, og man kan da ikke la anvendelsen av reglene bero på de valg arbeidsgiver gjør. Arbeidsgivers styringsrett er undergitt en saklighetsbegrensning. Høyesterett må skjære igjennom den konstruksjon som SAS-konsortiet har bygd opp. Transaksjoner mellom parter som står i et innbyrdes økonomisk og rettslig interessefellesskap, må bedømmes ut fra sin faktiske og rettslige totalitet.

- (49) Når selskaper som har et interessefellesskap, slår sammen to likeartede virksomheter og driver dem samlet videre i rasjonalisert form, må utgangspunktet være at det foreligger virksomhetsoverdragelse. Ved vurderingen av om reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse, må det legges vekt på om arbeidstakerne i den situasjon som foreligger, fortjener den beskyttelse som disse reglene gir.
- (50) Det som karakteriserer "ground handling"-tjenester på en flyplass, er flyplassens infrastruktur og øvrig utstyr som blir benyttet, billettsystemer, manualer, varemerke og kundekrets. I dette tilfellet må avisingsutstyret medregnes. SAS-konsortiet har i realiteten hatt full kontroll over alt det utstyr som Braathens disponerte. Selv om man ser bort fra interessefellesskapet, har SAS-konsortiet overtatt tilstrekkelig med verdier til at det foreligger virksomhetsoverdragelse.
- (51) For øvrig har hjelpeintervenientene sluttet seg til de ankende parter anførsler.
- (52) Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund og Parat har nedlagt slik påstand:
- "1. De ankende parter rettigheter og plikter som fulgte av arbeidsavtalene med Braathens ASA er overført til Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden.**
 - 2. Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden ved styrets leder dømmes til å betale saksomkostninger med tillegg av den rente som er fastsatt i medhold av forsinkelsesrentelovens § 3 første ledd, første punktum fra forfall til betaling skjer."**
- (53) Ankemotparten, *Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden*, har i korte trekk anført:
- (54) Det er ikke tilstrekkelig for at arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse, at det blir overført en aktivitet, men det kreves at denne er identisk med den virksomhet som ble drevet av den tidligere virksomhetsutøver. I EF-domstolens praksis finnes det ikke holdepunkter for et slikt skille mellom første og andre generasjons overføringer som de ankende parter har hevdet.
- (55) Det som karakteriserer bakketjenester på en flyplass, er både utstyr og ansatte. Ved overføring av slik blandingsvirksomhet må den nye virksomhetsutøver, for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse, overta både en betydelig del av de ansatte og en vesentlig del av de aktiva som den tidligere utøver benyttet. Det har SAS-konsortiet ikke gjort.
- (56) I den foreliggende sak må overføringen av bakketjenestene og samarbeidsavtalen om avising ses uavhengig av hverandre. Avisingsvirksomheten inngikk ikke i virksomhetsoverdragelsen. Dette fremgår blant annet av rammeavtalen av 10. juni 2002 tredje avsnitt. I SAS-konsortiet ble dessuten avising drevet av en annen forretningsenhet enn bakketjenestene.
- (57) Det er riktig at det i SGS opprinnelig ble forutsatt at reglene om virksomhetsoverdragelse ville komme til anvendelse ved overføringen av bakketjenestene. Når det i april 2002 ble inntatt et annet standpunkt, skyldtes det ny kunnskap om hvor meget utstyr og personell

forretningsenheten hadde behov for. SAS-konsortiet har ikke gjort noe forsøk på å omgå reglene om virksomhetsoverdragelse.

- (58) Ved vurderingen av om identiteten er den samme, kan det ikke legges vekt på flyplassens infrastruktur og utstyr som eies av Avinor. Uansett hvem som skulle ha overtatt bakketjenestene, måtte de ha benyttet infrastrukturen og Avinors utstyr. Infrastrukturen og Avinors utstyr er således ikke med på å karakterisere Braathens' "ground handling"-virksomhet.
- (59) Etter ankemotpartens syn kan det av samme grunn heller ikke legges vekt på at flypassasjerene er de samme, og at SGS ved utførelsen av bakketjenestene for Braathens måtte benytte Braathens' billettsystem.
- (60) Av de som var ansatt i Braathens' bakketjenester, overtok SAS-konsortiet bare 28 %. Dersom man regner etter årsverk, overtok SAS-konsortiet bare 22 %. De personer som ble overtatt, hadde ikke spesielle kvalifikasjoner som var med på å gi Braathens' "ground handling"-virksomhet en karakteristisk identitet.
- (61) Det er heller ikke riktig at SGS overtok bruken av Braathens' varemerke. Navnet "Braathens" ble bare brukt for å vise veg for flypassasjerene. SGS har heller ikke overtatt andre former for immaterielle verdier.
- (62) Etter SAS-konsortiets syn er de krav som EF-domstolen har oppstilt for at virksomhetens identitet skal anses å være i behold etter virksomhetsoverføringen, ikke oppfylt.
- (63) Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden har nedlagt slik påstand:

- "1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
- 2. De ankende parter dømmes til in solidum å betale til Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden sakens omkostninger for Høyesterett med tillegg av den til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3, første ledd, første punktum fra oppfyllelsesfristen til betaling skjer."

- (64) *Mitt syn på saken*
- (65) Jeg er kommet til at anken må tas til følge.
- (66) Ved lovendring i 1992 ble det som nytt kapittel XII A i arbeidsmiljøloven av 1977 gitt regler om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse mv. Anvendelsesområdet for reglene bestemmes av § 73 A, som fastsetter:

"Bestemmelsene i dette kapittel kommer til anvendelse ved overføring av virksomhet eller del av virksomhet til en annen innehaver som følge av overdragelse.

§§ 73 B og 73 C får ikke anvendelse ved overføring fra et konkursbo."

- (67) Arbeidsmiljøloven av 1977 ble med virkning fra 1. januar 2006 erstattet av arbeidsmiljøloven av 2005. Bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse finnes her i kapittel 16. Anvendelsesområdet for disse bestemmelsene fremgår av § 16-1, som lyder slik:

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

(2) §§ 16-2 og 16-4 får ikke anvendelse ved overdragelse fra et konkursbo.”

- (68) Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven av 1977 kapittel XII A og arbeidsmiljøloven av 2005 kapittel 16 gjennomfører EU-direktiver om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse, og det er med den endrede formulering i arbeidsmiljøloven av 2005 ikke tilsiktet noen realitetsendring, se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), side 256 ff. Det nærmere innhold av reglene om virksomhetsoverdragelse må etter dette fastlegges på grunnlag av EU-direktivene.
- (69) Det første direktiv om virksomhetsoverdragelse er rådsdirektiv 77/187/EØF. I artikkel 1 nr. 1 er anvendelsesområdet for direktivet angitt slik:
- ”Dette direktiv skal komme til anvendelse på overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter til en annen innehaver som følge av en kontraktsmessig overdragelse eller en fusjon.”**
- (70) Dette direktivet ble nærmere presisert i rådsdirektiv 98/50/EF på bakgrunn av praksis fra EF-domstolen. Det ble da fastsatt at det skal regnes som en virksomhetsoverdragelse ”når det skjer en overdragelse av en økonomisk enhet som beholder sin identitet, det vil si en samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet, uansett om det dreier seg om hoved- eller bivirksomhet”.
- (71) Ved rådsdirektiv 2001/23/EF ble tekstene i de to nevnte direktiver slått sammen uten noen materielle endringer. Samtidig ble de to tidligere direktivene opphevd.
- (72) For at reglene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse, stilles det etter EF-domstolens praksis for det første krav om at overførselen gjelder en selvstendig økonomisk enhet. De kommer ikke til anvendelse ved overføringer av enkeltaktiva i en virksomhet.
- (73) For det andre stilles det krav om at virksomheten er overført til ny innehaver på grunnlag av kontrakt eller ved sammenslåing av virksomheter (”fusjon”). Det er imidlertid ikke noe vilkår at det foreligger noe direkte kontraktsforhold mellom den tidligere og nye virksomhetsinnehaver, se blant annet EF-domstolens dom av 25. januar 2001 i saken *Oy Liikenne Ab mot Pekka Liskojärvi og Pentti Juntunen* avsnittene 28–30 med nærmere henvisninger til tidligere praksis. I arbeidsmiljøloven er sammenslåingsalternativet ikke uttrykkelig nevnt, da slike transaksjoner er antatt alltid å måtte ha grunnlag i en avtalemessig disposisjon, se Ot.prp. nr. 71 (1991–92), side 33.
- (74) For det tredje må den virksomhet som blir videreført av den nye virksomhetsinnehaver, i det vesentlige være den samme som ble drevet av den tidligere innehaver. Dette er blitt uttrykt på den måte at virksomheten må ha bevart sin identitet etter overføringen.
- (75) I den foreliggende sak er partene enige om at de to førstnevnte vilkår er oppfylt. Spørsmålet er om de ”ground handling”-tjenester som SAS-konsortiet høsten 2002 påtok

seg overfor Braathens' fly, i det vesentlige må anses som den samme virksomhet som ble drevet av Braathens.

- (76) Partene har hatt forskjellig syn på hvorvidt den virksomhet som skal vurderes, bare er den virksomhet som omfattes av rammeavtalen av 10. juni 2002, eller om også avtalen om avising som ble inngått høsten 2002, skal medregnes.
- (77) Etter min mening må avisingsavtalen ses i sammenheng med de øvrige bakketjenestene. Som nevnt i forbindelse med fremstillingen av saksforholdet, ble avisingstjenesten i Braathens drevet som en del av "ground handling"-virksomheten. Det forhold at det er inngått forskjellige avtaler om avising og de øvrige bakketjenestene, kan etter min oppfatning ikke tillegges vekt, da disse avtalene både saklig og tidsmessig står i nær sammenheng med hverandre, jf. EF-domstolens dom 2. desember 1999 i saken G.C. Allen mfl. mot Amalgamated Construction Co. Ltd. avsnitt 32. Ved vurderingen av om virksomhetens identitet er i behold etter overføringen av bakketjenestene til SAS-konsortiet, kan det heller ikke tillegges vekt at avising i SAS-konsortiet – i motsetning til i Braathens – ble drevet av en annen forretningsenhet enn de øvrige bakketjenestene, jf. EFTA-domstolens dom 10. desember 2004 i saken Reidar Rasmussen, Jan Rossavik og Johan Källdman mot Total E&P Norge AS avsnitt 49.
- (78) Den grunnleggende dom om hvordan identitetsvilkåret skal forstås, er EF-domstolens dom av 18. mars 1986 i saken Jozef Maria Antonius Spijkers mot Gebroeders Benedik Abattoir CV og Alfred Bendik en Zonen BV. Domstolen uttaler i denne dommen (avsnittene 11–13):

"Det fremgår ... af en samlet vurdering af direktiv 77/187 og af ordlyden af dettes artikel 1, stk.1, at formålet med direktivet er at sikre en fortsættelse af de bestående ansættelsesforhold inden for en økonomisk enhed, selv om den skifter indehaver, og det må følge heraf, at det afgørende ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, er, om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet.

Et forhold er således ikke omfattet af begrepet overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, blot fordi den pågældende virksomheds aktiver overdrages. I et tilfælde som det i sagen omhandlede må der således ske en nærmere vurdering af, om der er tale om en endnu bestående økonomisk enhed, som afhændes, hvilket navnlig må lægges til grund, såfremt den nye indehaver rent faktisk fortsætter eller genoptager driften i form af de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter.

Ved afgørelsen af, om dette må anses for tilfældet, må der tages hensyn til samtlige omstændigheder omkring afhændelsen, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overtagelse af de fysiske aktiver som for eksempel bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overdragelsen, hvorvidt den nye indehaver overtager størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overtages samt i hvor høj grad de økonomiske aktiviteter før og efter overdragelsen er de samme, og hvor længe virksomhedens drift eventuelt har været indstillet. Det bemærkes dog i denne forbindelse, at alle disse omstændigheder kun kan indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og at de derfor ikke kan vurderes isoleret."

- (79) I EF-domstolens dom 14. april 1994 i saken Christel Schmidt mot Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen ble det presisert at det ikke er noe vilkår for at virksomhetens identitet skal anses å være i behold at det er overført aktiva, men at dette bare er et moment i en samlet bedømmelse (avsnitt 16).

(80) I dom av 7. mars 1996 i saken Albert Merckx og Patrick Neuhuys mot Ford Motors Company Belgium SA fremholdt domstolen at det heller ikke er noe vilkår for at virksomhetens identitet skal anses å være i behold at størstedelen av personalet har fått ansettelse hos den nye virksomhetsinnehaver (avsnitt 26). Saken gjaldt overføring av en rett til å forhandle biler. I dommen ble det konkludert med at rådsdirektiv 77/187/EØF ”skal fortolkes således, at direktivets anvendelsesområde omfatter et tilfælde, hvor et selskab, der er indehaver af en ret til at forhandle automobiler i et bestemt område, indstiller sin virksomhed, og forhandlerretten derefter overdrages til et andet selskab, som overtager en del af personalet og drager fordel af en anbefaling over for kundekredsen, uden at der sker nogen overførsel af aktiver”.

(81) Dette syn er fulgt opp i EF-domstolens dom av 20. november 2003 i saken Carlito Abler mfl. mot Sodexho MM Catering GmbH. Det uttales her at ”den omstændighed, at den nye erhversdrivende ikke overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængeren udførte de samme opgaver, ikke er tilstrækkelig til at udelukke, at der foreligger en overførsel af en enhed”:

”Som det med rette er blevet anført af Det Forenede Kongerige og Kommissionen ville en modsat betragtning være i strid med det, der er det væsentlige formål med direktiv 77/187, nemlig at erhververen, selv mod sin vilje, er forpligtet til at fortsætte de arbejdsaftaler, som overdrageren har indgået med sine ansatte” (avsnitt 37).

(82) På den annen side er det i dom 11. mars 1997 i saken Ayse Süzen mot Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice understreket at det ikke er tilstrekkelig for at virksomhetens identitet skal anses opprettholdt, at ”den tjenesteydelse, som udføres af den gamle og den nye ordremodtager, er den samme”:

”En enhed kan ikke begrænses til den aktivitet, den udfører. Dens identitet består også af andre forhold, som f.eks. det personale, der er ansat i enheden, dens ydre rammer, tilrettelæggelsen af dens arbejde, dens driftsmaade og i givet fald også de driftsmidler, enheden råder over” (avsnitt 15).

(83) Dette er også uttalt i Liikenne-dommen avsnitt 33. Forholdet i denne saken var at driften av sju bussruter i Helsingfors etter en offentlig anbudskonkurranse ble tildelt et nytt busselskap. Det tidligere busselskapet hadde drevet disse rutene med 26 busser. Etter at driften ble overtatt av et nytt busselskap, avskjediget den forrige kontraktsparten 45 sjåførere, hvorav 33 ble ansatt hos den nye. Derimot ble det ikke overført noen aktiva. EF-domstolen kom til at direktivet om virksomhetsoverdragelse ikke kom til anvendelse i et slikt tilfelle. Som begrunnelse uttalte domstolen (avsnittene 37–43):

”Som Domstolen har uttalt, kan en økonomisk enhed navnlig i visse brancher fungere uden væsentlige materielle eller immaterielle aktiver, hvorfor det ikke kan være afgørende for, om enheden opretholdes efter den pågældende transaktion, at der overdrages sådanne aktiver (Süzen-dommen, præmis 18, dommen i sagen Hernández Vidal m.fl., præmis 31, og dommen i sagen Hidalglo m.fl., præmis 31).

Domstolen har således fastslået, at i visse brancher, hvor arbejdskraften 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 av den arbejdsstyrke, som hos forgængeren 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 Hidaglo m.fl., præmis 32).

Bustransport kan ganske vist ikke anses for en aktivitet, der i det væsentligste er baseret på arbejdskraft, idet der kræves omfattende materiel og anlæg (jf. den samme konstatering for så vidt angår anlæg af minegange, dommen i sagen Allen m.fl. præmis 30). Den manglende overførsel af materielle aktiver til drift af de pågældende busruter fra den gamle til den nye kontraktmodtager er en omstændighed, der skal tages i betragtning.

De i hovedsagen sagsøgte advokat har under den mundtlige forhandling understreget den økonomiske værdi af den mellem den ordregivende myndighed YTV og Liikenne indgåede kontrakt ved at anføre, at det drejer sig om et betydeligt immaterielt aktiv. Denne værdi kan ikke bestrides; i tilfælde, hvor en kontrakt skal fornyes, bliver værdien af et sådant immaterielt aktiv ved udløbet af den gamle ordremodtagers kontrakt ganske vist i princippet nul, idet kontrakten netop udbydes.

Såfremt en udbudsprocedure som den i hovedsagen omhandlede forudsætter, at den nye kontraktpart overtager løbende kontrakter med kundekredsen, eller såfremt størstedelen af denne kan anses for bunden, må det ikke desto mindre antages, at der foreligger en overførsel av kundekredsen.

I en branche som regulær offentlig bustransport, hvor de fysiske elementer udgør et væsentligt element i virksomhedsdriften, kan den manglende overførsel fra den gamle kontraktpart til den nye af en væsentlig del af disse elementer, der er uunnværlige for en tilfredsstillende drift af enheden, føre til, at enheden ikke kan anses for at have bevaret sin identitet.

Dette medfører således i en situation som den i hovedsagen omhandlede, at direktiv 77/187 ikke finder anvendelse, såfremt der ikke er overført væsentlige fysiske elementer mellem den gamle kontraktpart og den nye.”

- (84) Det er i flere dommer av EF-domstolen fremholdt at det forhold at virksomheten blir drevet videre i de samme lokalene og ved bruk av det samme utstyr og den samme infrastruktur som den forrige kontraktspart, taler for å anse virksomheten for å være den samme, selv om lokalene, utstyret og infrastrukturen eies av tredjeperson, se for eksempel Abler/Sodexho-dommen avsnitt 36 og dom 15. desember 2005 i saken Nurten Güney-Görres og Gul Demir mot Securicor Aviation (Germany) Ltd. og Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG avsnittene 36–41.
- (85) Jeg er på grunnlag av en samlet bedømmelse av de kriterier som er fastlagt i EF-domstolens praksis, kommet til at de bakketjenester som SAS-konsortiet høsten 2002 påtok seg overfor Braathens’ fly, i det vesentlige må anses som den samme virksomhet som ble drevet av Braathens.
- (86) Som det fremgår av min gjennomgang av EF-domstolens praksis, har domstolen i tilfeller hvor en virksomhet i hovedsak har vært karakterisert av én innsatsfaktor, ved identitetsbedømmelsen ofte lagt utslagsgivende vekt på denne. Etter min oppfatning kan imidlertid ”ground handling”-tjenester på en flyplass ikke karakteriseres ved noen enkelt faktor. Spørsmålet om virksomhetens identitet er i behold etter overføringen, må da avgjøres ut fra en samlet bedømmelse av alle de faktorer som etter EF-domstolens praksis er relevante.
- (87) De ankende parter og hjelpeintervenientene har anført at det må skilles mellom virksomhetsoverdragelse som skjer direkte mellom to parter, og tilfeller hvor det

foreligger et tre parts-forhold, og at det ved overføring mellom to parter som utgangspunkt må legges til grunn at identiteten er i behold dersom aktiviteten videreføres. Etter mitt syn kan man på grunnlag av den foreliggende praksis i EF-domstolen ikke oppstille noe prinsipielt skille mellom disse overføringssituasjonene.

- (88) De ankende parter og hjelpeintervenientene har også anført at når selskaper som har et interessefellesskap – som for eksempel selskaper innenfor samme konsern – slår sammen to likeartede virksomheter og driver dem samlet videre i rasjonalisert form, må utgangspunktet være at det foreligger virksomhetsoverdragelse. Etter min mening er det nok grunn til å tro at identitetsvilkåret i praksis oftere vil være oppfylt ved virksomhetsoverdragelser mellom selskaper som har et interessefellesskap. Spørsmålet om identiteten er i behold, må imidlertid også i disse tilfellene baseres på de kriterier som EF-domstolen har utviklet.
- (89) Når jeg i dette tilfellet er kommet til at identiteten i bakketjenestene er i behold etter overføringen til SAS-konsortiet, har jeg for det første lagt vekt på at tjenestenes art fullt ut er den samme. Den virksomhet SAS-konsortiet overtok, bestod i å betjene Braathens' fly og flypassasjerer med de tjenester som de hadde behov for på flyplassene, og disse tjenestene hadde etter overtakelsen det samme innhold og ble utført på samme måte som av Braathens.
- (90) For det andre har jeg lagt vekt på at SAS-konsortiets betjening av Braathens' fly og flypassasjerer fortsatte i de samme lokaler og i stor grad med bruk av den samme infrastruktur som Braathens tidligere hadde benyttet. Det at lokalene og det vesentligste av infrastrukturen er eid av Avinor, kan i denne forbindelse ikke tillegges noen vekt, jf. Abler/Sodexho-dommen avsnitt 36 og Securicor-dommen avsnittene 36–41.
- (91) For det tredje har jeg lagt vekt på at SAS-konsortiet i forbindelse med overtakelsen av bakketjenestene overtok utstyr for betydelige verdier fra Braathens. Selv om det bare var 95 av rundt 1 000 utstyrsenheter som ble overtatt, utgjorde dette i verdi rundt 25 % av det totale utstyr Braathens benyttet. I tillegg kommer avtalen om leie av avisingsutstyr til en verdi mellom 20 og 25 millioner kroner.
- (92) For det fjerde har jeg lagt vekt på at en ikke ubetydelig andel av de ansatte i Braathens' bakketjenester ble overtatt av SAS-konsortiet. Av totalt 1 130 personer fordelt på 1 066 årsverk ble 265 personer fordelt på ca. 200 årsverk overtatt av SGS.
- (93) For det femte har jeg lagt vekt på at det er den samme kundekrets som ble betjent, nemlig Braathens' fly og flypassasjerer.
- (94) Ut fra en samlet vurdering av disse momentene mener jeg at det må legges til grunn at virksomhetens identitet er i behold etter overføringen.
- (95) Konklusjonen må etter dette bli at arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse, og at de ankende parters rettigheter og plikter som fulgte av arbeidsavtalene med Braathens ASA, er overført til Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden.

- (96) Anken har ført frem. I samsvar med hovedreglene i tvistemålsloven § 180 andre ledd, jf. § 172 finner jeg at SAS-konsortiet må pålegges å betale saksomkostninger til de ankende parter for alle instanser og til hjelpeintervenientene for Høyesterett.
- (97) Omkostningene fastsettes i henhold til oppgaver fra de respektive prosessfullmektigene til kr 536 430 til de parter som er representert av advokat Einar Engh, til kr 409 000 til de parter som er representert av advokat Kjetil Edvardsen og til kr 312 500 til hjelpeintervenientene. For de parter som er representert av advokat Engh, inkluderer omkostningsbeløpet utlegg med kr 29 430 og for hjelpeintervenientene merverdiavgift med kr 62 500. For øvrig utgjør saksomkostningene salær til de respektive prosessfullmektigene.
- (98) Både de ankende parter og hjelpeintervenientene har krevd dom for eventuelle forsinkelsesrenter på saksomkostningene. Kravet må tas til følge, jf. forsinkelsesrenteloven § 2, jf. § 3 første ledd første punktum.
- (99) Jeg stemmer for denne

DOM:

1. De ankende parters rettigheter og plikter som fulgte av arbeidsavtalene med Braathens ASA, er overført til Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden.
2. I saksomkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden til de ankende parter som er representert av advokat Einar Engh, 536 430 – femhundreogtrettisekstusenfirehundreogtretti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
3. I saksomkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden til de ankende parter som er representert av advokat Kjetil Edvardsen, 409 000 – firehundreogtusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
4. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden til Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund og Parat 312 500 – trehundreogtolvtusenfemhundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.

- (100) Dommer **Bruzelius:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (101) Dommer **Stang Lund:** Likeså.
- (102) Dommer **Oftedal Broch:** Likeså.
- (103) Dommer **Gussgard:** Likeså.
- (104) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. De ankende parter rettigheter og plikter som fulgte av arbeidsavtalene med Braathens ASA, er overført til Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden.
2. I saksomkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden til de ankende parter som er representert av advokat Einar Engh, 536 430 – femhundreogtrettisekstusenfirehundreogtretti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
3. I saksomkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden til de ankende parter som er representert av advokat Kjetil Edvardsen, 409 000 – firehundreogtusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
4. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden til Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund og Parat 312 500 – trehundreogtolvtusenfemhundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.