



# NORGES HØYESTERETT

Den 16. mars 2010 avsa Høyesterett dom i

**HR-2010-00473-A, (sak nr. 2009/1618), sivil sak, anke over dom,**

Bardufoss Flyservice AS

(advokat Kjell Heggvoll – til prøve)

mot

Jostein Holmebukt

Erik Rognmo

Bjørn-Tore Fredriksen

Monarth Pedersen

Rune Luis Holmebukt

Tore Henrik Strømseth

Pål Oredalen Tronstad

Ruth-Eva Lynghaug

Frode Bjørkestøl

(advokat Christopher Hansteen – til prøve)

## STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Matheson**: Saken gjelder spørsmål om skifte av leverandør av bakketjenester ved Bardufoss lufthavn representerer en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1.
- (2) Flyruten Bardufoss-Oslo ble tidligere drevet av SAS. Om lag 50 prosent av driftsgrunnlaget består i transport av forsvarspersonell. I 2007 tapte SAS anbudskonkurransen om denne personelltransporten. Norwegian vant konkurransen. Selskapet startet den 1. mai 2008 regulær passasjertrafikk til og fra Bardufoss. SAS la ned sin flyrute med virkning fra 13. mai samme år.

- (3) I den tid SAS trafikkerte ruten, stod datterselskapet Scandinavian Ground Services AS – heretter kalt SGS – for bakketjenestene på Bardufoss lufthavn; det vil si innsjekking og håndtering av passasjerer og bagasje, rengjøring av fly mv. I forbindelse med at Norwegian skulle ta over ruten, avholdt selskapet en anbudskonkurranse for levering av bakketjenester. SGS deltok i konkurransen, men tapte kontrakten til selskapet som nå heter Røros Flyservice AS.
- (4) Røros Flyservice AS etablerte et datterselskap, Bardufoss Flyservice AS, som skulle forestå bakketjenestene på flyplassen. Selskapet startet virksomheten den 1. mai 2008. SGS avviklet sin virksomhet den 12. mai samme år. Selskapene samarbeidet i overgangsperioden, og det var i forbindelse med skiftet av flyoperatør ikke noe driftsavbrudd ved bakketjenestene ved lufthavnen.
- (5) Av de til sammen tolv personene som ble ansatt i Bardufoss Flyservice AS, kom ti personer fra stillinger i SGS. Ni av disse ti reiste ved stevning av 9. juni 2008 sak mot sin nye arbeidsgiver Bardufoss Flyservice AS og nedla påstand om at de var ansatt i selskapet med de samme rettigheter og plikter som fulgte av deres arbeidsavtale med SGS.
- (6) Senja tingrett avsa den 2. januar 2009 dom med slik domsslutning:
- ”1. **Jostein Holmebukt, født 24. oktober 1979, Erik Rognmo, født 22. februar 1968, Bjørn-Tore Fredriksen, født 18. januar 1969, Monarth Pedersen, født 6. februar 1959, Rune Luis Holmebukt, født 26. juni 1978, Tore Henrik Strømseth, født 5. april 1963, Pål Oredalen Tronstad, født 8. april 1977, Ruth-Eva Lynghaug, født 9. juli 1952 og Frode Bjørkestøl, født 3. september 1971, er ansatt i Bardufoss Flyservice AS med de rettigheter og plikter som fulgte av deres arbeidsavtale med Scandinavian Ground Services AS.**
2. **I sakskostnader for tingretten betaler Bardufoss Flyservice AS til saksøkerne i punkt 1 ovenfor 66 791 – sekstisekstusensyhundreogtjue – kroner innen 2 – to – uker fra dommens forkynning.**”
- (7) Bardufoss Flyservice AS anket dommen til lagmannsretten. Hålogaland lagmannsrett avsa den 3. august 2009 dom med slik domsslutning:
- ”1. **Anken forkastes.**
2. **I sakskostnader for tingretten betaler Bardufoss Flyservice AS til ankemotpartene representert ved advokat Sigurd-Øyvind Kambestad 89 291 – åttinitusentohundreogtjue – kroner innen 2 – to – uker fra forkynningen av denne dom.**
3. **I sakskostnader for lagmannsretten betaler Bardufoss Flyservice AS til ankemotpartene representert ved advokat Sigurd-Øyvind Kambestad 77 068 – syttisjotusenogsekstiåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynningen av denne dom.**”
- (8) Bardufoss Flyservice AS har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen. Det er for Høyesterett fremlagt forklaring fra driftsdirektør Stig Bjørnstad i Bardufoss Flyservice AS og fra partene Bjørn-Tore Fredriksen og Erik Rognmo. Forklaringene er avgitt ved bevisopptak. Alle hadde tidligere møtt og avgitt forklaring for lagmannsretten. Saken står for øvrig i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.

- (9) Ankende part, *Bardufoss Flyservice AS*, har i korte trekk gjort gjeldende:
- (10) Det foreligger ingen virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1.
- (11) For det første er vilkåret om at virksomheten må være *overført* til ny innehaver på grunnlag av kontrakt – slik kriteriet etter rettspraksis er å forstå – ikke oppfylt.
- (12) SGS la ned sin virksomhet ved Bardufoss lufthavn etter at SAS tapte anbudskonkurransen om rammekontrakt med Forsvaret. Det ville imidlertid vært fullt mulig for SAS å konkurrere om resten av kundegrunnlaget på Bardufoss lufthavn og på den måten opprettholdt den stedlige aktiviteten til SGS. Når nedleggelsesalternativet likevel ble valgt, står man overfor et tilfelle av ren suksessjon av to kontrakter om levering av de samme eller liknende tjenester. Det foreligger ingen overføring av virksomhet på grunnlag av kontrakt.
- (13) For det annet er vilkåret om at virksomheten må ha bevart sin *identitet* etter overføringen, heller ikke oppfylt.
- (14) Bardufoss Flyservice AS' tjenesteproduksjon skiller seg fra det ytre uttrykk, de løsninger og den driftsmåte forgjengeren SGS benyttet for å kunne betjene SAS. Dette har først og fremst sammenheng med at Bardufoss Flyservice AS' tjenester profilerer flyselskapet Norwegian, og ikke flyselskapet SAS. Tjenestene er dessuten tilpasset Norwegians lavpriskonsept og flyprogram. Dette har betydning for tilretteleggelsen av bakketjenestene, både med hensyn til innhold og driftsmåte, og gir virksomheten en annen identitet enn tidligere.
- (15) Det spiller liten rolle at tjenesteproduksjonen drives i de samme fremleide lokalene og med den samme infrastrukturen som forgjengeren benyttet. Dette er en konsekvens av virksomhetens karakter. Slike rammer vil gjelde for enhver leverandør av bakketjenester på en flyplass.
- (16) Bardufoss Flyservice AS har ikke overtatt noe av det bakkeutstyret som er nødvendig for operasjonen fra SGS, men leiet utstyr for en ikke ubetydelig verdi inn fra morselskapet. Skiftet av utstyr er med på å endre virksomhetens identitet.
- (17) De ansatte er rekruttert etter en åpen ansettelsesprosess. Ingen er overtatt etter avtale med SGS. Det høye antall tidligere SGS-ansatte blant arbeidsstokken, skyldes kun at det var naturlig å velge ut personer med erfaring fra bakketjenester, ikke at disse hadde en særskilt kompetanse som Bardufoss Flyservice AS var avhengig av å sikre seg.
- (18) Ved tvil om identitetskravet er oppfylt, må hensynet til konkurransen tale mot at arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse. Dette gjelder særlig i situasjoner der størrelsen på lønnskostnadene – som i saken her – er av stor betydning for selskapets konkurransevne. EØS-avtalens formål om etablering av felles regler og like konkurransevilkår tilsier at det må kunne legges vekt på slike konkurransehensyn.
- (19) Bardufoss Flyservice AS har nedlagt slik påstand:

**”1. Bardufoss Flyservice AS frikjennes.**

2. Bardufoss Flyservice AS tilkjennes saksomkostninger for alle instanser.”

- (20) Ankemotpartene, *Jostein Holmebukt mfl.*, har i korte trekk anført:
- (21) Vilkåret om at det må ha funnet sted en *overføring* av virksomhet til ny innehaver på grunnlag av kontrakt, er oppfylt.
- (22) Det kreves ikke at det foreligger noe direkte kontraktsforhold mellom den tidligere og den nye innehaveren av virksomheten. Et indirekte kontraktsforhold er tilstrekkelig. Et slikt indirekte kontraktsforhold foreligger ved kontraktsmessige forbindelser gjennom flere ledd. Dette bekreftes også av at Bardufoss Flyservice AS, i likhet med SGS, har en uformell relasjon til Forsvaret, blant annet ved at selskapet utfører de-icing av Forsvarets fly, og har tilgang på Forsvarets jetstarter.
- (23) Under enhver omstendighet er kravene til overføring etter rettspraksis svært små. Mye tyder på at overføringskravet etter hvert er blitt så utvannet at det ikke lenger gjelder noe slikt selvstendig krav for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse i lovens forstand, jf. Barrett, *Common Market Law Review* 2005 side 1060 på side 1078.
- (24) Vilkåret om at virksomheten må ha bevart sin *identitet* etter overføringen, er også oppfylt.
- (25) Det må ved bedømmelsen tas utgangspunkt i at det bare er plass til én leverandør av bakketjenester ved Bardufoss lufthavn. Videre må det legges vekt på at leverandørskiftet ikke medførte noe avbrudd i produksjonen av bakketjenestene.
- (26) Grunnlaget for tjenesteleveransen er en *standard* bransjeavtale. Den nye virksomhetens art og innhold er etter dette den samme som den tidligere.
- (27) Endringer i den nye leverandørens organisering av tjenesteproduksjonen, endrer ikke virksomhetens identitet.
- (28) Fundamentet for bakketjenestene er den samme kategori flypassasjerer som tidligere, nemlig Forsvarets personell og de sivile flyreisende. Det spiller i så måte mindre rolle at tjenesteleverandørens betalende kunde – nemlig flyselskapet – er en annen enn tidligere.
- (29) Det er ikke relevant for bedømmelsen at tilsettingen er foretatt etter en åpen rekrutteringsprosess og ikke etter avtale med SGS. Dersom gjennomføringen av ansettelsesprosessen skulle vært avgjørende, ville det ligget til rette for omgåelser av stillingsvernet. Det sentrale ved identitetsvurderingen er at så mye som 70 prosent av de ansatte i SGS er blitt tilsatt i Bardufoss Flyservice AS.
- (30) Bardufoss Flyservice AS' bakketjenester utøves i de samme lokaler og med samme infrastruktur som SGS benyttet. Dette gjør at tjenesteproduksjonen fremstår som i det vesentlige den samme som tidligere. Bardufoss Flyservice AS' innleie fra morselskapet av eget bakkeutstyr, kan ikke tillegges avgjørende betydning i noen annen retning.
- (31) Hensynet til konkurransen har ingen plass ved vurderingen av identitetsspørsmålet; selv ikke i tvilstilfeller. Det kan her blant annet vises til arbeidsmiljøloven § 16-1 annet ledd, som krever en konkurssituasjon før stillingsvernet må vike ved virksomhetsoverdragelse.

(32) Jostein Holmebukt mfl. har nedlagt slik påstand:

”1. Anken forkastes.

2. Bardufoss Flyservice AS dømmes til å betale ankemotpartenes saksomkostninger for Høyesterett.”

(33) *Mitt syn på saken*

(34) Jeg er kommet til at anken må forkastes.

(35) Arbeidsmiljøloven § 16-1 lyder:

”(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.”

(36) Arbeidsmiljølovens kapittel 16 gjennomfører i norsk rett det konsoliderte EU-direktivet 2001/23/EF om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Av fortalen til direktivet fremgår at disse reglene har et sosialt formål. I punkt 3 heter det:

”Det er nødvendig at fastsette bestemmelser til beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af ny indehaver især for at sikre varetagelsen af deres rettigheder .”

(37) Høyesterett har i Rt. 2006 side 71 (SAS-dommen) avsnitt 66 flg. redegjort for de vilkår EF-domstolen har utviklet for anvendelse av reglene om virksomhetsoverdragelse. Arbeidsmiljøloven § 16-1 må fortolkes i samsvar med denne rettspraksisen, slik som lagt til grunn i Rt. 1997 side 1954 på side 1960 under henvisning til EØS-avtalens artikkel 6.

(38) Som angitt i SAS-dommen, stilles for det første et krav om at overføringen gjelder en selvstendig økonomisk enhet (avsnitt 72).

(39) For det annet stilles det et krav om at virksomheten er overført til ny innehaver på grunnlag av kontrakt eller ved sammenslåing av virksomheter. Kontraktsalternativet krever imidlertid ikke noe direkte kontraktsforhold mellom den tidligere og den nye virksomhetsinnehaveren (avsnitt 73).

(40) For det tredje er det et vilkår at den virksomhet som blir videreført av den nye virksomhetsinnehaveren, i det vesentlige er den samme som ble drevet av den tidligere innehaveren (avsnitt 74). Det sies gjerne at virksomheten må ha bevart sin identitet etter overføringen.

(41) Partene er enige om at SGS' bakkjetjenester ved Bardufoss lufthavn utgjør en selvstendig økonomisk enhet i lovens forstand. Tvisten knytter seg derfor til om de to øvrige vilkårene for anvendelse av arbeidsmiljøloven § 16-1 er oppfylt; nemlig vilkåret om at det må foreligge en *overføring* av virksomhet på grunnlag av kontrakt slik dette er forstått etter loven, og vilkåret om at virksomheten har beholdt sin *identitet* etter overføringen.

(42) Jeg ser først på vilkåret om at det må foreligge en *overføring* av virksomhet i lovens forstand.

- (43) Bardufoss Flyservice AS har gjort gjeldende at den foreliggende sak er et tilfelle av ren suksesjon ved at SGS valgte å legge virksomheten ned etter å ha tapt anbudskonkurransen. Det er i den forbindelse anført at man da ikke har med overføring av virksomhet å gjøre. Synspunktet er søkt forankret i EFTA-domstolens uttalelse i sak E-2/96 av 19. desember 1996 (Ulstein-saken) avsnitt 27. Det heter der at en ren suksesjon av to kontrakter om levering av de samme eller liknende tjenester som regel ikke vil være tilstrekkelig til at det foreligger noen overdragelse.
- (44) Dette vil normalt være situasjonen der virksomheten er endelig opphørt før den starter opp igjen, jf. Ot.prp. nr. 71 (1991–1992) på side 32. Jeg kan imidlertid ikke se at det er dette som har funnet sted i den foreliggende sak. Jeg nøyer meg her med å vise til at det i forbindelse med leverandørskiftet ikke var noe driftsavbrudd ved produksjonen av bakketjenester ved Bardufoss lufthavn, og at det neppe er tilstrekkelig passasjergrunnlag for en konkurrerende bakketjeneste ved flyplassen.
- (45) Jeg kan for øvrig ikke se at EFTA-domstolen i den uttalelsen det er vist til, har uttalt annet enn at det kreves noe mer enn utelukkende et leverandørskifte – omtalt som ”suksesjon” – for at det skal foreligge virksomhetsoverdragelse i lovens forstand.
- (46) Ankemotpartene har derimot gjort gjeldende at kravet til overføring etter arbeidsmiljøloven § 16-1 er oppfylt ettersom det foreligger et indirekte kontraktsforhold om virksomhetsoverføring. Dette er jeg enig i.
- (47) Utgangspunktet etter EF-domstolens praksis er at et skifte av leverandør kan innebære en overføring av virksomhet i direktivets forstand selv om den tidligere og den nye leverandøren ikke har inngått noen kontrakt om dette. Dette vil blant annet være situasjonen der oppdragsgiveren skifter leverandør i forbindelse med *anbudskonkurranse*, jf. eksempelvis EF-domstolens dom i sak C-172/99 av 25. januar 2001 (Liikenne-dommen).
- (48) Jeg bemerker her at EF-domstolens forståelse av hva som er en ”kontraktsmessig overdragelse” i henhold til direktiv 2001/23/EF artikkel 1 nr. 1 bokstav a, ikke nødvendigvis er sammenfallende med hva som følger av en naturlig språklig forståelse av dette begrepet. I arbeidsmiljøloven § 16-1 er ”overdragelse” da også definert som *overføring* av en selvstendig enhet uten at dette etter ordlyden er knyttet opp mot noe krav til kontrakt eller kontraktslignende arrangement.
- (49) Departementet har i Ot.prp. nr. 71 (1991–1992) på side 32 under henvisning til flere avgjørelser fra EF-domstolen, uttalt at det ved tolkningen må anlegges en vid forståelse av hva som ligger i direktivets begrepsbruk på dette punktet.
- (50) EF-domstolen har i sin praksis her anlagt en formålsoverordnet tolkning i favør av arbeidstakernes behov for beskyttelse, se blant annet avgjørelsen i sak 135/83 av 7. februar 1985 (Abels-saken). Der heter det i avsnitt 13 at bestemmelsens rekkevidde ikke kan bedømmes på grunnlag av ordlyden alene. Om ordlydens betydning heter det så:

**”Dens betydning maa foelgelig afklares paa baggrund af direktivets opbygning, dets placering i det faelleskabsretlige system i forhold til konkursordningerne samt dets formaal.”**

- (51) Den videre bedømmelse av om det i foreliggende sak er foretatt en overføring av virksomhet, må foretas på bakgrunn av disse utgangspunktene som altså favner svært vidt.
- (52) Spørsmålet om det foreligger overføring av virksomhet i et saksforhold som ligger tett opp til vår sak, var tema for EF-domstolen i sak C-51/00 av 24. januar 2002 (Temco-dommen).
- (53) Dommen gjaldt kontrakt om renholdstjenester som Volkswagen hadde inngått med renholdsbedriften BMV. BMVs datterselskap GMC hadde utført renholdet som en underentreprise. Volkswagen sa opp kontrakten med BMV og inngikk ny kontrakt om renholdstjenester med selskapet Temco. GMC stod etter oppsigelsen uten oppdrag. Fire ansatte i GMC hevdet det forelå en virksomhetsoverdragelse. Om dette heter det i dommens avsnitt 32:

**”Den omstændighed, at den overdragende virksomhed ikke er den, som har indgået den første kontrakt med ordregiveren, men kun er medkontrahentens underentreprenør, er uden betydning for selve begrebet overførsel som følge af overdragelse, idet det er tilstrækkeligt, at den pågældende overførsel sker som led i kontraktforhold, selv hvis de kun er indirekte kontraktforhold. I hovedsagen fremgår det, at GMC's forhold til Volkswagen var af kontraktmæssig karakter i direktivets forstand, for så vidt som BMV, der af Volkswagen havde fået den pågældende arbejdsopgave overdraget ved en entreprisekontrakt, derefter i henhold til en underentreprisekontrakt overdrog GMC at opfylde kontrakten. Sådanne underentreprisekontrakter skaber i øvrigt direkte forbindelser mellem ordregiveren og underentreprenøren, som kan være af juridisk karakter, f.eks. ved direkte betaling, og som under alle omstændigheder er faktiske forbindelser, herunder tilsyn og daglig kontrol af det udførte arbejde. Disse forbindelser har så meget større betydning i hovedsagen, som GMC blev stiftet som datterselskab af BMV udelukkende til at opfylde den rengøringskontrakt, som BMV havde indgået, over for Volkswagen.”**

- (54) Temco-dommen må etter min oppfatning forstås slik at en underentreprise etablerer et indirekte kontraktsforhold mellom den bakenforliggende oppdragsgiveren og underleverandøren som produserer tjenesten. Dette indirekte kontraktsforholdet er tilstrekkelig til at virksomheten i underleverandørleddet også anses overført når oppdragsgiveren overfører sin kontrakt til ny leverandør som ledd i kontraktsforhold.
- (55) Dette prinsippet må etter mitt syn også gjelde i et tilfelle som vårt der ikke hele tjenesteomfanget etter den bakenforliggende kontrakten er overlatt til en underleverandør, men der underleveransen kun omfatter en del av hva som er påkrevd for å kunne levere den totale tjenesten. En rammekontrakt om flygning av Forsvarets personell forutsetter i så måte at operatøren har tilgang på nødvendige bakketjenester ved lufthavnen. Så lenge SAS var leverandør av flytjenester til Forsvaret, var denne oppgaven overlatt til SGS. Da kontrakten om slike tjenester gikk over til Norwegian, ble Bardufoss Flyservice AS engasjert til å utføre disse underliggende oppgavene.
- (56) Det må her tilføyes at den bakenforliggende kontrakten med Forsvaret bare representerer om lag 50 prosent av passasjergrunnlaget ved flyplassen. For den sivile trafikken – som altså utgjør den andre halvparten av trafikkgrunnlaget – finnes ingen bakenforliggende kontrakt. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende for spørsmålet om overføringen i foreliggende sak har funnet sted som ledd i kontraktsforhold. Jeg legger her avgjørende vekt på at det – som jeg tidligere har vært inne på – ikke kan antas å være trafikkgrunnlag for konkurrerende etableringer ved flyplassen. Kontrakt med Forsvaret er derfor trolig en

avgjørende forutsetning for den som etablerer seg med et regulært flytilbud ved Bardufoss lufthavn.

- (57) Det er i avsnitt 32 i Temco-dommen pekt på de muligheter en underentreprise skaper for direkte forbindelser mellom oppdragsgiveren og underentreprenøren av enten juridisk eller faktisk karakter, ”herunder tilsyn og daglig kontrol af det udførte arbejde”. Jeg oppfatter dommen slik at denne type forbindelser kan gi konkret støtte for at det faktisk etableres et indirekte kontraktsforhold som kan være gjenstand for overføring.
- (58) Slike forbindelser finnes også mellom leverandøren av bakketjenester og Forsvaret som oppdragsgiver i vår sak. Slik saken er blitt opplyst, vil dette blant annet gjelde i tilknytning til ordningen med de-icing av Forsvarets fly, lån av jetstarter og rydding av flyplassen. I tjenesteproduksjonen gjøres det også noe bruk av Forsvarets lokaler. Det vil i det daglige dessuten ligge naturlig til rette for direkte kontakt mellom Bardufoss Flyservice AS og Forsvaret som bruker av tjenesten for sitt personell. Disse relasjonene gir en ytterligere bekreftelse på at man har å gjøre med et indirekte kontraktsforhold.
- (59) Jeg er etter dette kommet til at det foreligger en overføring av virksomhet i lovens forstand. Det er derfor ikke nødvendig for meg å ta stilling til om det – som antydnet av ankemotpartene – ikke lenger stilles noe krav om overføring av virksomhet på grunnlag av kontrakt, men at det eneste avgjørende er at leverandøren er skiftet ut med en ny.
- (60) Jeg går så over til å se på om vilkåret om at virksomheten må ha beholdt sin *identitet* etter overføringen, er oppfylt.
- (61) Den grunnleggende dommen om hvordan identitetsvilkåret skal forstås, er EF-domstolens avgjørelse i sak 24/85 av 18. mars 1986 (Spijkers-dommen). Det gjøres i dommen rede for hvilke momenter det skal tas hensyn til ved bedømmelsen av om vilkåret er oppfylt. I avsnitt 13 heter det:

”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.”

- (62) Førstvoterende gjennomgår i SAS-dommen avsnitt 79 flg. hvordan enkeltstående momenter som inngår i helhetsbedømmelsen, etter EF-domstolens praksis har slått ut i identitetsvurderingen. I avsnitt 86 heter det:

”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.”



- (63) En slik samlet bedømmelse må også foretas i saken her.
- (64) Flere momenter taler for at identitetskravet etter arbeidsmiljøloven § 16-1 er oppfylt.
- (65) Ved bedømmelsen står rettsgrunnlaget for tjenesteleveransen sentralt. Bakketjenestene utføres i henhold til en standard bransjekontrakt. Dette – sammenholdt med at bakketjenester som sådan må antas å være nokså standardiserte – gir en indikasjon på at den virksomhet som nå drives av Bardufoss Flyservice AS, i det vesentlige er den samme som den tidligere.
- (66) Virksomheten foregår dessuten i de samme lokaler og med den samme infrastruktur som forgjengeren benyttet. I SAS-dommen er det i helhetsvurderingen lagt stor vekt på at virksomheten ble videreført under de samme strukturelle rammer (avsnitt 90). Standpunktet bygger på EF-domstolens avgjørelse i sak C-340/01 av 20. november 2003 (Abler-dommen) avsnitt 36. Som det fremgår av SAS-dommen avsnitt 90, spiller det i denne forbindelse ingen rolle at lokaler og infrastruktur er stillet til rådighet av en tredjepart – her Avinor.
- (67) Jeg kan ikke se at det ved denne bedømmelsen spiller nevneverdig rolle at Bardufoss Flyservice AS selv har skaffet annet bakkeutstyr som kreves for oppdragsutførelsen. Det er i foreliggende sak særlig tale om trappebiler og utstyr for håndtering og transport av bagasje, samt datautstyr. Jeg legger her vekt på at selskapets eget utstyr bare er en mindre del av det totale fysiske rammeverket som produksjonen av bakketjenestene forutsetter.
- (68) Det høye antallet tidligere SGS-ansatte i arbeidsstokken taler også for at identitetskravet er oppfylt. Så mye som 70 prosent av de ansatte i SGS fikk tilsetning i Bardufoss Flyservice AS. Det kan ikke her spille noen avgjørende rolle at dette er resultatet av en åpen tilsetningsprosess. Dersom bruk av åpne prosesser skulle gjøre det irrelevant ved identitetsvurderingen å legge vekt på hvor mange tidligere ansatte man har tatt inn, ville det være lett å omgå regelverket og sette bestemmelsenes sosiale formål til side.
- (69) Fundamentet for bakketjenesten er for så vel SGS som Bardufoss Flyservice AS, Forsvarets behov for flytjenester. Slik som i Spijkers-dommen avsnitt 13, er kundekretsen dermed i all hovedsak den samme som tidligere. Dette taler også for at den nye virksomheten er en videreføring av den tidligere virksomheten. Identitetsspørsmålet kan etter mitt syn under disse omstendigheter ikke løses bare på grunnlag av at den betalende kunden nå er Norwegian, og ikke SAS.
- (70) Det fremgår imidlertid av EF-domstolens avgjørelse i sak C-13/95 av 11. mars 1997 (Süzen-dommen) avsnitt 15 at identitetsspørsmålet også kan avhenge av hvorvidt mer interne forhold ved virksomheten har endret seg etter overføringen, nærmere bestemt ”tilrettelæggelsen af dens arbejde, dens driftsmaade”.
- (71) Bardufoss Flyservice AS har her gjort gjeldende at selskapets profilering og arbeid for flyselskapet Norwegian, og ikke SAS, gjør at identitetskravet ikke er oppfylt. Synspunktet er blant annet begrunnet med at Norwegians lavpriskonsept har betydning for utførelsen av bakketjenesten og dermed endrer virksomhetens innhold. Konseptet innebærer blant annet at kompetansekravene hos de tilsatte er blitt senket, at arbeidet er organisert slik at det arbeides mer på tvers av faggrensene, og at det er behov for mindre administrasjon lokalt. Dataløsningene for innsjekking av passasjerer er dessuten endret.

- (72) Jeg kan ikke se at disse anførselene kan føre frem.
- (73) Som jeg allerede har vært inne på, følger det av bakkjetjenesters karakter og av de standardavtaler som er inngått, at tjenestene ved flyplassen ikke endrer seg vesentlig med hvem som utfører dem. Jeg kan ikke se at dette utgangspunktet endres av at tjenesten får nye ytre kjennetegn og for øvrig organiseres personellmessig og datateknisk på en ny måte. En ny tjenesteleverandør vil normalt benytte andre ytre kjennetegn på sine tjenester enn forgjengeren. Dersom en slik klassisk endring skulle medføre at virksomhetens identitet i lovens forstand ble endret, vil det sjelden kunne foreligge en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1.
- (74) Jeg kan heller ikke se at det i saken er godtgjort noe om at ny tilrettelegging av bakkjetjenestene gjennom mer arbeid på tvers av faggrensene og nye dataløsninger, har endret innholdet av tjenesteproduksjonen nevneverdig – det være seg hvordan de produseres internt i selskapet eller hvordan de kommer til uttrykk overfor passasjerene. For eksempel er det ikke påvist at forskjellene mellom Norwegians og SAS' flyprogram berører bakkjetjenestene som sådan i noen særlig grad, ut over at innsjekkingsrutiner og dataløsninger må tilpasses de respektive flyselskapene.
- (75) Jeg nevner til sammenligning at Høyesterett i Rt. 1997 side 1954 (Løten-dommen) kom til at identitetskravet ikke var oppfylt i forbindelse med at kommunen tok tilbake organiseringen av et skolefritidstilbud fra en privat aktør og etablerte dette i egen regi. Det ble i dommen lagt avgjørende vekt på at det var foretatt endringer i kravene til de ansattes kvalifikasjoner, og at dette endret virksomhetens tilbud og ambisjoner overfor brukerne av institusjonen. Jeg kan ikke se at det i foreliggende sak er påvist noen tilsvarende endringer av bakkjetjenestens innhold som følge av ny tilretteleggelse eller driftsmåte.
- (76) Jeg legger her til at EFTA-domstolen i sak E-2/04 (Total-dommen) avsnitt 48 i tilknytning til spørsmålet om tjenesten var en annen fordi det var andre som utførte dem, har uttalt:
- ”Det avgjørende er om de samme oppgavene fortsatt vil bli utført. En annen løsning ville gjøre anvendelsen av Direktivet avhengig av hvordan erververen organiserte sitt arbeid.”**
- (77) Etter min oppfatning er uttalelsen også relevant for foreliggende sak, idet det ikke er blitt påvist at ny tilretteleggelse og driftsmåte har endret på at det er de samme oppgavene som utføres.
- (78) Jeg er etter dette kommet til at bakkjetjenestene har bevart sin identitet etter overføringen.
- (79) Jeg bemerker avslutningsvis at konkurransehensyn ikke har noen plass ved vurderingen av om reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse. Reglernes formål er som nevnt å beskytte arbeidstakernes rettigheter ”i tilfælde af ny indehaver”, slik jeg allerede har sitert fra fortalen til direktivet. Det er her tilstrekkelig for meg å vise til at EF-domstolen i Liikenne-dommen har uttalt at konkurranse ”ikke [kan] begrunde, at sociallovgivning ikke finder anvendelse”, jf. avsnitt 24. Det er etter min oppfatning etter dette sikker rett at det ved konkurranse om kontrakter ikke kan gjøres unntak fra anvendelsen av arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse med den

begrunnelse at dette vil svekke potensielle leverandørers incitament til å konkurrere. Dette vil være i strid med reglenes klart uttalte sosiale formål. Leverandørene er for tilfeller som omfattes av regelverket, henvist til å konkurrere på andre parametere enn arbeidstakernes rettigheter.

- (80) Jeg er etter dette kommet til at skiftet av leverandør av bakketjenester fra SGS til Bardufoss Flyservice AS ved Bardufoss lufthavn, representerer en virksomhetsoverdragelse i henhold til arbeidsmiljøloven § 16-1. Ankemotpartene er dermed ansatt i Bardufoss Flyservice AS med de rettigheter og plikter som fulgte av deres arbeidsavtale med SGS.
- (81) Avgjørelsen bygger som nevnt på praksis, særlig fra EF-domstolen, hvor reglene om virksomhetsovertagelse er gitt et noe videre omfang enn det som naturlig følger av en rent språklig forståelse av begrepet. Som det har fremgått, ligger det konkrete saksforhold etter min mening innenfor det som skal anses som virksomhetsoverdragelse etter denne praksis, selv om det ikke ligger i kjerneområdet.
- (82) Ankemotpartene har etter dette vunnet saken, og tilkjennes etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd sakskostnader. For Høyesterett har ankemotpartene krevd dekket kroner 133 321 i sakskostnader, hvorav kroner 120 600 utgjør salær. Kravet tas til følge.
- (83) Jeg stemmer for denne

#### D O M :

1. Anken forkastes.
  2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Bardufoss Flyservice AS til Jostein Holmebukt, Erik Rognmo, Bjørn-Tore Fredriksen, Monarth Pedersen, Rune Luis Holmebukt, Tore Henrik Strømseth, Pål Oredalen Tronstad, Ruth-Eva Lynghaug og Frode Bjørkestøl i fellesskap 133 321 – etthundreogtrettitretusentrehundreogtjuen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
- (84) Dommer **Webster:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (85) Dommer **Øie:** Likeså.
- (86) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (87) Dommer **Gjølstad:** Likeså.

(88) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Bardufoss Flyservice AS til Jostein Holmebukt, Erik Rognmo, Bjørn-Tore Fredriksen, Monarth Pedersen, Rune Luis Holmebukt, Tore Henrik Strømseth, Pål Oredalen Tronstad, Ruth-Eva Lynghaug og Frode Bjørkestøl i fellesskap 133 321 – etthundreogtrettitretusentrehundreogtjuen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: