

Notat

Til: Styret i Sykehusinnkjøp HF
Fra: Tina Elisabeth Ravn, advokat jur.avd. HSØ RHF

Dato: 19.februar 2016
Sak: Virksomhetsoverdragelse

DEL 1: Virksomhetsoverdragelse/omstilling.

1. Innledning

Overføring av virksomhet fra HINAS, Sykehuspartner HF vil være omfattet av arbeidsmiljølovens regler ("aml") om virksomhetsoverdragelse. Både overdragelse i form av kjøp/salg, fusjon og fisjon er omfattet.

Vilkårene for virksomhetsoverdragelse behandles kort i Del 1, punkt 2 fordi det er aktuelt å overføre hele eller deler av annen virksomhet enn Sykehuspartner HF og HINAS til Sykehusinnkjøp HF. For HINAS og Sykehuspartner HF legges det til grunn at det er besluttet at overdragelsen skal skje som virksomhetsoverdragelse. Vilkårene for virksomhetsoverdragelse synes for øvrig også å være oppfylt.

Overdragelsene vil innebære en omstilling av virksomhetene og de berørte arbeidstakere, - enten hele eller deler av virksomhetene skal overdras. Nedenfor følger en oversikt over reglene som har betydning når virksomhetsoverdragelsen/ omstillingen skal håndteres i forhold til arbeidstakerne. Arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse er viet mest oppmerksomhet. Omstillingsreglene er kort behandlet i del 3.

Det tilligger virksomhetseieren å treffe beslutning om omstilling og også sørge for en forsvarlig gjennomføring, herunder at de arbeidsrettslige reglene følges. For helseforetak er det styret som utøver denne funksjonen.

Arbeidsmiljøloven gir regler om hvilke vilkår som må være til stede for at en prosess kan gjennomføres samt hvilken fremgangsmåte som skal benyttes. Det vil også være et spørsmål om hvilken praktisk gjennomføring som skal velges innenfor lovens handlingsrom.

Det legges til grunn at det er fastsatt at ingen arbeidstakere blir overflødige som følge av overdragelsen.

Det må også foreligge en viss struktur (organisasjonsplan) over hvordan ny virksomhet skal være for at arbeidstaker som skal overdras, skal kunne ta stilling til reservasjonsretten samt for å muliggjøre en forsvarlig innplassering i stilling.

Arbeidsmiljølovens kapittel 16 (Virksomhetsoverdragelse) inneholder regler om følgende:

- Anvendelsesområdet, aml § 16-1. Vilkår for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse i lovens forstand
- Overføring av arbeidsforholdet, hvilke rettigheter og plikter som overføres, herunder kollektive pensjonsrettigheter og tariffavtale, samt de tillitsvalgtes rettsstilling, jf. aml § 16-2 (lønns og arbeidsvilkår) og § 16-3 (reservasjonsrett).
- Forbud mot oppsigelse på grunn av virksomhetsoverdragelsen, jf. aml 16-4.
- Informasjon og drøfting med arbeidstakerrepresentanter og arbeidstakere, jf. aml § 16-5 (informasjon og drøfting med tillitsvalgte), aml § 16-6 (informasjon til arbeidstaker) og aml § 16-7 (representasjon).

2. Vilkår for virksomhetsoverdragelse

Det er tre hovedvilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse i lovens forstand.

For det første stilles det krav om at overførselen må gjelde en selvstendig økonomisk enhet. Grensen nedad trekkes mot overføring av gjenstander eller aktiva. Overføring av for eksempel kantineoppgaver kan være omfattet selv om det bare er aktiviteten, - kantineoppgavene som overføres. Rettspraksis har også slått fast at overføring av en person kan være en selvstendig økonomisk enhet.

For det andre stilles det krav om at virksomheten som er overført til ny innehaver på grunnlag av en kontrakt. I praksis er dette vilkåret mer eller mindre bortfortolket. Dette innebærer at det ikke er et vilkår at det foreligger en avtale mellom overdragende og overtakende virksomhet.

Det tredje vilkåret er at virksomheten må ha bevart sin identitet etter overførselen. I praksis er dette det viktigste vilkåret. Kravet til identitet innebærer at den virksomhet som blir videreført, i det vesentligste er den samme som den som ble drevet i overdragende virksomhet. Rettspraksis har oppstilt flere momenter som er relevante i vurderingen. For eksempel om tjenestene som blir levert er de samme før og etter overdragelsen, om virksomhetene fortsetter i samme lokaler, om det er overtatt verdier, hvor stor del av de ansatte er overført, om kundekretsen er den sammen med videre.

3. Arbeidstakers rettigheter og plikter ved overføring

3.1 Arbeidsforholdene overføres

Ved en virksomhetsoverdragelse har de ansatte rett til å være med over til ny arbeidsgiver. Arbeidsforholdet videreføres og arbeidstakerne opprettholder rettigheter og plikter.

Arbeidsforholdet i HINAS og Sykehuspartner HF vil opphøre på overdragelsestidspunktet, uten oppsigelse. Fra samme tidspunkt anses arbeidstaker for å være ansatt i Sykehusinnkjøp HF. Der hvor en del av virksomheten overdras, slik som kan være aktuelt for Sykehuspartner HF må det tas stilling til hvem av de ansatte som skal omfattes av overføringen. Det avgjørende er hvilken del arbeidstakerne er knyttet til. Det må således først tas stilling til hvilken del av for eksempel Sykehuspartner HF som skal overføres.

3.2 Lønns og arbeidsvilkår, herunder tariffavtaler og kollektive pensjonsordninger

Utgangspunktet er at alle rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtalen og arbeidsforholdet pr. overdragelsestidspunkt overføres til ny arbeidsgiver, jf. aml § 16-2. Arbeidsforholdet vil fortsette å løpe som tidligere, herunder beholder alle ansatte opparbeidet tjenesteansiennitet. Det praktiske (eventuelle krav så som reiseutgifter, feriepenger mv.) reguleres her i avtale mellom overdragende (HINAS, Sykehuspartner HF mv.) og overtakende virksomhet (Sykehusinnkjøp HF).

Også gjeldende tariffavtale for de overdragende enheter vil overføres til Sykehusinnkjøp HF med mindre Sykehusinnkjøp HF reserverer seg skriftlig til fagforeningen innen tre uker fra overdragelsen. Dersom Sykehusinnkjøp HF skulle velge å reservere seg mot at tariffavtalen skal følge med overdragelsen, står adgangen til arbeidskamp for å oppnå tariffavtale åpen for arbeidstakerne på alminnelig måte, ref. at de ordinære reglene som gjelder for tariffbundne parter i tarifforhold etter arbeidstvistloven/tariffretten, herunder fredspliktreglene ikke kommer til anvendelse.

Forutsatt at Sykehusinnkjøp HF ikke reserverer seg vil tariffavtale for ansatte i Sykehuspartner HF og HINAS følge med.

Det er ikke mulig å reservere seg mot individuelle rettigheter som følger av tariffavtalen. Disse vil gjelde inntil tariffperioden utløper eller det inngås ny tariffavtale som er bindende for Sykehusinnkjøp HF og de overførte arbeidstakerne. Dette har blant annet betydning for særskilte ferierettigheter som måtte følge av tariffavtalen, men ikke av den enkeltes arbeidsavtale.

Når det gjelder kollektive pensjonsordninger så skal dette videreføres dersom det er mulig, eventuelt skal Sykehusbygg HF sikre arbeidstakerne rett til videre opptjening i en annen kollektiv pensjonsordning.

Det er viktig å kartlegge hvilke pensjonsordninger som gjelder i de virksomheter som skal overdras, både med hensyn til hvilke forpliktelser ny arbeidsgiver påtar seg og hvilke eventuelle individuelle rettigheter arbeidstakerne har. Skulle det vise seg at noen arbeidstakere har "særrettigheter" i for eksempel egne arbeidsavtaler vil dette også videreføres.

Det legges til grunn at det er besluttet at ansatte i Sykehusinnkjøp HF skal ha offentlig tjenestepensjon i KLP (66 % ytelsespensjon).

Ansatte i Sykehuspartner HF har offentlig tjenestepensjon i PKH (Pensjonskassen for helseforetakene i hovedstadsområdet). Disse vil bli overført til KLP. Tjenestepensjon i PKH og KLP anses for å være likeverdige ordninger. Etablering av offentlig tjenestepensjon (ytelsespensjon) i KLP vil således ikke innebære noen materielle endringer i pensjonsordningen.

Begge ordninger er omfattet av overføringsavtalen, hvilket innebærer at arbeidstaker vil ha rett til pensjon etter samlet medlemstid i de ulike offentlige tjenestepensjonsordningene. Offentlig tjenestepensjonsordninger er tariff (eller lov)avtalte ordninger med standardisert innhold/ytelsesnivå.

Det legges til grunn at ansatte i HINAS allerede har offentlig tjenestepensjon i KLP og at dette videreføres.

3.3 Arbeidstakers reservasjonsrett

Arbeidstaker kan motsette seg overføring til ny arbeidsgiver, jf. aml § 16-3. Arbeidstaker kan reservere seg ved å melde fra til arbeidsgiver innen den fristen som arbeidsgiver selv setter. Fristen kan imidlertid ikke være kortere enn 14 dager regnet fra arbeidstaker har fått informasjon om virksomhetsoverdragelsen. Konsekvensen av å utøve reservasjonsrett er at arbeidsforholdet hos eksisterende arbeidsgiver opphører pr. overdragelsestidspunkt, samtidig som arbeidstaker ikke tiltrer stilling i Sykehusinnkjøp HF. Utøvelse innebærer at arbeidstaker blir stående uten arbeid.

Brev om overføring av arbeidsforhold og utøvelse av reservasjonsrett sendes arbeidstakerne.

Rent unntaksvis – dersom overdragelsen fører til inngripende negative konsekvenser – har arbeidstaker en "valgrett". Valgretten innebærer at arbeidstaker kan velge mellom å fortsette arbeidet med nåværende arbeidsgiver eller å bli overført til ny. Det presiserer at dette er en snever unntaksregel som sjelden kommer til anvendelse fordi det skal mye til. Arbeidstaker som utøver reservasjonsrett vil kunne ha fortrinnsrett til stilling hos tidligere arbeidsgiver i ett år fra overdragelsestidspunktet. Forutsetningen er at arbeidstaker er kvalifisert til den aktuelle stillingen og at vedkommende har vært ansatt i minst 12 mnd. i løpet av de siste to år før overdragelsestidspunktet.

3.4 Vern mot oppsigelse

Oppsigelser som alene skyldes overdragelsen vil ikke være saklige, j fagl § 16-4. Det vil likevel være adgang til oppsigelser etter de alminnelige reglene, også dersom det skulle oppstå en overflødighetssituasjon etter at samtlige arbeidstakere er overført til den overtakende virksomhet.

3.5 Informasjon og drøfting

Tidligere og ny arbeidsgiver skal så tidlig som mulig gi informasjon om og drøfte overdragelsen med arbeidstakernes tillitsvalgte/representanter i samsvar med aml § 16-5. Berørte arbeidstakere skal gjennom sine tillitsvalgte/representanter gis anledning til å påvirke prosessen. For arbeidstakere som ikke er organisert og derved ikke er representert ved en tillitsvalgt, må det etableres en løsning for at disse også er representert ved drøftelsene. For eksempel ved å avtale at en annen tillitsvalgt representerer disse evt. verneombudet.

Normalt utarbeides det et drøftelsesnotat som sendes ut forut for drøftelsesmøte.

Arbeidsgiverne er også forpliktet til å informere arbeidstakerne som berører av overdragelsen om denne, jf. aml § 16-6.

Det skal drøftes og gis informasjon om (gjøres skriftlig og eventuelt også muntlig):

- Årsaken til overdragelsen
- Fastsatt eller foreslått overdragelsesdato
- De rettslig, økonomiske og sosiale følgende av overdragelsen
- Endringer i tariffavtaleforhold
- Planlagte tiltak overfor arbeidstakerne
- Reservasjons- og fortrinnsrett, og frist til å utøve slike rettigheter

Det anbefales å utarbeide et eget informasjonsskriv til arbeidstakerne.

3.6 Representasjon

Arbeidstakere som overføres etter nærmere kriterier kan ha krav på at tillitsvalgte beholder sin rettsstilling og funksjon, jf. aml § 16-7. Bestemmelsen fastslår at hvis virksomheten bevarer sin uavhengighet, skal de tillitsvalgte som berøres av overdragelsen, beholde sin rettsstilling og funksjon. Formålet er å sikre og bevare de tillitsvalgtes status og funksjon som de ansattes representanter i forbindelse med virksomhetsoverdragelsen.

3.7 Arbeidsmiljø

Det skal gjennomføres en vurdering av om overføringen får noen arbeidsmiljømessige konsekvenser (risikoanalyse). Foreligger det et arbeidsmiljøutvalg (AMU) skal saken normalt behandles der.

DEL 2: Plan for gjennomføring av prosess

Steg	Handling	Merknad
1	Foreligger det en virksomhetsoverdragelse	Aml § 16-1. Vurdere om reglene kommer til anvendelse. Det er ingenting i veien for å avtale at reglene skal anvendes uansett.
2	Informasjon og drøftelser med de tillitsvalgte, jf. aml. § 16-5 (1).	Drøftingsdokument utarbeides og sendes ut i god tid i forvegen forut for møte. Protokoll fra drøftelsesmøte føres.
3	Behandling i AMU Involvering av verneombud	Arbeidsmiljømessige konsekvenser Drøftelsesplikt avhengig av bedriftens størrelse. Aml. kapitel 6, 7 og 8.
4	Informasjon til berørte arbeidstakere, jf aml. § 16-6	Informasjon kan gis i flere omganger. Informasjonsskriv bør utarbeides og sendes ut til alle ansatte, informasjon legges på intranett, informasjonsmøte mv.
5	Brev om reservasjonsrett Overføringsbrev sendes ansatte	Standardbrev med svarslipp og frist for tilbakemelding for utøvelse av reservasjonsrett sendes ut.
6	Styrebehandling	Styresak HINAS, Sykehuspartner HF, Sykehusinnkjøp HF (avhenger av hva som er behandlet tidligere)
7	Avtale om virksomhetsoverdragelse	Inngås mellom partene. Avtalen må også regulere de transaksjonsmessige forholdene mellom partene. Herunder: For Sykehuspartner HF hvor det er aktuelt å overta deler av en eksisterende virksomhet må det utarbeides en balanse som legges til grunn for overføringen. Øvrige punkter som må tas stilling til er blant annet økonomi og dataløsninger. Videre Pro-contra oppgjør, overtakelse av utstyr og materiell, forholdet til

		avtaleparter/leverandører mv.
8	Evt. utarbeide nye arbeidskontrakter	De "gamle" arbeidskontraktene vil fortsatt gjelde. Nye arbeidskontrakter med Sykehusinnkjøp HF som ny arbeidsgiver kan utarbeides om ønskelig.
9	Innplassering av arbeidstaker i Sykehusinnkjøp HF	Omstillingsreglene, kompetansekartlegging, organisasjonsplans- og bemanningsplan, rollebeskrivelse for stillinger(kompetanse krav), kriterier for innplassering

Det presiseres at dette er en anbefalt og naturlig rekkefølge for handling. Enkelte av trinnene kan endre rekkefølge. Trinn 2 skal være "så snart som mulig" og må derfor gjøres tidlig i prosessen. Trinn 9 omorganisering er en "sekkepost" og vil være naturlig å dele opp i flere handlinger. Det redegjøres nærmere for Trinn 9 i del 3 nedenfor.

DEL 3: Omstilling: Innplassering av arbeidstakere

1. Generelt

Arbeidstakerne skal innplasseres i ny organisasjon. Dersom strukturen på den nye organisasjonen er ferdig, innplasseres ansatte i ny organisasjon etter dette og innenfor rammene av arbeidsgiver styringsrett.

Alternativt kan en tenke seg at for eksempel HINAS og Sykehuspartner HF ble virksomhetsoverdratt og at en unnlot å innplassere direkte i ny stilling, men igangsatte en prosess for dette i etterkant. Flere modeller er tenkelige og denne fremstillingen er ikke uttømmende.

Ofte er det "naturlig" å innplassere flere arbeidstakere i samme stilling eller det blir hevdet "krav" på å bli innplassert i en spesiell stilling. Det er en smakssak om uttrykket "krav" på stilling skal benyttes. Det er like mye et spørsmål om grensene for arbeidsgivers styringsrett og saklige utvalgsriterier.

En praktisk forutsetning for å ta stilling til dette, er at arbeidsgiver har kartlagt oppgavene til den enkelte ansatte, og har bemannings og organisasjonsplan for ny virksomhet. Det presiseres at det er viktig på ethvert stadium å tilstrebe et godt samarbeid med tillitsvalgte og representanter for de ansatte. Prosedyre for individuell informasjon til den enkelte må også ivaretas.

2. Arbeidsgivers styringsrett

Arbeidstaker har ved virksomhetsoverdragelse rett til å få videreført sitt arbeidsforhold slik det er før overdragelsen. Arbeidsgiver kan ensidig gjøre endringer i dette i kraft av arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten er en rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, innenfor rammen av det arbeidsforholdet som er inngått.

Arbeidsgiver kan gjøre endringer arbeidstaker plikter å etterleve, herunder gi arbeidstaker nye oppgaver. Manglende etterlevelse vil være å betrakte som ordrenekt forutsatt at pålegget ligger innenfor styringsretten.

Dersom en endring ikke omfattes av styringsretten, må arbeidsgiver enten gå veien om oppsigelse av arbeidsavtalen eller innhente arbeidstakerens samtykke. Oppsigelser som gis i kombinasjon med tilbud om annen arbeidsavtale omtales gjerne som endringsoppsigelser.

3. Skranker for arbeidsgivers styringsrett

Styringsrettens rekkevidde avhenger av arbeidsforholdets øvrige rettslige rammer. Begrensninger følger av de forpliktelser arbeidsgiveren har i arbeids- og tariffavtaler, lovgivning og ulovfestet rett. Styringsretten må videre utøves på en saklig og forsvarlig måte.

Det vil være naturlig å ta utgangspunkt i arbeidsavtalen, stillingsinstruks, praksis for den enkelte ansattes stillingskategori eller lignende.

Det gjelder et alminnelig saklighetskrav for å kunne foreta endringer i arbeidsforhold. Dette generelle saklighetskravet må ikke forveksles med saklighetskravet som gjelder ved oppsigelse, hvilket er strengere. Saksbehandlingen må videre være saklig og forsvarlig.

Dersom arbeidsavtalen ikke løser spørsmålet, er utgangspunktet i teorien formulert slik at arbeidsgiveren ikke kan foreta endringer i et slikt omfang at "stillingens grunnpreg" blir vesentlig endret. Her vil vurderingen være skjønnsmessig og konkret. Arbeidsgivers behov vil veies mot arbeidstakers. Innholdet i grunnpregstandarden er utviklet i over tid. Utrykket grunnpreg henspiller på ideen om at en stilling har en kjerne eller en viss karakteristika som gir den et bestemt preg. Grunnpreget identifiseres best ved å klarlegge hva arbeidsavtalen direkte eller indirekte opererer med. Relevante momenter er for eksempel: Tolkning av arbeidsavtalens bestemmelser om arbeidsoppgaver, avvikets omfang, innebærer endringen en degradering, arbeidsgivers behov for å gjennomføre endringen, er endringen varig eller midlertidig. Med grunnpreg menes "at styringsretten ikke kan brukes slik at innholdet i arbeidet blir et vesentlig annet enn det arbeidsavtalen gir anvisning på", jf. Endring i arbeidsforhold, Fougner side 207.

4. Bruken av uttrykket "rettskrav på en stilling"

Utrykket "rettskrav på stilling" blir som hovedregel benyttet i forbindelse med omorganisering som berører virksomheter i staten. Formuleringen er utviklet gjennom forvaltningspraksis, og da særlig i departementene.

Rettskrav til stillingen uttrykkes gjerne slik at retten til å følge arbeidsoppgavene utledes av selve arbeidsavtalen, "dvs. en rett til å beholde sin stilling ved omorganisering dersom stillingen finnes igjen i den nye organisasjonsstrukturen" jf. Norsk Tjenestemannsrett, side 491.

Dersom flere arbeidstakere ser sine arbeidsoppgaver vesentlig videreført, uten at noen kan påberope seg "vesentlig mer videreføring" av arbeidsoppgaver enn øvrige, er det arbeidsgivers oppgave å fastslå hvem som skal innplasseres i stillingen. Dersom ingen kan sies å ha et "krav" må arbeidsgiver innplassere etter saklige kriterier.

Helseforetaksloven § 5, tredje ledd fastslår at tjenestemannsloven ikke gjelder for helseforetak. Det er således arbeidsmiljøloven som regulerer problemstillingen. Vurderingstemaet er imidlertid noe sammenfallende etter begge lover. Arbeidsgiver må foreta en saklig og forsvarlig utvelgelse. Utgangspunktet for vurderingen er en interesseavveining, dels mellom den enkelte arbeidstaker og bedriften og dels arbeidstakerne imellom.

Relevante momenter) som kan vektlegges i vurderingen er (oppramsingen er ikke uttømmende):

- **Relevant kompetanse/kvalifikasjoner**
- **Ansiennitet.**
- **Hensynet til virksomhetens fortsatte drift.**
- **Hensynet til den enkelte arbeidstaker, sosiale forhold.**

Som nevnt gjelder ikke den rettskravlære som er utviklet i statlig sektor for helseforetakene. Det er likevel en naturlig del av vurderingen - av kompetanse, erfaring, hensynet til den ansatte selv, virksomhetens behov og lignende, - om arbeidstaker i det vesentligste gjenkjenner sine arbeidsoppgaver i en ny stilling i organisasjonen. En annen måte å beskrive dette på, er at det er den enkelte arbeidstakers stilling som er videreført og at vedkommende arbeidstaker har både en rett og en plikt til å utføre arbeidet. Dersom flere kjenner seg igjen, er vi over i en vurdering av saklig utvelgelseskriterier. Etter dette må det foretas en avveining av momentene i den enkelte sak. Når det gjelder kretsen av utvelgelsen, så kan utvelgelseskretsen begrenses, forutsatt at det er saklig behov for det.

Det bemerkes at vurderingen av hvem (hvis noen) som skal ha "fortrinn" til en stilling i "ny" organisasjon vil være sammensatt. Dersom man kan si at det er A's stilling som videreføres kan det være naturlig at A får fortsette. Det er likevel slik at for eksempel virksomhetens behov kan tilsi noe annet. Vi er da over i avveiningen av saklige utvelgelseskriterier, hvor flere momenter er relevante å vektlegge, se oppramsing ovenfor.

Dersom det er slik at både A og B "kjenner seg igjen" i en stilling, blir det også en vurdering av saklige utvelgelseskriterier.

5 Omstillingsavtalen for Helse Sør-Øst

Avtalen gjelder for Helse Sør-Øst RHF med underliggende helseforetak, herunder Sykehuspartner HF. Det legges således til grunn at den vil være relevant her.

Avtalen gir føringer for omstillingsprosesser.