

Kollektive tjenestepensjonsordninger ved virksomhetsoverdragelse

Kandidat nr. 21265

Leveringsfrist: 17. desember 2007

Til sammen 14622 ord

17.12.2007

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>4</u>
1.1	EMNET	4
1.2	BRUKEN AV SENTRALE BEGREPER.....	5
1.2.1	BEGREPET VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE	5
1.2.2	ANDRE BEGREPER	5
1.3	LITT OM PARTENE OG DERES INTERESSER.....	7
2	<u>BAKGRUNN</u>	<u>8</u>
2.1.1	GENERELT OM FORSIKRINGSFORMER.	8
2.1.2	BESKRIVELSE AV HVILKE TYPER KOLLEKTIVE TJENESTEPENSJONER SOM FINNES.	8
2.1.3	OTP	10
2.1.4	NÆRMERE BESKRIVELSE AV EGENSKAPER VED PENSJONSORDNINGER ETTER LOF OG LOI.....	10
2.1.4.1	Foretakspensjonsordninger – ytelsepensjonsordninger	10
2.1.4.2	Innskuddspensjonsordninger.....	12
3	<u>FORHOLDET MELLOM AML, LOF / LOI, OG AKSJELOVENE.</u>	<u>13</u>
3.1	INNLEDNING OG PROBLEMSTILLING.....	13
3.2	JURIDISK UTGANGSPUNKT – KRONOLOGISK OVERSIKT.....	15
3.2.1	PENSJONSREGLENE FØR LOF OG LOI (TPES-FORSKRIFTEN).....	15
3.2.2	ARBEIDSMILJØLOVEN AV 1977	16
3.2.3	LOF OG LOI.....	18
3.2.4	ARBEIDSMILJØLOVEN AV 2005	19
3.2.5	LOV OM OTP	20
3.2.6	ARBEIDSGIVERS ENDRINGSADGANG / STYRINGSRETT VED VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE. NÆRMERE OM AML § 16-2 (3).	21
3.2.7	OPPSUMMERING	23
3.3	KONTINUITETSPRINSIPPET - FORHOLDET TIL AKSJELOVGIVNINGEN	23

3.4	GJENNOMGANG AV VIRKSOMHETSOVERDRAGELSESGREGLERNE I AML OG LOF/LOI.	
	HOVEDOBSERVASJON: AML OG LOF/LOI ER SAMORDNET.....	25
3.4.1	INNLEDNING - PROBLEMSTILLING	25
3.4.2	OVERDRAGELSE AV HELE FORETAKET	25
3.4.3	ARBEIDSMILJØLOVENS VIRKSOMHETSOVERDRAGELSESGREGLER	26
3.4.3.1	Amls regler om pensjonsrettigheter	27
3.4.4	LOF OG LOIS REGLER OM VIRKSOMHETSOVERDRAGELSER	28
3.4.4.1	Sammenslåing	28
3.4.4.2	Deling	30
3.4.4.3	Nærmere om utskilling.	31
3.4.5	OPPSUMMERING	36
3.5	GJENNOMGANG AV TYPETILFELLER DER AML OG LOF/LOI IKKE SYNES GODT NOK HARMONISERT.	36
3.5.1	INNLEDNING.....	36
3.5.2	HVEM ER OMFATTET.....	36
3.5.3	OFFENTLIG VIRKSOMHET	38
3.5.4	OVERDRAGELSE FRA KONKURSBO	39
3.5.5	STANS I DRIFTEN.....	40
3.5.6	GJENNOMGANG I LYS AV TO AV AMLS KUMULATIVE VILKÅR FOR VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE.....	42
3.5.6.1	Innledning	42
3.5.6.2	Formene for sammenslåing og kravet om at det må foreligge en overdragelse.....	42
3.5.6.3	Kravet om at den selvstendige økonomiske enhet bevarer sin identitet etter overføringen....	46
3.5.6.4	Oppsummert	48
4	<u>LITTERATURLISTE</u>	49

1 Innledning

Kommentar til innholdsoversikten. Nivå 5 vises ikke. Dette skyldes formatteringsproblemer jeg forgjeves har forsøkt å korrigere.

1.1 Emnet

Temaet i denne fremstillingen er anvendelsesområdet for reglene om virksomhetsoverdragelser i lov om foretakspensjon av 24. mars 2000 nr. 16 (heretter forkortet til lof), og lov om innskuddspensjon i arbeidsforhold av 24. november 2000 nr. 81 om (heretter forkortet til loi)¹. Bestemmelsene gjennomgås i sammenheng med virksomhetsoverdragelsesreglene i lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62 (heretter kalt aml), og i lys av innføringen av obligatorisk tjenestepensjon (OTP), etter lov om obligatorisk tjenestepensjon av 21. desember 2005 nr. 124 (heretter kalt lov om OTP).

Dersom virksomhetsoverdragelsen også faller inn under fusjons- og fisjonsreglene i lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44 (asl) samt lov om allmennaksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 45 (asal), vil disse også kunne ha betydning for de rettsspørsmål som behandles her (heretter vil disse bli benevnt aksjelovene når de omtales samlet).

Hovedmålsettingen er å undersøke hvor "harmoniserte" aml og lof /loi er i forhold til hverandre, og å antyde noen av de pensjonsrettslige konsekvensene av de avvik som finnes.

¹ Forkortelsene lof og loi er ikke i overensstemmelse med de forkortelser som er benyttet i "Norges Lover". Disse forkortelsene er imidlertid de som er alminnelig brukt i bransjen og av tilsynsmyndighetene.

1.2 Bruken av sentrale begreper

1.2.1 Begrepet virksomhetsoverdragelse

I det lovstoffet som behandles i denne avhandlingen benyttes ulike begreper om til dels samme hendelser.

I lof og loi brukes begrepene *sammenslåing av foretak* og *deling av foretak*. I aml brukes begrepet *virksomhetsoverdragelse*, og i aksjelovene anvendes begrepene *fusjon* og *fisjon*.

Valget av ordet *virksomhetsoverdragelse* i avhandlingens tittel er først og fremst valgt for å ha et enkelt og hensiktsmessig samlebegrep, og som i denne avhandlingen er ment å dekke både *sammenslåing* og *deling*, etter lof og loi, *fusjon* og *fisjon* etter aksjelovene, og *virksomhetsoverdragelse* slik det er anvendt i aml².

Begrepene sammenslåing og deling av virksomhet vil likevel bli brukt i de tilfeller hvor hvert av disse regelsettene behandles spesielt, eller hvor det skal fremheves spesielle poenger i forhold til den ene av disse virksomhetsoverdragelsesformene. Likeså blir begrepene fusjon og fisjon benyttet når det er fusjons og fusionsreglene i aksjelovene behandles spesielt.

1.2.2 Andre begreper

Uttrykket *foretakspensjon* relaterer seg til forsikringer opprettet i henhold til lof. Lof regulerer to forskjellige typer av forsikring: *ytelsespensjonsordninger* og *engangsbetalt alderspensjon*. Foretakspensjonsordninger vil alltid ha en forsikringsrisiko knyttet til seg³, og disse omtales i alminnelighet gjerne for *forsikringsordning*, *tjenestepensjonsforsikring*, *pensjonsforsikring*, eller *tjenestepensjonsforsikringsordning* uten at det vanligvis ligger noe annet i det enn at de brukes som synonymer for samme ting.

Innskuddsordning, *innskuddpensjonsordning* er begreper som benyttes for pensjonsordninger som er opprettet i henhold til loi.

Tjenestepensjonsordning, *pensjonsordning*, *pensjonsavtale*, *pensjonskontrakt* og *ordning* er begreper som i prinsippet kan benyttes om både pensjonsordninger opprettet i henhold til både

² Jf. Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) kap. 4.4.3, s. 18-19.

³ Se nærmere om dette i kap. 2.1.4.1

lof og loi. I denne avhandlingen vil disse begrepene bli brukt når temaet dreier seg om forhold som kan angå begge typer pensjonsordninger.

Lof og loi bygger i stor grad på hverandre og regelverket er mange områder identisk. Det er ofte behov for å omtale disse samlet, og i denne fremstillingen benyttes tidvis ordet *pensjonslovene*, som et samlebegrep for lovene lof og loi

Begrepet *arbeidstaker* er anvendt i samme betydning som etter arbeidsmiljølovens arbeidstakerbegrep, jf. aml kapittel 1.

Pensjonslovene lof og loi omfatter ikke nødvendigvis alle *arbeidstakere* som er ansatt hos arbeidsgiver. Normalt skilles det mellom ansatte som sådan, og de ansatte som er meldt inn arbeidsgivers pensjonsordning. Sistnevnte gruppe benevnes som *medlemmer*. Medlemsbegrepet i pensjonslovene omfatter imidlertid flere grupper enn dem som faller under definisjonen av arbeidstakere. Dette dreier seg primært om alders- og uførepensjonister⁴, men også arbeidsgivere og innehavere kan meldes inn pensjonsordninger som følger lof og loi⁵.

Lof og loi benytter ikke medlemsbegrepet konsekvent. Svært ofte har en bestemmelse kun relevans for aktive medlemmer, dvs medlemmer som fortsatt er premiebetalende og ikke er blitt pensjonister, se for eksempel bestemmelsene i lof kapittel 5 II. Derimot benyttes stort sett begrepet *pensjonister*, når det kun siktes til denne gruppen. Denne avhandlingen følger samme systematikk.

I forsikringsrettslig forstand er *arbeidsgiver* den som tegner forsikringen og som dermed er *forsikringstaker*, jf. lov om forsikringsavtaler av 16. juni 1989 nr. 69 (fal), § 10-2 bokstav b. På grunn av at aml ikke benytter dette begrepet og forarbeidene til pensjonslovene heller ikke er konsekvente, benyttes begrepene *arbeidsgiver* og *forsikringstaker* om hverandre som synonymer i denne avhandlingen.

⁴ Jf. lof § 1-2 (2) bokstav c og loi § 1-2 bokstav j.

⁵ Jf. lof § 2-2 (1) og loi § 2-3 (1).

Begrepet *pensjonsleverandør* benyttes som samlebegrep, ettersom sparedelen tjenestepensjon kan leveres av andre aktører enn livsforsikringselskap og pensjonskasser. Dersom leverandøren ikke har konsesjon for å drive livsforsikringsvirksomhet, må risikodelen avdekkes hos et forsikringselskap.

1.3 Litt om partene og deres interesser

Det underliggende i fremstillingen er den motsetning i interesser som arbeidstakere og arbeidsgivere kan ha i en virksomhetsoverdragelsessituasjon.

En arbeidsgiver vil som utgangspunkt ha et ønske om å ha størst mulig handlingsfrihet til å tilpasse sine pensjonsforpliktelser til den økonomiske situasjon og de utfordringer foretaket står overfor etter virksomhetsoverdragelsen. Arbeidsgiver (eier) kan også ha interesser i justere pensjonsforpliktelsene forkant av et salg av hele eller deler av en virksomhet for å oppnå best mulig pris for denne.

For arbeidsgiver dreier dette seg derfor i stor grad om styringsrett overfor tjenestepensjonsordningens kvalitetsmessige innhold og om hvorvidt arbeidsgiver er forpliktet til å opprettholde en tjenestepensjonsordning. I denne sammenheng blir det særlig et spørsmål om styringsretten/plikten til å opprettholde, påvirkes av at det skal skje, pågår eller har skjedd en virksomhetsoverdragelse.

På arbeidstakersiden kan interessene være mer broket. Arbeidstakerne vil selvsagt ha en felles interesse i at pensjonsrettighetene ikke forringes. Men ettersom utgangspunktet ved en sammenslåing/fusjon ofte vil være ulikt kan det være at resultatet av sammenslåingen blir at noen får forbedret sine pensjonsrettigheter mens andre får sine redusert i forhold til situasjonen får sammenslåingen/fusjonen.

I noen tilfeller kan det også være ulike interesser mellom aldersgrupper, som f.eks. ved omdanning fra ytelsespensjon til innskuddspensjon, der yngre arbeidstakere oftere enn eldre vil ha en fordel av en slik omdanning.

For denne fremstillingen fører det for langt å gjennomgå alle disse interessenmotsetningene. Her vil fremstillingen bli konsentrert om arbeidsgivers endringsrett, regelsettenes anvendelsesområde og konsekvensene av regelsettene får anvendelse eller ikke.

2 Bakgrunn

I denne delen tar jeg sikte på å gi en generell beskrivelse av private tjenstepensjonsforsikringer, hvor målet er å redegjøre for bakgrunnen for de problemstillinger som kan oppstå knyttet til virksomhetsoverdragelser.

2.1.1 Generelt om forsikringsformer.

En pensjonsforsikring er en forsikring som vanligvis utbetaler ytelser i månedlige rater til den som etter forsikringsavtalen er berettiget til ytelsene. Slike forsikringer betegnes i forsikringsterminologien som livrenter.

I kollektive forsikringer tegnes forsikringen alltid på tredjemanns liv (forsikrede). Forsikredes liv brukes da som utgangspunkt for beregning av ytelse(ne), forsikringsrisiko og premie. Forsikringens ytelser vil i praktisk talt alle kollektive forsikringer⁶, tilfalle forsikrede eller til dennes etterlatte når forsikringsformen tillater det, eller når det er tilknyttet ytelser til etterlatte.

En tjenstepensjonsforsikring / tjenstepensjonsordning tegnes av en arbeidsgiver til fordel for sine ansatte, men også innehavere av et foretak kan inkluderes i pensjonsordningen.

2.1.2 Beskrivelse av hvilke typer kollektive tjenstepensjoner som finnes.

Det er i hovedsak fire typer kollektive tjenstepensjonsforsikringer:

- Foretakspensjonsordninger (regulert i lof)
- Innskuddspensjon (regulert i loi)
- Kollektive livrenter (rettskilder i ligningspraksis og forvaltningsuttalelser) –
- Offentlige og offentlig like ordninger (reguleres av tariffavtale, lov om statens pensjonskasse, overføringsavtalen mm).

I tillegg til de ovennevnte "ekte" kollektive tjenstepensjonsforsikringer kan arbeidsgivere selv utbetale pensjon "over driften". Etter fast ligningspraksis⁷ kan arbeidsgiver avløse en slik løpende

⁶ For noen typer kollektive pensjonsordninger er det mulig å avtale at forsikringstaker skal være berettiget til ytelsen. Dette er imidlertid svært sjeldent benyttet i praksis.

⁷ Se feks. Lignings-ABC 2005 side 490, pkt. 3.2.1, eller se FIN i Utv. 1999/717.

pensjonsutbetaling ved å innbetale et engangsbeløp til et forsikringselskap, uten at dette får ugunstige skattemessige konsekvenser.

Forsikringen vil oftest omfatte alle arbeidstakere, men avhengig av hvilken forsikringstype der dreier seg om, så er det mulig å la forsikringen kun omfatte bestemte grupper av arbeidstakere. For kollektive livrenter kan for eksempel arbeidsgiver selv velge ut hvem som skal være medlemmer.

Ved bruk av kollektive livrenter, er man ikke bundet av de ovennevnte grunnprinsipper, og det er større frihet for arbeidsgiver til å velge både hvilke ansatte som skal omfattes, og nivå på pensjonsytelsene.

For pensjonsprodukter som er skattebegunstig (lof og loi), er det visse grunnprinsipper som forsikringsordningen må oppfylle. Bl.a. må forsikringsordningen omfatte alle arbeidstakere som helt arbeidsdyktige⁸. Videre gjelder det et krav om likebehandling, og et krav om å følge forholdsmessighetsprinsippet.

Likebehandlingsprinsippet er ikke direkte uttrykt i noen enkeltbestemmelse i pensjonslovene. Bl.a. er kravet om at alle arbeidstakere skal tas opp i ordningen et utslag av likebehandlingsprinsippet. Prinsippet følger også forutsetningsvis av at lof og loi stiller krav til at regelverket i pensjonsordningene fastsettes ut fra objektive kriterier og betingelser og at alle arbeidstakere som oppfyller betingelsene skal omfattes og behandles på samme måte etter disse kriteriene, se for eksempel bestemmelsene om metoder for fastsettelse av pensjonsplaner i kap 5 i lof. Forholdsmessighetsprinsippet går i korthet ut på at de samlede pensjonsytelser inkludert folketrygd ikke skal utgjøre en høyere prosentdel av lønnen for medlemmer med høyere lønn enn medlemmer med lavere lønn jf lof § 5-3. Prinsippet er det samme for loi, men her er det naturlig nok bare knyttet til innskuddssatsene jf. loi § 5-2.

Bare lof og loi har regler som regulerer virksomhetsoverdragelse og fremstillingen vil derfor primært dreie seg om denne typen tjenstepensjonsordninger. Noen steder vil reglene om kollektive livrenter bli trukket inn, der disse har betydning for forståelsen av virksomhetsoverdragelsesreglene i lof og loi.

⁸ Unntak gjelder likevel for sesongarbeidere og arbeidstakere med lav stillingsandel, (vanligvis under 20 %), samt arbeidstakere med permisjon (som ikke er lovfestet) og hvor det i forsikringsavtalen med forsikringselskapet ikke er avtalt rett til medlemskap også for andre permisjoner enn de lovfestede.

2.1.3 OTP

Lov om OTP innebærer at alle arbeidsgivere som oppfyller minstekravsreglene i samme lov § 1⁹, må opprette en tjenstepensjon for sine ansatte. Unntak gjelder for *”foretak som har pensjonsordning i henhold til lov eller tariffavtale for statlig eller kommunalt ansatte”*, jf. lov om OTP § 1 (3).

Pensjonsordningen må enten være en innskuddspensjonsordning etter loi, eller en foretakspensjon etter lof, jf lov om OTP § 2-1 (1).

Plikten til å ha tjenstepensjonsordning etter OTP gjelder også for foretak som ikke er skattepliktige¹⁰, slik at disse ikke lenger helt fritt kan operere med pensjonsordninger som ikke tilfredsstillter de preseptoriske kravene i lof eller loi.

2.1.4 Nærmere beskrivelse av egenskaper ved pensjonsordninger etter lof og loi.

2.1.4.1 Foretakspensjonsordninger – ytelsespensjonsordninger

Det er nesten utelukkende ytelsespensjonsordninger som er opprettet etter lov om foretakspensjon. Lof tillater også å opprette en innskuddspensjonsvariant kalt engangsbetalt alderspensjon, jf. lof § 2-1 (3). Foreløpig ser det ut til at dette produktet er bortimot fraværende i markedet, og omtales derfor ikke videre i denne avhandlingen.

Det følgende er en svært forenklet fremstilling av utformingen av alderspensjonsytelsen ytelsespensjonsordninger:

En ytelsespensjonsordning kjennetegnes ved at pensjonsytelsen er forhåndsavtalt. Den vanligste måten å gjøre dette på, er å fastsette pensjonsytelsen til et bestemt nivå av forsikredes sluttlønn

⁹ Lov om OTP § 1 første ledd tilsvarer lof § 2-2 (1) og loi § 2-3 (1).

¹⁰ Jf lof om OTP § (1), jf. § 2.(1).

ved pensjonsalder. For å oppnå fulle ytelser må medlemmet kunne oppfylle minstekravet til tjenestetid, som kan variere mellom 30 og 40 år¹¹.

Ved beregningen av pensjonsytelsen tas det hensyn til estimerte pensjonsytelser fra folketrygden. I lof § 5-5 er dette betegnet som 'beregnet folketrygd'. Beregningsmetoden er en forenklet variant av den måten folketrygden faktisk fastsettes på¹². Ved pensjonsalder er det derfor svært sjelden at den forsikrede faktisk får eksakt det forhåndsfastsatte pensjonsnivået.

Regler om maksimalt forhåndsavtalt pensjonsnivå er regulert i lof § 5-7. Regler om laveste tillatte pensjonsnivå er regulert i lov om otp § 5, men for ytelsespensjonsordninger er dette nivået ikke presisert på en slik måte at man med sikkerhet kan si hva som egentlig er laveste tillatte nivå, jf. lov om OTP § 5 (1).

I tillegg til alderspensjon kan det knyttes en rekke deknings til en foretakspensjonsordning. Uførepensjon gir rett til pensjon dersom forsikrede blir arbeidsufør. Det kan også tilknyttes pensjonsytelser til etterlatte ektefeller (ektefellepensjon), samboere (samboerpensjon) og barn (barnepensjon).

Premiefritak er en uføredekning hvor utbetalingen går til å dekke videre premiebetaling i forsikringen frem til forsikrede enten er friskmeldt, eller når pensjonsalder. Dette har særlig betydning for alderspensjonsytelsen ettersom denne er avhengig av sparing helt frem til pensjonsalder for at det forutsatte pensjonsnivået skal oppnås. Etter vedtakelsen av lov om OTP, er det obligatorisk med premiefritak knyttet til alderspensjonsytelsen.

For å oppnå fulle pensjonsytelser etter avtalen må man være ansatt frem til pensjonsalder. Pensjonen tjenes opp over hele medlemstiden, dvs fra ansettelse og frem til pensjonsalder. Sluttes medlemmet før avtalt pensjonsalder eller pensjonsordningen opphører¹³, utstedes det fripolise eller IPA for den premiereserve som er opptjent frem til sluttidspunktet, jf. lof §§ 4-6 til 4-9.

¹¹ F eks, tas medlemmet opp når vedkommende har 20 år igjen til pensjonsalderen fastsettes pensjonen til 20/30 av full pensjon.

¹² Ytelsene beregnes med utgangspunkt i den lønn som er rapportert som pensjonsgrunnlag i kollektivforsikringen. Dvs det tas ikke hensyn til andre inntekter. Det tas ikke hensyn til tidligere opptjente pensjonspoeng og det forutsettes enten at alle ansatte er gift eller ugift uavhengig av faktisk sivilstand. Det forutsettes også at forsikrede har full trygdetid i Norge.

¹³ Opphør vil vanligvis kun finne sted som følge av at forsikringstaker (arbeidsgiver) går konkurs eller nedlegger sin virksomhet. Ved manglende premiebetaling uten at forsikringstaker legger ned virksomheten,

En fripolise i denne sammenheng, er en individuell forsikring basert på de rettigheter den forsikrede hadde som medlem i den kollektive forsikringsordningen. Selv om en fripolise er et individuelt rettsforhold mellom den forsikrede og forsikringsselskapet, så fortsetter forsikringen normalt med de samme vilkår som gjaldt for den kollektive forsikringen, så langt disse passer. Dersom premiereserven er lav kan forsikringen istedenfor benyttes til å lage en IPA forsikring, og vil da følge regelverket for disse¹⁴.

Dersom arbeidstakeren får ansettelse hos en annen arbeidsgiver med foretakspensjonsordning, og denne pensjonsforsikringen åpner for å medregne tidligere pensjonsrettigheter, kan arbeidstakeren velge å få overført fripolisen til den nye arbeidsgivers tjenestepensjonsforsikring, og dermed eventuelt unngå eller redusere en avkortning i tjenestetid, jf. lof §§ 4-11 til 4-13.

2.1.4.2 Innskuddspensjonsordninger.

I motsetning til ytelsespensjonsordningene, så har ikke innskuddspensjonsordningene noe forhåndsavtalt pensjonsnivå. Innskuddspensjonsordninger kan heller ikke omfatte andre ytelser enn ren alderspensjonssparing. Eventuelle ytelser knyttet til forsikredes død eller uførhet må sikres gjennom en foretakspensjonsordning. Ettersom innskuddspensjonsordningene ikke inneholder noe forsikringselement kan sparedelen av denne type pensjonsordninger også leveres av andre typer forvaltningsinstitusjoner enn forsikringsselskaper og pensjonskasser.

For innskuddspensjonsordninger er det ikke dødelighetsarv / livsgevinst¹⁵. Ved medlemmets død vil den oppsamlede pensjonskapitalen benyttes til pensjon til barn, ektefelle, samboer eller dødsboet jf. loi § 7-4.

vil forsikringsordningen kunne opphøre i livsforsikringsselskapet, men da fortsetter arbeidsgiver (ulovlig) som selvassurandør jf. lov om OTP.

¹⁴ Jf. forskrift til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14, §§ 6-47-1 til 6-47-11 (IPA-forskriften).

¹⁵ Dødelighetsarv / livsgevinst er en forsikringsrisiko som relaterer seg til om en pensjonsforsikring kommer til utbetaling. Eller dersom den kommer til utbetaling, om den utbetales i hele den avtalte løpetid. Se og for eksempel Ot.prp. nr. 71 (1999-2000) kap. 9.1. *Sparing eller forsikring i utbetalingsperioden.*

Pensjonsnivået avgjøres dels av hvor stort innskudd som gjøres for den enkelte og dels av hvordan avkastningen på innskuddene.

Metoden for fastsettelse av pensjonsinnskuddene er regulert i loi §§ 5-2 og 5-4, mens de nærmere innskuddsgrensene er regulert i forskrift til loi¹⁶ del 3. Minstegrensen for laveste er regulert i lov om otp § 4.

Etter innføringen av otp, er det også obligatorisk å tilknytte innskuddsfritak. Dette er samme type forsikringsdekning som premiefritak (se kapittel 2.1.4.1). Innskuddsfritak og eventuelle andre tilknyttede risikopensjonsytelser som uførepensjon og etterlattedekninger må opprettes i en pensjonsordning som følger lof, og kan kun leveres av forsikringsselskap eller pensjonskasse.

Dersom den ansatte slutter i foretaket eller innskuddsordningen opphører, blir den kapitalen som er oppsamlet for medlemmene brukt til å opprette en egen alderspensjonskonto for hvert av medlemmene, tilsvarende som for fripoliser. Forvaltningsinstitusjonen skal da utstede et bevis for opptjent pensjonskapital, kalt pensjonskapitalbevis jf. loi §§ 6-1 og 6-2. Et pensjonskapitalbevis er et individuelt rettsforhold mellom forvaltningsinstitusjonen og det tidligere medlemmet.

3 Forholdet mellom aml, lof / loi, og aksjelovene.

3.1 Innledning og problemstilling

Lof og loi deler rettsstoffet om virksomhetsoverdragelser i to hoveddeler, ”*sammenslåing av foretak*” og ”*deling av foretak*”, jf lof kapittel 13 og 14 og loi kapittel 11 og 12. Bestemmelsene har et flerdelt formål, som et stykke på vei kan sammenfattes i følgende fire hovedpunkter¹⁷.

- Ivareta kontinuitet i pensjonsrettigheter for ansatte.
- Ivareta næringslivets behov for fleksible pensjonsregler som ikke virker unødig hindrende på organisatoriske endringer.
- Regulere de materielle og forsikringstekniske konsekvensene av virksomhetsoverdragelser.

¹⁶ Forskrift av 22. des. 2000 nr. 1413.

¹⁷ Se for eksempel NOU 1998:1, kap. 6.12.3 og 6.12 og Ot.prp nr. 47 (1998-1999) kap. 15.2.1, *Departementets vurdering*, første avsnitt.

- Sikre forutberegnelighet i forhold til pensjonsrettigheter og pensjonsforpliktelser ved virksomhetsoverdragelser.

Noen av disse formålene ivaretas også av aml kapittel 16 og av aksjelovene¹⁸. Rettsområdet reguleres dermed av flere ulike regelverk som i hvert fall dels er overlappende. Hver av disse lovene står imidlertid fullt ut på egne bein, uten noen åpenbart synlige formelle avgrensninger mot, eller referanser til hverandre. Dette skaper uklarhet i flere henseender.

For det første er det et spørsmål om det er avvik i anvendelsesområdene, dernest hvilken betydning det har at virksomhetsoverdragelsen faller innenfor eller utenfor anvendelsesområdet til hver av disse lovene. Det siste er i realiteten et spørsmål om disse lovene har ulike virkninger, først og fremst i forhold til rettigheter og forpliktelser, men også mer forsikringstekniske virkninger som f eks fordeling av midler eller avvikling av pensjonsordning(e). Et annet spørsmål er om eventuelle avvik i anvendelsesområdene fører til at noen bestemmelser må benyttes analogt, utenfor sin egen lovs virkeområde. Særlig aktuelt vil dette være hvis aml og/ eller aksjelovene har et videre anvendelsesområde enn lof og loi. Her vil man kunne være avhengig av å anvende de forsikringsrelaterte bestemmelsene (om fordeling av midler mv.), analogt for å komme i mål i forhold til amls eller aksjelovens intensjon. I så fall blir det også et spørsmål om dette er forsikringsteknisk mulig å gjennomføre.

Som redegjort for i kapittel 1.2.1. er begrepsbruken i lovene ulik. I seg selv indikerer dette at virkeområdet for bestemmelsene ikke er identiske. Det er likevel et paradoks at pensjonslovene lof og loi og aml ikke er mer samstemt ved anvendelsen av begreper, ettersom begge uttrykkelig regulerer pensjonsrettigheter.

I det følgende vil jeg forsøke å kartlegge hvor samstemt lovreglene i aml og pensjonslovene er, og hvor det er avvik mellom disse.

Underveis i fremstillingen vil jeg trekke inn de forsikringstekniske og fordelingsmessige virkningene av virksomhetsoverdragelser der det er naturlig. En fullstendig fremstilling av disse virkningene er i seg selv et omfattende tema, og fører for langt å behandle i denne avhandlingen.

¹⁸ Jf. aksjeloven og allmennaksjelovens regler om fusjon og fisjon i begge lovers kap. 13 og 14.

Et sentralt formål med virksomhetsoverdragelsesreglene i pensjonslovene og aml § 16-2 (3), er å sikre kontinuitet for pensjonsrettigheter. Alternativet til kontinuitet er avvikling av pensjonsordningen. Vanligvis må da overtakende arbeidsgiver opprette en ny pensjonsordning¹⁹, men den nye pensjonsordningen trenger ikke nødvendigvis å hensynta tidligere opptjente rettigheter. Kontinuitet i opptjening av alderspensjonsrettigheter har størst betydning når arbeidsgiver har ytelsespensjonsordning og overtakende arbeidsgiver fortsetter ytelsespensjonsordningen²⁰. Det er således et viktig skille mellom de situasjoner som i realiteten fører til opphør og de som faller under virksomhetsoverdragelsesreglene og forutsetningen om kontinuitet i opptjeningen.

3.2 Juridisk utgangspunkt – kronologisk oversikt.

3.2.1 Pensjonsreglene før lof og loi (TPES-forskriften).

Før lof og loi var pensjonsregelverket for private tjenstepensjonsordninger i hovedsak regulert i TPES-forskriftene av 28. juni 1968 nr. 3 og 27. oktober 1969 nr. 9451. Disse forskriftene bygget på TPES forskriften av 19. desember 1958, og var en omfattende revisjon av denne for å tilpasse regelverket til folketrygden²¹. Forskriften av 1958 var igjen en videreutvikling, av den første forskriften på området for privat tjenstepensjonsforsikring som ble innført i 1952. En forholdsvis detaljert gjennomgang av tidligere regelverk finnes i NOU 1998 nr. 1, kapittel 3.2.1.

TPES-forskriftene av 1968/1969, hadde ikke noe samlet og sammenhengende regelverk for virksomhetsoverdragelser. De aktuelle bestemmelser var både fragmentariske og spredd over flere ulike forskrifter. Særlig gjaldt dette reglene om deling²².

TPES forskriftene bygget på at det var frivillig for arbeidsgiver å ha tjenstepensjonsforsikring. Dette er kun indirekte uttrykt i forskriftene ved at det i opphørsreglene er lagt til grunn at arbeidsgiver ikke er forpliktet til å fortsette premiebetalingen:

”Innstiller arbeidsgiveren sin virksomhet, skal pensjonsordningen opphøre. Det samme gjelder dersom arbeidsgiveren slutter å betale premie og tilskudd til pensjonsordningen og det ikke foreligger midler i premiefond eller eventuelt midler i pensjonsreguleringsfond

¹⁹ Jf. lov om OTP.

²⁰ Ved omdanning til innskuddspensjonsordning er det uansett i brudd i opptjeningen.

²¹ Jf. lov om folketrygd av 17. juni 1966 nr. 12.

²² Dette gjaldt for eksempel: Forskrift om premier og forsikringsfond i livsforsikring av 15. september 1997 nr. 1005 paragraf 4 om tilleggsavsetninger og Kredittilsynets utfyllende regler kapittel IV punkt E . Også dagjeldende flytteforskrift av 27. november 1991 nr. 757, hadde bestemmelser som regulerte virksomhetsoverdragelser, se særlig § 3-7.

(jfr. § 8, punkt 4) som kan nyttes til å dekke premien” (jf. forskrift av 28. juni 1968 nr. 3, § 14 første avsnitt).

Dersom arbeidsgiver først hadde opprettet en tjenestepensjonsforsikring, så mistet arbeidsgiver styringsretten med hensyn til oppsigelse av pensjonsforsikringen så lenge det var midler tilgjengelige til dekning av premien på premiefond eller pensjonsreguleringsfondet. Det er uklart hvor langt dette ville kunne påvirke arbeidsgivers forpliktelser også i virksomhetsoverdragelsesituasjoner.

Forskriftenes utgangspunkt var likevel, at når foretaket innstilte sin virksomhet skulle pensjonsordningen opphøre etter forskriftenes § 14. Dersom den ansatte sluttet i foretaket så skulle vedkommende meldes ut og tilstås fripolise etter forskriftenes § 13 punkt 3. Det var ikke direkte beskrevet noe unntak fra opphørsreglene for virksomhetsoverdragelser. For sammenslåingssituasjonene var det likevel hjemlet rett for Kredittilsynet til å fravike kravet om lik pensjonsplan for alle: ” Ved sammenslåing av bedrifter kan Forsikringsrådet fravike bestemmelsene i denne paragraf” (min understreking) jf. TPES-forskriften av 1968 § 6 punkt 3.

Kredittilsynets praksis har gjennomgående vært å legge til rette for kontinuitet i sammenslåings- og delingssituasjoner, da det ble antatt at dette var mest i samsvar med intensjonen bak TPES-forskriftene. Dersom arbeidsgiver først ønsket å videreføre pensjonsordningen, så var det tilrettelagt til at det forsikrings- og pensjonsteknisk kunne gjennomføres kontinuitet, jf. punkt 3.3. om kontinuitetsprinsippet.

Lof og lois regler om virksomhetsoverdragelse bygger på Kredittilsynets praksis, men er også endret for bedre å ivareta de hovedhensyn som søkes ivaretatt gjennom regelverket (se kapittel 3.1). Lof og loi har således en mer gjennomført og helhetlig regulering av virksomhetsoverdragelsesspørsmålene. Dette trekkes også frem av Høyesterett i Centraltrykkeridommen, Rt. 2001 s. 382: ”Den nye lov om foretakspensjon er mer utførlig enn de tidligere gjeldende regler, og skiller seg også på flere punkter fra disse” (s. 386).

3.2.2 Arbeidsmiljøloven av 1977

Ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4 (heretter kalt aml 1977), inneholdt loven ikke regler om arbeidstakeres rettigheter ved virksomhetsoverdragelser. I forbindelse med EØS avtalen ble det i 1992 tilføyd et kapittel XII A om arbeidstakeres rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Endringen var en tilpasning til Rådskonklusjon 77/187/EØF.

Bestemmelsene innførte et prinsipp om kontinuitet for arbeidstakeres rettigheter ved virksomhetsoverdragelser: ”(t)idligere innehavers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt overføringen finner sted, overføres til ny innehaver” (jf. aml 1977 § 73 B (1)).

For pensjonsrettigheter var det likevel tatt inn et unntak:

”Pensjonsytelser

Nr. 1 og nr. 2 får ikke anvendelse på arbeidstakerens rett til ytelser i forbindelse med alderdom og invaliditet eller ytelser til etterlatte i henhold til pensjonsordninger” (jf aml 1977, § 73 B nr. 3)

Dette unntaket gjaldt i forhold til kollektive pensjonsrettigheter. Individuelle pensjonsrettigheter skulle videreføres jf. Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 25, s. 339. Individuelle rettigheter etter tariffavtale / arbeidsavtale står seg generelt gjennom en virksomhetsoverdragelse jf. direktiv 2001/23/EF art. 3 nr. 3. Jf også Evju s. 53.

I lovmotivene hadde departementet tolket pensjonsunntaket i direktivet slik at det forelå en forpliktelse for overtakende arbeidsgiver til å fortsette premiebetaling for pensjonsordning, og at unntaket således bare gjaldt utbetaling av pensjonsytelser, jf. Ot. prp. nr. 71. s. 22 og 34. Høyesterett og EFTA-domstolen fastslo imidlertid at departementets tolkning *ikke* var korrekt, og at overtakende arbeidsgiver heller ikke var forpliktet til å betaler premie for pensjonsordningen, jf. Rt. 1997 s. 1965 og EF-domstolen sak E-2/95 (695EJ0002) – (Eidesund):

”Det foreligger ingen avgjørelse fra EF-domstolen som belyser virkeområdet for unntaksbestemmelsen i artikkel 3 nr 3. Også forståelsen av denne bestemmelsen ble imidlertid forelagt for EFTA-domstolen i vår sak. Domstolen konkluderte i sin rådgivende uttalelse med at plikten til å betale premie til pensjonsordningen ikke blir overført til den nye arbeidsgiveren, jf punkt 4 i svaret:

”I henhold til rådsdirektiv 77/187/EØF artikkel 3 nr 3 overføres ikke arbeidsgiverens forpliktelse til å innbetale premie til supplerende pensjonsordninger for en ansatt.” (side 1973 – 1974)

Videre uttaler førstevoterende noe senere i dommen at:

”Jeg mener etter dette at unntaket i arbeidsmiljøloven § 73 B nr 3 må tolkes på samme måte som artikkel 3 nr 3 i direktivet, slik at det også omfatter innbetaling av premie til tjenstepensjonsordninger. Dette innebærer at overføringen av virksomhet ikke medførte at Stavanger Catering overtok noen plikt til å opprettholde premieinnbetalingen for Eidesund.” (s. 1976)

Konsekvensen av dette var at det ikke eksisterte noe krav om kontinuitet for kollektive pensjonsrettigheter etter arbeidsmiljøloven.

Wiese og Hammerich (Arbeidsrett nr. 2 2004), har hevdet at pensjonsunntaket heller ikke gjelder for kollektive pensjonsrettigheter dersom selve pensjonsrettigheten kan anses som en individuell rettighet for den enkelte ansatte, etter arbeids- eller tariffavtale jf. Peter Hammerich og Klaus Henrik Wiese-Hansen. Individuelle pensjonsrettigheter i virksomhetsoverdragelser, Arbeidsrett nr. 2 2004 s. 90). Standpunktet er senere imøtegått av Bergh (jf. Espen Bergh. Pensjonsrettigheter ved virksomhetsoverdragelse – hvilke forpliktelser påhviler ny arbeidsgiver. Arbeidsrett nr. 3 2004). Spørsmålet må anses for uavklart, men har mindre interesse etter at pensjonsunntaket er fjernet.

3.2.3 Lof og loi

Lof og loi viderefører, som nevnt under punkt 3.2.1, det tidligere prinsipp om at det skulle være frivillig for private arbeidsgivere å ha tjenestepensjon. Dette følger av ordlyden i lof og loi §§ 2-1 (1), *"Et foretak kan opprette pensjonsordning etter loven her..."* (min understeking) og lof § 15-1 (1) / loi § 13-1 (1), *"Foretaket kan bestemme at pensjonsordningen skal opphøre"*.

Heller ikke ved virksomhetsoverdragelser var det noe krav til kontinuitet jf. kapittel 3.2.1, og reglene var tilpasset dette. Se for eksempel inndelingen i lof kapittel 13 hvor det sondres mellom de tilfeller hvor overtakende foretak skal ha pensjonsordning i fortsettelsen eller ikke.

Lovutvalget for lof redegjorde også for rettstilstanden for aml og arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelser, herunder situasjonen etter at Høyesterett hadde avsagt dom i Eidesundsaken, jf. Rt. 1997 s. 1965. Utvalget konkluderer etter dette som følger:

"Utvalget legger etter dette til grunn at EØS-reglene ikke pålegger ny arbeidsgiver en plikt til å opprettholde pensjonsordning for de ansatte som har hatt pensjonsordning hos tidligere arbeidsgiver. Direktivet skiller mellom framtidige rettigheter og ervervede rettigheter. Det følger av art 3 nr 3 annet ledd at medlemsstatene skal vedta de nødvendige tiltak for å ivareta arbeidstakernes interesser med hensyn til ervervede rettigheter til alderspensjon, herunder pensjon til etterlatte. Bestemmelsen tar sikte på å gi vern for arbeidstakeres helt eller delvis ervervede pensjonsrettigheter. Utvalget antar at bl a forslagene til § 4-7 om rett til fripolise ved opphør av medlemskap, forslaget til

regler om sammenslåing av foretak (lovutkastet kapittel 13, regler om deling av foretak (lovutkastet kapittel 14) og forsikringsvirksomhetslovens regler om flytting av pensjonsordningen, vil være slike tiltak som direktivets art 3 nr 3 annet ledd omhandler” (NOU 1998: 1 kapittel 4.1.4, siste avsnitt).

Lof og loi er preseptoriske. Dette følger ikke direkte av loven, men retten til inntektsfradrag for premie eller innskudd, er betinget av at pensjonsordningen følger lof eller loi, jf skatteloven § 6-46. For pensjonsordninger som er opprettet i henhold til lof og loi, må *”(r)egelverket for pensjonsordningen ... i sin helhet være i samsvar med bestemmelsene i loven her med tilhørende forskrifter”* jf. lof § 2-1 (4) og loi § 2-5 (3).

Dersom det overtakende foretaket velger å ikke forholde seg til lof eller loi, vil pensjonsordningen miste retten til den gunstige skattemessige behandling som følger av lof og loi:

”Utgangspunktet i skattelovgivningen er at det ikke er fradragsrett for premie eller tilskudd fra arbeidsgiver til sikring av pensjoner for ansatte. Skatteloven har derfor ingen alminnelig hjemmel for fradrag for slike kostnader. De tilfellene der det gis rett til fradrag for slike premier og tilskudd, er positivt regulert og bestemmelsene er uttømmende, se sktl. § 6-45 og sktl. § 6-46. Arbeidsgiver kan etter nærmere vilkår gis fradrag for premie og/eller tilskudd til pensjonsordning som sikrer pensjon for sine ansatte enten etter foretakspensjonsloven,...eller *innskuddspensjonsloven, ...*”. (Lignings-ABC 2006, Pensjon - Allment, kapittel 2.2).

3.2.4 Arbeidsmiljøloven av 2005

Ved revisjonen i arbeidsmiljøloven i 2005 ble pensjonsunntaket fjernet. Om bakgrunnen for dette uttaler departementet:

”Formålet bak reglene om virksomhetsoverdragelse er å sikre at arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkår opprettholdes ved en overdragelse. Departementet legger stor vekt på at pensjonsunntaket betyr at en relativt betydningsfull del av arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår er unntatt fra rettighetsovergangen ved virksomhetsoverdragelser. Det er i tillegg et viktig formål bak foretakspensjonsloven og innskuddspensjonsloven at selskapsrettslige disposisjoner skal ha minst mulig virkning for de ansattes pensjonsforhold. I den forbindelse må det også ses hen til at pensjonsunntaket i EU-direktivet er begrunnet med at varierende organisering av pensjonsordningene i medlemslandene gjør det vanskelig å gi enhetlige regler på europeisk nivå.” (Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), kapittel 21.3.5, første avsnitt).

Disse hensynene var tilstede også før lovrevisjonen. Det avgjørende for fjerningen av unntaket ser ut til å være begrunnet med at det er innført regler om virksomhetsoverdragelse i pensjonslovene lof og loi:

”Endringen av rettstilstanden gjennom foretakspensjonsloven og innskuddspensjonsloven i 2001 medfører at både tekniske og praktiske barrierer for overgang av pensjonsordninger i stor grad er ryddet av veien. Det er nå lagt til rette for at en etablert pensjonsordning skal kunne videreføres ved overdragelse av virksomhet innenfor privat sektor. Tilsvarende gjelder innenfor offentlig sektor” (Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 21.3.5, Opphevelse av pensjonsunntaket andre avsnitt).

For amls virksomhetsoverdragelsesregler finnes det en forholdsvis omfattende rettspraksis knyttet til hvilke overdragelsessituasjoner som faller innenfor bestemmelsens kumulative vilkår, se nærmere om dette i kapittel 3.5.6 og 3.5.7. Det er i forarbeidene til aml ikke gjort noe forsøk på å avklare om disse situasjonene også er anvendbare på de pensjonsrettslige virksomhetsoverdragelsesbestemmelsene i lof og loi.

3.2.5 Lov om OTP

Kort etter revisjonen av aml, vedtas lov om OTP. Innføringen av obligatorisk tjenstepensjon endret i realiteten det materielle innholdet i mange bestemmelser i lof og loi, uten at det ble gjort noen tilsvarende formell lovendring. Dette gjelder særlig bestemmelser myntet på de tilfeller hvor foretaket ikke ønsket å ha pensjonsordning etter en virksomhetsoverdragelse, men det endrer også forståelsen av og konsekvensene av lov og lois virksomhetsoverdragelsesregler²³.

Når det ble innført et obligatorisk krav til tjenstepensjon, mistet samtidig alle arbeidsgivere som oppfyller betingelsene for å opprette OTP, styringsretten knyttet til spørsmålet om foretaket skal ha tjenstepensjonsordning eller ikke. Det innebærer at arbeidsgivers styringsrett er redusert til å velge hvilken type pensjonsordning virksomheten skal ha, se kapittel 2.1.2.

I tillegg kan arbeidsgiver styre hvilken kvalitet pensjonsordningen skal ha innenfor visse rammer, se kapittel 2.1.4.1. Lof og loi setter tak på hvor god kvalitet (pensjonsnivå) en pensjonsordning kan ha, mens lov om OTP angir minste tillatte pensjonsnivå. Arbeidsgivers handlingsrom er

²³ Jf. lof kap 13 II og loi § 11-4.

således begrenset til å avgjøre type pensjonsordning og kvalitet på denne innenfor de i loven oppsatte maksimums og minimumsgrenser.

Konsekvensen av OTP er at det alltid vil være en kontinuitet av pensjonsrettigheter ved virksomhetsoverdragelser, men ikke nødvendigvis av samme kvalitet som tidligere²⁴.

3.2.6 Arbeidsgivers endringsadgang / styringsrett ved virksomhetsoverdragelse. Nærmere om aml § 16-2 (3).

Lof og lois utgangspunkt er at arbeidsgiver inngår en avtale om en pensjonsordning med en pensjonsleverandør. Etter det alminnelige prinsipp for kollektive forsikringer og pensjonsordninger så er avtaleinngåelsen utelukkende et forhold mellom disse to partene. Dette følger forutsetningsvis av fal kap 19 og mer direkte av lof og loi § 2-1 (1): "Et foretak kan opprette pensjonsordning i samsvar med reglene i loven her..." (min understreking). Likeledes er det bare forsikringstaker som vil være legitimert til å være leverandørens forhandlingsmotpart ved endringen av avtalen for pensjonsordningen. Dette fremgår også vanligvis direkte i avtalen for pensjonsordningen. Lof og loi bygger på dette utgangspunktet i utformingen av resten av lovbestemmelsene.

Lof og loi gir dermed ingen beskyttelse for medlemmene for fremtidige endringer. Allerede opptjente rettigheter er derimot uangripelige jf. lof §§ 5-8 og 5-9 jf. § 4-7, og loi § § 8-2 81). Det gjelder dog et unntak for korte medlemskap under 12 måneder jf. lof § 4-6 (2) og loi § 6-1 (2).

Arbeidsgivers rett til å foreta endringer avhenger av i hvilken grad arbeidsgiver er bundet ut fra arbeidsrettslige regler. Det kan være begrensninger som følger av aml, av tariffavtale eller av arbeidsrettslig bindende avtaler / løfter overfor arbeidstakerne.

Aml § 16-2 (3) første setning, gir "*(a)rbidstakerne rett til videre opptjening av alders-, etterlatte-, og uførepensjon i henhold til kollektiv tjenstepensjon, overføres til ny arbeidsgiver etter reglene i første og andre ledd*".

²⁴ For eksempel i forhold til ytelsespensjonsordninger, løser den ikke spørsmålet om ivaretagelse av tidligere opptjeningstid, se kapittel 2.1.4.

Dette innebærer likevel ikke at den nye arbeidsgiver er bundet til å opprettholde pensjonsordningen i større grad enn den tidligere arbeidsgiver var det: ”Styringsretten for ervervende innehaver etter overdragelsen er lik styringsretten for overdragende innehaver før overgangen”, jf. Rapport om virksomhetsoverdragelse kapittel 1.5.1. nest siste avsnitt.

Uttalelsen i rapporten er i gitt i tilknytning til hvilke individuelle rettigheter arbeidstaker har krav på å få videreført, men må utvilsomt også få anvendelse i forhold til kollektive pensjonsrettigheter, etter at pensjonsunntaket ble fjernet.

I hvilken grad en arbeidsgiver er forpliktet til å opprettholde arbeidstakernes pensjonsrettigheter følger først og fremst av hvilke avtaler arbeidsgiver har inngått med arbeidstakerne. For kommunale og fylkeskommunale ansatte er pensjonsrettighetene avtalt i tariffavtalen. I privat sektor er tariffestede pensjonsrettigheter svært sjeldent dersom man ser bort fra AFP²⁵. Men arbeidsgiver kan ha bundet seg til å opprettholde pensjonsrettigheter på andre måter. For eksempel som en del av lokale lønnsavtaler hvor pensjonsrettigheter har vært en forutsetning for en lønnsavtale.

Det hører imidlertid til unntakene at arbeidsgiver anses forpliktet til å opprettholde bestemte pensjonsrettigheter, bl.a. fordi det normalt er arbeidsgiver ensidig oppretter tjenestepensjonsordninger. Fra rettspraksis kan det vises til Hakon dommen, (Rt. 2002 s. 1576), hvor Høyesterett viste til at tjenestepensjonsordningen var ensidig innført av arbeidsgiver og det ikke kunne påvises noen etterfølgende forhold som bandt arbeidsgiver til å opprettholde pensjonsordningen. I denne dommen uttaler Høyesterett likevel at en pensjonsordning ikke alltid kan oppheves ensidig selv om den er opprettet ensidig, f eks som følge av at dette anses avtalt gjennom lokal lønnsavtale:

”Så langt mener jeg det må være klart at bedriften i forhold til de ansatte sto fritt til å avvike pensjonsordningen. Riktignok vil den omstendighet at ordningen ble etablert ensidig av bedriften ikke alltid være tilstrekkelig til å konstatere at ordningen også kan oppheves ensidig. Jeg kan i denne sammenheng vise til Stein Evjus drøftelse av

²⁵ Bevisstheten om viktigheten av å ha kontroll med pensjonsrettighetene er imidlertid økende på arbeidstakersiden, og det har de siste årene vært flere arbeidskonflikter hvor retten til medbestemmelse om tjenestepensjonsrettigheter har vært et sentralt krav. Bl.a. var dette hovedtema for streiken i finansnæringen i 2006.

spørsmålet i artikkelen « Endring av tjenestepensjon m.v. » i Moderne forretningsjus 2001 side 41 flg.” (Rt-2002 s.1576, sitat fra s. 1582).

I tillegg gir som nevnt, aml generelt en beskyttelse mot at tjenestepensjonsordningen innskrenkes eller reduseres som følge av virksomhetsoverdragelsen i seg selv. Som vist over, setter også lof, loi og lov om OTP visse skranker for arbeidsgivers handlefrihet.

3.2.7 Oppsummering

Tpes-forskriftene av 1968 og 1969 og praksis fra Kredittilsynet regulerte den praktiske og forsikringstekniske gjennomføringen av virksomhetsoverdragelser. Bestemmelsene gav likevel bare beskyttelse for opptjente rettigheter. Fremtidig opptjening og risikodekning var avhengig av arbeidsgivers vilje til å fortsette pensjonsordningen med mindre arbeidsgiver har forpliktet seg gjennom arbeids- eller tariffavtale.

Ved EØS-tilpasningen av arbeidsmiljøloven fikk arbeidstakerne et vern for avtalte rettigheter ved virksomhetsoverdragelser, men det endret likevel ikke noe i forhold til kollektive pensjonsrettigheter som var unntatt etter loven. Ved innføringen av lof og loi blir de pensjonstekniske virksomhetsoverdragelsesbestemmelsene revidert og kodifisert, men fortsatt er det slik at dette ikke gir arbeidstakerne noen beskyttelse for fremtidig opptjening og risiko.

Når aml revideres gjennom ny lov i 2005, så innføres beskyttelse for pensjonsrettigheter med krav om kontinuitet ved virksomhetsoverdragelser, Det gjøres likevel ingen analyse av hvorvidt dette lar seg gjennomføre i forhold til pensjonslovene lof og loi.

Nedenfor vil jeg kort gjennomgå kontinuitetsprinsippet på dette rettsområdet (kapittel 3.3). Deretter vil jeg i kapittel 3.4 gjennomgå virksomhetsoverdragelsesreglene i aml pensjonslovene, og utdype hovedtesen min om at aml og lof/loi er samordnet. Under pkt 3.5 vil jeg påpeke typetilfeller der aml og lof/loi synes å avvike fra hverandre.

3.3 Kontinuitetsprinsippet - forholdet til aksjelovgivningen

I selskapsretten er fusjon er først og fremst regulert i reglene i aksjelovene, begge lovers §§ 13-1 og 13-2. Det finnes ingen tilsvarende bestemmelser for ansvarlige selskaper.

Giertsen tar utgangspunkt i at de ”(a)lminnelige regler om sammenslutning av foretak hviler på diskontinuitet”, jf. Johan Giertsen. *Fusjon og fisjon*. Bergen 1999, overskriften i kapittel 3.1.1,

s.27. Tilsvarende må legges til grunn for fisjoner jf. Johan Giertsen. *Fusjon og fisjon*. Bergen 1999, kapittel 4.

I praksis innebærer dette at oppløsning og nyopprettelse av foretak er hovedregelen både ved fusjoner og fisjoner. Aksjelovens kapittel 13 og 14 representerer dermed et unntak fra dette utgangspunktet.

Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper faller inn under pensjonslovenes foretaksbegrep, jf. lof § 1-2 (2) a og loi § 1-2 c. Disse er samtidig regulert gjennom særlovene aksjeloven og allmennaksjeloven, med et eget system for overføring av rettigheter, eiendeler, og forpliktelser fra det overdragende foretak til det overtakende. Samtidig som det overtakende foretak trer inn og overtar disse rettighetene, eiendelene og forpliktelsene, (kontinuitetsprinsippet).

I denne avhandlingens sammenheng er det et spørsmål, om kontinuitetsprinsippet i aksjelovene også omfatter pensjonsrettigheter. Problemstillingen er drøftet av Fougner og Holo, men må antakeligvis anses som uavklart jf. Jan Fougner og Lars Holo. Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave, Universitetsforlaget 2006, s 910 ff og s. 971 - 972.

For kollektive pensjonsordninger kan ikke det samme utgangspunkt om diskontinuitet legges til grunn som en hovedregel. For sammenslåingstilfellene fremgår dette tydelig i forarbeidene:

”... En fusjon av to eller flere foretak som gjennomføres etter aksjelovens regler om fusjon, medfører i seg selv ikke at arbeidsgivers virksomhet anses å være innstilt i relasjon til 1968-reglene § 14. Dette er fast tolkningspraksis i Kredittilsynet og hos livsforsikringsselskapene. Forutsetningen for at § 14 ikke kommer til anvendelse, er at pensjonsordningen ikke skal opphøre i forbindelse med fusjonen” (NOU1998:1, kapittel 6.12.2 første avsnitt).

For delingstilfellene har situasjonen vært litt mer komplisert. I hovedsak må det likevel kunne konkluderes med at regelverket samlet sett gir grunnlag for kontinuitet også i delingstilfellene, jf. NOU 1988:1, kapittel 6.13.1. At kontinuitet er annerledes og mer sammensatt ved deling enn sammenslåing, gjelder også utenfor pensjonsrettens område. Giertsen fastslår om dette at: *”Selskapsrettslig er kontinuiteten mindre konsekvent ved fisjon enn fusjon. Dette vil også kunne gjelde for andre rettsforhold. På områder der lov eller praksis har bygget på kontinuitet ved fusjon, kan det derfor ikke uten videre antas at det samme vil gjelde for fusjon”*, jf. Johan Giertsen. *Fusjon og fisjon*. Bergen 1999 kapittel 4.3, siste avsnitt s. 43.

I tilknytning til pensjonsrettigheter i kollektive pensjonsordninger må det sondres mellom kontinuitet i to ulike sammenhenger:

For det første: Reglene i pensjonslovene lof og loi er regler som tilrettelegger og regulerer den praktiske gjennomføringen av en virksomhetsoverdragelse, slik at pensjonsrettigheter kan videreføres mest mulig uforandret gjennom virksomhetsoverdragelsen.

For det andre: Spørsmålet om fortsatt opptjening av pensjon etter overdragelsen, er en forpliktelse som arbeidsgiver ikke kan gå fra (rettighetsovergang). Rettslig grunnlag for en slik forpliktelse kan følge av arbeidsavtale, tariffavtale eller lov. I denne sammenheng er det bare de rettslige grunnlaget som følge av aml § 16-2 (3) og lov om OTP som behandles.

3.4 Gjennomgang av virksomhetsoverdragelsesreglene i aml og lof/loi.

Hovedobservasjon: Aml og lof/loi er samordnet.

3.4.1 Innledning - problemstilling

I kapittel 3.2 og 3.3 er det påvist at det foreligger et krav om kontinuitet for pensjonsrettigheter i aml og dels gjennom otp.

Aml regulerer rettighets- forpliktelsesovergangen, mens lof og loi hovedsakelig regulerer den praktiske gjennomføringen av virksomhetsoverdragelsen.

I denne delen gjennomgås amls og lof/lois betingelser for anvendelse av virksomhetsoverdragelsesreglene. Hensikten med gjennomgangen er å kunne fastslå hvorvidt regelsettene er tilstrekkelig tilpasset hverandre. I tillegg vil dette danne grunnlaget for en gjennomgang av områder hvor det synes å være avvik, se kapittel 3.5.

3.4.2 Overdragelse av hele foretaket.

Skifte av eier når foretaket fortsatt består som samme rettssubjekt faller utenfor virksomhetsoverdragelsesreglene både i lof/loi og aml. For aml følger dette eksempelvis av følgende uttalelse:

Den sentrale spørsmål her er om det skjer en overføring av virksomhet til et annet rettssubjekt som ved overføringen overtar det rettslige ansvar for driften. Skjer det ikke en slik overføring vil arbeidstakerne fortsatt være ansatt i det samme selskap og bestemmelsene i kapittel XII A kommer ikke til anvendelse. Kjøp og salg av aksjer vil derfor ikke falle inn under overdragelsesbegrepet i § 73 A (Rapport om virksomhetsoverdragelse kap 1.4.1, femte avsnitt).

Når foretakets virksomhets *i sin helhet* overføres til *et nytt eget foretak*²⁶ så omfattes det i utgangspunktet ikke av virksomhetsoverdragelsesreglene i lof og loi, ettersom det i så fall verken skjer en deling, utskilling av *deler* av virksomheten eller sammenslåing.

Når *hele* virksomheten (innmaten) overføres til et nytt eget foretak, vil det normalt være med den forutsetning at det overdragende foretak avvikles. I så fall får likevel sammenslåingsreglene anvendelse når minst to tredeler av medlemmene samtidig overføres til det nye foretaket, jf lof § 15-2 og loi § 13-2. Dersom overdragende foretak likevel ikke avvikles og består som et tomt skall, vil situasjonen være så lik til avvikling at det er naturlig å legge til grunn en analog anvendelse av lof § 15-2 og loi § 13-2.

Dersom hele virksomheten overføres til et eksisterende foretak, da må sammenslåingsreglene i lof § 14-2 (2) og loi § 12-2 (2) kunne anvendes direkte.

Amls virksomhetsoverdragelsesregler vil også omfatte både de tilfeller hvor virksomheten overføres til *nytt eget foretak*, og de tilfeller når virksomheten overføres til eksisterende foretak: "*Kravene vil normalt være oppfylt ved overføring av hele virksomheter*", (jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), kapittel 21.2.1. *Kravet om selvstendig økonomisk enhet*, andre avsnitt første punktum). Her er det med andre ord ikke avvik mellom pensjonslovene og aml.

3.4.3 Arbeidsmiljølovens virksomhetsoverdragelsesregler

Amls kapittel 16 gjennomfører EUs direktiv om virksomhetsoverdragelse, direktiv 2001/23/EF (tidligere direktiv 98/50/EF og 77/187/EØF). I direktivet presiseres hva som menes med overdragelse av virksomhet: "*Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen*". Forarbeidene viser her til at dette i praksis har blitt tolket slik at følgende tre kumulative vilkår må være oppfylt:

- Det må ha forelagt en selvstendig økonomisk enhet før overdragelsen og enheten må videreføres og beholde sin identitet etter overføringen.
- Overføringen må skje til en annen arbeidsgiver.

²⁶ For eksempel er dette ofte situasjonen når de ansatte i et foretak oppretter et eget nytt foretak og overtar hele virksomheten ("innmaten") for å drive denne videre selv.

- Overføringen må skje som følge av en overdragelse.

Den foreligger en forholdsvis omfattende rettspraksis, både nasjonalt og på EU-nivå, som fastlegger de nærmere innholdet i hvert av disse vilkårene. Disse vilkårene vil bli gjennomgått i kapittel 3.4.4.3.4 og 3.5.6.

Den nærmere gjennomgang av avvik i vilkårenes innhold gjøres i det følgende som en sammenligning med anvendelsesområdet for pensjonslovene lof og loi.

I § 16-1 (2) fremgår det at virkeområdet ikke omfatter overdragelser fra konkursbo, dette vil bli nærmere gjennomgått i kapittel 3.5.4.

I forbindelse med gjennomføringen av endringsdirektivet av 1998, jf. direktiv 98/50/EF artikkel 1.1 c, ble unntaket for offentlige virksomheter ikke inkorporert i norsk rett. Dermed får virksomhetsoverdragelsesreglene i aml virkning både for private og offentlige virksomheter. Se nærmere om dette i kapittel 3.5.3.

3.4.3.1 Amls regler om pensjonsrettigheter

Aml angir kun at selve virksomhetsoverføringen ikke gir arbeidsgiver rett til å terminere en kollektiv tjenstepensjonsordning: *”Arbeidstakernes rett til videre opptjening av alders-, etterlatte- og uførepensjon i henhold til kollektiv tjenstepensjon, overføres til ny arbeidsgiver etter reglene i første og andre ledd”*, jf. aml § 16-2 (3) første punktum. Det er i kapitlene 3.2.5, 3.2.6 og 3.2.7 påpekt at arbeidsgiver beholder styringsretten med hensyn til pensjonsordningens type og kvalitet, jf. Rapport om virksomhetsoverdragelse kapittel 1.5.1. nest siste avsnitt: *”Styringsretten for ervervende innehaver etter overdragelsen er lik styringsretten for overdragende innehaver før overgangen”*.

Aml har ingen regler om hvordan tjenstepensjonsordningen skal videreføres. Av forarbeidene til aml fremgår det at systemet for hvordan ordningen skal videreføres overlatt til lof/loi: *”Endringen av rettstilstanden gjennom foretakspensjonsloven og innskuddspensjonsloven i 2001 medfører at både tekniske og praktiske barrierer for overgang av pensjonsordninger i stor grad er ryddet av veien.”* (Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 21.3.5.

3.4.4 Lof og lois regler om virksomhetsoverdragelser

Både sammenslåings og delingsbestemmelsene i lof og loi er delt inn i forhold til hva som skal skje med pensjonsordningene etter sammenslåingen. Delingsreglene i lof og loi skiller mellom 3 ulike situasjoner ut fra hva som skal skje med foretaket som deles. Virkeområdet for den enkelte bestemmelse kan derfor ikke fastsettes samlet, men må avgjøres enkeltvis for hver bestemmelse.

3.4.4.1 Sammenslåing

Lof § 13-1 (1) lyder som følger: ” Bestemmelsene i kapitlet her gjelder ved sammenslåing av foretak når minst ett av foretakene har pensjonsordning på tidspunktet for sammenslåingen” (mine understrekninger).

Den tilsvarende bestemmelse i loi § 11-1 (1) første setning, er likelydende.

Av lovens ordlyd fremgår det at det er minst tre kumulative vilkår som må oppfylles for at bestemmelsen skal få anvendelse:

- Ett av foretakene må ha pensjonsordning
- Det foreligge en sammenslåing
- Det må være foretak som slås sammen

Når betingelsene først er oppfylt, må begge lover forstås slik at de er preseptoriske og at de uttømmende regulerer hvilke valgmuligheter som foreligger for de involverte foretakene, se kapittel 3.2.3.

Betingelsen om at det må foreligge en sammenslåing vil bli behandlet sammen med amls krav om at det må foreligge en overdragelse, se kapittel 3.5.6.2, ettersom disse to betingelsene i stor grad er overlappende.

3.4.4.1.1 Kravet om at ett av foretakene må ha pensjonsordning.

At minst ett av foretakene må ha *pensjonsordning* følger forutsetningsvis av lovens formål. Når kravet er likevel er tatt med i loven, må tanken være å presisere nettopp at bestemmelsen også skal anvendes når det kun er *ett* av foretakene som har pensjonsordning. Det er sammenslåing av foretakene som er foranledningen, ikke sammenslåing av to pensjonsordninger. Dette har

blant annet sammenheng med at det overtakende foretaket har anledning til å videreføre pensjonsordningen for den gruppe arbeidstakere som var medlemmer på sammenslåings-tidspunktet, og lukke denne for opptak av nye medlemmer²⁷.

Ordlyden setter ikke noe krav til hvilken type pensjonsordning det dreier seg om, jf kapittel 2.1.2, men her må det vel forutsetningsvis legges til grunn at det dreier seg om pensjonsordning etter samme lov. Når de involverte foretakene både har foretakspensjonsordninger og innskuddspensjonsordninger er det likevel loi som skal anvendes, jf. loi § 11-1 (1) siste punktum.

Aml har ingen tilsvarende uttrykt bestemmelse, men for at kravet om rettighetsoverdragelse / kontinuitet for kollektive tjenstepensjonsrettigheter skal gi mening, så må det nødvendigvis foreligge en slik rettighet i utgangspunktet.

Det er således ikke avvik mellom aml og pensjonslovene i forhold til dette kravet.

3.4.4.1.2 Hvilke foretak som omfattes.

'Foretak' er definert i lof § 1-2 (2) a og loi § 1-2 c som: "Aksjeselskap, allmennaksjeselskap, ansvarlig selskap, enkeltpersonforetak og ethvert annet rettssubjekt som har arbeidstaker i sin tjeneste."

Ordlyden i loven favner et svært stort anvendelsesområde. Også forarbeidene til kapittelet om sammenslåing gir uttrykk for dette: "Kapittel 15 er ikke begrenset til sammenslåing av foretak med bestemte organisasjonsformer som f eks aksjeselskaper", jf Ot.prp. nr. 47 (1998-99) kapittel 15, *Sammenslåing av foretak*, første avsnitt andre setning.

Ut fra dette synes det som det foreligger svært få begrensninger med hensyn til hvilke virksomheter som vil omfattes og lof og lois foretaksbegrep.

Aml benytter ikke direkte noe foretaksbegrep. I Rådskdirektiv 2001/23/EF benyttes imidlertid begrepene *foretak* og *bedrift* m.v. Fougner og Holo sier om dette at "Direktivets begreper ... er av EF-domstolen tolket så vidt at § 16-1 neppe på noe punkt kan tolkes snevrere enn den alminnelige omfangsbestemmelse for hele loven, § 1-2 første om "virksomhet som sysselsetter arbeidstaker"", jf. Jan Fougner og Lars Holo. Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, 2006, kapittel 16-1 note 2 s. 881.

²⁷ Jf. lof § 13-2 (3), § 13-3, § 13-5 og loi § 11-2 (2) og (3) og § 11-4 (1).

Her kan det fastslås at både pensjonslovene og aml favner svært vidt i forhold til hvilke typer foretak som omfattes, og at de begge tar utgangspunkt i arbeidsgiverbegrepet som nedre grense.

I relasjon til tjenestepensjon innsnevres likevel denne nedre grensen til foretak som oppfyller minimumsbetingelsene for å opprette pensjonsordning etter lof eller loi. Dvs foretak med ansatte, eller med to eller flere innehavere som arbeider i foretak²⁸. En praktisk tilnærming til å fastlegge innholdet i foretaksbegrepet for pensjonslovene, er derfor å knytte det til foretak som oppfyller minstekravene etter lof § 2-2 og loi § 2-3, jf. lov om OTP § 1-1.

For aml gjelder ikke noe slik nedre grense. Dermed er det som utgangspunkt et avvik mellom regelsettene. Et foretak som ikke oppfyller minstekravene etter lof og loi kan nemlig tenkes å ha kollektiv tjenestepensjon som kollektiv livrente. Avhandlingen er imidlertid først og fremst vinklet mot lof og loi jf. kapittel 2-1-2, og med denne begrensningen av stoffet vil dette likevel ikke være relevante avvik i forhold til denne avhandlingen.

3.4.4.2 Deling.

3.4.4.2.1 Innledning.

I forhold til foretaket som deles, skiller lof og loi mellom de to ulike organisatoriske hendelsene deling og utskilling. Loven splitter utskilling i ytterligere to underkategorier, basert på om den utskilte delen skal overføres til annen arbeidsgiver, eller om den utskilte virksomheten skal avvikles. Dette gir følgende kategorier:

- Deling av foretak (lof § 14-1 og loi § 12-1).
- Utskilling
 - Utskilling av en del av foretaket (lof § 14-2 og loi § 12-2).
 - Avvikling av virksomhet i foretaket (lof § 14-3 og loi § 12-3).

²⁸ Jf. lov om OTP § 1 (1) jf. lof § 2-2 (1) bokstav a og loi § 2-3 (1) bokstav a

3.4.4.2 Nærmere om deling av foretak.

I lof § 14-1(1) og loi § 12-1(1) er virkeområdet beskrevet: " Blir et foretak delt opp i to eller flere nye foretak, skal pensjonsordningen deles på samme måte etter reglene i paragrafen her...".

Dette er nærmere beskrevet i forarbeidene:

"Dette avsnittet beskriver hva som skal skje med en foretakspensjonsordning og pensjonsordningens midler når et foretak som har slik ordning blir delt opp i to eller flere nye foretak i overensstemmelse med selskaps- og regnskapsrettslige regler. Foretaket som deles vil dermed opphøre" (Ot. prp. 47 (1998-1999), kapittel 16.2.1. *Oppdeling av ett foretak i flere foretak*, første avsnitt).

Denne formen for deling samsvarer med det som Giertsen betegner som likvidasjonsdeling i forhold til aksje- og allmennaksjeselskaper jf. Giertsen. *Fusjon og fisjon*. Universitetsforlaget Bergen 1999, kapittel 4.2.

Aml bruker ordlyden virksomhetsoverdragelse som samlebegrep for både sammenslåinger og delinger. At de omfatter delinger følger forutsetningsvis av ordlyden i aml § 16-1 (1):

"...overdragelse av virksomhet eller del av virksomhet...". Delingstilfellene omfattes dermed både av aml og lof/loi.

3.4.4.3 Nærmere om utskilling.

3.4.4.3.1 Innledning - lof § 14-2 og loi § 12-2.

Utgangspunktet for utskillingsbestemmelsene er at det overdragende foretaket vil bestå etter utskillelsen, i motsetning til det som gjelder for deling. Dermed vil også det overdragende foretakets pensjonsordning fortsette for de arbeidstakere som blir igjen.

Lovbestemmelsene sonderer også i forhold til ulike mottakende foretak. Skillet går mellom de tilfeller hvor den utskilte virksomheten skal overtas av et eget nyopprettet foretak, jf begge paragrafers første ledd, og de tilfeller hvor den utskilte virksomheten overtas av annet eksisterende foretak, jf. begge paragrafers andre ledd. Denne sondringen har en parallell i aksjeselskapsretten. Andenæs beskriver det slik: "*For overtakende selskaps vedkommende kan det skilles mellom fisjon ved stiftelse av nytt selskap og fisjon ved overføring til eksisterende*

selskap”, jf Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper* 2006. Kapittel 43.3.2 første punktum, s. 612.

Når det overtakende foretak overtar pensjonsordningen fra det overdragende foretaket, anvendes reglene for sammenslåing, jf. lof § 14-2 (2) andre punktum og loi § 12-2 (2) andre punktum.

3.4.4.3.2 Begrepene ”en del av foretaket” og ”virksomhet i foretaket”.

Utskillingsbestemmelsene i §§ 14-2 og 12-2 har ulik ordlyd i første og andre ledd.

Det oppstår dermed et spørsmål om ordlyden ”*en del av foretaket*” har et annet innhold enn ordlyden ”*virksomhet i foretaket*”.

Forskjellen i ordvalg er ikke kommentert i lovmotivene. Det ser heller ikke ut til at forarbeidene skiller noe særlig mellom uttrykkene, og til dels ser det ut til at de blir benyttet mer eller mindre som synonymmer:

”I dette avsnittet omtales det forhold at en del av et foretak blir skilt ut og overdratt til et nyopprettet foretak eller til et annet eksisterende foretak.

....

I pensjonsammenheng vil det være parallelle problemstillinger når foretaket skiller ut virksomhet, uten at det foretas en deling etter selskapsrettslige regler. Avsnittet omhandler også disse tilfellene” (min understreking) (Ot. prp. 47 (1998-1999), kapittel 16.2.2. *Utskilling av en del av foretaket*, første avsnitt).

Sett i relasjon til lof og loi synes således ikke å være grunnlag for å skille særlig skarpt mellom uttrykkene ”*å skille ut en del av foretaket*” og ”*en virksomhet i foretaket*”.

Som vist i kapittel 3.4.4.2.1 skiller ikke aml mellom deling og utskilling, slik pensjonslovene gjør. I praksis har dette likevel ingen betydning ettersom begge former omfattes.

3.4.4.3.3 Utskillelse når formålet er avvikling.

Lof § 14-3 og loi § 12-2 regulerer virksomhetsutskilling når formålet er å avvikle den utskilte virksomheten. Som utgangspunkt må vurderingen av hva som er virksomhet, være identisk med det som gjelder for lof § 14-2 (2) og loi § 12-2 (2). Dette fremgår også av forarbeidene:

”Avvikling av virksomhet kan i en rekke tilfelle reelt sett ha stor grad av likhet med deling av foretaket og utskilling av virksomhet”, (jf Ot. prp. 47 (1998-1999), kapittel 16.2.3.

Avvikling av del av virksomheten, første avsnitt tredje punktum).

Forskjellen ligger i virkningen da det ikke vil være noe overtakende foretak ved avvikling. Det er derfor heller ikke vil noen kontinuitet av pensjonsrettigheter og forpliktelser.

Bestemmelsene i lof § 14-3 og loi § 12-3 omhandler ikke virksomhetsoverdragelser, slik dette vanligvis forstås, dvs at det er skjer en overføring fra et overdagende til et overtakende foretak. Det finnes ikke noen tilsvarende bestemmelse om avvikling av deler av en pensjonsordning i aml. Virksomhetsoverdragelsesreglene i aml forutsetter at det skjer en eller annen form for videreføring av virksomheten, og beskytter arbeidstakernes rettigheter i forhold til det nye overtakende foretaket. Når avviklingen av virksomheten først er et faktum, så får heller ikke amls virksomhetsoverdragelsesbestemmelser anvendelse.

Som utgangspunkt er det avvik på dette området, ettersom det ikke finnes parallelle bestemmelser i begge regelsett. Men bestemmelsene i lof og loi er strengt tatt ikke virksomhetsoverdragelsesbestemmelser. De har en parallell til disse ved at avgjørelsen av hva som er en virksomhet i et foretak, stort sett blir identisk med avgjørelsen hva som er virksomhet relatert til utskillelssituasjonene etter lof § 14-2 og loi § 12-2. Utover dette har derfor dette avviket ingen betydning

Ut fra dette må det kunne fastslås at det i realitet er samsvar mellom aml og lof/loi, selv om plasseringen av bestemmelsen ligger under virksomhetsoverdragelsesreglene i lof og loi.

3.4.4.3.4 Pensjonslovenes virksomhetsbegrep og amls vilkår om selvstendig økonomisk enhet.

Virkeområdet for utskillelssbestemmelsene, er knyttet til at det er en *virksomhet* som skilles ut, (se kap 3.4.4.4.2). Det blir således nødvendig å fastlegge hva som er en *virksomhet* i lof og lois forstand. Det fremgår flere steder i forarbeidene, at det siktes til det skatterettslige virksomhetsbegrep: *”Med virksomhet legges her det skatterettslige begrepet virksomhet til grunn. I begge tilfellene er det en forutsetning at ansatte overføres sammen med virksomheten”,* jf. Ot. prp. 47 (1998-1999), kapittel 16.2.2. *Utskilling av en del av foretaket, første avsnitt.*

Henvisningen til det skatterettslige virksomhetsbegrep, er uklar. Lovgivningen inneholder ingen entydig definisjon av hva som skal anses som virksomhet i skatterettslig forstand, og skatteretten (herunder litteraturen), bruker begrepet *virksomhet* i mange ulike relasjoner.

Den mest nærliggende mulighet er antakelig å oppfatte uttalelsen som en henvisning til hvilke virksomheter som er gjenstand for beskatning. Aarbakke, gir en forholdsvis utfyllende fremstilling av hva som skal anses som virksomheter i forhold til den tidligere skattelov²⁹ § 42 første ledd (Magnus Aarbakke. *Skatt på inntekt 4. utgave*. Universitetsforlaget 1990, kapittel 11)³⁰. Selv om det også ut fra gjeldende skattelov gjelder et krav til virksomhet av et visst omfang og som må ha økonomisk karakter, så er vinklingen i skatteretten først og fremst å avgjøre om virksomheten er skattepliktig eller ikke. For eksempel å fastsette enn nedre grense i forhold til skattbar virksomhet, i kontrast til det som må betraktes som ren hobbyvirksomhet.

Dernest er det et spørsmål om det dreier seg om arbeidsinntekt eller inntekt i næring. Det er først og fremst denne i grensedragningen det i litteraturen vises til det skatterettslige virksomhetsbegrep.

En slik tilnærming vil likevel gi liten mening i forhold til å identifisere virksomhet i relasjon til pensjonsrettigheter i utskillelsesituasjoner. For det første vil være mange former for virksomhet som er skattepliktig uten at de engang vil oppfylle minstekravene til å opprette tjenestepensjonsordning etter lof eller loi (jf. lof § 2-2 og loi § 2-3). For eksempel foretak hvor ingen arbeider og hvor "driften" gjøres via innleide tjenester. For det andre vil det sjelden forekomme tilfeller hvor en del av foretaket ikke er skattepliktig (dvs den del som skal skilles ut) og resten ikke.

Ved utskilling av virksomhet som er en del av et eksisterende foretak, vil denne virksomheten sjelden være et eget skattesubjekt før etter utskillelsen. Uttalelsen blir derfor et blindspor i forhold til å identifisere hva som skal regnes som en egen virksomhet i foretaket før utskillelsen.

En viss veiledning gir Finansdepartementet likevel:

"En slik vurdering er i utgangspunktet bare aktuell når en del av den samlede virksomheten avvikles. Et foretak kan etter departementets syn ha mange forskjellige virksomheter innenfor rammen av samlet virksomhet, som eksempel kan nevnes produksjon av bakervarer og engrossalg av emballasje til andre bakerier." (Ot. prp. 47 (1998-1999), kapittel 6.2.3. *Departementets vurdering*, første avsnitt)..

²⁹ Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven), av 18. august 1911 nr 8:

³⁰ Zimmer bruker begrepet virksomhetsinntekt, jf Frederik Zimmer. Lærebok i skatterett. 5. utgave. Universitetsforlaget 2005

Finansdepartementets eksempel har likheter til amls krav om at en virksomhetsoverdragelse må omfatte en selvstendig økonomisk enhet.

Forarbeidene til aml indikerer et bredt spekter av momenter som ut fra rettspraksis vil være relevante ved vurdering av vilkåret om selvstendig økonomisk enhet.

EF-domstolen fastslo i Rygaard-dommen (sak C-48/94) at overføringen skal gjelde en økonomisk enhet som er organisert på en stabil måte, og hvis aktiviteter ikke er begrenset til utførelsen av en nærmere bestemt entreprise. I Süzen-dommen (sak C-13/95) fastslo domstolen at begrepet enhet ikke bare relaterer seg til den aktivitet som utføres: *"En enhet bestemmes også av andre forhold, som for eksempel personalet som er ansatt i enheten, ytre rammer, tilretteleggelsen av arbeidet, driftsmåte og de driftsmidler enheten råder over"*³¹.

Men selv om en virksomhet er en selvstendig økonomisk enhet i arbeidsmiljølovens forstand, så vil det likevel normalt ikke være et eget skattesubjekt før en eventuell utskillelse til eget foretak. Likeledes vil ikke identifiseringen av om det foreligger en selvstendig økonomisk enhet etter aml, ha noen praktisk betydning før det eventuelt skal foretas en deling/utskillelse. Det finnes ikke noe rettspraksis eller forvaltningspraksis knyttet til pensjonslovene som utdyper dette ytterligere.

Så langt må det kunne konstateres at det er et avvik mellom aml og pensjonslovene. Ordlyden virksomhet og selvstendig økonomisk enhet brukes av begge regelsett for å identifisere en enhet hos en arbeidsgiver (eller et foretak). Etter aml er det egne kjennetegn på hva som er en selvstendig økonomisk enhet. For pensjonslovene er meningsinnholdet i virksomhetsbegrepet uklar, og det er uklart hvilken praktisk betydning forskjellene har. En nærliggende løsning er da å legge til grunn amls identifiseringsregler for selvstendig økonomisk enhet, også ved identifisering av virksomhet etter pensjonslovene. I så fall vil det kunne konstateres at det ikke er avvik mellom aml og lof/loi.

³¹ Norsk oversettelse er hentet fra Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Kravet om selvstendig økonomisk enhet, tredje avsnitt

3.4.5 Oppsummering

Som utgangspunkt må det presiseres at ikke alle betingelser og mulige anvendelsesområder er kartlagt og analysert. Oppsummeringen er således bare basert på det som er observert gjennom gjennomgangen i denne avhandlingen.

Mitt utgangspunkt har vært at regelsettene i hovedsak er samordnet. I hovedsak har kapittel 3.4 vist nettopp det. På noen områder er likevel resultatet noe uklart, som for eksempel for eksempel hvorvidt pensjonslovenes virksomhetsbegrep og amls vilkår om selvstendig økonomisk enhet har samme innhold. På andre områder, som for utvikling av virksomhet, finnes det ikke parallelle regelsett. Dette er i utgangspunktet et avvik, men hvor det likevel er uten noen praktisk betydning. På området for hvilke foretak regelsettene får anvendelse på, er det påvist et avvik men det faller utenfor avhandlingens som sådan.

3.5 Gjennomgang av typetilfeller der aml og lof/loi ikke synes godt nok harmonisert.

3.5.1 Innledning

Ovenfor har jeg påvist at det som hovedregel synes å være "samstemthet" mellom aml og lof/lois anvendelsesbetingelser/anvendelsesområder. I det følgende vil jeg gjennomgå noen områder/typetilfeller der jeg mener aml og lof/loi ikke er godt nok tilpasset hverandre, samt hvilke konsekvenser dette eventuelt kan få.

3.5.2 Hvem er omfattet.

Aml gjelder "...for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker...", jf. § 1-2 (1). En forutsetning for virkeområdet er at de kun får anvendelse for virksomhetsoverdragelser som involverer arbeidstakere. Som arbeidstaker siktes det til "... *enhver som utfører arbeid i annens tjeneste.*", jf. aml § 1-8 (1).

Lof og loi regulerer først og fremst rettighetene til dem som er medlemmer av foretakets pensjonsordning³². Medlemmer av en pensjonsordning vil i første rekke omfatte arbeidstakere³³,

³² Arbeidstakeres rettigheter som sådan reguleres også, men da først og fremst i forhold til retten til å bli tatt opp som medlem, jf. lof §§ 3-2 til 3-8 og loi §§ 4-1 til 4-3, og retten til å beholde medlemskap, jf. særlig lof §§ 3-10, 3-11 og 4-6 (1), og loi § §§ 4-4, 4-5 og 6-1 (1).

men ikke nødvendigvis alle arbeidstakere, ettersom kun "...*arbeidstakere som oppfyller opptaksvilkårene i regelverket for pensjonsordningen omfattes.*"³⁴

Arbeidstakere som ikke tas opp som medlemmer vil typisk være arbeidstakere som er delvis uføre eller sykemeldte på det tidspunkt de ellers skulle vært tatt opp. Og arbeidstakere med lav deltid, sesongarbeidere og lignende

To andre grupper inngår i lof og lois medlemsbegrep:

- "...*arbeidsgiveren og annen person som må anses for innehaver i foretaket*", jf. lof § 1-2 (2) bokstav c og loi § 4-1 (2) jf. § 1-2 bokstav j.
- "... *alderspensionist som har sluttet hos forsikringstaker ved oppnådd pensjonsalder, og uførepensionist som har blitt ufør mens han var i forsikringstakers tjeneste*" jf. lov § 1-2 (2) bokstav c og loi § 1-2 bokstav j.

Formelt sett faller etterlattepensionister utenfor medlemsbegrepet i lof og loi. Men for ytelsespensjonsordninger (lof) har etterlattepensionistene vært behandlet (og) oppfattet som medlemmer på lik linje med øvrige pensjonister. I praksis er det ingen forskjell ettersom de skal ha pensjonsregulering på lik linje med øvrige pensjonister, jf. lof § 5-10 (2).

Som det fremgår av lovenes definisjoner er ikke persongruppene som omfattes identiske. Aml omfatter alle arbeidstakere mens lof og loi kun de arbeidstakere som opptas i pensjonsordningen. Sett i relasjon til virksomhetsoverdragelser, så har avviket likevel liten betydning, ettersom virksomhetsoverdragelsen i seg selv ikke endrer noe på retten til å bli tatt opp som medlem. I relasjon til retten til medlemskap vil lof og loi være *lex specialis*.

Et praktisk større avvik er det at pensjonister omfattes av pensjonslovene og ikke av aml. Pensjonistene utgjør ofte antallsmessig store grupper (i blant større enn gruppen aktive medlemmer) og representerer ofte store kapitalverdier. Lof og loi inneholder ikke noen direkte regulering av pensjonistene i virksomhetsoverdragelsesbestemmelsene. I tilknytning til delingsbestemmelsene er det i forarbeidene nevnt at det skal skje en fordeling også av pensjonistene. I praksis representerer håndteringen av pensjonister i virksomhetsoverdragelser ofte en betydelig utfordring, og omfatter mange uavklarte spørsmål. Særlig gjelder dette i delings-

³³ Jf. lof § 3-2 1(1) jf. § 3-3 og loi § 4-1 (1) jf. § 4-2.

³⁴ Jf. lof § 1-2 (2) bokstav c og loi § 1-2 bokstav j.

og utskillingssituasjoner, da det ofte kan være vanskelig å plassere pensjonistene i riktig overtakende virksomhet.

Det vil likevel føre for langt å utrede dette disse problemstillingene videre her.

3.5.3 Offentlig virksomhet

For aml er det fastsatt at virksomhetsoverdragelsesreglene får anvendelse både i forhold til privat og offentlig virksomhet, se kapittel 3.4.3. I pensjonslovene lof og loi er avgrensningen mot offentlig virksomhet mer udefinerbar.

For lof og loi er det saklige virkeområdet angitt i begge lovers § 1-1 (1): *”Loven gjelder foretakspensjonsordning og foretak som har eller oppretter slik pensjonsordning”*.

I lov om OTP er det lagt inn en litt tydeligere avgrensning: *”Loven gjelder ikke foretak som har pensjonsordning i henhold til lov eller tariffavtale for statlig eller kommunalt ansatte.”*, jf. lov om OTP § 1 (3). Motivet for denne bestemmelsen er å unnta de foretak som allerede er lovpålagt eller tariffpålagt å ha pensjonsordning for sine ansatte. Dette vil ikke nødvendigvis, også være en grense for lof og loi.

Lof og loi er ment å regulere pensjonsordninger i privat sektor, det er likevel ingen klart uttrykte avgrensninger mot offentlig sektor. Men de lovregulerte og tariffavtalte pensjonsrettighetene for offentlige virksomheter, har krav til ytelser og andre egenskaper som ikke er tillatt under verken lof eller loi. I praksis vil det derfor sjelden være aktuelt å anvende slike pensjonsordninger for foretak og virksomheter som hører under den egentlige offentlige virksomhet.

I ”randsonen” på den egentlige offentlige virksomhet, finnes en rekke fristilte offentlige virksomheter og offentlig eide servicevirksomheter m.v. For slike foretak vil det etter omstendighetene kunne opprettes pensjonsordninger etter lof og loi, og som virksomhetsoverdragelsesreglene dermed får anvendelse på.

På bakgrunn av dette må det konstateres at rekkevidden for pensjonslovene lof og loi og aml er ulik i forhold til offentlig virksomhet. For virksomhetsoverdragelsesreglene har dette neppe noen praktisk betydning ettersom spesielt tilpasset regelverk for de lovpålagte og tariffavtalte pensjonsordningene, overtar der lof og lois rekkevidde opphører.

3.5.4 Overdragelse fra konkursbo

Amls bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår, reservasjonsrett og vern mot oppsigelse i forbindelse med virksomhetsoverdragelser får ikke anvendelse når overdragelsen skjer fra et konkursbo, jf. aml § 16-1 (2).

Det finnes ikke noe tilsvarende unntak i lof og loi. Situasjonen med at konkursboet velger å drive virksomheten videre er heller ikke nevnt i lovmotivene. Konkurs innebærer normalt avvikling av virksomheten og i så fall skal pensjonsordningen også avvikles, jf. lof § 15-1 (2). Dersom konkursboet velger å drive virksomheten videre vil det ikke skje en avvikling, og pensjonsordningen skal da som utgangspunkt fortsette.

Det er ikke noe i veien for at et konkursbo kan være forsikringstaker for en pensjonsordning, ettersom definisjonen av foretak omfatter ethvert rettssubjekt som har arbeidstaker i sin tjeneste, jf. lof § 1-2-(2) bokstav a og loi § 1-2 bokstav c. Forutsetningen må likevel være at overtakelsen også faller innenfor rekkevidden av lof og lois virksomhetsoverdragelsesregler

Når foretaket som er konkurs har hatt pensjonsordning og konkursboet finner å ville drive videre *hele* virksomheten, må løsningen være at konkursboet overtar forpliktelsen etter pensjonsordningen jf. kapittel 3.4.2. Dersom kun deler av virksomheten overtas vil overdragelsen reguleres av lof § 14-2 (1) og loi § 12-2 (1).

Lof og loi åpner for at forsikringstakere selv kan velge å bringe en pensjonsordning til opphør: *"Foretaket kan bestemme at pensjonsordningen skal opphøre"*, jf. lof § 15-1- (1) og loi § 13-1(1). Det er nærliggende at et konkursbo som utgangspunkt ville benyttet seg av en slik opphørsadgang for å redusere sine utgifter. Reglene om OTP vil imidlertid få anvendelse overfor ethvert rettssubjekt som har arbeidstaker i sin tjeneste, jf. lov om OTP 1 (2), slik at det i fortsettelsen i hvert fall må opprettes en pensjonsordning som oppfyller minstekravene etter lov om OTP. Generelt vil konkursboets mulighet til å endre forsikringsavtalen, være som for ethvert annet overtakende foretak, se nærmere om dette i kapittel 3.2.6.

Etter dette må det kunne konkluderes med at lov om OTP forutsetter kontinuitet også i konkurs-situasjonene når konkursboet driver virksomheten videre, og at lof og loi legger til rette for at slik rettighetsoverdragelse kan gjennomføres. For de i praksis fleste tilfeller nøytraliserer dermed lof, loi og lov om OTP, noen av virkningene i konkursbounntaket i aml § 16-2 (3).

3.5.5 Stans i driften.

Rettspraksis har akseptert at det kan være en stans av driften i virksomheten i en periode og likevel være en overføring, jf. EF-domstolen sak-287/86 (Ny Mølle Kro) og Rt. 1995 s. 849 "Keiserinnen"³⁵.

Momentet var også fremme i EF-domstolen sak C-24/85 (Spijkers), hvor retten obiter dictum bl.a. uttaler at " Ved afgjørelsen af, om dette må anses for tilfældet, må der tages hensyn til samtlige omstændigheder omkring afhendelsen, herunder ... hvor længe virksomhedens drift eventuelt har været indstillet."

Dersom forsikringstaker, legger ned virksomheten vil pensjonsordningen normalt opphøre, og selskapet vil utstede fripoliser og IPA, jf. lof § 15-1 (2) og loi § 13-1 (2). Etersom fripoliser og IPA er individuelle rettigheter, er disse i utgangspunktet irreversible (muligens med mindre den enkelte forsikrede i en situasjon med videre drift samtykker i reversering). Dersom det senere viser seg at stans av driften kun er midlertidig, fordi den gjenopptas av ny arbeidsgiver, og tilfellet dermed faller under amls virksomhetsoverdragelsesregler, vil det for ytelsespensjonsordninger ikke være mulig å fortsette som om det foreligger kontinuitet i pensjonsordningen. Innskuddspensjonsordninger vil enklere kunne fortsette, ettersom man ikke er avhengig av å ta hensyn til tidligere tjenestetid.

Noe kan repareres gjennom at den nye arbeidsgiver tillater medregning av tidligere rettigheter, jf. lof §§ 4-11 – 4-13, men dette forutsetter likevel at den enkelte forsikrede aksepterer medregning. Innføring av rett til medregning må gjøres som et tilbud til alle medlemmer av pensjonsordningen, dvs også eventuelle arbeidstakere/medlemmer som allerede er ansatt hos overtakende arbeidsgiver. Det er neppe grunnlag for, verken etter lof eller aml, å kreve at overtakende arbeidsgiver skal være tvunget til å foreta konkret bestemte endringer i en allerede eksisterende pensjonsordning som følge av en virksomhetsoverdragelse.

Ved sammenslåing åpner lof og loi for lukking av pensjonsordninger med det motiv at pensjonsreglene i minst mulig grad skal være til hinder for hensiktsmessige strukturendringer i næringslivet. Ut fra motivet for lukkingsreglene bør det også være rom for lukking av grupper med og uten rett til medregning av tidligere rettigheter. Slik reglene om lukking er beskrevet i lof og loi, er det

³⁵ Momentet var også fremme i EF-domstolen sak. C-24/85 (Spijkers), hvor retten obiter dictum bl.a. uttaler at " Ved afgjørelsen af, om dette må anses for tilfældet, må der tages hensyn til samtlige omstændigheder omkring afhendelsen, herunder ... hvor længe virksomhedens drift eventuelt har været indstillet."

likevel uavklart om medregning alene kan gi grunnlag for lukking. Dette har sammenheng med at medregningsreglene slår individuelt ut og det dermed ikke er mulig å si noe generelt om den ene pensjonsordningen er bedre enn den andre jf. lof § 13-2 (3) og loi § 11-2 (2).

Rettspraksis gir ikke noen sikker avklaring på hvor lenge en virksomhet kan være midlertidig nedlagt og likevel bli omfattet av amls virksomhetsoverdragelsesregler.

Ved avvikling av kollektive tjenestepensjonsforsikringer står forsikringsselskapet risikoen for fulle dekninger i en måned etter at medlemmene er varslet eller på annen måte blitt gjort kjent med avviklingen, jf. fal § 19-6 andre ledd. Dersom det skjer et forsikringstilfelle og perioden hvor forsikringsleverandørens forpliktelse for fulle ytelser er utløpt, og det i etterkant skjer en overdragelse som faller under amls virksomhetsoverdragelsesregler, så oppstår spørsmålet om den forsikrede likevel har krav på fulle ytelser istedenfor ytelser etter fripolisen.

Dersom forsikrede har krav på fulle ytelser, vil antakelig det økonomiske ansvaret for å dekke differansen mellom fripoliseytelsene og fulle ytelser, i utgangspunktet falle på det overtakende foretaket³⁶, som da står som selvassurandør. Kapitalverdien av et slikt krav kan være enormt, og det kan stilles spørsmål ved rimeligheten av at foretakene skal måtte bære dette. Det kan hevdes at foretaket bør foreta undersøkelses om det foreligger slike forpliktelser før de overtar. Dette er likevel en for enkel premiss å legge til grunn, ettersom det for uførepensjon kan ta lang tid før kravet materialiserer seg og er synlig for overtakende foretak.

Som utgangspunkt må det på bakgrunn av dette fastslås at virksomhetsoverdragelsesreglene på dette punktet ikke i tilstrekkelig grad er harmonisert verken med pensjonslovene lof og loi eller med forsikringsavtaleloven.

Skulle det vise seg at opphøret har vært så kortvarig at pensjonsleverandøren ikke har gjennomført opphøret eller ikke fått beskjed om avviklingen, vil det forsikringsteknisk ikke oppstå noe problem, så lenge det overtakende foretak dekker premieforpliktelsen også for den periode virksomheten har vært nedlagt. Det forutsettes da at forsikringsleverandøren aksepterer overtakende foretak som kontraktsmotpart /forsikringstaker.

³⁶ Alternativt kan det bli tale om solidaransvar etter akselovenes regler eller som en følge av hva som er avtalt i virksomhetsoverdragelsesavtalen.

3.5.6 Gjennomgang i lys av to av amls kumulative vilkår for virksomhetsoverdragelse.

3.5.6.1 Innledning

Problemstillingen som drøftes her om det på noen områder kan være en differanse mellom de kumulative vilkår som må være oppfylt for at aml skal få anvendelse, og lof og lois vilkår for anvendelse av virksomhetsoverdragsreglene. En fullstendig sammenligning av hele rettsstoffet vil bli for omfattende for en avhandling som denne. Gjennomgangen er derfor konsentrert om to av hovedkravene, *kravet om overdragelse* og *kravet om identitet*, jf. kapittel 3.4.3. *Kravet om selvstendig økonomisk enhet* er behandlet under kapittel 3.4.4.3.4. For *kravet om overdragelse* så dreier det seg i realiteten om samme sak som pensjonslovenes *krav til formene for sammenslåing*. Fremstillingen av disse to betingelsene er derfor slått sammen, og fremstillingen under dette punktet vinkles avslutningsvis mot tredjemannskontrakter.

3.5.6.2 Formene for sammenslåing og kravet om at det må foreligge en overdragelse

Begrepet sammenslåing i lof og loi setter i seg selv ingen grenser for hvilke metoder som benyttes i forbindelse med en sammenslåing.

I forarbeidene er det også uttrykt at det ikke stilles krav om bestemte selskapsformer eller sammenslåingsmetoder for at virksomhetsoverdragsreglene i foretakspensjonsloven skal få anvendelse:

”Kapittel 15 er ikke begrenset til sammenslåing av foretak med bestemte organisasjonsformer som f eks aksjeselskaper eller til bestemte måter å gjennomføre en sammenslåing på, som overdragelse av to foretak til et nytt foretak mv.” (Ot.prp. nr. 47 (1998-99) kapittel 15. *Sammenslåing av foretak*, første avsnitt andre setning.).

Litt senere i forarbeidene innsnevres likevel dette vide utgangspunktet noe:

”Forslaget tar ikke stilling til hvordan sammenslåingen selskapsrettslig skal gjennomføres. Det er således ikke begrenset til fusjoner i aksjerettslig forstand eller skattefrie fusjoner, uten at det derved åpner for sammenslåinger utover det som for øvrig følger av selskaps- og regnskapsrettslige regler” (min understreking) (Ot.prp. nr. 47 (1998-99) kapittel 15.2.1. *Utvalgets forslag*, tredje avsnitt).

Tilsynelatende må anvendelsesområdet derfor fastsettes gjennom en analyse av de rammene som følger av selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler. Men for loi ser det ikke ut til å gjelde noen tilsvarende begrensning, ettersom forarbeidene kun uttaler følgende om dette:

”Begrepet sammenslåing av foretak brukes både her og i lov om foretakspensjon i en videre betydning enn fusjon i aksjerettslig forstand. Med sammenslåing av foretak menes her enten at det dannes et nytt foretak samtidig som de tidligere foretakene avvikles, eller at et av foretakene overtar de øvrige og viderefører virksomheten, mens de øvrige foretakene avvikles. Det stilles i denne sammenheng ikke krav om at foretakene som skal slås sammen, skal ha samme eller bestemte selskapsformer” (min understreking) (Ot.prp. nr. 71 (1999-2000) kapittel 13.1. *Bakgrunn*, første avsnitt).³⁷

Formuleringen etterlater uklarhet med hensyn til om uttalelsen skal tolkes som en presisering som både gjelder lof og loi, eller om dette er en innsnevring som bare gjelder loi. At det skal være et ulikt anvendelsesområde for sammenslåingsreglene etter lof og loi, har likevel formodningen mot seg ettersom det er de samme motiver/målsettinger som nødvendigvis må ligge bak begge regelsettene. Ut over den ovennevnte uttalelse er det for øvrig heller ikke nevnt noe i forarbeidene som antyder at det skal være en forskjell mellom lovene på dette punktet. Det er derfor mer rimelig å se uttalelsen i forarbeidene til loi som en utdyping av forarbeidene til lof. Dette støttes også av følgende uttalelse i forarbeidene til loi:

”Utvalget har i sitt utkast foreslått regler som i stor grad bygger på regelverket i lov om foretakspensjon. Utvalget har i tillegg foreslått regler for det tilfelle at foretak som har innskuddspensjonsordning slås sammen med foretak som har foretakspensjonsordning” (Ot.prp. nr. 71 (1999-2000) kapittel 13.1. *Bakgrunn*, andre avsnitt.).

Med den konkretisering som følger av forarbeidene til loi, må det antas at denne for alle praktiske formål angir virkeområdet. Det må i denne sammenheng være tilstrekkelig å konstatere at sammenslåingen må være lovlig ut fra preseptoriske regler³⁸, uten at det dermed er nødvendig å analysere de ytre rammene for de selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler.

Jeg går nå over til å se på pensjonsreglenes betingelser, i lys av amls krav om at det må foreligge en virksomhetsoverdragelse.

³⁷ Andenæs gjør en tilsvarende sontring i kap. 42.4 (s. 584) i ”Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper” (2006), hvor han skiller mellom de tilfeller hvor det/de overdragende selskap fusjoneres inn i et eksisterende selskap (absorpsjon), og fusjon ved stiftelse hvor to eller flere overdragende selskap fusjoneres inn i et nytt selskap (som stiftes i forbindelse med fusjonen).

³⁸ Jeg viser i denne sammenheng til Giertsens uttalelse om at ”(r)ammene for fusjons- og fisjonsbegrepet er preseptoriske”, jf. Johan Giertsen. *Fusjon og Fisjon*, s. 89.

EU-direktivet om virksomhetsoverdragelse har en litt annen ordlyd enn aml. I følge direktivet skal overdragelsen skje ”...som følge av kontraktmessig overdragelse eller fusjon”, jf. direktiv 2001/23/EF. Praksis for EF-domstolen viser at begrepet kontraktmessig er tolket svært vidt. Kontrakten trenger ikke en gang å bestå mellom ny og tidligere innehaver, da tilfeller hvor en eier overfører fra en tidligere leier til en ny leier også omfattes jf. EF-domstolen sak-324/86 (Daddy’s Dance Hall) og EF-domstolen sak-287/86 (Ny Mølle Kro).

Problemstillingen som skal drøftes her, er hvorvidt det også etter lof og loi er et krav om kontraktmessig overdragelse, og om den vide tolkning dette har blitt gitt i praksis, fullt ut også kan gjøres gjeldende i forhold til lof og loi.

Lof og loi har ikke noen tilsvarende regel med krav til overdragelsens form. I forarbeidene er det uttalt at det er et ønske å dekke flest mulig sammenslåingssituasjoner gjennom regelverket:

”Etter departementets syn er det viktig at bestemmelsene får en utforming som dekker alle de praktiske tilfellene av sammenslåing. Departementet støtter derfor utvalgets forslag om at bestemmelsene om sammenslåing skal få anvendelse uten at det stilles krav til at foretakene som skal slås sammen skal ha samme eller bestemte selskapsformer” (Ot. prp. nr. 47 (1998-1999) kapittel 15.2.1. *Departementets vurdering*, tredje avsnitt).

For reglene om deling har ikke forarbeidene noen like tydelig uttrykt mål om å dekke flest mulig praktiske tilfeller. Men også her må det ut fra den ordlyd og utforming lovt tekstene har fått, legges til grunn at verken lof eller loi stiller krav om bestemte selskapsformer eller metoder for gjennomføring ved delingen, utover det oven selv beskriver om de tre delingssituasjonene som omfattes, jf. kapittel 3.4.4.2.

Verken lovt tekst eller forarbeider for lof/loi inneholder noe krav til bakgrunnen for sammenslåingen eller delingen, og om dette må skje som følge av kontrakt eller andre forhold. Som utgangspunkt står spørsmålet derfor helt åpent. Det er da nærliggende å legge til grunn at departementets uttalelse om at bestemmelsene skal dekke *alle* de praktiske tilfellene sammenslåing³⁹, må forstås slik at rekkevidden av lof og lois virksomhetsoverdragelsesregler ikke er begrenset til kontraktmessige overdragelser.

³⁹ Ot. prp. nr. 47 (1998-1999) kap. 15.2.1. *Departementets vurdering*, tredje avsnitt

Selv om dette legges til grunn, gjenstår det likevel å avgjøre om den vide fortolkningen i rettspraksis av tilfeller som faller under direktivets og amls kontraktsbegrep, fullt ut kan gjøres gjeldende for lof og loi.

3.5.6.2.1 Forholdet til tredjemannskontrakter

En kollektiv pensjonsordning er alltid opprettet mellom arbeidsgiver som forsikringstaker og selskapet som forsikringsgiver. Eu-rettens vide tolkning av kontraktsbegrepet løser ikke spørsmål av kontraktsrettslig karakter mellom overtakende foretak og leverandøren av pensjonsordningene.

I sakene Daddy's Dance Hall og Ny Mølle Kro⁴⁰ var konklusjonene at overdragelse kan skje via tredjemann uten at den arbeidsgiver som er kontraktspart med forsikringsleverandøren er involvert. Selve overføringen vil i prinsippet kunne skje uten at leverandøren engang har kjennskap til denne.

Også de ordinære virksomhetsoverdragelsestilfellene skjer vanligvis uten at pensjonsleverandøren er involvert.

Problemstillingen i begge tilfeller blir om pensjonsleverandøren er forpliktet til å la en ny arbeidsgiver tre inn som motpart i avtalen. Dvs om det er kontraheringsplikt for pensjonsleverandøren. Temaet er så langt jeg kan se ikke berørt verken i lovmotiver eller i litteratur. Problemstillingen er her om virksomhetsoverdragelsesreglene i lof og loi har en tilsvarende virkning med hensyn til kontinuitet i kontraktsforholdet, som fusjon og fisjon har etter aksjelovene.

Ut fra alminnelige kontraktsrettslige prinsipper om fri kontraktsinngåelse⁴¹ kan et nytt rettssubjekt ikke uten videre ha rett til å overta en tidligere forsikringsavtale uten at forsikrings-selskapet har en tilsvarende mulighet til å avgjøre om de vil tre inn i en ny kontrakt med den nye innehaveren. Unntak gjelder som nevnt for fusjon og fisjon etter aksjelovene, jf kapitlene 13 og 14, hvor det

⁴⁰ Jf. EF-domstolen sak-324/86 og EF-domstolen sak-287/86

⁴¹ Jf. for eksempel Hov: " *Prinsippet om at det går an å binde gjennom avtale, er et utslag av forestillingen om den enkeltes private selvbestemmelsesrett (autonomi). Dette prinsippet lar seg – iallfall etter min oppfatning – ikke begrunne ut fra andre regler, men må oppfattes som en grunnleggende forutsetning for hele rettssystemet*" (Jo Hov. *Avtalerett*. Papinian 1993, Kapittel 1, s. 21.)

gjelder et kontinuitetsprinsipp også overfor kreditorer og debitorer og andre kontraktsparter i løpende kontrakter.

Også forsikringsavtaleloven forutsetter som utgangspunkt fri kontraktsinngåelse. Dette er en forutsetning for at selskapet skal kunne vurdere forsikringsrisikoen før de eventuelt velger å akseptere, jf. fal § 12-1 jf. § 19-1.

For sammenslåinger hvor det skal opptas grupper av ansatte som ikke tidligere har vært forsikret i pensjonsleverandørens portefølje, vil situasjonen ikke være spesielt annerledes enn om forsikringstaker ordinært melder inn et stort antall nyansatte arbeidstakere. Her kan pensjonsleverandøren neppe velge å ikke overta pensjonsordningen for de ansatte som meldes inn. Dersom et forsikringsselskap mener at det får en forrykning i risikoeksponering, må denne velge andre metoder for å kompensere dette, som f eks økt premie eller i verste fall oppsigelse av kontrakten for pensjonsordningen.

Resultatet er opplagt dersom pensjonsleverandøren er kjent med situasjonen og aksepterer overtakende foretak som forsikringstaker. Oftest vil det likevel ikke være slik. Sett fra pensjonsleverandørens synspunkt så avviker forsikringstaker sin virksomhet, og det er også den eneste melding de vanligvis vil få fra forsikringstaker (i hvert fall hvis denne heller ikke er kjent med de forhandlinger som skjer mellom tredjepartene). Pensjonsleverandøren vil dermed iverksette avvikling etter avviklingsreglene i lof kapittel 15 og loi kapittel 13, og som i flere henseende kan være irreversibel. Disse problemstillingene knyttet til avvikling er behandlet ovenfor i kapittel 3.4.4.3.3

På bakgrunn av dette må det kunne konstateres at aml forutsetter kontinuitet for pensjonsrettigheter i situasjoner som sett i forhold til forsikringsleverandøren, går ut over det som gjelder etter alminnelige kontraktsretteslige prinsipper og forutsetninger for overtakelse av forsikringskontrakter.

3.5.6.3 Kravet om at den selvstendige økonomiske enhet bevarer sin identitet etter overføringen.

I "Rapport om virksomhetsoverdragelse", beskrives innholdet i identitetskravet på følgende måte:

"Den sentrale vurderingen mht. om det er skjedd en overdragelse av virksomhet er om virksomheten fremstår som i det vesentlige den samme også etter overføringen. Hva den tidligere virksomhet beskjeftiget seg med, må som et utgangspunkt sammenholdes med

den aktivitet som fortsetter. Foreligger det et sammenfall, kan det normalt konstateres at det er samme virksomhet som fortsetter. Andre momenter som må trekkes inn, er hvor omfattende overdragelsen av aktiva er, i hvilken grad det er de samme arbeidstakerne som sysselsettes i gammel og ny virksomhet, hvorvidt den nye virksomheten fortsetter umiddelbart etter den gamles opphør og om arbeidstakernes arbeid er det samme som før". (Rapport om virksomhetsoverdragelse kapittel 1.3.3 første avsnitt)

I rapporten påpekes det videre at også i forhold til virksomhetsoverdragelser av en del av en virksomhet, må kravet til identitet oppfylles:

"Det bør videre understrekes at dersom en del av virksomhet overdras, får bestemmelsene anvendelse for de arbeidstakere som er knyttet til den aktuelle delen. Det kan være vanskelig å avgrense denne gruppen. Det avgjørende må være hvor arbeidstakerne primært har hatt sin tilknytning, og hvor det derfor er mest naturlig at vedkommende fortsetter". (Rapport om virksomhetsoverdragelse kapittel 1.3.3 siste avsnitt).

Noe tilsvarende krav til identitet er ikke nevnt i lovtekst eller forarbeider til lof og loi. Det nevnte bakerieksempelet i forhold til utskilling av virksomhet⁴², gir en pekepinn i retning av at den del som *skal* skilles ut må ha en egen identitet. Etter at sammenslåingen er en realitet, finnes det ikke noe rettslig grunnlag for å innfortolke opprettholdelse av identitet som et krav etter lof og loi.

Lof og loi, har som utgangspunkt å ivareta et likebehandlingsprinsipp av alle arbeidstakere uavhengig av hvilken del eller virksomhet i foretaket man har sitt daglige virke og organisatoriske tilhørighet. Eksempelvis er det ikke anledning til å opprette pensjonsordning bare for enkelte grupper av ansatte (for eksempel funksjonærer) eller å tilgodese enkelte grupper med bedre betingelser enn øvrige.

Reglene i lof og loi er utformet med den hensikt at disse ikke skal stille krav til hvordan foretakene slås sammen. Dette er begrunnet med at "*...det sentrale ikke er selve sammenslåingen av foretakene, men hvordan de pensjonsmessige spørsmål som fordeling av midler, overtakelse av forpliktelser, videreføring av ordninger mv skal løses*", jf. Ot. prp. nr. 47 (1998-1999) kapittel 15.2.1. *Departementets vurdering*, tredje avsnitt.

⁴² Jf. Ot.prp nr. nr. 47 (1998-1999) kap 16.2.3. *Departementets vurdering*, første avsnitt.

Man kan tenke seg at bestemmelsene om videreføring (lukking)⁴³ er et uttrykk for at den lukkede gruppen beholder sin identitet etter sammenslåingen. Dette vil i så fall være en misforståelse ettersom retten til lukking er kun er gitt ut fra et hensyn om å lette *gjennomføringen* av restrukturering og organisatoriske endringer i næringslivet. Det er ingen holdepunkter etter lof og loi som tilsier at medlemmene i den lukkede gruppen må ha sitt arbeid innenfor samme organisatoriske enhet foretaket. Det er fullt mulig at disse ansatte er spredd på en rekke ulike steder i foretaket, og at de også før sammenslåingen hadde arbeidsoppgaver i ulike virksomheter med ulik identitet.

Oppsummert må man kunne slutte at et krav til fortsatt identitet ikke har relevans i forhold til lof og loi.

3.5.6.4 Oppsummert

Det er ovenfor påvist at det på enkelte områder ikke er gjort en tilstrekkelig harmonisering av aml mot pensjonslovene i forbindelse med at pensjonsuntaket ble fjernet.

For noen områder, så har avvikene liten praktisk betydning, som for eksempel i forhold til offentlig virksomhet, overdragelse fra konkursbo og det kumulative vilkåret om identitet. For andre områder som kontinuitet etter stans i driften kan avvikene få store økonomiske konsekvenser.

På området for "formene for sammenslåing" og "kravet om at det må foreligge en virksomhetsoverdragelse", er veien litt mer kronglete, ettersom fremstillingen primært bygger opp til å vise et forholdsvis stort avvik i forhold til alminnelige prinsipper om fri kontraktsinngåelse i siste underkapittel.

⁴³ jf lof §§ 13-2 (3), og 13-3, 13-5 og loi §§ 11-2 andre til fjerde ledd og 11-4

4 Litteraturliste

NOU 1998:1 – Utkast til lov om foretakspensjon.

NOU1999:32 – Utkast til lov om innskuddspensjon i arbeidsforhold.

NOU 2004:5 – Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Ot.prp. nr. 47 (1998-1999) – Lov om foretakspensjon.

Ot.prp. nr. 71 (1999-2000) – Om lov om innskuddspensjon i arbeidsforhold (innskuddspensjonsloven).

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) – Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven)

Rapport utgitt 30.06.2000 av Arbeids- og administrasjonsdepartementet. Rapport om virksomhetsoverdragelse. (Forslag til endringer i arbeidsmiljøloven kapittel XII A som følge av nytt EU-direktiv).

Espen Bergh. *Pensjonsrettigheter ved virksomhetsoverdragelse – hvilke forpliktelser påhviler ny arbeidsgiver?* Arbeidsrett nr. 3 2004, s.200-209.

Jan Fougner og Lars Holo. *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*. Universitetsforlaget AS 2006.

Jo Hov. *Avtalerett* 3. utg. 1993. Papinian, OSLO 1993.

Johan Giertsen: *Fusjon og Fisjon*. Universitetsforlaget as, 1999.

Henning Jakhelln og Helga Aune. *Arbeidsrett.no - kommentarer til arbeidsmiljøloven*, Liv Torill Kjeldsberg kapittel 16. N.W. Damm og Søn, 2005.

Knut Erik Omholt. *Skatt på pensjonsordninger i arbeidsforhold – en oversikt*. Skatterett nr. 1 1996, s. 3.

Knut Erik Omholt. *Skatt på pensjonsordninger i arbeidsforhold – en oppdatert oversikt*. Skatterett nr. 1 2006, s. 1.

Lignings-ABC, 2005 utg.

Lignings-ABC, 2006 utg.

Mads Henry Andenæs. *Selskapsrett*. 2007

Magnus Aarbakke. *Skatt på inntekt*. Universitetsforlaget, 3. utg. 1987.

Peter Hammerich og Klaus Henrik Wiese-Hansen. *Kollektive og individuelle pensjonsavtaler*. Gyldendal Norsk Forlag AS, 2003.

Peter Hammerich og Klaus Henrik Wiese-Hansen. *Individuelle pensjonsrettigheter i virksomhetsoverdragelser*, Arbeidsrett nr. 2 2004 s. 90 ff.

Stein Evju: *Endring av tjenestepensjon*, Moderne Forretningsjus – Tore Bråthen og Ole Gjems-Onstad (red), Gyldendal Norsk Forlag AS, 2001.

Sven Iver Steen, Ingeborg Moen Borgerud, Rune Njøs Jacobsen. *Obligatorisk tjenestepensjon. Pensjon til alle*. Universitetsforlaget 2006