



DOMSTOLENS DOM

10. desember 2004*

*(Virksomhetsoverdragelser - Rådskonklusiv 77/187/EØF – overdragelsestidspunktet
– innvendinger mot overføring av ansettelsesforhold)*

I sak E-2/04,

ANMODNING til EFTA-domstolen i medhold av artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Gulating lagmannsrett i en sak som verserer for denne mellom

Reidar Rasmussen,

Jan Rossavik og

Johan Kåldman,

og

Total E&P Norge AS, v/styrets formann

vedrørende tolkningen av artikkel 1 og artikkel 3(1) i Rådskonklusiv 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter, som det er vist til i punkt 23 i vedlegg XVIII til EØS-avtalen,

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Carl Baudenbacher, president, Per Tresselt og Thorgeir Örlygsson, (saksforberedende dommer), dommere,

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

justissekretær: Henning Harborg,

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- Reidar Rasmussen, Jan Rossavik og Johan Kåldman, representert ved Bent Endresen, advokat, Stavanger;
- Total E&P Norge AS, representert ved Lars Holo, advokat, Arntzen de Besche Advokatfirma AS, Oslo;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Elisabethann Wright, senior rådgiver ved avdeling for juridiske saker og eksekutivsaker, og Arne Torsten Andersen, rådgiver ved samme avdeling; og,
- Kommissjonen for De europeiske fellesskap, representert ved John Forman og Gérard Rozet, medlemmer av Kommissjonens juridiske tjeneste,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt den muntlige prosedyre for Reidar Rasmussen, Jan Rossavik og Johan Kåldman, representert ved Bent Endresen, Total E&P Norge AS, representert ved Lars Holo, EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Elisabethann Wright, og Kommissjonen for De europeiske fellesskap, representert ved John Forman, i rettsmøte den 15. oktober 2004,

avsier slik

Dom

I Faktum og saksgang

- 1 Ved beslutning datert 3. mai 2004, mottatt ved EFTA-domstolen den 6. mai 2004, forela Gulating lagmannsrett fire spørsmål for rådgivende uttalelse i en sak som verserer for lagmannsretten mellom Reidar Rasmussen, Jan Rossavik, og Johan Kåldman (de ankende parter) og Total E&P Norge AS (ankemotparten).
- 2 Saken for Gulating lagmannsrett gjelder en kontrakt som er inngått mellom ankemotparten, som er operatør for gassfeltet Frigg på den norske og den britiske delen av kontinentalsokkelen, og Aker Offshore Partner AS (“AOP”), vedrørende vedlikeholds- og støttefunksjoner på feltet. Spørsmålet er om kontrakten innebærer oppsigelse av de tre ankende parter som var ansatt hos ankemotparten. Saken omfatter også spørsmålet om det foreligger en overdragelse av foretak slik begrepet anvendes i Rådsdirektiv 77/187/EØF.

- 3 Frem til 1997 var ankemotpartens drift av Frigg-feltet delt opp i en produksjonsavdeling og en vedlikeholdsavdeling. De ankende parter arbeidet i vedlikeholdsavdelingen. Som følge av en omorganisering i 1997 ble det etablert en mer strømlinjeformet, teambasert organisasjon, der både produksjonsansatte og vedlikeholdsansatte inngikk i teamene i en integrert driftsorganisasjon.
- 4 Virksomheten på Frigg-feltet utføres dels av ansatte på land og dels av ansatte offshore. All gassproduksjon skjer offshore, fra bemannede og ubemannede permanent plasserte plattformer. Ansatte som arbeider offshore inngår i en turnusplan som innebærer at tre arbeidere avløser hverandre i samme stilling. Den samme stillingen kan bemannes både med ansatte og innleid personell.
- 5 I 1999 ble vedlikeholds- og støttefunksjonene satt ut på anbud, og den 17. september 1999 inngikk ankemotparten kontrakt med AOP (“Kontrakten”), som skulle tre i kraft den 1. mai 2001. Kontrakten omfattet preventive og kurative vedlikeholdstjenester, så vel som modifikasjoner. Kontrakten fastsatte et vederlag på 250 millioner kroner for et estimert årlig arbeidsomfang på 25 000 til 35 000 timer.
- 6 Kontraktspartene var enige om at overdragelsen av vedlikeholdstjenestene etter Kontrakten utgjorde en overdragelse av virksomhet i henhold til kapittel XII A i Lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven). I henhold til Kontrakten skulle AOP fra 1. mai 2001 overta de av ankemotpartens ansatte som utførte vedlikeholdsoppgaver.
- 7 På grunn av at ankemotparten hadde innledet en nedbemanningsprosess, hadde 5 av 19 vedlikeholdsarbeidere ansatt hos ankemotparten valgt å fratrukke seg med en sluttpakke. Således ble 14 vedlikeholdsarbeidere som var ansatt hos ankemotparten, deriblant de ankende parter, overtatt i henhold til Kontrakten. AOP overtok også eksisterende kontrakter for innleie av personell.
- 8 Ved brev av 23. januar 2001 informerte ankemotparten blant andre de ankende parter om at den 30. april 2001 ville bli deres siste dag i ankemotpartens tjeneste. De ble også informert om at AOP og et annet søsterselskap, Aker Elektro AS (“AE”), fra da av ville være deres eneste arbeidsgiver. AOP og AE sendte skriftlige ansettelsesbrev til alle de 14 arbeidstakerne de hadde overtatt, deriblant de ankende parter. Fra Kontrakten trådte i kraft, ble tjenesteytelsene som AOP etter Kontrakten var forpliktet til å utføre, dels utført av AOP og dels av AE.
- 9 I henhold til opplysninger fremlagt av ankemotparten, er AOP og AE datterselskap av det samme selskapet, Aker Maritime AS. Kontrakten ble inngått mellom ankemotparten og AOP alene, men med en garanti fra morselskapet.
- 10 De ankende parter har fortsatt sitt arbeid på Frigg-feltet uten avbrudd, og de har der utført de samme oppgavene både før og etter Kontraktens ikrafttredelse. Rapporteringslinjer og arbeidsbeskrivelser er forblitt uendrede. I driftsmessig sammenheng, og i overensstemmelse med Kontrakten, rapporterer de ankende parter til ansatte i ankemotpartens organisasjon.

- 11 Den ankende part Rasmussen sendte i et brev av 28. august 2001 varsel om at han ikke aksepterte overføringen av ansettelsesforholdet. Hva angår de ankende parter Rossavik og Kåldman, ble deres innsigelser mot overføringen av ansettelsesforholdet tilkjennegitt den 18. desember 2001, samme dag som de tre ankende parter anla sak mot ankemotparten for Stavanger tingrett.
- 12 De ankende parter la ned påstand om at deres angivelige oppsigelser måtte kjennes ugyldige og at de måtte bli tilkjent erstatning, på grunnlag av at Kontrakten ikke innebar en overdragelse av virksomhet i henhold til kapittel XII A i arbeidsmiljøloven og var i strid med samme lovs § 60 nr. 2. Ankemotparten påsto frifinnelse. Ved dom av 8. oktober 2002 ga Stavanger tingrett ankemotparten medhold, idet den kom til at det hadde funnet sted en overdragelse av foretak slik begrepet anvendes i Rådets direktiv 77/187/EØF, og at de ankende parter ansettelsesforhold hos ankemotparten således var blitt overført til en ny arbeidsgiver.
- 13 Dommen fra Stavanger tingrett ble anket til Gulating lagmannsrett, som besluttet å forelegge følgende spørsmål for EFTA-domstolen:
 1. *Kan Rådets direktiv 77/187 EØF av 14. februar 1977 artikkel 1 få anvendelse i en situasjon hvor en del av en virksomhet, forutsatt at denne er organisert som en selvstendig økonomisk enhet, overføres fra ett selskap til et annet, når de samme eller tilsvarende aktiviteter blir utført av det ervervende selskap og et søsterselskap innen konsernet? Utelukker det anvendelse av direktivet at enkelte av arbeidsforholdene overføres direkte fra overdrageren til det ervervende selskap og andre til erververens søsterselskap?*
 2. *Utelukker det anvendelse av direktivet i henhold til artikkel 1 dersom virksomhetens vedlikeholds- og støttefunksjoner overføres uten at produksjonsfunksjonen overføres, når de ansatte innen samtlige funksjoner arbeider i team før og etter overdragelsen?*
 3. *Får direktivet i henhold til artikkel 1 anvendelse på en overføring av vedlikeholdsoppgavene på en fast gassproduksjonsinnretning offshore dersom en etter antall og kvalifikasjoner betydelig del av arbeidsstyrken som utførte denne funksjonen hos overdrageren overføres til en erverver som fortsetter å utføre vedlikeholdsoppgavene på de samme installasjonene i henhold til en tjenesteytelseskontrakt? Utelukker det anvendelse av direktivet dersom eiendomsretten til det verktøy og de instrumenter som vedlikeholdsarbeiderne benyttet før overdragelsen og som de fortsatt har benyttet etter overdragelsen ikke overtas av erververen?*
 4. *Medfører direktivets artikkel 3 nr. 1 at arbeidsforholdene overføres til erververen samtidig med og i kraft av overføringen av virksomheten, for så vidt gjelder de arbeidstakerne som ikke innen*

overføringstidspunktet har erklært at de ikke vil arbeide for erververen?

II Rettslig bakgrunn

- 14 Tvisten for den nasjonale domstolen gjelder arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2 annet avsnitt og kapittel XII A. Lovens kapittel XII A ble innført som en del av gjennomføringen i norsk lovgivning av Rådskdirektiv 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter (EFT 1977 L 61, s. 26), som endret ved Rådskdirektiv 98/50/EF (EFT 1998 L 201, s. 88) (heretter ”Direktivet”).
- 15 Rådskdirektiv 98/50/EF ble inkorporert i EØS-avtalen ved EØS-komiteéns beslutning nr. 57/1999 av 30. april 1999, som trådte i kraft den 1. juli 2000. Dette direktivet, som skulle gjennomføres innen 17. juli 2001, trådte i kraft og ble gjennomført i norsk lovgivning før hendelsene hovedsaken gjelder inntraff, og det er derfor relevant for saken. Rådets direktiv 2001/23/EF, som opphevet Direktivet, ble inkorporert i EØS-avtalen ved EØS-komiteéns beslutning nr. 159/2001, som trådte i kraft den 12. desember 2001, det vil si etter at de aktuelle hendelsene inntraff, og det er derfor ikke relevant for saken.
- 16 Direktivets artikkel 1(1)(a) og (b) lyder:
- (a) Dette direktiv kommer til anvendelse ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av foretak eller bedrifter til en annen innehaver som følge av en kontraktsmessig overdragelse eller en fusjon.*
- (b) Med forbehold for bokstav a) og de følgende bestemmelser i denne artikkel skal det regnes som overdragelse i henhold til dette direktiv når det skjer en overdragelse av en økonomisk enhet som beholder sin identitet, det vil si en samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet, uansett om det dreier seg om hoved- eller bivirksomhet.*
- 17 Direktivets artikkel 3(1) lyder:
- Overdragerens rettigheter og plikter som følger av en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold som foreligger på datoen for en overdragelse, skal, i kraft av overdragelsen, overføres til erververen.*
- (...)
- 18 Det vises til rettsmøterapporten for en fyldigere redegjørelse for de rettslige rammer, de faktiske forhold, saksgangen og den skriftlige prosedyre, som i det følgende bare nevnes eller drøftes i den grad det er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III Rettens bemerkninger

Generelle bemerkninger

- 19 De tre første spørsmålene som er forelagt EFTA-domstolen angår begrepet overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av foretak eller bedrifter som følge av en kontraktsmessig overdragelse eller fusjon, slik det er anvendt i Direktivets artikkel 1(1). Det fjerde spørsmålet angår overføringstidspunktet for ansettelsesforhold i henhold til Direktivets artikkel 3(1), samt innvendinger mot slik overføring.
- 20 Slik EFTA-domstolen forstår det første spørsmålet fra den nasjonale domstolen, gjelder det i hovedsak om en selvstendig økonomisk enhet kan beholde sin identitet i henhold til Direktivets artikkel 1(1)(b), der den overføres til et selskap som overlater oppfyllelsen av enkelte av sine forpliktelser til et søsterselskap og dette søsterselskapet overtar enkelte av de ansatte i den overførte enheten. Det ligger ikke en tilsvarende forutsetning om en selvstendig økonomisk enhet til grunn for det andre og det tredje spørsmålet. Disse favner altså videre. EFTA-domstolen anser det derfor hensiktsmessig å behandle det andre og tredje spørsmålet først. Alle tre spørsmålene handler om begrepet overdragelse av foretak slik det anvendes i Direktivets artikkel 1(1), og EFTA-domstolen vil derfor innledningsvis behandle dette generelt.
- 21 De generelle prinsippene for tolkning av Direktivet er vel etablert i EFTA-domstolens og EF-domstolens rettspraksis, og avgjørelser fra begge domstolene gir betydelig veiledning i den foreliggende saken. Det må i denne sammenheng erindres at Rådsdirektiv 98/50/EF inkorporerte viktige elementer fra rettspraksis i Direktivets tekst.
- 22 I henhold til artikkel 1(1) beror anvendelsen av Direktivet på tre vilkår: overføringen må medføre et skifte av arbeidsgiver, det må dreie seg om foretak, bedrifter eller deler av foretak eller bedrifter, og overføringen må følge av en kontraktsmessig overdragelse eller en fusjon.
- 23 Direktivets formål er å sikre at arbeidstakernes rettigheter ivaretas ved et skifte av arbeidsgiver som følge av en fusjon eller overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av foretak eller bedrifter, ved at arbeidstakerne gis muligheten til å fortsette i ansettelsesforholdet med den nye arbeidsgiveren på de arbeidsvilkår som er avtalt med overdrageren (se EFTA-domstolens dom i sak E-2/95 *Eidesund v Stavanger Catering* EFTA Court Report [1995-1996] 1, avsnitt 26). Intensjonen med Direktivet er imidlertid ikke å etablere et ensartet beskyttelsesnivå for hele EØS-området ut fra felles kriterier. Det kan således bare påberopes med henblikk på å sikre at arbeidstakerne oppnår samme beskyttelse i forhold til erververen som de hadde i forhold til overdrageren i henhold til vedkommende EØS-stats rettsregler (se blant annet sak 324/86 *Foreningen af Arbejdsledere v Daddy's Dance Hall* [1988] ECR 739, avsnitt 16).

- 24 I henhold til Direktivets artikkel 1(1)(b), og i lys av dets formål, er de avgjørende momentene for å bestemme om det foreligger en overdragelse i Direktivets forstand om den angjeldende økonomiske enhet overføres som et igangværende foretak med en egen identitet, og om enheten beholder denne identiteten etter overføringen, hvilket blant annet kan komme til uttrykk ved at den faktisk fortsetter eller gjenopptar sin virksomhet (se sak E-3/96 *Ask v ABB Offshore Technology and Aker Offshore Partner* [1997] EFTA Court Report 1, avsnitt 19, og sak C-13/95 *Süzen* [1997] ECR I-1259, avsnitt 10).
- 25 For at Direktivet skal komme til anvendelse, må overføringen gjelde en stabil økonomisk enhet, hvis virksomhet ikke er begrenset til utførelsen av ett bestemt oppdrag (se *Ask*, avsnitt 19, og *Süzen*, avsnitt 13). I tråd med dette, slår Direktivets artikkel 1(1)(b) fast at begrepet “enhet” viser til en samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet, uavhengig av om det dreier seg om hoved- eller bivirksomhet.
- 26 For å kunne avgjøre om det foreligger en overdragelse i Direktivets forstand, er det nødvendig å vurdere alle omstendigheter som karakteriserer den aktuelle transaksjonen. Dette innebærer særlig hvilken type foretak eller bedrift det er tale om, om det er overført fysiske aktiva, som bygninger og løsøre, verdien av foretakets fysiske aktiva på overføringstidspunktet, om et flertall av foretakets ansatte overtas av den nye arbeidsgiveren, om foretakets kunder overføres, graden av sammenfall mellom virksomheten som ble utført før, og virksomheten som utføres etter overføringen, og varigheten av et eventuelt driftsavbrudd (se *Eidesund*, avsnitt 32, og sak 24/85 *Spijkers v Benedik* [1986] ECR 1119, avsnitt 13).
- 27 Når den vurderer omstendighetene ved den aktuelle transaksjonen, må den nasjonale domstolen ta i betraktning hvilken type foretak eller bedrift det er tale om. Av dette følger at ved avgjørelsen av om det foreligger en overdragelse i Direktivets forstand, vil de ulike momentenes vekt nødvendigvis variere etter hvilken virksomhet som utføres, eller hvilke produksjons- og driftsmetoder som anvendes av vedkommende foretak, bedrift eller del av foretak eller bedrift (se *Süzen*, avsnitt 18).
- 28 I de tre første spørsmålene peker den foreleggende domstolen på enkelte faktiske forhold i saken og spør i hovedsak om disse utelukker at Direktivet kan komme til anvendelse. EFTA-domstolen minner om at slike forhold bare er momenter i helhetsvurderingen som må foretas for å avgjøre om Direktivet kommer til anvendelse. De kan ikke vurderes isolert (se *Eidesund*, avsnitt 32, og *Spijkers*, avsnitt 13).

Det andre spørsmålet

- 29 Det andre spørsmålet gjelder organisatoriske forhold knyttet til en enhet. Først og fremst er det spørsmål om vedlikeholdsfunksjonen alene kan anses som en enhet som kan beholde sin identitet i henhold til Direktivets artikkel 1(1)(b), i en

situasjon der vedlikeholds- og produksjonsansatte arbeider sammen i team både før og etter Kontraktens ikrafttredelse.

- 30 Etter de ankende parter oppfatning var det i den foreliggende saken bare individuelle arbeidsavtaler, og ikke en økonomisk selvstendig enhet, som ble overført. Under rettsmøtet understreket de at det ikke kunne trekkes noe reelt skille mellom vedlikeholdsarbeid og produksjonsarbeid på feltet. Noe av vedlikeholdsarbeidet, som blant annet det som utføres av de ankende parter, er nødvendig for den daglige driften av gassplattformen. Ankemotparten uttrykte det motsatte syn og la vekt på at Kontrakten i seg selv viser at vedlikeholdsfunksjonen var organisert som en uavhengig enhet. Ankemotparten påpekte at de tre ankende parter er høyt kvalifiserte teknikere som ikke kan erstattes av noen av produksjonsarbeiderne.
- 31 EFTA-domstolen minner om at det ved vurderingen av identiteten til den enheten det er tale om, må tas i betraktning at virksomheten som utføres ikke er den eneste faktor som karakteriserer en enhet. En enhet kan ikke vurderes alene ut fra den virksomhet den driver. Dens identitet fremkommer også av andre faktorer, som dens arbeidsstyrke, ledelse, måter å organisere arbeidet på, driftsmetoder og eventuelle driftsmidler (se *Ask*, avsnitt 21, og *Süzen*, avsnitt 15).
- 32 For å anses som en selvstendig økonomisk enhet må en del av et foretaks virksomhet dessuten, som EFTA-domstolen slo fast i *Eidesund*, avsnitt 36, kunne atskilles fra dets øvrige virksomhet og normalt ha ansatte som i hovedsak er tilknyttet denne enheten.
- 33 Direktivets artikkel 1(1) slår uttrykkelig fast at overdragelsen av en enhet kan gjelde bare en del av et foretak eller en bedrift. I den foreliggende saken er den aktuelle enheten vedlikeholds- og støttefunksjonene til ankemotparten. Om vedlikeholds- og støttefunksjonene i tilstrekkelig grad kan atskilles fra produksjonsfunksjonen, og ellers oppfylle vilkårene i Direktivets artikkel 1(1)(b), er en vurdering av faktum som det tilligger den nasjonale domstolen å foreta, idet den tar i betraktning alle viktige karakteristika ved den aktuelle enheten.
- 34 I denne henseende bemerker EFTA-domstolen at organiseringen i team, i motsetning til en organisering i formelt avgrensede avdelinger, potensielt gjør det vanskeligere å identifisere en enhet slik begrepet anvendes i artikkel 1(1)(b). Valg av organisasjonsstruktur kan imidlertid ikke i seg selv gjøre Direktivet uanvendelig. Dersom det var tilfellet, ville Direktivet kunne omgås, slik at Direktivets formål om å beskytte arbeidstakernes rettigheter, som beskrevet ovenfor, ville bli undergravet.
- 35 I lys av ovenstående må det andre spørsmålet besvares med at anvendelsen av Direktivet i henhold til artikkel 1, ikke er utelukket i tilfeller der vedlikeholds- og støttefunksjonene til et foretak overføres, mens produksjonsfunksjonen ikke overføres, og de ansatte i alle disse funksjonene arbeider sammen i team både før og etter overføringen.

Det tredje spørsmålet

- 36 Det tredje spørsmålet er todelt og gjelder situasjonen på et permanent plassert offshore anlegg for gassproduksjon. Den foreleggende domstolen ønsker for det første å avklare om Direktivet kan komme til anvendelse i et tilfelle av overføring av vedlikeholdsoppgaver der en etter antall og kvalifikasjoner betydelig andel av arbeidsstyrken som utførte de overførte funksjonene, overtas av et foretak som forsetter å utføre disse oppgavene på det samme anlegget. For det andre spør den foreleggende domstol om anvendelsen av Direktivet er utelukket dersom det aktuelle foretaket ikke overtar eiendomsretten til verktøy og instrumenter som personalet brukte før den aktuelle transaksjonen, og som de fortsatte å bruke etterpå.
- 37 De ankende parter anfører at de fysiske aktiva er nødvendige for den aktuelle enheten og at de ikke ble overført. Ankemotparten anfører derimot at den aktuelle enheten kjennetegnes både ved de høyt kvalifiserte og erfarne ansatte som ble overført, og ved fysiske og i noen grad immaterielle aktiva. Ankemotparten viser til at både AOP og AE i henhold til Kontrakten har rett til å bruke de fysiske aktiva, selv om eiendomsretten til disse ikke ble overført til AOP, og viser i denne henseende til EF-domstolens dom i sak C-340/01 *Abler v Sodexo* (dom av 20. november 2003, ennå ikke publisert).
- 38 Som det er slått fast ovenfor, må den foreleggende domstolen foreta en helhetsvurdering der en rekke momenter tas i betraktning for å kunne avgjøre om det foreligger en overdragelse av foretak i Direktivets forstand. Overføring av aktiva kan være et avgjørende moment, men det avhenger av de nærmere omstendighetene, som eksempelvis den aktuelle næringsgren og dens driftsmetoder. Noen økonomiske enheter er imidlertid mindre avhengige av fysiske og immaterielle aktiva enn andre, og det at aktiva ikke er overført gjør da ikke i seg selv Direktivet uanvendelig (se *Ask*, avsnitt 25).
- 39 Der det finnes fysiske aktiva som er en viktig faktor for utøvelsen av den aktuelle virksomheten, og det er slått fast at erververen har rett til å bruke alle relevante aktiva i den grad det er nødvendig for at han kan fortsette den overførte virksomheten, er det uten betydning om eiendomsretten til aktivaene er overført. Dette er et spørsmål det tilligger den foreleggende domstolen å avgjøre.
- 40 Ett av de momentene den nasjonale domstolen må ta i betraktning når den avgjør om foretak, bedrifter eller deler av bedrifter er overført, er om erververen har ansatt overførerens ansatte. Dersom arbeidet ikke krever noen spesiell ekspertise eller erfaring, er overtakelsen av personell i mindre grad en indikasjon på foretakets identitet. På den annen side kan ansettelse av personell, der en høy andel av de ansatte overtas, og der den tidligere virksomheten kjennetegnes ved at de ansatte har et høyt kompetansenivå, støtte den konklusjon at virksomheten utgjør en enhet og at den er videreført. Der et foretaks virksomhet kjennetegnes ved at den utføres av en stabil arbeidsstyrke, og erververen velger å ansette arbeidsstyrken for å fortsette foretakets drift, kan dette være tilstrekkelig til å utgjøre en overdragelse i Direktivets forstand (se sak E-2/96 *Ulstein og Røiseng*

v *Møller* [1995-1996] EFTA Court Report 65, avsnitt 36, *Ask*, avsnitt 29, og *Süzen*, avsnitt 21).

- 41 I en situasjon som den foreliggende, hvor en del av arbeidsstyrken i en virksomhet er innleid, kan erververen nødvendigvis bare overta arbeidere som er ansatt. I et slikt tilfelle vil det at kontraktene for innleid personell overtas, tale for at en enhet har identitet i Direktivets forstand, samt at denne er videreført.
- 42 Endelig bemerker EFTA-domstolen at en avtale om overdragelse i henhold til Direktivets artikkel 1(1) kan være en del av en kontrakt som dekker andre forhold, og ansatte i den overførte enheten kan derfor, i motsetning til hva de ankende parter hevder, utgjøre en liten andel av den samlede avtalen uten at det berører Direktivets anvendelighet.
- 43 Svaret på det tredje spørsmålet må derfor være at Direktivet, i henhold til artikkel 1, vil kunne komme til anvendelse på et tilfelle av overføring av vedlikeholdsoppgaver på et permanent plassert offshoreanlegg for gassproduksjon, der en etter antall og kvalifikasjoner betydelig andel av arbeidsstyrken som utførte den overførte virksomheten, overtas av et foretak som fortsetter å utføre disse oppgavene på det samme anlegget. Direktivets anvendelse utelukkes ikke alene ved det forhold at eiendomsretten til verktøy og instrumenter som vedlikeholdspersonalet benyttet før den aktuelle transaksjonen og som de har fortsatt å benytte etterpå, ikke overtas av erververen.

Det første spørsmålet

- 44 Med sitt første spørsmål søker den foreleggende domstolen å avklare om en økonomisk enhet i henhold til Direktivets artikkel 1(1)(b) kan beholde sin identitet i et tilfelle der en del av et foretak overføres til et selskap som utfører den samme eller tilsvarende virksomhet sammen med et annet selskap innen samme konsern, og hvert av de to selskapene overtar noen av de aktuelle arbeidstakerne.
- 45 De ankende parter hevder at en enhet ikke kan beholde sin identitet i et slikt tilfelle. Ankemotparten understreker derimot at den måte erververen velger å oppfylle sine kontraktsforpliktelser på, ikke har betydning for om Direktivet kommer til anvendelse.
- 46 Direktivet er anvendelig i et tilfelle der det på bakgrunn av et kontraktsforhold, skjer en endring av den juridiske eller fysiske person som har ansvar for å fortsette driften og som ved dette påtar seg arbeidsgiveransvar i forhold til foretakets ansatte (se blant annet *Abler*, avsnitt 41).
- 47 Videre kan fraværet av en direkte kontraktsmessig forbindelse mellom overføreren og erververen ikke utelukke at Direktivet kan komme til anvendelse, dersom en helhetsvurdering av transaksjonen viser at det foreligger en overdragelse i Direktivets forstand (se blant annet *Eidesund*, avsnitt 30). Direktivet har også vært ansett som anvendelig i et tilfelle av underentreprise,

med den begrunnelse at det er tilstrekkelig at overføringen skjer som en del av kontraktsforhold, selv indirekte (se sak C-51/00 *Temco v Imzilyen and Others* [2002] ECR I-969, avsnitt 32).

- 48 Forutsatt at de øvrige vilkår for anvendelsen av Direktivet er oppfylt, utelukkes anvendelsen heller ikke av at erververen utfører de overførte oppgavene sammen med et søsterselskap innen samme konsern som også ansetter noen av de overførte arbeidstakerne. Det avgjørende er om de samme oppgavene fortsatt vil bli utført. En annen løsning ville gjøre anvendelsen av Direktivet avhengig av hvordan erververen organiserte sitt arbeid.
- 49 På grunnlag av ovenstående må det første spørsmålet besvares med at en økonomisk enhet, slik begrepet er anvendt i Direktivets artikkel 1(1)(b), kan beholde sin identitet i et tilfelle der en del av et foretak overføres til et selskap som utfører den samme eller tilsvarende virksomhet sammen med et annet selskap innen samme konsern, og hvert av de to selskapene overtar noen av de aktuelle arbeidstakerne.

Det fjerde spørsmålet

- 50 Med det fjerde spørsmålet søker den foreleggende domstolen å avklare om artikkel 3(1) skal tolkes dit hen at ansettelsesforhold automatisk overføres samtidig som overføringen av virksomheten, med mindre de aktuelle arbeidstakerne innen dette tidspunktet har motsatt seg overføringen av ansettelsesforholdet.
- 51 I lys av ordlyden og Direktivets formål må Direktivets artikkel 3(1) forstås slik at overføringen av ansettelsesforhold som eksisterer på overføringstidspunktet for en virksomhet, automatisk skjer samtidig med og i kraft av overføringen av virksomheten (se sak C-305/94 *De Hertaign v J. Benoidt, in liquidation og IGC Housing Service* [1996] I-5927, avsnittene 18 og 23).
- 52 Etter overføringstidspunktet og alene i kraft av overføringen, løses overføreren fra sine forpliktelser som arbeidsgiver. De ansattes rettigheter kan derfor bare beskyttes dersom forpliktelsene overføres til erververen fra og med overføringstidspunktet (se *Benoidt*, avsnitt 24).
- 53 Det følger av EF-domstolens dom i forente saker C-132/91, 138/91 og 139/91 *Katsikas* [1992] ECR I-6577, avsnittene 31 - 32, at Direktivet ikke kan tolkes dit hen at det forplikter arbeidstakere til å fortsette sine ansettelsesforhold med erververen. En slik forpliktelse ville undergrave rettighetene til de ansatte, som må stå fritt til å velge sin arbeidsgiver og som ikke kan forpliktes til å arbeide for en arbeidsgiver de ikke selv har valgt.
- 54 Dersom de ansatte selv fritt bestemmer at de ikke ønsker å fortsette ansettelsesforholdet hos den nye arbeidsgiveren etter overføringen, er det ikke behov for den beskyttelse som Direktivet er ment å gi (se forente saker C-171/94 og 172/94 *Merckx and Neuhuys v Ford* [1996] ECR-1253, avsnitt 33).

- 55 Direktivets hensikt er ikke å sikre at ansettelsesforholdet med overføreren opprettholdes der virksomhetens ansatte motsetter seg ansettelse hos erververen (se *Katsikas*, avsnitt 34). De ansattes situasjon er i et slikt tilfelle undergitt nasjonal lovgivning.
- 56 Svaret på det fjerde spørsmålet må etter dette være at Direktivets artikkel 3(1) må forstås slik at ansettelsesforhold overføres til erververen samtidig med, og i kraft av, overføringen av virksomheten for de arbeidstakere som ikke innen overføringstidspunktet har erklært at de ikke ønsker å arbeide for erververen.

IV Saksomkostninger

- 57 Omkostningene som er påløpt for EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen, som har forelagt saksfremstillinger for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. For så vidt gjelder partene i hovedsøksmålet, er foreleggelsen for EFTA-domstolen en del av rettergangen for den nasjonale domstolen. Avgjørelsen vedrørende saksomkostninger er derfor en sak for denne domstolen.

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

som svar på spørsmålene som er forelagt av Gulating lagmannsrett ved anmodning av 3. mai 2004, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. En enhet, slik begrepet anvendes i artikkel 1(1)(b) i Rådsdirektiv 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter, som endret ved Rådsdirektiv 98/50/EF og inkorporert i EØS-avtalen, kan beholde sin identitet i et tilfelle der en del av et foretak overføres til et selskap som utfører den samme eller tilsvarende virksomhet sammen med et annet selskap innen samme konsern, og hvert av de to selskapene overtar noen av de aktuelle arbeidstakerne.**
- 2. Anvendelsen av Direktivet i henhold til artikkel 1 er ikke utelukket i tilfeller der vedlikeholds- og støttefunksjonene til et foretak overføres, mens produksjonsfunksjonen ikke overføres, og de ansatte i alle disse funksjonene arbeider sammen i team både før og etter overføringen.**
- 3. Direktivet vil, i henhold til artikkel 1, kunne komme til anvendelse på et tilfelle av overføring av vedlikeholdsoppgaver på et**

permanent plassert offshoreanlegg for gassproduksjon, der en etter antall og kvalifikasjoner betydelig andel av arbeidsstyrken som utførte den overførte virksomheten, overtas av et foretak som fortsetter å utføre disse oppgavene på det samme anlegget. Direktivets anvendelse utelukkes ikke alene ved det forhold at eiendomsretten til verktøy og instrumenter som vedlikeholdspersonalet benyttet før den aktuelle transaksjonen, ikke overtas av erververen.

4. Direktivets artikkel 3(1) må forstås slik at ansettelsesforhold overføres til erververen samtidig med, og i kraft av, overføringen av virksomheten for de arbeidstakere som ikke innen overføringstidspunktet har erklært at de ikke ønsker å arbeide for erververen.

Carl Baudenbacher

Per Tresselt

Thorgeir Örlygsson

Avsagt i åpen rett i Luxembourg den 10. desember 2004.

Henning Harborg
Justissekretær

Carl Baudenbacher
President