



RÅDGIVENDE UTTALELSE FRA DOMSTOLEN

25 september 1996*

(Rådsdirektiv 77/187/EØF - overdragelse av del av bedrift - overføring av trygderettigheter)

I sak E-2/95,

ANMODNING til Domstolen om en rådgivende uttalelse i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA) fra Gulating lagmannsrett i saken for denne domstolen mellom

Eilert Eidesund

og

Stavanger Catering A/S

om tolkningen av 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,

DOMSTOLEN,

sammensatt av: President Bjørn Haug, og dommerne Thór Vilhjálmsson (saksforberedende dommer) og Carl Baudenbacher,

Justissekretær: Per Christiansen,

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- Eilert Eidesund, representert av advokat Bent Endresen, Stavanger;

- Stavanger Catering A/S, representert av advokat Einar Østerdahl Poulsson, Oslo
- Den svenske regjering, representert av departementsråd Erik Brattgård, Utenriksdepartementet, Handelsavdelingen, som partsrepresentant;
- Den britiske regjering, representert av John Collins, Finansdepartementets rettsavdeling, som partsrepresentant, assistert av advokat Eleanor Sharpston;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert av direktør Håkan Berglin, Avdelingen for juridiske saker og eksekutivsaker, assistert av Trygve Olavson Laake, saksbehandler samme sted;
- EF-kommisjonen, representert av Hans Gerald Crossland og Maria Patakia, begge ansatt i Rettsavdelingen, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt de muntlige innleggene fra Eidesund, Stavanger Catering A/S, Den svenske regjeringen, Den britiske regjeringen, EFTAs overvåkningsorgan og EF-kommisjonen under den muntlige forhandlingen 7 mai 1996,

gir slik

Rådgivende uttalelse

Fakta, rettslig bakgrunn og spørsmålene forelagt for Domstolen

- 1 Ved beslutning datert 27 november 1995, registrert ved Domstolen 29 november 1995, har Gulating lagmannsrett i Norge anmodet om en rådgivende uttalelse i en sak brakt inn for denne domstolen av Eilert Eidesund (heretter "Eidesund"), ankende part, mot Stavanger Catering A/S (heretter "Stavanger Catering"), et norsk selskap, ankemotpart.
- 2 Spørsmålene fra den norske domstolen gjelder tolkningen av rådsdirektiv 77/187/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter (heretter "direktivet"). Dette direktivet er omhandlet i EØS-avtalen Vedlegg XVIII nr 23. Direktivet, med de tilpasninger som følger av Protokoll 1 til avtalen, inngår følgelig som en del av avtalen, jf EØS-avtalen artikkel 2(a). Det følger av EØS-avtalen artikkel 6 og ODA artikkel 3 nr 2 at rettspraksis fra De

europæiske fællesskaps domstol (EF-domstolen) er relevant ved tolkningen av direktivets bestemmelser.

3 Følgende spørsmål er forelagt EFTA-domstolen:

"5.1 Faller bortfall av en cateringkontrakt med et selskap og inngåelse av en ny cateringkontrakt med et nytt selskap inn under rådsdirektiv 77/187 nr. 1, når det i kontrakten ikke er stilt vilkår om at utstyr og/eller ansatte skal følge med over ?

5.2 Har det noen betydning for svaret på spørsmål 5.1 at det nye cateringselskap overtar ansatte og varelager?

5.3 Har det noen betydning for svaret på spørsmål 5.1 at kontrakten faller inn under rådsdirektiv 77/62, 80/767 og 88/295 om tildeling av kontrakter om offentlig varekjøp?

5.4 Omfatter rettigheter etter artikkel 3 nr. 1 og 2 også retten til å beholde de forsikringsordninger, herunder pensjonsforsikring, hos den nye arbeidsgiver som arbeidstakeren hadde hos den arbeidsgiver som mistet kontrakten?

5.5 Er det noen forskjell i svaret på spørsmål 5.1 i de tilfeller hvor

a) ansatte i det opprinnelige cateringselskapet på ordinær måte søker og etter konkurranse blir ansatt i stillinger i det nye cateringselskapet, og

b) det foreligger avtale mellom det nye cateringselskapet og det gamle cateringselskapet, eller mellom oppdragsgiver og det nye cateringselskapet, om at de ansatte skal følge med over?"

4 Ved beslutninger av 5 oktober og 27 november 1995, mottatt ved Domstolen 1 desember 1995, har Stavanger byrett i Norge anmodet om en rådgivende uttalelse i en sak brakt inn for denne domstolen av Torgeir Langeland mot Norske Fabricom A/S. Denne anmodningen ble registrert ved Domstolen som sak E-3/95 og gjelder tolkningen av samme direktiv. Selv om de to sakene ikke ble forent med hensyn til den muntlige behandlingen eller Domstolens uttalelsen, ble den muntlige høringen i de to sakene holdt fortløpende den 7 mai 1996, med den felles forståelse at argumenter framført i en av sakene kunne bli tatt i betraktning også i den andre saken uten at det var nødvendig med gjentakelse. De rådgivende uttalelsene i de to sakene blir avgitt samtidig. For sammenhengens skyld er Domstolens drøftelser inntatt fullt ut i begge uttalelser.

5 Saken for Gulating lagmannsrett gjelder et krav fra Eidesund om at hans nåværende arbeidsgiver Stavanger Catering skal betale visse

pensjonsforsikringspremier. Eidesunds tidligere arbeidsgiver, Scandinavian Service Partner ("SSP"), betalte slike forsikringspremier, tilsynelatende med grunnlag i en lokal tariffavtale med de ansatte.

- 6 SSP utførte forpleinings- og rengjøringstjenester for en rekke kunder, herunder operatøren på en oljeboringsplattform i Nordsjøen. Ialt 19 personer var ansatt av SSP for å utføre tjenestene på plattformen. Etter en anbudsprosedyre ble Stavanger Catering tildelt en kontrakt om å utføre de samme tjenester på plattformen som tidligere hadde blitt utført av SSP. Etter å ha fått kontrakten tilbød Stavanger Catering 14 av de 19 ansatte, inkludert Eidesund, fortsatt arbeid på plattformen, men avslo å betale pensjonsforsikringspremien.
- 7 De sentrale rettslige spørsmålene for Domstolen er hvorvidt skifte av en tjenesteyter etter en anbudsprosedyre innebærer en overdragelse av et foretak, bedrift eller deler av en bedrift i direktivets forstand, og dersom dette er tilfelle, hvorvidt erververen er rettslig forpliktet til å innbetale premier til en supplerende pensjonsordning som ble betalt av den tidligere arbeidsgiver, men som er utenfor det obligatoriske, statlige trygdesystem.
- 8 Sakens fakta og rettergangen for Gulating lagmannsrett er nærmere beskrevet i Rettsmøterapporten.
- 9 Første og andre ledd i direktivets fortale lyder:

"Både på nasjonalt plan og på fellesskapsplan medfører den økonomiske utvikling endringer i foretakenes oppbygning, blant annet fordi foretak, bedrifter eller deler av bedrifter blir overført til andre innehavere som følge av overdragelse eller fusjon.

Det er nødvendig å innføre bestemmelser om vern av arbeidstakere ved skifte av innehaver, særlig for å sikre at deres rettigheter blir ivaretatt."

- 10 Direktivet artikkel 1 nr 1 sier:

"1. Dette direktiv skal komme til anvendelse på overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter til en annen innehaver som følge av en kontraktsmessig overdragelse eller en fusjon."

- 11 Direktivet artikkel 3 sier:

"1. Overdragerens rettigheter og plikter på grunnlag av en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold som foreligger på den dato en overdragelse i henhold til artikkel 1 nr. 1 finner sted, skal, i kraft av overdragelsen, overføres til erververen.

Medlemsstatene kan bestemme at overdrageren, i tillegg til erververen, fortsatt skal være ansvarlig for forpliktelser begrunnet i en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold etter denne dato en overdragelse i henhold til artikkel 1 nr. 1 har funnet sted.

2. Etter en overdragelse i henhold til artikkel 1 nr. 1 skal erververen opprettholde de arbeidsvilkår som er fastlagt i en tariffavtale på samme betingelser som overdrageren ifølge samme avtale, inntil den dato tariffavtalen sies opp eller utløper eller en annen tariffavtale trer i kraft eller kommer til anvendelse.

Medlemsstatene kan begrense perioden for opprettholdelse av slike arbeidsvilkår, forutsatt at perioden varer minst ett år.

3. Nr. 1 og 2 får ikke anvendelse på arbeidstakeres rett til alders-, uføre- eller etterlattepensjon innenfor rammen av supplerende yrkesbaserte eller fleryrkesbaserte pensjonsordninger utenfor de lovfestede trygdeordninger i medlemsstatene.

Medlemsstatene skal vedta de nødvendige tiltak for å ivareta interessene til arbeidstakere og personer som på tidspunktet for overdragelsen som definert i artikkel 1 nr. 1, ikke lenger er ansatt i overdragerens bedrift, når det gjelder helt ervervede og delvis ervervede rettigheter til alderspensjon, herunder etterlattepensjon, innenfor rammen av de supplerende ordninger nevnt i første ledd."

12 Direktivet artikkel 4 sier:

"1. Overdragelsen av et foretak, en bedrift eller deler av en bedrift er i seg selv ingen oppsigelsesgrunn for overdrageren eller erververen. Denne bestemmelsen er ikke til hinder for at oppsigelser kan finne sted av økonomiske, tekniske eller organisasjonsmessige årsaker som medfører endringer i arbeidsstyrken.

Medlemsstatene kan bestemme at første ledd ikke skal komme til anvendelse på visse avgrensede kategorier ansatte som ikke er omfattet av medlemsstatenes lovgivning eller praksis når det gjelder vern mot oppsigelser.

2. Dersom arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet oppheves fordi overdragelsen som nevnt i artikkel 1 nr. 1 innebærer en vesentlig endring i arbeidsvilkårene til skade for arbeidstakeren, skal arbeidsgiveren anses ansvarlig for at arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet oppheves."

Generelle merknader

13 Både i de skriftlige saksfremstillingene og under den muntlige høringen har relevansen av nasjonal rett og avgjørelser fra nasjonale domstoler vært et diskusjonstema.

14 Ved rådgivende uttalelser, i motsetning til direkte søksmål for EFTA-domstolen, er EFTA-domstolens eneste oppgave å tolke EØS-bestemmelser. Domstolens oppgave i slike saker er ikke å tolke nasjonale bestemmelser eller å avgjøre i hvilket omfang EØS-rettslige bestemmelser er gjennomført i nasjonal rett. Domstolen er heller ikke bundet av nasjonale domstolers standpunkter eller avgjørelser.

- 15 Imidlertid kan det ved tolkningen av EØS-regelverket være av en viss interesse å få klargjort hvordan de ulike medlemsstatene, ved sin nasjonale gjennomføring av EØS-bestemmelser, har forstått og tolket de EØS-bestemmelsene som medlemsstatene har vedtatt og som Domstolen er bedt om å tolke. I forbindelse med dette kan nasjonale domstolars tolkning og anvendelse av nasjonal gjennomføringslovgivning kaste lys over innholdet denne stats lovgivere har gitt denne lovgivningen. Hvilken vekt som skal tillegges nasjonale domstolars avgjørelser vil åpenbart avhenge av om avgjørelsen framstår som representativ, som f eks en tolkningsuttalelse fra den øverste ankedomstolen i det aktuelle landet.

Om det foreligger overdragelse av foretak, bedrift eller deler av en bedrift

- 16 Spørsmål 5.1, 5.2 og 5.5 i anmodningen om en rådgivende uttalelse gjelder alle begrepet overdragelse av foretak, bedrift eller deler av bedrift, i henhold til direktivet artikkel 1 nr 1.
- 17 I den foreliggende sak fant den påståtte overdragelsen av et foretak eller en bedrift sted etter en anbudsprosedyre som ledet til at Stavanger Catering inngikk en tidsbegrenset kontrakt på fem år vedrørende visse forpleinings- og rengjøringstjenester om bord på Eko Alpha plattformen ("plattformen") i Nordsjøen, tjenester som tidligere hadde blitt utført av SSP i henhold til en tilsvarende, tidsbegrenset kontrakt. Eidesund, som hadde arbeidet på plattformen siden 1985, ble sagt opp av SSP den 16 februar 1996 men ble samtidig tilbudt, og aksepterte, ansettelse hos innehaveren av den nye kontrakten.
- 18 *Eidesund* understreker at forpleiningstjenester utgjør en nødvendig del av aktiviteten på en oljeplattform og anfører at når en løpende tjenesteytelse overføres fra en arbeidsgiver til enn annen, kan det ikke være avgjørende for arbeidstakers rettigheter at overføringen finner sted i form av et skifte av kontraktsinnehaver vedrørende tjenesteytelsen. Behovet for vern av arbeidstakers interesser er det samme. Eidesund legger vekt på at det er en vel etablert praksis at arbeidere på plattformene i Nordsjøen blir gitt muligheten til å fortsette i arbeid hos den nye arbeidsgiveren.
- 19 Under den muntlige høringen opplyste Eidesund videre at arbeidet på plattformen krever særlig dyktighet pga forholdene til sjøs. Han understreket også at flertallet av arbeiderne fortsatte sitt arbeid, uten avbrudd, som ansatte hos en ny tjenesteyter men for samme plattformoperatør. En helhetsvurdering basert på relevant rettspraksis fra EF-domstolen vil, ifølge Eidesund, føre til den konklusjon at det pga sakens individuelle forhold har funnet sted en overdragelse i henhold til direktivet.

- 20 *Stavanger Catering* fremholder at et skifte av kontraktspart på denne måten har en rekke særegenheter som faktisk gjør dette til noe fundamentalt annet enn en overdragelse av et foretak i direktivets forstand. Den videre argumentasjon på dette punktet er inntatt i rettsmøterapporten.
- 21 I rettsmøterapporten finnes også et sammendrag av Stavanger Caterings merknader til det selskapet ser som ulempene ved å anse slike transaksjoner som overdragelser i direktivets forstand, særlig at dette vil være hemmende på konkurransen og være uheldig for en langsiktig personalpolitikk. Selskapet utdypet sine argumentene under den muntlige høringen, og anførte at det i den foreliggende sak ikke er påvist at en økonomisk og organisatorisk enhet ble overført og fortsatte å utføre arbeid under den andre kontraktssinnehaveren. Det understreket at ikke alle de ansatte ble reengasjert av den nye arbeidsgiveren, som etter selskapets mening ikke var forpliktet til å overta noen av dem.
- 22 *Den britiske regjeringen, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskaper* foreslår ikke et definitivt svar på spørsmålet om det i den foreliggende sak har funnet sted en overdragelse i direktivet artikkel 1's forstand. De foreslår i stedet at Domstolen, basert på rettspraksis ved EF-domstolen, fastlegger kriteriene for avgjørelsen av spørsmålet og overlater til spørrende domstol å foreta den endelig avveining basert på disse kriteriene.
- 23 EF-domstolen har behandlet begrepet overdragelse i direktivet artikkel 1 i en rekke saker, og da særlig sak 186/83 *Botzen mot Rotterdamsche Droogdok Maatschappij* [1985] ECR 519, sak 24/85 *Spijkers mot Benedik* [1986] ECR 1119, sak 287/86 *Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark mot Ny Mølle Kro* [1987] ECR 5465, sak 324/86 *Tellerup mot Daddy's Dance Hall* [1988] ECR 739 og sak 101/87 *Bork International mot Foreningen af Arbejdsledere i Danmark* [1988] ECR 3057. Av saker avgjort etter 2 mai 1992, datoen for undertegningen av EØS-avtalen: Sak C-29/91 *Redmond Stichting mot Hendrikus Bartol* [1992] ECR I-3189, sak C-392/92 *Schmidt* [1994] ECR I-1311, sak C-209/91 *Watson Rask og Christensen* [1992] ECR I-5755, sak C-48/94 *Rygaard mot Strø Mølle Akustik* [1995] ECR I-2745, og forenede saker C-171/94 og C-172/94 *Merckx og Neuhuys mot Ford Motors Company Belgium*, dom av 7 mars 1996, ennå ikke inntatt i ECR.
- 24 Selv om ingen av disse sakene direkte omhandler en situasjon som den for EFTA-domstolen, synes de generelle prinsipper for tolkning av direktivet å være vel etablert, og avgjørelsene fra EF-domstolen kan gi betydelig veiledning i den foreliggende sak.
- 25 Som uttalt i fortalen andre ledd er direktivets formål bl a å "innføre bestemmelser om vern av arbeidstakere ved skifte av innehaver, særlig for å sikre at deres

rettigheter blir ivaretatt". Direktivet artikkel 3 nr 1 bestemmer derfor at overdragerens rettigheter og plikter på grunnlag av en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold som foreligger på tidspunktet for en overdragelse i henhold til artikkel 1 nr 1, i kraft av overdragelsen skal overføres til erververen. I henhold til artikkel 3 nr 2 skal erververen etter en overdragelse opprettholde de arbeidsvilkår som er fastlagt i en tariffavtale. Artikkel 4 nr 1 gir dessuten

arbeidstakerne vern mot oppsigelser fra overdrageren eller erververen som kun er begrunnet med selve overdragelsen.

- 26 Det følger av fortalen og disse bestemmelsene at direktivets formål er å sikre, så langt det er mulig, at arbeidstakers rettigheter blir ivarettatt ved et skifte av innehaver som følge av fusjon eller overdragelse av et foretak, en bedrift eller deler av en bedrift, ved at de gis muligheten til å fortsette i ansettelsesforholdet med den nye arbeidsgiver på de arbeidsvilkår som er avtalt med overdrageren.
- 27 EF-domstolen har konsekvent henvist til direktivets uttalte formål, og gitt begrepet overdragelse av foretak et videre og mer fleksibelt innhold enn det som vanligvis blir forstått som rekkevidden av uttrykkene "fusjon" og "overdragelse". EF-domstolen har således lagt til grunn at direktivet kommer til anvendelse, eller ikke er utelukket fra å komme til anvendelse, når eieren av et utleid foretak overtar driften av foretaket som følge av leietakers mislighold av leieavtalen (jf *Ny Mølle Kro*-dommen, vist til foran); når en ikke-overførbar leieavtale vedrørende en restaurant utløper og eieren leier den ut til en ny leietaker som uten avbrudd fortsetter driften med det samme personalet, (jf *Daddy's Dance Hall*-dommen, vist til foran); når eieren av et foretak etter oppsigelse eller heving av en leiekontrakt overtar foretaket for senere å selge det til tredjemann som kort etter gjenopptar driften (jf *Bork*-dommen, vist til foran); når et offentlig organ vedtar å stanse offentlige støtte til et juridisk subjekt, med den følge at det juridiske subjekts virksomhet fullt og definitivt opphører, og å overføre støtten til et annet juridisk subjekt med et lignende formål (jf *Redmond Stichting*-dommen, vist til foran). I *Merckx og Neuhuys* (vist til foran) innstilte et foretak som hadde rett til å forhandle motorvogner i et bestemt område sin virksomhet, og forhandlerretten ble deretter overdratt til et annet foretak som overtok en del av personalet og som ble anbefalt overfor kundekretsen.
- 28 Enkelte avgjørelser gjelder servicefunksjoner som er sammenlignbare med den foreliggende sak, se særlig *Schmidt*-dommen (vist til foran) der en bank ved avtale overlot ansvaret for rengjøringsarbeid som banken tidligere hadde utført selv, til et rengjøringssselskap, og *Watson Rask og Christensen*-dommen (vist til foran) som gjaldt en lignende ordning for drift av en kantine.
- 29 Ved den første gruppen avgjørelser må det anses som fastlagt at en overdragelse kan bli gjennomført i to etapper og at det ikke er et vilkår at det foreligger en direkte kontraktsmessig forbindelse mellom første og andre arbeidsgiver. Den andre gruppen avgjørelser viser at når en forretningsmann overlater noe av sin bedriftsrelaterte aktivitet til en utenforstående kontraktør, kan dette utgjøre en overdragelse. I betraktning av det vide anvendelsesområdet for overdragelsesbegrepet som er fastlagt gjennom EF-

domstolens rettspraksis, kan det slutes at to uavhengige servicekontrakter der den ene etterfølger den andre, ikke *i seg selv* faller utenfor direktivets virkeområde.

- 30 Det faktum at den nye servicekontrakten ble tildelt etter en anbudsprosedyre understreker at den påståtte overdragelsen ikke bygger på en direkte kontraktsforhold mellom den tidligere og den nye tjenesteyteren. Som påpekt foran vil imidlertid fraværet av et direkte kontraktsmessig forhold ikke utelukke anvendelse av direktivet dersom andre omstendigheter leder til en vurdering av transaksjonen som å utgjøre en overdragelse i direktivets forstand.
- 31 Som påpekt i *Rygaard*-dommen (vist til foran), avsnitt 15 og 16, er det klart ut fra innholdet av direktivet og ordlyden i artikkel 1 nr 1 at formålet med direktivet er å sikre at ansettelsesforhold i en virksomhet fortsetter uavhengig av eierskifte. Det følger av EF-domstolens rettspraksis at det avgjørende kriteriet ved vurderingen av om det foreligger en overdragelse i direktivets forstand, er om den aktuelle virksomheten er overført som en bestående økonomisk enhet og har bevart sin identitet, jf særlig *Spijkers*-dommen (vist til foran) avsnitt 11 og 12. Ifølge denne dommen er det, for å avgjøre om dette kriteriet er oppfylt, nødvendig å avklare om den nye innehaveren rent faktisk fortsatte eller gjenopptok driften av den aktuelle enhet med de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter. EF-domstolens rettspraksis forutsetter dessuten at overføringen må gjelde en stabil økonomisk enhet med aktiviteter som ikke er begrenset til utføringen av et bestemt oppdrag.
- 32 Det er videre fastlagt at det er nødvendig å ta hensyn til samtlige omstendigheter omkring den aktuelle transaksjonen, herunder hvilken type foretak eller bedrift det er snakk om, om det har skjedd en overtakelse av fysiske aktiva som f eks bygninger og løsøre, eller immaterielle aktiva som f eks patenter og knowhow, verdien av aktiva på overdragelsestidspunktet, om majoriteten av de ansatte overtas av den nye innehaveren, om kundekretsen overtas, samt graden av sammenfall mellom de utførte aktiviteter før og etter overdragelsen, og varigheten av et eventuelt driftsavbrudd. Alle disse momentene utgjør imidlertid kun enkeltfaktorer i den helhetsvurderingen som må foretas, og kan derfor ikke vurderes enkeltvis. Faktorene som skal tas i betraktning ble oppregnet i *Spijkers*, avsnitt 13, og har konsekvent blitt påberopt og henvist til av EF-domstolen. Det er også konsekvent lagt til grunn at det er den nasjonale domstolen som skal foreta denne helhetsvurderingen i den sak som behandles.
- 33 Den situasjon at en påstått overdragelse består i at uavhengige tjenesteytere etterfølger hverandre påkaller enkelte generelle kommentarer.
- 34 For det første er det virksomheten innenfor tjenesteyterens bedrift eller del av bedrift som skal vurderes. Når tjenesten har vært utført av en uavhengig enhet og

ikke av mottakeren av tjenesten selv, synes det ikke å være grunnlag for å anse en del av tjenestemottakerens bedrift som overført.

- 35 Selv om kontinuerlig kantinedrift og rengjøring er en viktig og nødvendig sideaktivitet for driften av en oljeplattform, var disse funksjonene i den foreliggende sak ikke en del av operatørens egen virksomhet, og arbeiderne var ikke ansatt direkte av plattformoperatøren for å utføre disse funksjonene. Den aktuelle saken er derfor ulik flere av sakene som er avgjort av EF-domstolen, der enkelte funksjoner eller aktiviteter først hadde vært utført av operatøren selv men senere hadde blitt overlatt til en utenforstående tjenesteyter.
- 36 For det andre, for at en del av en tjenesteyters virksomhet skal kunne oppfattes som en særskilt økonomisk enhet, må den adskille seg fra hans øvrige virksomhet, og normalt ha ansatte som i hovedsak er knyttet til denne enheten. Leveranse av tjenester eller varer til én av flere kunder vil normalt ikke oppfylle direktivets krav om å være en egen separat enhet innenfor tjenesteyterens samlede virksomhet. Tilsvarende vil heller ikke tapet av en kunde til et konkurrerende selskap normalt kvalifisere som en overdragelse av en bedrift i direktivets forstand.
- 37 For det tredje, for at leveranser av varer eller tjenester skal kunne oppfattes som en egen bedrift må det foreligge er visst minimum av aktivitet og kontinuitet. Noen få leveranser, eller ikke sammenhengende leveranser, vil neppe være tilstrekkelig selv om en eller flere ansatte er utpekt til å betjene en særskilt kunde. Fra denne synsvinkel bemerkes at den foreliggende sak gjelder sammenhengende tjenesteytelser, på døgkontinuerlig basis gjennom flere år, og at tjenestene er av en slik art at det framstår som hensiktsmessig å trene og utpeke en særlig gruppe av de ansatte til å utføre oppdraget.
- 38 Tilsvarende vil, med henvisning til spørsmål 5.1, 5.2 og 5.5 fra den norske domstolen, fraværet av avtaler om at utstyr, ansatte og/eller varelager skal tas over, ikke i seg selv utelukke at direktivet kommer til anvendelse. EF-domstolen har fastsatt at det avgjørende for konklusjonen vil være en helhetsvurdering av alle forhold rundt transaksjonen. Overtakelse av aktiva, ansatte og/eller varelager kan etter omstendighetene være viktige, eller til og med avgjørende faktorer i en slik vurdering, men utfallet av vurderingen kan meget vel bli at man finner at en overdragelse i direktivets forstand har skjedd selv om en eller flere av de nevnte omstendigheter mangler.
- 39 Overtakelse av aktiva kan utgjøre en viktig faktor i helhetsvurderingen av transaksjonen. Når maskiner eller utstyr som er nødvendig for den fortsatte produksjon er overtatt og tatt i bruk i den videre virksomhet, kan dette underbygge at virksomheten er overtatt som en bestående økonomisk enhet, og at virksomhetens identitet og videreføring er i behold.

- 40 I den foreliggende sak ble tjenesten utført i plattformoperatørens lokaler og antakelig var det meste av utstyret om bord på plattformen eid av operatøren. Operatørens maskiner og andre aktiva ble ikke overført, men det forhold at tjenesten ble utført i de samme lokaler og med det samme utstyr som tidligere, kan støtte den slutning at det var samme virksomhet som fortsatte.
- 41 På den annen side var sengetøy og dekketøy eid av SSP og bar SSPs logo. Dette ble ikke overtatt. Stavanger Catering kom her med sitt eget materiell med egen logo, små flagg med den nye logoen ble endog satt på bordene i kantinen for å vise at tjenesteytelsen hadde fått nye utøver.
- 42 I forbindelse med den nye forpleiningskontrakten ble det inngått en egen avtale mellom SSP og Stavanger Catering om at sistnevnte skulle overta SSPs varelager (matvarer og rengjøringsartikler) som var igjen på plattformen. Denne overtakelsen av gjenværende lager av matvarer og rengjøringsmidler synes å være av liten betydning for helhetsvurderingen. Det må antas å foregå en kontinuerlig tilførsel av slike varer slik at overtakelsen av restlageret er uttrykk for en praktisk løsning, og ikke noe som var viktig eller nødvendig for fortsatt tjenesteytelse. Det er imidlertid den nasjonale domstolens oppgave å fastlegge sakens fakta og deres betydning for helhetsbildet.
- 43 Når en høy prosentandel av arbeidstakerne overtas, og når den tidligere virksomheten kjennetegnes av en høy grad av ekspertise hos arbeidstakerne, vil den fortsatte virksomhet av personalet kunne støtte at virksomheten er videreført med samme kontinuitet og identitet. Dersom arbeidet som skal utføres ikke krever noen særskilt ekspertise eller kunnskaper vil overtakelse av ansatte i mindre grad underbygge foretakets identitet. Problemstillingen her er hvorvidt kvalifikasjoner som trengs hos de ansatte har betydning for vurderingen av om en overdragelse har funnet sted. Et annet forhold er at stillingsvernet ved en overdragelse omfatter alle kategorier av ansatte.
- 44 Det kan også være et vurderingstema om overtakelsen av ansatte er begrunnet i et ønske om å fortsette samme virksomhet som tidligere, eller bare er uttrykk for en hensiktsmessig måte for den nye tjenesteyter til å dekke sitt økte behov for arbeidskraft for å oppfylle den nye kontrakten. I forbindelse med dette kan det tale for det første alternativet dersom overtakelse av arbeidstakere er et vilkår for overdragelsen, mens en utlysning av ledige stillinger på den nye arbeidsgivers vilkår, der alle søkere stiller likt, kan tale for det andre alternativet. Av denne grunn kan fremgangsmåten og grunnlaget for overtakelsen av ansatte være av betydning for den totalvurderingen som skal foretas.

- 45 Som opplyst foran var totalt 19 personer i den foreliggende sak særlig utpekt av SSP for å utføre tjenesten om bord på plattformen. Av disse ble 14 personer tilbudt, og de aksepterte, å fortsette hos den nye kontraktsinnehaveren. Ingen overordnende arbeidstakere ble imidlertid tatt over.
- 46 Basert på det ovenstående blir svaret på spørsmål 5.1, 5.2 og 5.5 at opphøret av en forpleiningskontrakt med et selskap og inngåelsen av en ny kontrakt med et annet selskap ikke i seg selv faller utenfor direktivets virkeområde. Heller ikke fraværet av kontraktsbestemmelser om at utstyr og ansatte skal tas over utelukker at direktivet kommer til anvendelse. Alle sider ved saken må imidlertid tas i betraktning ved den helhetsvurderingen som skal foretas. Hvorvidt direktivet kommer til anvendes må vurderes i lys av de kriterier som er angitt i avsnitt 25 til 45 foran. Det er den nasjonale domstol som må foreta den nødvendige vurderingen av fakta, for endelig å avgjøre om det foreligger en overdragelse i direktivets forstand eller ikke.

Kontrakt underlagt reglene for offentlige innkjøp

- 47 Med spørsmål 5.3 ønsker Gulating lagmannsrett å få avklart om det forhold at en kontrakt faller inn under rådsdirektiv 77/62/EØF, 80/767/EØF og 88/295/EØF om tildeling av kontrakter om offentlige varekjøp spiller noen rolle for anvendelsen av rådsdirektiv 77/187/EØF for den foreliggende sak.
- 48 I rettsmøterapporten er det gitt et sammendrag av de skriftlige innleggene om dette spørsmålet. Kort gjengitt anfører *Den britiske regjeringen, EFTAs overvåkningsorgan* og *Kommisjonen for De europeiske fellesskaper* at det ikke finnes noen holdepunkter i direktivet, det være seg i hovedteksten eller i fortalen, for at virkeområdet skulle bli begrenset av de foran nevnte direktiver om offentlige innkjøp. Det er videre intet i disse direktivene som hindrer at de anvendes samtidig.
- 49 Domstolen bemerker at de nevnte direktivene er avløst av rådsdirektiv 93/36/EØF. Dessuten påpeker ankemotparten for den nasjonale domstol at henvisningen heller skulle være rådsdirektiv 90/531/EØF, som er avløst av rådsdirektiv 93/98/EØF, omhandlet i EØS-avtalen Vedlegg XVI nr 4, som endret ved EØS-komiteens beslutning nr 7/94 av 21 mars 1994, jf også Europaparlaments- og rådsdirektiv 94/22/EF, omhandlet i EØS-avtalen Vedlegg IV nr 12, som endret ved EØS-komiteens beslutning nr 19/95 av 5 april 1995.
- 50 Det er ikke klart fra de fakta som er presentert for Domstolen om de nevnte direktivene om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse på det foreliggende saksforhold. Men Domstolen bemerker at direktivet etter sin ordlyd og sitt formål har generell anvendelse. Det er intet i den foreliggende sak som tilsier en begrensning i direktivets anvendelse.

Tolkning av direktivet artikkel 3 nr 3

51 Det minnes om at spørsmål 5.4 har slik ordlyd:

"Omfatter rettigheter etter artikkel 3 nr. 1 og 2 også retten til å beholde de forsikringsordninger, herunder pensjonsforsikring, hos den nye arbeidsgiver som arbeidstakeren hadde hos den arbeidsgiver som mistet kontrakten?"

52 Som utgangspunkt synes det lite tvilsomt at formuleringen "overdragerens rettigheter og plikter på grunnlag av en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold" i artikkel 3 nr 1 omfatter rettigheter og plikter vedrørende forsikringsordninger vis-à-vis de ansatte. Enkelte spørsmål om anvendelse og tilpasning kan følge av selve overdragelsen, f eks dersom en forsikringsordning er begrenset til ansatte i et selskap eller en selskapsgruppe og ordningen ikke kan utvides til å omfatte en ansatt som ikke lenger er i selskapets eller selskapsgruppens tjeneste. Spørsmålet gjelder imidlertid i hovedsak tolkningen av artikkel 3 nr 3 første ledd. Det minnes om at bestemmelsen har slik ordlyd:

"Nr. 1 og 2 får ikke anvendelse på arbeidstakeres rett til alders-, uføre- eller etterlattepensjon innenfor rammen av supplerende yrkesbaserte eller fleryrkesbaserte pensjonsordninger utenfor de lovfestede trygdeordninger i medlemsstatene."

53 Nærmere bestemt gjelder spørsmålet om denne bestemmelsen utelukker en automatisk overføring til erververen av en forpliktelse til å innbetale premie til en supplerende pensjonsordning som overdrageren var forpliktet til å betale som følge av ansettelsesforholdet med den ansatte.

54 Et sammendrag av den skriftlige argumentasjonen fremført for Domstolen finnes i rettsmøterapporten. Under den muntlige høringen 7 mai 1996 ble disse argumentene nærmere utdypet, noe det blir redegjort for nedenfor i den grad det er nødvendig.

55 *Eidesund* er av den mening at unntakene i direktivet artikkel 3 nr 3 ikke gjelder innbetaling av forsikringspremie til pensjonsordninger. *Den norske regjeringen* og *Den svenske regjeringen* er av samme oppfatning, og det er også *EFTAs overvåkningsorgan*. *Den britiske regjeringen* konkluderer på annen side med at bestemmelsen som en nødvendig konsekvens, fritar erververen fra innbetaling av slike premier. Dette syn deles av *Stavanger Catering* hvis videre argumentasjon er gjengitt i rettsmøterapporten. *EF-kommisjonen* foreslår å tolke artikkel 3 nr 3 i lys av direktivets hovedformål, som er å sikre, så langt som mulig, arbeidstakeres rettigheter i tilfelle av en overdragelse. Enhver begrensning i, eller ethvert unntak fra, dette vernet bør derfor tolkes innskrenkende. Kommisjonen påpeker likevel at selv om artikkel 3 nr 3 første ledd utelukker visse rettigheter fra automatisk

overføring, er ikke arbeidstakerne nødvendigvis fratatt alt vern. Artikkel 3 nr 3 andre ledd pålegger i stedet medlemsstatene å beskytte arbeidstakeres interesser vedrørende enkelte av disse rettighetene.

- 56 Domstolen bemerker at ingen av EF-domstolens avgjørelser direkte omhandler virkeområdet for unntaksbestemmelsen i artikkel 3 nr 3. Tolkningen må foretas på grunnlag av anerkjente tolkningsmetoder, idet det tas i betraktning at EF-domstolen ved sin fortolkning av direktivet konsekvent har vist til at direktivets formål er å sikre, så lang som mulig, at arbeidsforholdet fortsettes av erververen uten endringer etter overdragelsen, se f eks sak 19/83 *Wendelboe mot L.J. Music* [1985] ECR 457, avsnitt 15, og at de vilkår som ble avtalt med overdrager fortsatt skal gjelde i forhold til erververen etter overdragelsen, se sak 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark mot Danmols Inventar* [1985] ECR 2639.
- 57 Formuleringen "arbeidstakeres rett til alders-, uføre- eller etterlattepensjon" i artikkel 3 nr 3 første ledd er ikke klar.
- 58 Selv en snever fortolkning synes å dekke løpende utbetalinger til den begunstigede når eller hvis, rett til utbetalinger utløses i henhold til pensjonsordningen. Slike utbetalingsforpliktelser overføres klart nok ikke til erververen, hva enten utbetalingene ifølge pensjonsordningen skal foretas av et forsikringsselskap eller direkte av arbeidsgiver.
- 59 En videre og mer naturlig forståelse av "rett til ... pensjon" ville, etter Domstolens syn, omfatte arbeidstakerens rett til å nyte godt av en fortsatt opparbeidelse av pensjonsrettigheter under hele ansettelsesperioden. Det er ikke uvanlig at en pensjonsordning fastsetter at eventuell pensjonsutbetaling til den berettigede øker med antall år den ansatte er i tjeneste og premie blir innbetalt. Å legge til grunn at uttrykket "rett til ... pensjon" dekker retten til fortsatt opparbeidelse av pensjonsrettigheter etter datoen for overdragelsen, ville innebære at retten til å kreve slik fortsatt opparbeidelse er utelukket.
- 60 Etter Domstolens oppfatning peker ordlyden i artikkel 3 nr 3 første og andre ledd, lest i sammenheng med hovedprinsippet i artikkel 3 nr 1, mot den konklusjon at alle rettigheter og forpliktelser angående alders-, uføre- og etterlattepensjon er utelukket fra den generelle overføringen av rettigheter og plikter til erververen.
- 61 Selv om forarbeider til direktivet ikke er til direkte hjelp ved avgrensningen av virkeområdet for artikkel 3 nr 3 første ledd, forklarer kommisjonsdokumenter angående direktivet de komplikasjoner man så for seg dersom erververen skulle gjøres forpliktet til å overta overdragerens plikter på området for supplerende pensjonsordninger. Hensett til forarbeidene og hensett til at det ble inntatt en unntaksbestemmelse (artikkel 3 nr 3) i den endelige direktivteksten, finner

Domstolen støtte for å tolke bestemmelsen slik at den unntar erververen fra ethvert ansvar på dette spesifikke felt.

- 62 Dette betyr ikke, som påpekt også av EF-kommisjonen, at arbeidstakerne sitter tilbake uten beskyttende tiltak. Som et alternativt tiltak ble innført bestemmelsen i artikkel 3 nr 3 andre ledd, som fastslår at medlemsstatene er forpliktet til å vedta nødvendige tiltak for å ivareta interessene til nåværende og tidligere arbeidstakere når det gjelder rettigheter til alderspensjon, herunder etterlattepensjon (men ikke uførepensjon).
- 63 EF-domstolen har uttalt som et tolkningsprinsipp at unntaksbestemmelser som reduserer rettigheter gitt til arbeidstakere må tolkes snevert. Samme prinsipp ble også lagt til grunn av EFTA-domstolen i sak E-1/95 *Samuelsson* [1994-95] EFTA Report 145, avsnitt 22 flg. Dette tolkningsprinsippet kan imidlertid ikke lede til en situasjon der unntaksbestemmelsen blir fratatt ethvert fornuftig innhold eller i realiteten blir opphevet.
- 64 Med en riktig tolkning av artikkel 3 nr 3 må det antas at erververen ikke er forpliktet til å sørge for videre opparbeidelse av rettigheter til alders-, uføre- eller etterlattepensjon, etter datoen for overdragelsen.
- 65 Med denne slutningen som basis blir det uholdbart å anta at erververen er forpliktet til å fortsette innbetaling av pensjonspremier i samsvar med den supplerende pensjonsordningen som var etablert av overdrageren.
- 66 Som påpekt av Den britiske regjeringen kan man ikke skille opparbeidelse av pensjonsrettigheter og innbetaling av pensjonspremier. I enhver pensjonsordning er det ene element en forutsetning for det andre. Det ville være uten enhver økonomisk mening å kreve at premier skal betales når ytterligere opparbeidelse av pensjonsrettigheter ikke skal finne sted. Det eneste formål med å innbetale premier til en forsikringsordning må være at ytterligere forsikringsdekning skapes.
- 67 Av dette må det følge at overdragerens plikt til å innbetale premier for opparbeidelse av alders-, uføre- og etterlattepensjon er unntatt. Under den muntlige høringen ble det fremsatt ulike meninger om hvor stor erververens premieinnbetaling i tilfelle skulle være. Enkelte mente at det samme beløp som ble betalt av overdrageren skulle innbetales, uavhengig av om den ansatte hadde mulighet til å fortsette sitt medlemskap i pensjonsordningen. Andre antydte at erververen skulle være forpliktet til å innbetale et hvilket som helst beløp som måtte være nødvendig, normalt høyere enn før, for å oppnå samme framtidige dekning og opparbeidelse som arbeidstakeren hadde hatt tidligere. Usikkerheten og urimeligheten ved disse alternativene viser etter Domstolens mening det

ulogiske i å opprettholde en innbetalingsforpliktelse uten en tilsvarende plikt til å opprettholde en tidligere pensjonsordning.

- 68 Konklusjonen må derfor bli at det ikke overføres noen forpliktelse for erververen til å fortsette innbetalingen av premiebeløp som gjelder alders-, uføre- og etterlattepensjon.

Saksomkostninger

- 69 Kostnadene som er påløpt for *Den svenske regjeringen, Den britiske regjeringen, EFTAs overvåkningsorgan* og *EF-kommisjonen*, som alle har inngitt saksfremstillinger til Domstolen, kan ikke kreves dekket. Fordi rettergangen her, for partene i hovedsaken, utgjør en del av rettergangen for den nasjonale domstolen, er avgjørelsen av saksomkostninger en sak for den nasjonale domstolen.

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

som svar på de spørsmål som er forelagt av Gulating lagmannsrett, ved beslutning 27 november 1995, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. Artikkel 1(1) i rettsakten omhandlet i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Vedlegg XVIII nr 23 (rådsdirektiv 77/187/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter) må tolkes slik at i en situasjon der forpleiningstjenesten for et foretak ved avtale er overlatt til et selskap, vil ikke opphøret av denne kontrakten og inngåelse av en ny kontrakt om de samme tjenester med et annet selskap utelukke at direktivet kommer til anvendelse. For at det skal foreligge en overdragelse av et foretak i direktivets forstand må en økonomisk enhet med sin egen identitet være overført og denne identiteten må være i behold. For å avgjøre om disse vilkårene er oppfylt i et tilfelle som det som er gjenstand for hovedsøksmålet, er det nødvendig å ta hensyn til samtlige omstendigheter som karakteriserer den aktuelle transaksjonen, herunder hvilken type foretak eller virksomhet det gjelder, om det skjer en overtakelse av fysiske eller immaterielle aktiva, verdien og arten av slike**

aktiva, om en majoritet av de ansatte, eller ansatte med særlig ekspertise eller erfaring overtas, om kunder overføres, graden av likhet mellom de utførte aktiviteter før og etter overdragelsen og hvor lenge virksomhetens drift eventuelt har vært stanset.

2. Hvorvidt det nye forpleiningsselskapet skal overta ansatte og varelager må tas i betraktning ved den helhetsvurderingen som det vises til i 1 foran.
3. Det faktum at en transaksjon omfattes av direktiver om offentlige anskaffelser hindrer ikke som sådan rådsdirektiv 77/187/EØF fra å komme til anvendelse i en sak som den foreliggende.
4. 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.

Bjørn Haug Thór Vilhjálmsson Carl Baudenbacher

Avsagt i åpen rett i Luxembourg 25 september 1996.

Per Christiansen
Justissekretær

Bjørn Haug
President