



RETSMØTERAPPORT

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 fra Gulating lagmannsrett i saken for denne domstolen mellom

Eilert Eidesund

og

Stavanger Catering A/S

om tolkningen av rådsdirektiv 77/187/EØF.

I. Innledning

1. Ved beslutning datert 27 november 1995, mottatt ved Domstolen 29 november 1995, har Gulating lagmannsrett i Norge anmodet om en rådgivende uttalelse i en sak anlagt for denne domstolen av Eilert Eidesund, ankende part, mot Stavanger Catering A/S, et norsk selskap, ankemotpart.

II. Rettslig bakgrunn

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*. Dette direktivet er omhandlet i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Vedlegg XVII nr 23.

3. Ankesaken for den norske domstolen gjelder krav fra den ankende part om at ankemotparten skal betale visse forsikringspremier. Hans tidligere arbeidsgiver dekket slike premier. Etter en anbudsrunde fikk ankemotparten en kontrakt om å utføre visse forpleiningstjenester som hadde blitt utført av den ankende parts tidligere arbeidsgiver. Etter å ha fått kontrakten ansatte ankemotparten den ankende part, men nektet å betale forsikringspremien. De sentrale rettslige spørsmålene for Domstolen er hvorvidt skifte av en avtalepart til en forpleiningskontrakt etter en anbudsrunde 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 premien til en pensjonsordning for arbeidstakere som ble dekket av den tidligere arbeidsgiver, men som er utenfor det obligatoriske, statlige trygdesystem.

4. *Direktiv 77/187/EØF* sier bl a:

[Fortale / første og andre ledd]

"... 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.

[Avsnitt I / Virkeområde og definisjoner]

Artikkel 1

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

[Avsnitt II / Ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter]

Artikkel 3

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...

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, innefor rammen av de supplerende ordninger nevnt i første ledd."

III. Spørsmålene

5. 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?"

IV. Sakens fakta

6. Gulating lagmannsrett opplyser følgende om rettergangen for norske domstoler:

"Da det ikke ble oppnådd enighet mellom arbeidsgiver og arbeidstakerne om overføring av pensjonsordningen til ny arbeidsgiver, reiste Eilert Eidesund søksmål mot Stavanger Catering A/S ved stevning datert 17.03.1994. Stavanger byrett avsa dom i saken 29.05.1995. Eilert Eidesund anket 30.05.1995 dommen til Gulating lagmannsrett. Lagmannsretten besluttet 04.07.1995 at tolkningsspørsmålet skulle forelegges EFTA-domstolen til rådgivende uttalelse."

7. Partene bygger sine anførsler for Gulating lagmannsrett på lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) kapittel XII A. Kapitlet ble tatt inn i loven i 1992 som et ledd i gjennomføringen av direktiv 77/187/EØF i norsk rett.

8. Sakens fakta er oppsummert i anmodningen fra Gulating lagmannsrett på følgende måte:

"Han [Eidesund] har siden slutten av 1970-årene arbeidet som servicearbeider innen catering/forpleiningsbransjen offshore. Han har gjennom årene hatt flere arbeidsgivere og

på Ekofiskfeltet hvor Phillips Petroleum Norway (PPCoN) er operatør. PPCoN utfører ikke selv forpleiningstjenesten på plattformen.

...

Fram til 21.02.1994 hadde Scandinavian Service Partner A/S kontrakt med PPCoN om forpleiningstjeneste på plattformen Eko Alpha på Ekofisk-feltet. I god tid for kontraktsutløpet utarbeidet PPCoN anbudsinnbydelse. Stavanger Catering A/S vant anbudskonkurransen med den følgen at Stavanger Catering A/S overtok forpleiningstjenesten fra og med 21.02.1994. I henhold til innarbeidet praksis innen cateringsvirksomhet offshore ble de som hadde vært ansatt som servicemedarbeidere i Scandinavian Service Partner A/S tilbudt tilsvarende stilling i Stavanger Catering A/S fra det tidspunkt Stavanger Catering A/S overtok forpleiningstjenesten. Normal bemanning for forpleiningstjenesten på Ekofisk Alpha er 19 personer. Overordnet personell ble ikke tilbudt stilling i Stavanger Catering A/S. 14 personer fikk og godtok stilling i Stavanger Catering A/S.

Eilert Eidesund var en av servicearbeiderne som aksepterte tilbudet om stilling i Stavanger Catering A/S. Han ble sagt opp ved oppsigelse fra Scandinavian Service Partner A/S 16.02.1994. Samme dag mottok han tilbud om stilling i Stavanger Catering A/S. Fra tilbuds brevet siteres:

"I forbindelse med at Stavanger Catering overtar cateringkontrakten på Eko Alpha fra og med 21.02.1994 fra kl. 00.00 spør vi med dette om du er interessert i å bli ansatt i Stavanger Catering A/S eller om du blir værende i S.S.P.

Da vi har veldig kort frist på oss før overtakelse må vi ha ditt svar snarest og for de som skal ut 21.02.1994 må vi ha svaret senest kl. 12.00 fredag 18.02.1994.

Ansettelse i Stavanger Catering A/S vil være i h.h.t. den praksis og de lokale avtaler som er i bedriften."

Etter å ha mottatt tilbudet ble det 21.02.1994 sendt et brev fra Bedriftsklubben for Oljearbeidernes Fellessammenslutning (OFS-klubben) i Scandinavian Service Partner A/S til Stavanger Catering A/S. Fra brevet siteres:

"Den 20. feb. 1994 kl. 24.00, ble forpleiningstjenesten ombord på "Ekofisk Alpha" overført fra SCANDINAVIAN SERVICE PARTNER OIC A/S, til Stavanger Catering. I den forbindelse vil vi anføre følgende:

Tilbudet fra Stavanger Catering om jobb i dette selskapet (vedl. nr. 1) er i strid med AML § 73B. Ny arbeidsgiver er bundet av de rettigheter arbeidstakerne hadde vedr. lønn og andre arbeidsvilkår, bl. a. plikten til å opprettholde de forsikringsordninger herunder pensjonsforsikring, som den ansatte hadde krav på før overføring av denne del av virksomheten fant sted.

Der er derfor uriktig av Stavanger Catering å anføre at "ansettelsen" er etter praksis og lokale avtaler i bedriften.

Vi vil på vegne av våre medlemmer

herved gjøre krav på at alle rettmessige arbeids- og ansettelsesvilkår blir gjort gjeldende etter at formell overførsel av nevnte del av SSP's virksomhet har funnet sted."

Med den reservasjon som fremgår av det ovenstående aksepterte Eilert Eidesund tilbudet om stilling i Stavanger Catering A/S og tiltrådte stillingen.

Pensjonsforsikringen som det refereres til i det ovennevnte brevet er en pensjonsforsikring som omfatter samtlige ansatte i Scandinavian Service Partner A/S. Forsikringen består av en alderspensjonsdel. Forsikringen betales dels ved tilskudd fra arbeidsgiver og dels ved egenbetaling fra arbeidstaker. Arbeidsgivers forpliktelse etter pensjonsforsikringsavtalen opphører når arbeidsforholdet opphører. Forsikringspremien betales av arbeidsgiver kun så lenge arbeidsforholdet består.

Ved overtakelse av forpleiningskontrakten var det også inngått avtale mellom Scandinavian Service Partner A/S og Stavanger Catering A/S om at Stavanger Catering overtok varelageret (mat og rengjøringsmidler) på plattformen, men ikke dekketøy og sengetøy med firmamerker. Disse ble byttet ut ved kontraktorskiftet..."

9. Eidesunds advokat sier i sin skriftlige saksfremstilling at han slutter seg til beskrivelsen av fakta gitt av Gulating lagmannsrett. Han tilføyer at Scandinavian Service Partner A/S nå eier Stavanger Catering A/S. Også ankemotpartens advokat slutter seg til faktabeskrivelsen gitt av lagmannsretten. Han tilføyer at de fleste av de som for tiden er ansatt i Stavanger Catering A/S ikke har en pensjonsordning.

V. Skriftlige saksfremstillinger

10. Skriftlige saksfremstillinger i medhold av Vedtektene for EFTA-domstolen artikkel 20 og Rettergangsordningen artikkel 97 er mottatt fra:

- Eilert Eidesund
- Stavanger Catering A/S
- Den britiske regjeringen
- Den svenske regjeringen
- EFTAs overvåkningsorgan
- Kommisjonen for De europeiske fellesskaper

Den svenske regjeringen behandler i sin skriftlige saksfremstilling utelukkende spørsmål 5.4.

11. Spørsmålene fra Gulating lagmannsrett blir i sammendraget under behandlet i tre deler:

- A. Overdragelse av foretak (spørsmål 5.1, 5.2 og 5.5),
- B. Kontrakt underlagt reglene for offentlig innkjøp (spørsmål 5.3), og
- C. Overførte rettigheter (spørsmål 5.4)

A. *Overdragelse av foretak*

Eilert Eidesund

12. Eidesund henviser i sin skriftlige saksfremstilling til følgende avgjørelser fra EF-domstolen: *Strø Mølle Akustik*¹, *Schmidt*², *Rask/ISS*³, *Daddy's Dance Hall*⁴ og *Redmond Stichting*⁵.

13. Eidesund henviser til direktivets formål, som i følge ham er å sikre arbeidstakeres rettigheter når en virksomhet overføres. Han anfører dessuten at det kan slutes fra de påberopte avgjørelsene at direktivet dekker det kontraktorskiftet som her har funnet sted.

14. Den ankende part hevder at forpleiningstjenesten, selv om den kan tenkes organisert på forskjellige måter, inngår som en nødvendig del av virksomheten på en plattform. Den er, etter sin karakter, lett atskillelig fra annen virksomhet som pågår om bord. Den vil være nødvendig så lenge det pågår kontinuerlig oljevirkosomhet til sjøs. Selv om den blir utført på tidsbestemt kontrakt, er denne særskilte virksomhetens karakter den samme. Eidesund tilføyer at denne kontinuiteten ytterligere blir styrket av det faktum at det er tradisjon for at arbeiderne overføres til en ny kontraktør når denne tar over aktivitetene på en Nordsjøplattform.

15. Den ankende part framholder at det ikke kan være avgjørende for arbeidstakerens rettigheter når en pågående virksomhet overføres fra en arbeidsgiver til en ny, at overføringen kalles "leverandørskifte" eller "skifte av medkontrahent". Arbeidstakerens behov for beskyttelse av sine interesser er de samme.

16. Eidesund framholder at avgjørelser fra nasjonale domstoler har begrenset verdi for tolkningen av direktivet og at det er EF-domstolen som sørger for de relevante prejudikater.

17. Eidesund foreslår følgende svar på spørsmål 5.1, 5.2, 5.3 og 5.5:

"Overføringen av forpleiningstjenesten på plattformen Eko Alpha fra SSP til Stavanger Catering AS omfattes av Rådsdirektiv 77/187."

¹ Sak C-48/94 *Ole Rygaard mot Strø Mølle Akustik* [1995] ECR I-2745.

² Sak C-392/92 *Schmidt* [1994] ECR I-1311.

³ Sak C-209/91 *Watson Rask og Christensen* [1992] ECR I-5755.

⁴ Sak 324/86 *Tellerup mot Daddy's Dance Hall* [1988] ECR 739.

⁵ Sak C-29/91 *Redmond Stichting mot Hendrikus Bartol* [1992] ECR I-3189.

Stavanger Catering A/S

18. Stavanger Catering A/S viser til at saken gjelder tolkning av norsk lov, de paragrafene som ble vedtatt ved gjennomføringen av direktiv 77/187/EØF i norsk rett.

19. Til spørsmålet om hva som i direktivets forstand utgjør en overdragelse av et foretak, framholder Stavanger Catering A/S at det må skilles klart mellom overdragelse av et foretak og skifte av medkontrahent. Ved å sammenlikne den norske oversettelsen av begrepet "undertaking" ("foretak" i direktivet og "virksomhet" i gjennom-føringsloven) med oversettelser fra andre medlemsstater og ved å se på bakgrunnen for ordvalget i den norske oversettelsen, konkluderer han med at det norske begrepet "virksomhet" må bety det samme som "foretak". Det norske begrepet "foretak" omfatter imidlertid ikke skifte av medkontrahent.

20. Ankemotparten framholder at skifte av kontraktsmotpart atskiller seg fundamentalt fra overdragelse av foretak. Skifte av kontraktsmotpart (leverandør, medkontrahent) har flere spesielle kjennetegn som skiller dette fra overdragelse av foretak:

1) Det dreier seg om en forretningskontrakt, gjort for en avgrenset tid, som ikke i seg selv berører produksjonsmidlene.

2) I motsetning til overdragelse av foretak er skifte av kontraktsmotpart ikke endelig, og normalt er det forutsatt at den har begrenset varighet og dermed åpen for revurdering.

3) Ved overdragelse av virksomhet trekker den tidligere innehaveren seg fra aktiviteten. Ved en servicekontrakt derimot, vedblir mottakeren av tjenestene den samme, han beholder en viss overvåknings- og kontrollmyndighet, samt muligheten til å avslutte kontrakten.

21. Ankemotparten peker deretter på det han hevder vil være ulempene dersom det blir avgjort at skifte av kontrahent på en plattform i Nordsjøen faller inn under direktivet. Det vil, ifølge ham, virke sterkt hemmende på konkurransen i anbudssituasjoner. Den som allerede har kontrakten vil være den eneste parten med full kunnskap om rettighetene til de arbeidstakerne som kanskje skal fortsette hos den nye medkontrahenten. Ankemotparten hevder videre at en langsiktig personalpolitikk av flere grunner vil bli betydelig påvirket, herunder en arbeidsgivers mulighet til å beholde sine ansatte.

22. Ankemotparten viser i første rekke til tre dommer fra EF-domstolen: *Rask/ISS*⁶, *Schmidt*⁷ og *Strø Mølle Akustik*⁸. Den tredje saken er den eneste hvor EF-domstolen har vurdert direktivet i forhold til en situasjon der en entreprenør mistet en kontrakt til en annen entreprenør. Spørsmålet var om de ansatte hos den tapende entreprenøren kunne kreve ansettelse hos den nye. Domstolen konkluderte med at dette forholdet ikke falt inn under direktivets virkeområde.

23. Ankemotparten viser deretter til rettspraksis fra Danmark, Sverige og Frankrike. Han viser videre til korrespondanse mellom Arbeidsgiverforeningen for Skip- og Offshorefartøyer og EFTAs overvåkningsorgan (ESA). Stavanger Catering A/S tolker et brev fra ESA, datert 9 januar 1995, dithen at i forhold til direktivet vil et skifte av forpleiningsselskap være et skifte av leverandør og ikke en overdragelse.

24. Stavanger Catering A/S kommer, hensett til spørsmål 5.1 - 5.3 og 5.5 i anmodningen om en rådgivende uttalelse, til følgende konklusjon:

"Det forhold at Scandinavian Service Partner A/S mister cateringkontrakten med Philips på Eco Alpha og at Stavanger Catering A/S fikk den nye kontrakten er ikke et forhold som faller inn under Rådsdirektiv nr. 77/187. EFTA-domstolen må derfor besvare spørsmål 5.1, 5.2, 5.3 og 5.5 benektende."

Den britiske regjeringen

25. Den britiske regjeringen uttaler i sin saksfremstilling at rettspraksis fra EF-domstolen klart viser at de enkelte momenter framhevet av Gulating lagmannsrett ikke i seg selv er utslagsgivende omstendigheter den ene eller andre veien, jf *Bork*⁹, *Daddy's Dance Hall*¹⁰, *Rask/ISS*¹¹ og *Botzen*¹². Alle disse omstendighetene er likevel relevante.

26. Den britiske regjeringen viser til og siterer utdypende fra *Spijkers*¹³. Etter den britiske regjeringens oppfatning er essensen i denne dommen at direktivet bare får anvendelse dersom en økonomisk enhet er overdratt.

⁶ Se note 3.

⁷ Se note 2.

⁸ Se note 1.

⁹ Sak 101/87 *Bork International* mot *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark* [1988] ECR 3057.

¹⁰ Se note 4.

¹¹ Se note 3.

¹² Sak 186/83 *Botzen* mot *Rotterdamsche Droogdok Maatschappij* [1985] ECR 519.

¹³ Sak 24/85 *Spijkers* mot *Benedik* [1986] ECR 1119, særlig avsnitt 11 til 14.

27. I saksfremstillingen understrekes at senere dommer fra EF-domstolen følger samme formel, jf *Ny Mølle Kro*¹⁴, *Redmond Stichting*¹⁵, og *Schmidt*¹⁶. Den britiske regjeringen mener EF-domstolen i Schmidt-saken har framhevet en særlig omstendighet (gjenopptakelse av de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter) blant de ulike relevante omstendigheter, og på bakgrunn av en begjæring som gjorde det mulig i særlig grad å sette fokus på denne omstendigheten, indikert at konklusjonen må trekkes på bakgrunn av om man finner at aktiviteten i realiteten var den samme eller tilsvarende. Den britiske regjeringen viser videre til *Strø Mølle Akustikk*¹⁷ og påpeker at varigheten av det aktuelle arbeidet kan være relevant.

28. Den britiske regjeringen anbefaler at spørsmål 5.1, 5.2 og 5.5 a) og b) blir besvart på følgende måte:

"Det avgjørende kriteriet ved avgjørelsen av om det foreligger en overdragelse etter rådsdirektiv 77/187/EØF artikkel 1(1) er om den aktuelle aktiviteten har bevart sin identitet som en økonomisk enhet.

For å avgjøre om dette er tilfellet må den nasjonale domstolen ta hensyn til samtlige omstendigheter omkring avhendelsen, 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, verdien av de immaterielle 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 hvor lenge virksomhetens drift eventuelt har vært stanset. "

EFTAs overvåkningsorgan

29. EFTAs overvåkningsorgan understreker direktivets hovedformål ved å vise til fortalen. Selv om det i fortalen, der direktivets sosiale formål rent generelt blir understreket, sies at direktivet ble gitt pga endringer i fortakenes oppbygning som følge av den økonomiske utvikling, er en tilsvarende begrensning i direktivets mulige virkeområde ikke reflektert i selve teksten eller i dommene avsagt av EF-domstolen.

30. EFTAs overvåkningsorgan framholder at EF-domstolen systematisk har foretatt en utvidende tolkning av uttrykket "kontraktsmessig overdragelse", jf *Redmond Stichting*, *Schmidt* og *Botzen*¹⁸. Det blir særlig bemerket at begrepet kontraktsmessig overdragelse ikke forutsetter at eierskap er overført, og videre at en overføring kan falle inn under direktivets virkeområde selv om den ikke finner sted direkte mellom tidligere arbeidsgiver og den nye.

¹⁴ Sak 287/86 *Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark* mot *Ny Mølle Kro* [1987] ECR 5465.

¹⁵ Se note 5.

¹⁶ Se note 2.

¹⁷ Se note 1.

¹⁸ Se henholdsvis note 5, 2 og 12.

31. Når det gjelder hvilke typer aktiviteter som faller inn under direktivet, uttaler EFTAs overvåkningsorgan, under henvisning til sin sammenfatning av rettspraksis fra EF-domstolen, at gjenstanden for overføringen må være en aktivitet som utgjør en organisert enhet med sin egen identitet. Det påpekes at EF-domstolen har kommet til at aktiviteter som kantinedrift og rengjøringsarbeid kan komme inn under direktivets virkeområde¹⁹.

32. EFTAs overvåkningsorgan bemerker også at EF-domstolen har trukket fram en rekke omstendigheter som kan bli tatt i betraktning ved avgjørelsen av om hvorvidt en kontraktsmessig overdragelse har funnet sted. Rent generelt vil det foreligge en kontraktsmessig overdragelse når den aktuelle økonomiske enheten har bevart sin egen "identitet". Ved disse avgjørelsene har domstolen gjentatte ganger vist til følgende omstendigheter: hva slags type foretak eller bedrift det gjelder, om det har skjedd en overtakelse av fysiske aktiva, verdien av de immaterielle aktiva, om majoriteten av de ansatte er overtatt, om kundekretsen er overtatt, graden av sammenfall mellom de utførte aktiviteter før og etter overdragelsen og hvor lenge virksomhetens drift eventuelt har vært stanset²⁰.

33. Ved vurderingen av spørsmålet om identitet må objektene for overføringen sees under ett, herunder arbeidstakerne, den organisatoriske struktur og aktiva til bruk for utføring av aktivitetene. Den relative vekt av disse momentene må nødvendigvis variere. At et foretak overlater en tjeneste til en annen kan ikke alene lede til den konklusjon at dette faller inn under direktivet. Likevel kan det være situasjonen i noen tilfeller.

34. EFTAs overvåkningsorgan erkjenner at det er den nasjonale domstol som må avgjøre sakens fakta. Det bemerkes likevel at det i denne saken synes å forholde seg slik at forpleiningstjenesten ble fortsatt uten avbrudd og at et betydelig antall arbeidstakere ble tatt over av erververen. Disse omstendighetene er etter overvåkningsorganets mening åpenbart relevante, men samtidig er det en rekke andre viktige faktiske forhold som må avklares før det kan avgjøres om dette bare handler om at operatøren på plattformen har byttet fra en tjenesteyter til en annen for sin forpleiningstjeneste, i såfall vil direktivet ikke komme til anvendelse, eller om gjenstanden for overføringen faktisk var organisert slik at det utgjør en organisert enhet med sin egen identitet, og om denne identiteten faktisk ble bevart, i såfall vil direktivet komme til anvendelse.

35. EFTAs overvåkningsorgan anbefaler at spørsmål 5.1 - 5.3 og 5.5 blir besvart på følgende måte:

"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, så vil ikke opphøret av denne kontrakten og inngåelse av en ny kontrakt om de samme tjenester med et annet selskap, som sådan falle innenfor direktivets virkeområde. Likevel, når objektet for transaksjonen er organisert slik at det utgjør en organisatorisk enhet med sin egen identitet, kan overføringen

¹⁹ Se *Rask/ISS* note 3 og *Schmidt* note 2.

²⁰ *Spijkers*, avsnitt 13, se note 13 og *Bork*, avsnitt 14, se note 9.

falle inn under direktivet, forutsatt at identiteten til enheten er bevart. For å avgjøre om disse vilkårene er oppfylt, er det nødvendig å ta hensyn til samtlige omstendigheter omkring tjenestene og den aktuelle overføringen, slik som hvilken type foretak eller bedrift det er snakk om, om det har skjedd en overtakelse av fysiske aktiva, verdien av de immaterielle aktiva, om majoriteten av de ansatte er overtatt av den nye innehaveren eller ikke, om kundekretsen er overtatt, graden av sammenfall mellom de utførte aktiviteter før og etter overdragelsen og hvor lenge virksomhetens drift eventuelt har vært stanset."

Kommisjonen for De europeiske fellesskaper

36. Direktivet inneholder ifølge Kommisjonen ingen klar definisjon av overdragelse av foretak. Kjernen i EF-domstolens rettspraksis ble klart framhevet i avgjørelsen i *Spijkers-saken*²¹. Etter Kommisjonens mening følger det av denne avgjørelsen at to vilkår må være oppfylt. For det første må den aktiviteten saken gjelder utgjøre en virksomhet med sin egen identitet, for det andre må virksomheten og dens identitet bli bevart etter skifte av eier. Om et av disse vilkårene ikke foreligger vil det heller ikke være snakk om overdragelse i direktivets forstand.

37. EF-domstolen har i *Spijkers*, avsnitt 13 og 14, listet opp ytterligere momenter til bruk ved avgjørelsen av om disse vilkårene er oppfylt. Det anføres at den samme framgangsmåte er fulgt i senere saker. Kommisjonen analyserer deretter denne rettspraksis. Kriteriene framhevet av EF-domstolen i *Spijkers* blir gjennomgått i hver enkelt sak for å avgjøre om det har funnet sted en overdragelse i direktivets forstand. Kommisjonen viser til følgende saker: *Rask/ISS*²², *Redmond Stichting*²³ og *Strø Mølle Akustik*²⁴.

38. På bakgrunn av rettspraksis finner Kommisjonen det nyttig å sondre mellom tre kategorier eller situasjoner, inndelt etter i hvilken grad det som er overført mellom foretak består av fysiske aktiva. Den første gruppen består av virksomheter med produksjonsmidler, slik som verkstedet til låsesmeden i et selskap. Den andre gruppen består av virksomheter som tilbyr en tjeneste som i hovedsak benytter seg av immaterielle aktiva, slik som kunnskap og erfaring. Den tredje gruppen består av virksomheter som yter tjenester der ingen spesiell kunnskap, erfaring eller ekspertise er nødvendig, slik som rengjøringstjenester eller tilsyn med barn.

39. Ifølge Kommisjonen er det vanligvis ikke problematisk å avgjøre om det finnes en virksomhet med sin egen identitet i situasjoner som faller i den første gruppen. For den andre gruppen vil det være nødvendig å avgjøre om kunnskapen eller andre aktiva kan avgrenses ut fra et organisatorisk ståsted. Det som har betydning er om funksjonene, innen samme eller tilsvarende aktiviteter, utføres av det nye rettssubjektet. Om de er av en helt spesiell art, utgjør en uavhengig funksjon, kan de falle inn under direktivet. Når det gjelder gruppe tre, sier Kommisjonen at det sentrale moment vil være arbeidsstyrken og det på mange måter ufaglærte arbeidet de utfører. Om staben blir overflyttet i sin helhet sammen med ordreboken, goodwill, kundeforhold, den organisatoriske struktur osv, kan det sies at en virksomhet med egen identitet foreligger, selv om det er vanskelig å avgjøre om det forholder seg slik. Kommisjonen fortsetter

²¹ Se note 13.

²² Se note 3.

²³ Se note 5.

²⁴ Se note 1.

sin gjennomgang ved å sette *Rask/ISS*²⁵ opp mot *Strø Mølle Akustik*²⁶. Konklusjonen blir da at dersom tjenestene hele tiden blir utført av de samme arbeidstakerne innenfor staben, kan den gruppen de tilhørere bli vurdert som en atskilt virksomhet i direktivets forstand. Kommisjonen uttaler videre at kompleksiteten i de gjeldende reglene har fått Kommisjonen til å foreslå endringer i direktivet.

40. Deretter går Kommisjonen over til spørsmålene framsatt av den norske domstolen. Det nevnes, i samband med det første spørsmålet, at det faktum at overføringen har skjedd i to etapper ikke er til hinder for at direktivet kommer til anvendelse. Direktivet kan komme til anvendelse om først et selskap og senere et annet yter en angitt tjeneste. At et større antall ansatte og utstyr overføres fra det første til det andre selskapet er en omstendighet som taler for at transaksjonen dekkes av direktivet; det er ikke nødvendig at det andre selskapet er forpliktet til å overta ansatte og utstyr. En slik tilnærming er i overensstemmelse med direktivets formål, fordi det er de faktiske forhold ved den aktuelle overføringen som er av viktighet. Momentene tatt opp i det andre spørsmålet og i andre del av det femte spørsmålet er også relevante. Når det gjelder første del av det femte spørsmålet (om det har betydning at de ansatte i det gamle selskapet på ordinær måte søker arbeid i det nye), bemerker Kommisjonen at en slik situasjon ikke nødvendigvis tilsier at en virksomhet med egen identitet har blitt overført fra et selskap til et annet.

41. Kommisjonen foreslår følgende svar på spørsmål 5.1, 5.2 og 5.5:

"Korrekt tolket tar rådsdirektiv 77/187/EØF sikte på overføring av en virksomhet med egen identitet som bevarer denne etter å ha kommet på nye hender. For å avgjøre om dette er tilfellet må alle faktiske omstendigheter rundt den aktuelle transaksjonen tas i betraktning, herunder, når det er relevant, om avtalen om overføring av virksomheten til erverver inneholder bestemmelser om overtakelse av utstyr og/eller arbeidstakere, om transaksjonen rent faktisk innebærer at erverver overtar arbeidstakere og eiendeler, og om arbeidstakerne hos overdrager på ordinær måte søker ansettelse hos erverver og faktisk blir ansatt i stillinger hos erverver. Nærværet eller fraværet av en eller flere av disse omstendigheter vil i seg selv ikke være avgjørende for om direktivet kommer til anvendelsen."

B. Kontrakt underlagt reglene for offentlig innkjøp

42. I et separat spørsmål, 5.3, ber den norske domstolen om EFTA-domstolens uttalelse om hvorvidt det har noen betydning for anvendelsen av direktiv 77/187/EØF at kontrakten omfattes av tre nærmere angitte rådsdirektiv om offentlige innkjøp: a) direktiv 77/62/EØF av 21 desember 1976 om samordning av behandlingen ved tildeling av kontrakter om offentlig varekjøp; b) direktiv 80/767/EØF av 22 juli 1980 om tilpasning og supplering av direktiv 77/62/EØF når det gjelder visse offentlige oppdragsgivere; and c) direktiv 88/295/EØF av 22 mars 1988 om endring av direktiv 77/62/EØF om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av kontrakter om offentlig varekjøp, og opphevelse av visse bestemmelser i direktiv 80/767/EØF.

²⁵ Se note 3.

²⁶ Se note 1.

43. Ingen av de to partene for den norske domstolen har omtalt dette spørsmålet separat i sine innlegg, bortsett fra at advokaten til Stavanger Catering A/S bemerker at henvisningene skulle vært gjort til direktivene 90/531/EØF og 93/38/EØF.

Den britiske regjeringen

44. I den skriftlige saksfremstillingen fra den britiske regjeringen blir spørsmål 5.3 behandlet under overskriften "tema 2". Det uttales at det faktisk at en kontrakt også kommer inn under noen andre direktivs virkeområder ikke synes å gi grunnlag for unntak fra det foreliggende direktivets virkeområde. Teksten i de tre direktivene som er oppgitt som mulige grunnlag for et slikt unntak, har ingen referanse til direktivet om overdragelse. Ordlyden i direktivet om overdragelse indikerer at det kommer til anvendelse selv om den aktuelle kontrakten er innenfor området for offentlige innkjøp. EF-domstolen har fokusert på "økonomisk enhet"-testen ved tolkning av direktivet, ikke på særlige individuelle kjennetegn ved en gitt overdragelse. Derfor foreslår den britiske regjeringen følgende svar på spørsmål 5.3:

"Svaret under tema 1 er upåvirket av om bestemmelsene i direktiv 77/62 og/eller 80/767 og/eller 88/295 kommer til anvendelse på den aktuelle kontrakten eller ikke."

EFTAs overvåkningsorgan

45. EFTAs overvåkningsorgan gjør i sin skriftlige saksfremstilling gjeldende at det faktisk at en kontrakt som gjennomfører en overdragelse faller inn under et direktiv om offentlige varekjøp ikke i seg selv unntar overdragelsen fra å komme inn under virkeområde for direktivet om overdragelse. Det er ifølge EFTAs overvåkningsorgan intet i direktivets fortale eller tekst som tilsier at dette var ment å være annerledes, selv om direktivet om offentlige varekjøp allerede var i kraft da førstnevnte direktiv ble vedtatt. Dessuten er det ingen motsetninger mellom de hensyn som blir ivaretatt av de to direktivene som gjør det umulig å anvende begge samtidig. Om anvendelsen av direktivet om overdragelse var begrenset av det andre direktivet, ville det uansett få anvendelse for offentlige innkjøp for beløp under den terskelen som er oppgitt i direktivet om offentlige forsyninger. Dette faktisk gjør det lite sannsynlig at direktivet om offentlige forsyninger begrenser anvendelsen av direktivet om overdragelse. En slik begrensning er også lite sannsynlig gitt EF-domstolens vide fortolkning av direktiv 77/187/EØF. EFTAs overvåkningsorgan viderefører disse argumentene i sitt svar på spørsmål 5.1, 5.2 og 5.5.

Kommisjonen for De europeiske fellesskaper

46. Kommisjonen gjør gjeldende at direktivets formål er å gjøre det mulig for arbeideren å fortsette og arbeide for erververen under de samme vilkår som før overdragelsen av foretaket eller bedriften. For å sørge for den tiltenkte beskyttelsen må begrepene tolkes vidt og ikke utelukke offentlige varekjøp fra dets anvendelsesområde. Derfor gjør Kommisjonen gjeldende at spørsmålet til vurdering her bør besvares slik:

"Når vilkårene for anvendelse av direktiv 77/187/EØF foreligger er det uten betydning at den aktuelle transaksjonen også faller inn under bestemmelser i andre direktiv."

C. *Overførte rettigheter*

Eilert Eidesund

47. Den ankende part hevder at nye arbeidsgiver er forpliktet til å opprettholde pensjonsforsikringsordningen fra den forrige arbeidsgiver. Ordningen innebærer at arbeidsgiver innbetaler en premie til et forsikringselskap som er ansvarlig overfor arbeidstakeren for de senere utbetalinger. Han forslår følgende svar på spørsmål 5.4:

"Arbeidstakers rettighet etter Rådsdirektiv 77/187 omfatter også pensjonsforsikringsordning."

Stavanger Catering A/S

48. Stavanger Catering A/S viser til direktivets artikkel 3(3) og sammenlikner den engelske og danske språkversjonen. Stavanger Catering framholder at det er åpenbart at direktivet ikke medfører at ny arbeidsgiver plikter å innføre pensjonsordninger for arbeidstakere som følger med ved erverv av en bedrift eller en del av en bedrift. Artikkel 3(3) fastslår at medlemsstatene er forpliktet til å sørge for at opptjente pensjonsrettigheter hos den tidligere arbeidsgiver blir beskyttet. Han minner om at Stavanger Catering A/S har ca. 260 ansatte med bedre ansiennitet enn den ankende part. Det vil være moralsk forkastelig og praktisk umulig å opprette en særlig pensjonsordning for nyere ansatte uten samtidig å gi ansatte med lengre tjenestetid en tilsvarende ordning. Kostnadene vil bli så store at det ikke vil være økonomisk forsvarlig med de inntekter Stavanger Catering har.

49. Stavanger Catering A/S anfører dessuten at kravet om dekning av pensjonspremie illustrerer de usikkerheter som vil oppstå i en konkurransesituasjon dersom skifte av medkontrahent/entreprenør omfattes av direktivet. Tariffavtaler inneholder ikke bestemmelser om pensjonsrettigheter og det vil bli svært vanskelig for en konkurrent i en anbudssituasjon å beregne de reelle kostnader involvert.

50. Når det gjelder spørsmål 5.4 i anmodningen om en rådgivende uttalelse har Stavanger Catering kommet til følgende konklusjon:

"Stavanger Catering A/S plikter ikke å opprette pensjonsordning for Eidesund. EFTA-domstolen må derfor besvare spørsmål 5.4 benektende."

Den britiske regjeringen

51. Den britiske regjeringen uttaler at selv om direktivets artikkel 3(3) må tolkes innskrenkende, så er unntaket i bestemmelsen vesentlig. Det dekker uttrykkelig retten til utbetaling av pensjonsytelser. Som en nødvendig følge av dette må unntaket derfor også dekke retten til innbetaling av de bidragene som er nødvendig for å frambringe slike ytelser. Denne konklusjonen blir støttet av bestemmelsen i artikkel 3(3) andre ledd som fastslår at medlemsstatene skal vedta de nødvendige tiltak for å ivareta interessene til arbeidstakere. Den britiske regjeringen foreslår slik konklusjon:

"Unntaket i direktivets artikkel 3(3), første ledd, dekker retten til betaling av bidrag til og utbetaling fra slike supplerende ordninger som bestemmelsen viser til. Det er opp til medlemsstatene å etablere nødvendige ordninger for å imøtekomme den plikt de er pålagt etter direktivets artikkel 3(3), andre ledd, med hensyn til ervervede rettigheter."

Den svenske regjeringen

52. Den svenske regjeringen behandler bare spørsmål 5.4 i sin skriftlige saksfremstilling. Den gjør gjeldende at unntaket i artikkel 3(3) ikke skal dekke forpliktelsen til å betale bidrag (forsikringspremier) til pensjonsordninger som følger av arbeidskontrakten. Ifølge den svenske regjeringen vil det være urimelig om det skulle kreves av medlemsstatene at de må treffe tiltak for å beskytte betaling av framtidige forsikringspremier. Denne plikten må være en del av den avtalen som er vernet av artikkel 3(1) og 3(2).

53. Den svenske regjeringen foreslår at spørsmålet besvares på følgende måte:

"Unntaket i rådsdirektiv 77/187/EØF artikkel 3(3) omfatter ikke en arbeidstakers rett til dekning av premieinnbetalinger til en pensjonsordning. Denne rettigheten må derfor være en del av den avtalen som er vernet ved artikkel 3(1) og 3(2)."

EFTAs overvåkningsorgan

54. EFTAs overvåkningsorgan mener direktivets artikkel 3(1) og 3(2) må omfatte en arbeidsgivers plikt til å opprettholde og betale premie for en forsikring eller pensjonsordning til gode for en arbeidstaker. En slik tolkning er også i overensstemmelse med direktivets formål og har generell støtte i rettspraksis fra EF-domstolens, jf *Wendelboe* og *Danmols*²⁷.

55. Artikkel 3(3) unntar fra virkeområdet for artiklene 3(1) og 3(2) rett til alders-, uføre- eller etterlattepensjon innenfor rammen av supplerende yrkesbaserte eller fleryrkesbaserte pensjonsordninger utenfor de lovfestede trygdeordninger i medlemsstatene. Denne bestemmelsen er et unntak fra hovedprinsippet og må tolkes snevert.

56. Det som er unntatt er retten til ytelser. Den naturlige forståelsen av bestemmelsens ordlyd, så vel som forsikringspraksis, tyder på at meningen er å unnta ytelser som følger av særlige ordninger, f.eks. utbetaling av pensjonsytelser. Innbetalingen av premie er, motsetningsvis, normalt ikke en yttelse fra selve pensjonsordningen. Retten til dekning av premien er en følge av de forpliktelser arbeidsgiveren har påtatt seg.

²⁷ Sak 19/83 *Wendelboe* mot *L.J. Music* [1985] ECR 457 og sak 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark* mot *Danmols Inventar* [1985] ECR 2639.

57. EFTAs overvåkningsorgan foreslår at det fjerde spørsmålet besvares på følgende måte:

"Rettsaktens artikkel 3 må tolkes slik at ved et tilfelle av overdragelse etter artikkel 1(1), overføres automatisk fra overdrageren til erververen en plikt som overdrageren har til å opprettholde og betale premie for en forsikringsordning, slik som en pensjonsordning, til fordel for en arbeidstaker.

Kommisjonen for De europeiske fellesskaper

58. Kommisjonen uttaler at mens direktivets artikkel 3(3) unntar visse rettigheter fra direktivets virkeområde, så fratrar det ikke arbeidstakere som har slike rettigheter et hvert vern. Direktivets ordning er at vern skal sikres, men ikke på den måte som er omtalt i direktivet artikkel 3(1). Det er derfor klart at det vern direktivet gir ved et tilfelle av overdragelse ikke omfatter rettigheter og plikter i forhold til arbeidstakeres rettigheter til alders-, uføre- og etterlattepensjon innenfor rammen av supplerende yrkesbaserte eller fleryrkesbaserte pensjonsordninger. Det er imidlertid ikke klart om unntaket dekker den fordel for en arbeidstaker som følger av at en arbeidsgiver betaler hele eller deler av premien til en pensjonsforsikringsordning. I lys av direktivets hovedformål, må enhver begrensning i eller ethvert unntak fra det vernet det er meningen at direktivet skal gi, fortolkes snevert. Det må også tas hensyn til at medlemsstatene er forpliktet til å beskytte arbeidstakeres interesser når det gjelder ervervede rettigheter til pensjonsytelser; nasjonal lovgivning i en gitt medlemsstat kan gi meget omfattende og effektiv beskyttelse.

59. På bakgrunn av disse betraktningene foreslår Kommisjonen følgende svar på spørsmål 5.4:

"Direktiv 77/187/EØF artikkel 3 må tolkes slik at direktivet overfører til erververen alle rettigheter og plikter som arbeidstakere har i medhold av et arbeidsforhold med overdrageren, og som foreligger på datoen for overdragelsen, med unntak for arbeidstakeres rett til alders-, uføre- eller etterlattepensjon innenfor rammen av supplerende yrkesbaserte eller fleryrkesbaserte pensjonsordninger utenfor de lovfestede trygdeordninger i medlemsstatene, samtidig som det kreves av medlemsstatene at de vedtar nødvendige tiltak for å ivareta interessene til arbeidstakere og tidligere arbeidstakere hos overdrageren når det gjelder rettigheter til alderspensjon innenfor rammen av slike supplerende ordninger."

Thór Vilhjálmsson
Saksforberedende dommer