



RETSMØTERAPPORT

i sak E-2/96

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 Inderøy herredsrett i saken for denne domstol mellom

Jørn Ulstein og Per Otto Røiseng

og

Asbjørn Møller

om tolkningen av rådsdirektiv 77/187/EØF.

I. Innledning

1. Ved skriv datert 11 mars 1996, mottatt ved Domstolen 29 mars 1996, har Inderøy herredsrett i Norge anmodet om en rådgivende uttalelse i en sak anlagt ved denne domstolen av Jørn Ulstein og Per Otto Røiseng, saksøkere, mot Asbjørn Møller, saksøkt.

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. Saken for den norske domstolen gjelder en tvist mellom saksøkerne og saksøkte om hvorvidt det har funnet sted en overdragelse av et foretak, bedrift eller deler av en bedrift til en annen innehaver, i henhold til direktivet artikkel 1. Bakgrunnen for tvisten er at saksøkernes tidligere arbeidsgiver, Hammer Syketransport, hadde en avtale med Nord-Trøndelag fylkeskommune om å utføre ambulansetjenester fram til 31 desember 1995. Fylkeskommunen lyste høsten 1995 tjenesten ut på anbud, med det resultat at saksøkte inngikk avtale med fylkeskommunen om å utføre ambulansetjeneste for en femårs periode fra 1 januar 1996. Etter å ha inngått denne avtalen, ansatte saksøkte noen av Hammer Syketransports tidligere ansatte, men herunder ikke de to saksøkerne. Saksøkerne har bl a nedlagt påstand om at saksøkte plikter å ansette dem som ambulansepersonell ved ambulansetjenesten.

4. *Direktivet 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.

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.
....

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.

...

Artikkel 4 nr 1

1. Overdragelse 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."

III. Spørsmålene

5. Følgende spørsmål er forelagt EFTA-domstolen:

"1 Skal rådsdirektiv 77/187/EØF tolkes slik at uttrykket "overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter" bare omfatter de tilfeller der det foreligger en eller annen form for kontrakt mellom overdrager og erverver?"

2 Skal det nevnte rådsdirektiv tolkes slik at uttrykket nevnt under pkt 1 ovenfor, innebærer at erververen må overta eiendom eller løsøre fra overdrageren?"

3 Har det noen - og i tilfelle hvilken - betydning ved fortolkningen av det nevnte rådsdirektiv om noen, men ikke alle, ansatte hos overdrageren får ansettelse hos erververen?"

4 Har det noen - og i tilfelle hvilken - betydning ved fortolkning av nevnte rådsdirektiv at et oppdrag er ervervet etter reglene om anbud hvor utførelsen er begrenset til en avgrenset tidsperiode?"

IV. Sakens fakta

6. Inderøy herredsrett opplyser følgende om sakens fakta:

"Fram til 1.1.1996 hadde et firma, Hammer Syketransport, en avtale med Nord-Trøndelag fylkeskommune om ambulansetjenesten, bl.a i kommunene Verdal, Frosta og Levanger i Nord-Trøndelag. Firmaet hadde tilsvarende avtale for drift av ambulansetjenesten i Steinkjerområdet. Firmaet drev ikke annen virksomhet. Hammer Syketransport hadde avtale om utførelse av ambulansetjenesten i tiden 1.1.90 til 31.12.95, da avtalen opphørte i henhold til kontraktens pkt. 3.3.

Nord-Trøndelag fylkeskommune eier og driver Innherred sykehus i Levanger som betjener de nevnte kommuner, og har etter sykehusloven av 19.6.69 nr 57 § 2 et ansvar for utføring av ambulansetjenesten.

For en avtalt sum utførte Hammer Syketransport ambulansetjenesten, bl.a. i de nevnte kommuner. Firmaet holdt ambulanserbiler med utstyr og lønnet sjåfører og annet personale. Det er oppsatt bestemte krav til hvordan ambulansebilene skal være utstyrt og innrettet. Videre er det satt krav til personalets utdanning og kvalifikasjoner.

Begge saksøkere var ansatt i Hammer Syketransport - Per Otto Røiseng siden 6.6.1976, Jørn Ulstein siden 1.3.1991.

Høsten 1994 lyste Nord-Trøndelag fylkeskommune ut ambulansetjenesten på anbud. Grunnen til at fylkeskommunen utlyste anbudskonkurranse er ikke opplyst i saken. I denne anbudskonkurranse tapte Hammer Syketransport. Hammer Syketransport opphørte fra 1.1.1996. I stedet inngitt Nord-Trøndelag fylkeskommune den 2.6.1995 avtale med saksøkte om at han

skulle utføre ambulansetjenesten i de tre kommunene fra 1.1.1996 og i fem år med plikt til å ha to døgnbaserte ambulanserbiler, en bil skal være klar til utrykning på max. 5 min, en bil skal være klar til utrykning i løpet av 15 min. Bilene skal være plassert i Levanger. Anbudssummen er ikke opplyst.

Saksøkte har ikke overtatt noe materiell fra Hammer Syketransport. Noen av de ansatte, men ikke de to saksøkere, ble ansatt hos saksøkte.

Saksøkte driver selv ambulansetjenesten. Hans plan er å drive opplæring i førstehjelp i de bedrifter som er interessert i slik bistand.

Begge saksøkerne ble den 27.6.1995 sagt opp fra Hammer Syketransport med fratreden 31.12.1995 under henvisning til at "ambulansetjenesten opphører".

Saksøkte rettet en henvendelse til noen, men ikke alle, ansatte hos Hammer Syketransport om å fortsette som ambulanspersonale hos saksøkte, i stedet for i Hammer Syketransport. Saksøkte hengt også opp en informasjon om ambulansetjenesten etter 1.1.1996 på vaktrommet til Hammer Syketransport. Den 4.8.1995 søkte begge saksøkere til saksøkte om tilsetting som ambulanspersonale etter 1.1.1996.

Den 14.8.1995 meddelte saksøkte de to saksøkere at han ikke hadde noen stilling for dem. Det ble ikke gitt annen begrunnelse for det enn at det ikke var behov for flere ansatte.

Saksøkte har ansatt i alt sju mann - alle etter individuelle søknader, derav to som ikke hadde tilknytning til Hammer Syketransport. Dertil tar han personlig en del vakter. Alle de øvrige som er ansatt, har tidligere vært ansatt i Hammer Syketransport. Antallet ansatte i Hammer Syketransport er ikke oppgitt i saken. De ansatte lønnes i henhold til tariffavtale."

V. Skriftlige saksfremstillinger

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

- Jørn Ulstein og Per Otto Røiseng, representert av advokat Gunvor Bryn Haavik, Kommunalansattes Fellesorganisasjon,
- Asbjørn Møller, representert av advokat Per Solem,
- Den britiske regjeringen, representert av John E. Collins, Finansdepartementets Rettsavdeling, som partsrepresentant, og advokat Clive Lewis,
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved direktør Håkan Berglin, Avdelingen for juridiske saker og eksekutivsaker, som partsrepresentant, assistert av Trygve Olavson Laake, saksbehandler samme sted,
- Kommissjonen for De europeiske fellesskaper, representert av Hans Gerald Crossland og Maria Patakia, Rettsavdelingen, som partsrepresentanter.

8. Alle spørsmålene i anmodningen om en rådgivende uttalelse omhandler uttrykket "overdragelse av foretak" i rådsdirektiv 77/187/EØF artikkel 1.

Jørn Ulstein og Per Otto Røiseng

Spørsmål 1

9. Saksøkerne anfører at ifølge EF-domstolens praksis får direktivet anvendelse selv om det ikke har vært noe direkte kontraktsforhold mellom gammel og ny innehaver av virksomheten, jf *Daddy's Dance Hall*¹. Det pekes på at trekantforholdet som er behandlet i den saken har mange paralleller til en anbudssituasjon. Saksøkerne anfører, under henvisning til *Daddy's Dance Hall*-saken, at vilkåret om at overdragelsen må finne sted i en kontraktsmessig sammenheng i *Berg*-saken og *Bork*-saken² ikke innebærer at det må foreligge noe direkte kontraktsforhold mellom den tidligere og den nye innehaver.

10. Saksøkerne understreker at i nærværende sak var det en kontrakt av tidsbegrenset varighet med Nord-Trøndelag fylkeskommune som lå til grunn for opphøret av Hammer Syketransports virksomhet, og det er en kontrakt mellom Asbjørn Møller og fylkeskommunen som ligger til grunn for Møllers virksomhet. Overdragelsen kan for såvidt sies å ha skjedd i en kontraktsmessig sammenheng.

11. Når det gjelder hvilke overføringssituasjoner som går inn under direktivet, vises det til *Redmond Stichting*-dommen³. Det påpekes av saksøkerne at overdragelsen i den saken ikke var basert på noen direkte kontrakt mellom tidligere og ny innehaver.

12. Saksøkerne foreslår følgende svar på spørsmål 1:

"Rådsdirektiv 77/187/EØF skal ikke tolkes slik at uttrykket "overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter" i artikkel 1(1) bare omfatter de tilfeller der det foreligger en eller annen form for kontrakt mellom overdrager og erverver."

Spørsmål 2

13. Saksøkerne peker på at ifølge *Spijkers*-dommen⁴ er det avgjørende kriteriet om den aktuelle økonomiske enheten beholder sin identitet etter overføringen. For å kunne avgjøre om identiteten er i behold må man vurdere alle momentene som er listet opp i avsnitt 12 i denne dommen. Listen er ikke uttømmende og ingen av momentene er utslagsgivende i den ene eller annen retning. Momentene kan derfor ikke vurderes isolert, men skal kun inngå som enkelte elementer i den samlede vurdering.

¹ Sak 324/86 *Tellerup* mot *Daddy's Dance Hall* [1988] ECR 739.

² Forenede saker 144 og 145/87 *Berg* mot *Besselsen* [1988] ECR 2559 og sak 101/87 *Bork International* mot *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark* [1988] ECR 3057.

³ Sak C-29/91 *Redmond Stichting* mot *Hendrikus Bartol* [1992] ECR I-3189. Se i denne sammenheng også forenede saker C-171/94 og C-172/94 *Merckx og Neuhuys* mot *Ford Motors Company Belgium SA*, avsnitt 30. (Dom av 7 mars 1996, ennå ikke inntatt i ECR)

⁴ Sak 24/85 *Spijkers* mot *Benedik* [1986] ECR 1119.

14. Det framgår videre av domsslutningen at den økonomiske enheten må anses å ha beholdt sin identitet, dersom den nye innehaver rent faktisk fortsetter eller gjenopptar driften i form av samme eller tilsvarende aktiviteter, jf *Spijkers, Schmidt*⁵ og *Redmond Stichting*.

15. Det følger av EF-domstolens praksis at overføring av aktiva ikke er nødvendig for at forholdet skal være omfattet av direktivet, jf *Schmidt, Merckx*⁶ og *Redmond Stichting*. Det påpekes at i enkelte tilfeller kan manglende overtakelse av aktiva i være et forsøk på å unngå at direktivet skal komme til anvendelse.

16. Svaret på spørsmål 2 må derfor ifølge saksøkerne bli:

"Uttrykket "overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter" i Rådskdirektiv 77/187/EØF, skal ikke tolkes slik at det innebærer at erververen må overta eiendom eller løsøre fra overdrageren."

Spørsmål 3

17. Saksøkerne viser til *Spijkers*-dommen og anfører at den omstendighet at et flertall av de ansatte er tatt over av erververen er et av de relevante momentene ved avgjørelsen av om identiteten er i behold. Dette ene momentet er likevel ikke avgjørende. Om dette var avgjørende, kunne erververen forsøke å omgå direktivet ved ikke å overta flertallet av de ansatte hos overdrageren.

18. Om den nye innehaveren har behov for ansatte med samme type bakgrunn som de hadde som var ansatt hos den tidligere innehaver, vil være et relevant moment ved avgjørelsen av om identiteten er i behold. Eksempelvis når den nye innehaveren, i likhet med den tidligere, har behov for ambulanspersonell, er det et moment som taler for at identiteten er i behold.

19. Om ikke alle de ansatte får ansettelse hos erververen, kan dette ha sammenheng med økonomiske, tekniske eller organisasjonsmessige forhold som medfører endringer i arbeidsstyrken. Det følger av direktivet artikkel 4(1) at overdragelse av virksomhet ikke er til hinder for at oppsigelser kan finne sted av de nevnte årsaker.

20. Saksøkerne foreslår derfor følgende svar på spørsmål 3:

"Hvorvidt noen, men ikke alle ansatte hos overdrageren får ansettelse hos erververen, har ikke avgjørende betydning for om det foreligger en overdragelse i direktivets forstand."

Spørsmål 4

21. Saksøkerne antar at rådsdirektiv 92/50/EØF av 18 juni 1992 om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av kontrakter om offentlige tjenesteytelser ikke krever at ambulansetjenester må lyses ut på anbud. Svaret på spørsmål 4 må bli det samme enten det

⁵ Sak C-392/92 *Schmidt* [1994] ECR I-1311.

⁶ Forenede saker C-171/94 og C-172/94 *Merckx og Neuhuys mot Ford Motors Company Belgium SA*, se note 3.

foreligger plikt til å lyse ut på anbud eller ikke. Ordlyden i rådsdirektiv 77/187/EØF tilsier ikke at en anbudssituasjon skulle medføre at direktivet ikke kommer til anvendelse.

22. Direktivets formål taler imot å la selve overføringsformen hindre at en overføring blir ansett som en virksomhetsoverdragelse i direktivets forstand. I de tilfeller hvor det er en plikt til å lyse ut en kontrakt på anbud, er denne plikten knyttet til verdien av kontrakten. Å la anbudssituasjoner falle utenfor direktivets anvendelsesområde i slike tilfelle, vil gjøre arbeidstakernes rettigheter avhengig av kontraktens verdi. Det kan ikke ha vært meningen.

23. Å la direktivet få anvendelse i en anbudssituasjon, hindrer ikke fri konkurranse mer enn annet lovpålagt arbeidervern.

24. At kontrakten er tidsbegrenset kan ikke ha noen avgjørende betydning for anvendelse av direktivet, spesielt ikke når de oppgaver som skal utføres er av varig karakter. F eks de oppgaver som utføres ved ambulanses virksomhet.

25. Saksøkerne er derfor av den mening at svaret på spørsmål 4 må bli:

"At oppdraget er ervervet etter reglene om anbud har ikke avgjørende betydning for fortolkningen av rådsdirektiv 77/187/EØF. Det er i den sammenheng ikke av betydning at oppdraget er tidsavgrenset, så lenge de oppgaver som skal utføres er av varig karakter."

Asbjørn Møller

26. Saksøkte viser til forarbeidene i samband med implementeringen av direktivet i norsk nasjonal rett og peker på at anbudssituasjoner ikke er særskilt vurdert her. Anbudssituasjoner er heller ikke drøftet i forarbeidene til rådsdirektivet. Han konkluderer med at dersom det var meningen at direktivet skulle omfatte anbudssituasjoner, så ville det vært omtalt i forarbeidene. Dersom reglene om virksomhetsoverdragelse gis anvendelse på anbudssituasjoner, vil dette få store konsekvenser for næringer som er avhengig av konkurranse. Anbudspraksisen vil lett forsvinne fordi det rett og slett vil være umulig å inngi anbud. Dersom en anbyder kan risikere å måtte overta en eller flere av konkurrentens ansatte, vil dette være en usikkerhetsfaktor som gjør det umulig å inngi anbud. En slik regel vil også komme i konflikt med EØS-avtalens formål om lik konkurranse etter prinsippene om fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital. Slike regler vil også komme i konflikt med reglene om offentlige anskaffelser, hvor intensjonen er å forhindre at langvarige kontrakter fører til at et begrenset antall leverandører monopoliserer bransjen.

27. Saksøkte viser til EF-domstolens rettspraksis, og anfører at det i denne praksis er fremkommet en del momenter som får betydning ved den helhetsvurderingen som må foretas. I *Spijkers-saken*⁷ uttalte EF-domstolen at det må dreie seg om en "økonomisk enhet som har bevart

⁷ Se note 4.

sin identitet". Videre uttalte EF-domstolen i *Berg-saken*⁸ at overdragelsen må ha skjedd i "sammenheng med et bestående" kontraktsforhold. Endelig viser saksøkte til *Bork-saken*⁹ der EF-domstolen uttalte at overdragelsen må ha skjedd innenfor "rammen av et bestående" kontraktsforhold.

28. Saksøkte anfører at *Rygaard-dommen*¹⁰ er en av de få avgjørelsene fra EF-domstolen som kan ha betydning i nærværende sak. Etter hans mening bør EFTA-domstolen angripe problemet på samme måte som gjort i *Rygaard-saken*..

29. Saksøkte viser videre til rettspraksis fra Norge og Sverige som støtter hans syn, herunder to norske saker der man avventer rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen¹¹.

30. Saksøkte viser til at saksøkerne har framlagt en rekke avgjørelser fra EF-domstolen til støtte for sitt syn. Etter hans mening er ingen av disse anvendelige fordi de faktiske forhold er annerledes enn i nærværende sak. Det bemerkes at saksøkte ikke overtok verken biler, løsøre, bygninger eller andre aktiva fra den tidligere utøveren av ambulansetjenesten.

31. Etter saksøktes oppfatning må domstolen ved sin vurdering legge følgende faktum til grunn: (A) Tidligere innehaver av ambulansetjenesten, Hammer Syketransport, hadde en tidsbegrenset avtale og ingen fortrinnsrett til å få fortsette virksomheten da kontrakten utløp. (B) Bare deler av de oppdrag som Hammer Syketransport tidligere utførte ble frembudt for anbud. (C) Hammer Syketransport besto fortsatt etter at saksøkte hadde vunnet anbudskonkurransen, og at virksomheten senere innstilte på grunn av manglende oppdrag, har ingen betydning. (D) De fem tidligere ansatte hos Hammer Syketransport som fikk ansettelse hos saksøkte, ble ansatt på grunnlag av enkeltstående, selvstendige søknader, og ikke som en automatisk overføring fra tidligere arbeidsgiver. (E) Det har aldri vært noe kontraktsforhold mellom saksøkte og Hammer Syketransport. (F) Ingen av Hammer Syketransports driftsmidler ble tatt over av saksøkte og det som har skjedd kan på ingen måte sammenlignes med skifte av innehaver. (G) Saksøktes virksomhet er et nytt prosjekt som fokuserer like mye på forebygging og sikring som på ren skadetransport og syketransport, og som sådan er virksomheten klart forskjellig fra den som ble utøvet av Hammer Syketransport. (H) Saksøkte har inngått en tidsbegrenset avtale med Nord-Trøndelag fylkeskommune i fem år fra 1 januar 1996, uten fortrinnsrett til forlengelse.

32. Dersom begrepet virksomhetsoverdragelse skal få slik anvendelse som hevdet av saksøkerne, må dette skje ved ny lovgivning og ikke ved tolkning. Det er ingen holdepunkter verken i foreliggende teori eller praksis for en slik fortolkning.

33. Under henvisning til anførselene over anmoder saksøkte EFTA-domstolen om å besvare de oversendte spørsmålene slik:

"1. Det er en forutsetning for at EU-rådsdirektiv 77/187 skal komme til anvendelse at det foreligger en eller annen form for kontrakt mellom overdrager og erverver.

⁸ Se note 2.

⁹ Se note 2.

¹⁰ Sak C-48/94 *Rygaard mot Strø Mølle Akustik* [1995] ECR I-2745.

¹¹ Sak E-2/95 *Eidesund mot Stavanger Catering AS* og sak E-3/95 *Langeland mot Norske Fabricom AS*.

2. *Det er ingen forutsetning at erververen må overta eiendom eller løsøre fra overdrageren for at rådsdirektivet skal komme til anvendelse, men dersom slik overdragelse foreligger, er dette et moment i vurderingen om direktivet kommer til anvendelse.*
3. *Dersom ansatte blir overført uten at vedkommende har søkt ny stilling hos erververen, er dette en klar indikasjon på at det har skjedd en virksomhetsoverdragelse.*
4. *Rådsdirektivet kommer ikke til anvendelse hvor et oppdrag er ervervet etter reglene om anbud og hvor utførelsen er begrenset til en avgrenset tidsperiode."*

Den britiske regjeringen

34. Den britiske regjeringen anfører at spørsmålene omhandler to problemstillinger: (1) hvorvidt direktivet skal tolkes slik at uttrykket "overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter" bare dekker situasjoner hvor det er en eller annen form for kontrakt mellom overdrager og erverver, og (2) relevansen av enkelte særlige momenter (overføring av eiendom og løsøre, overføring av noen men ikke alle ansatte, det forhold at oppdraget er ervervet etter reglene om anbud og for en begrenset periode) for avgjørelsen av om det har funnet sted en overdragelse i henhold til direktivet.

35. Til den første problemstillingen uttaler Den britiske regjeringen at det følger av fast rettspraksis fra EF-domstolen at "det ikke er nødvendig med en direkte kontraktsmessig forbindelse mellom overdrager og erverver" for at direktivet skal komme til anvendelse, jf *Merckx*¹², *Daddy's Dance Hall*¹³, *Redmond Stichting*¹⁴ og *Bork*¹⁵. Den britiske regjeringen anbefaler derfor at spørsmål 1 blir besvart ved å vise til at i situasjoner der tjenester utføres med grunnlag i en kontrakt mellom en kommune og et foretak, og kontrakten utløper, og kommunen deretter inngår en ny kontrakt med et annet foretak, vil fraværet av en direkte kontraktsmessig forbindelse mellom det første og andre foretaket ikke utelukke at direktivet kommer til anvendelse, under den forutsetning at overføringen gjelder en stabil økonomisk enhet som har beholdt sin identitet.

36. Til den andre problemstillingen henviser Den britiske regjeringen bl a til formelen som ble lagt til grunn i *Spijkers-saken*¹⁶. Det anføres at den foreliggende rettspraksis fra EF-domstolen klart viser at de momenter som den spørrende domstolen har trukket fram er relevante omstendigheter ved vurderingen om en overdragelse har funnet sted, men at intet enkelt moment i seg selv er avgjørende. På bakgrunn av denne konklusjonen mener Den britiske regjeringen at den spørrende domstolen må oppfordres til å anvende de detaljerte kriteriene formulert av EF-domstolen i *Spijkers-saken* på fakta i den foreliggende sak, og avgjøre hvorvidt det har funnet sted en overdragelse i direktivets forstand.

¹² Se note 3.

¹³ Se note 1.

¹⁴ Se note 3.

¹⁵ Se note 2.

¹⁶ Se note 4, avsnitt 13.

37. Den britiske regjeringen foreslår følgende svar:

"Til spørsmål 1: Rådsdirektiv 77/187/EØF skal ikke tolkes slik at uttrykket "overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter" bare dekker situasjoner hvor det er en eller annen form for kontrakt mellom overdrager og erverver.

Til spørsmål 2, 3 og 4: 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. Det må likevel bemerkes at alle disse momentene kun utgjør enkeltheter i den helhetsvurderingen som må foretas, og derfor ikke kan vurderes enkeltvis."

EFTAs overvåkningsorgan

38. 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.

39. EFTAs overvåkningsorgan framholder at EF-domstolen systematisk har foretatt en utvidende tolkning av uttrykket "kontraktsmessig overdragelse", jf *Redmond Stichting*¹⁷, *Schmidt*¹⁸ og *Botzen*¹⁹. 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, så lenge den finner sted i en kontraktsmessig sammenheng.

40. 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 virkeområde, jf *Rask/ISS*²⁰.

¹⁷ Se note 3.

¹⁸ Se note 5.

¹⁹ Sak 186/83 *Botzen* mot *Rotterdamsche Droogdok Maatschappij* [1985] ECR 519.

²⁰ Sak C-209/91 *Watson Rask og Christensen* [1992] ECR I-5755.

41. 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 resultert i en "overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter til en annen innehaver". Rent generelt har EF-domstolen kommet til at dette vil være tilfelle 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 stanset, jf *Spijkers*²¹ og *Bork*²².

42. Med hensyn til den helhetsvurderingen som må foretas for å avgjøre om en overført virksomhet har beholdt sin identitet, bemerker EFTAs overvåkningsorgan at EF-domstolen har godtatt at identiteten kan være i behold, og at det dermed kan foreligge overdragelse i henhold til direktivet, selv om ingen aktiva er overtatt av erververen. Og mens en fortsettelse av en virksomhet med samme arbeidsstokk etter en overføring vil være en sterk indikasjon på at identiteten er bevart, følger det også klart av EF-domstolens rettspraksis at en overføring kan falle inn under direktivets virkeområde selv om et flertall av de ansatte i virksomheten før overdragelsen ikke er reengasjert av erververen.

43. 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 er 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.

44. 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 ambulansetjenesten ble fortsatt uten avbrudd og at noen ansatte hos den forrige leverandørene av tjenesten ble reengasjert av den nye, og at skifte av tjenesteyter skjedde i en kontraktsmessige sammenheng. Disse omstendighetene er åpenbart relevante og kan tale for at overføringen er av en slik art at den faller inn under direktivets virkeområde; men samtidig bemerker EFTAs overvåkningsorgan at det foreligger omstendigheter som kan tale for den motsatte konklusjon, f eks det faktum at ingen aktiva ble tatt over. Framfor alt er det en rekke andre viktige faktiske forhold som må avklares før man kan nå fram til en konklusjon med hensyn til om identiteten er i behold. En avklaring av de faktiske forhold vedrørende bl a organiseringen av virksomheten før og etter skifte av tjenesteyter, og i hvilken grad, om noen, utstyr og/eller personell ble brukt til andre aktiviteter enn i den aktuelle ambulansetjenesten, vil etter overvåkningsorganets mening være av betydning for spørsmålet om identitet.

45. EFTAs overvåkningsorgan gjennomgår deretter enkeltvis spørsmålene framsatt av den anmodende domstol. På bakgrunn av rettspraksis fra EF-domstolen anbefaler EFTAs overvåkningsorgan følgende svar:

²¹ Se note 4.

²² Se note 2.

"1. *Artikkel 1(1) i rettsakten omhandlet i EØS-avtalen, Vedlegg XVIII nr 23 (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) må tolkes slik at i en overdragelse kan falle inn under rettsaktens virkeområde selv om den ikke finner sted direkte mellom den tidligere innehaver og den nye, men via en tredjeperson, uten at det foreligger noe kontraktsmessig forhold mellom de to innehaverne;*

2. *Artikkel 1(1) i rettsakten må tolkes slik at selv om overtakelse eller ikke av aktiva er relevant ved avgjørelsen av om overføringen utgjør en overdragelse etter rettsakten, så vil det forhold at ingen aktiva er overtatt ikke i seg selv utelukke at rettsakten kommer til anvendelse;*

3. *Artikkel 1(1) i rettsakten må tolkes slik at betydningen av at ansatte hos overdrageren blir reengasjert av erververen for om rettsakten kommer til anvendelse, i enhver sak må sees i lys av alle forhold som kjennetegner den aktuelle overføringen, og at det forhold at bare noen av de tidligere ansatte er reengasjert ikke utelukker at rettsakten kommer til anvendelse;*

4. *Artikkel 1(1) i rettsakten må tolkes slik at, i et tilfelle av overføring av en kontrakt vedrørende tjenesteytelser, det ikke utelukker en overdragelse fra å fall inn under rettsaktens virkeområder at overdragelsen finner sted etter en forutgående anbudskonkurranse og kontrakten gjelder en tidsavgrenset periode.*

Kommisjonen for De europeiske fellesskaper

46. Direktivet inneholder ifølge Kommisjonen ingen klar definisjon av overdragelse av foretak. Kjernen i EF-domstolens rettspraksis ble klart framhevet i avgjørelsen i *Spijkers-saken*²³. Etter Kommisjonens mening følger det av denne avgjørelsen at to vilkår må være oppfylt. For det første må aktiviteten 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.

47. 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*²⁴, *Redmond Stichting*²⁵ og *Rygaard*²⁶.

²³ Se note 4.

²⁴ Se note 20.

²⁵ Se note 3.

²⁶ Se note 10.

48. 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".

49. 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 sin gjennomgang ved å sette *Rask/ISS* opp mot *Rygaard*. 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.

50. Deretter går Kommisjonen over til spørsmålene framsatt av den norske domstolen. Kommisjonen nevner, i samband med det spørsmål 1, at om situasjonen kun er at tjenesten først ble levert at et foretak og senere et annet, så vil ikke dette, når det ikke har funnet sted noen overføring mellom de to foretakene av aktivitetens organisasjonsstruktur, utstyr eller ansatte, være overdragelse av virksomhet. Dersom det foreligger en kontrakt mellom foretakene, er dette en omstendighet som må tas i betraktning ved avgjørelsen av om det er en virksomhet med egen identitet, og med identiteten i behold, som er overført til det nye foretaket. Eksistensen av en slik kontrakt er likevel ikke avgjørende, og må vurderes i lys av hele virksomhets oppbygning. Kommisjonen anfører, i samband med spørsmål 2, at verken det å ha overtatt eiendom og/eller løsøre, eller det ikke å ha overtatt eiendom og/eller løsøre, er avgjørende i seg selv. I samband med spørsmål 3 sier Kommisjonen at det følger av direktivet artikkel 4(1) at en overdragelse av et foretak, en bedrift eller deler av en bedrift ikke i seg selv er en oppsigelsesgrunn. Bestemmelsen er likevel ikke til hinder for at oppsigelser kan finne sted av økonomiske, tekniske eller organisasjonsmessige årsaker som medfører endringer i arbeidsstyrken. Oppsigelsene kan derfor være i samsvar med direktivet, og selv om de ikke er det, kan et slikt manglende samsvar ikke påvirke det faktum at det har funnet sted en overdragelse i direktivets forstand. I sitt svar på spørsmål 4 konkluderer Kommisjonen med at det ikke kan ha noen betydning for anvendelsen eller tolkningen av direktivet at et oppdrag er ervervet etter reglene om anbud. Direktivteksten gir ikke rom for å anta at særegne kontraktstyper faller utenfor direktivets anvendelsesområde. Direktivets formål leder til samme konklusjon. Det har ikke betydning for anvendelsen eller tolkningen av direktivet at kontrakten er tidsbegrenset. Kommisjonen peker på at tidsbegrensede kontrakter, eksempelvis leiekontrakter, tidligere er plassert innenfor direktivets virkeområde, jf *Ny Mølle Kro*²⁷, og at når forholdet i *Rygaard*-saken ikke ble ansett som en overdragelse, var

²⁷ Sak 287/86 *Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark* mot *Ny Mølle Kro* [1987] ECR 5465.

årsaken at ingen økonomisk enhet med egen identitet var overført fra en innehaver til en annen, og ikke at oppdraget hadde begrenset varighet. Kommisjonen konkluderer med at den formelle lengden på en eller flere involverte kontrakter ikke inngår som en relevant omstendighet ved avgjørelsen av om det har funnet sted en overdragelse i direktivets forstand.

51. Kommisjonen for De europeiske fellesskaper anbefaler følgende svar på spørsmålene:

"1. Utrykket "overdragelse av foretak, bedrift eller deler av en bedrift i direktiv 77/187/EØF er ikke begrenset til situasjoner der det har vært en direkte kontraktmessig forbindelse mellom overdrageren og erververen.

2. Utrykket vist til i pkt 1 er på samme måte ikke begrenset til situasjoner der erververen overtar eiendom og/eller løsøre fra overdrageren. Overtakelse av eiendom og/eller løsøre er en av de omstendighetene som må tas i betraktning ved avgjørelsen av om det foreligger en overdragelse i direktivets forstand, men dette er ikke en avgjørende omstendighet.

3. At noen, men ikke alle, ansatte hos overdrageren får ansettelse hos erververen, er også en av de omstendighetene som må tas i betraktning ved avgjørelsen av om det foreligger en overdragelse i direktivets forstand. Men igjen, dette er ikke en avgjørende omstendighet.

4. At et oppdrag er ervervet etter reglene om anbud, og at kontrakten gjelder for en begrenset periode, har ingen betydning for tolkningen av direktivet."

Thór Vilhjálmsson
Saksforberedende dommer