



## RETTSMØTERAPPORT

i sak E-3/96

– Revidert –

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 domstol mellom

**Tor Angeir Ask med flere**

og

**ABB Offshore Technology AS og Aker Offshore Partner AS**

om tolkningen av rådsdirektiv 77/187/EØS.

### I. Innledning

1. Ved skriv datert 21 mai 1996, mottatt ved Domstolen 28 mai 1996, har Gulating lagmannsrett i Norge anmodet om en rådgivende uttalelse i en sak innbrakt for denne domstolen av Ask, Hallem, Hole, Kattetvedt, Knudsen, Kristoffersen, Laukeland, Rognø, Utland og Weibell (de ankende parter) mot ankemotpartene ABB Offshore Technology AS (ABB) og Aker Offshore Partner AS (Aker).

### II. Rettslig bakgrunn

2. Spørsmålene fra den norske domstol 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. *Direktiv 77/187/EØF sier bl a:*

[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....

...

*Artikkel 4*

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.

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 oppsigelse.

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."

### **III. Fakta**

4. I 1988 vant ABB en anbudskonkurranse om oppdrag innen vedlikehold for Statoil, et norsk oljeselskap med operatøransvar bl a for Statfjordfeltet i Nordsjøen. Etter en forlengelse av kontrakten i henhold til dens bestemmelser, løp den ut i februar 1995. Høsten 1994 sendt Statoil ut anbudsforespørsler for visse vedlikeholds- og modifikasjonsarbeider på Statfjordfeltet og Gullfaksfeltet. ABB besvarte ikke anbudsforespørselen. Aker ble tildelt kontrakten på Statfjord for vedlikeholds- og modifikasjonsarbeider.

5. Ytterligere opplysninger gitt domstolen på dens forespørsel på vegne av begge ankemotparter omfatter bl. a. den følgende uttalelse:

"Aker Offshore Partner AS' oppgaver etter den aktuelle kontrakten med Statoil, knytter seg til forebyggende vedlikeholdsarbeider, korrektive vedlikeholdsarbeider og modifikasjonsarbeider. Grensen mellom disse arbeiderne er nødvendigvis flytende.

Etter kontrakten har Aker Offshore Partner AS et totalansvar for oppgaver selskapet skal utføre. Det innebærer at Aker Offshore Partner AS har som oppgave å forestå planer for hvor, når og hvordan inspeksjoner og tester skal foretas, definere nødvendige arbeider, inspisere, planlegge, utarbeide løsninger, utføre de tiltak og reparasjoner eller

ombygginger som er aktuelle, og kontrollere og dokumentere oppgavene. Aker Offshore Partner AS har altså et gjennomløpende ansvar.

I kontrakten mellom ABB Offshore Technology AS og Statoil skulle ABB Offshore Technology AS med egne arbeidsledere bare utføre konkrete oppgaver som Statoil definerte.

Kontraktenes omfang er forskjellige for eksempel ved at Aker Offshore Partner AS for eksempel utfører engineeringoppgaver, NDT tjenester (non destructive testing) og modifikasjonsarbeider.

Hovedmodellen for vederlag i Aker Offshore Partner ASs kontrakt med Statoil, er at det utarbeides og avtales årlige målbudsjett basert på definerte årsprogram, fastlagte netto timelønnsrater, maskinleie, materiellkostnader osv. Innenfor disse avtalte rammene disponerer Aker Offshore Partner AS fritt. Eventuelt "overskudd" eller "underskudd" i forhold til årsbudsjett i henhold til årsprogram, deles 50/50 mellom partene. Produktutvikling blir således et sentralt element i kontraktsoppfyllelsen.

I kontrakten mellom ABB Offshore Technology AS og Statoil ble ABB Offshore Technology AS honorerert i henhold til medgåtte timer på grunnlag av fastlagte timesatser."

6. Ifølge beskrivelsen fra den spørrende domstol er arbeidsforholdene for arbeiderne på plattformene i Nordsjøen organisert på ulike måter, i de fleste tilfelle avhengig av hensynet til hva som er mest bedriftsøkonomisk lønnsomt - enten å utføre tjenestene med egne ansatte eller å få dem utført av utenforstående selskap. Hos Statoil er forpleiningsarbeiderne på noen plattformer ansatt hos Statoil, mens på andre Statoil-plattformer er de ansatt hos et profesjonelt cateringselskap. Det samme gjelder for vedlikeholdsarbeidere. Ifølge anmodningen ble enkelte arbeidstakere i Statoil oppsagt fra sine stillinger, som en følge av den nye vedlikeholdskontrakten med Aker. I sitt skriftlige innlegg hevder Akers prosessfullmektig at dersom dette er tilfelle, er det ukjent for Aker.

7. ABBs advokat viser til at dette selskap er del av ABB, et verdensomspennende konsern med industriselskaper og -virksomheter i mange land og som sysselsetter mer enn 210.000 mennesker. Hovedkontoret er i Sveits, mens virksomheten innen olje, gass og petrokjemi har sitt hovedkontor i Norge. Ankemotparten i denne sak ble etablert i 1993 ved en fusjon av flere selskaper med sikte på å dekke det norske marked. I dag sysselsetter det ca 1.000 personer. De er ikke ansatt med sikte på et spesielt prosjekt, en spesiell kontrakt eller plattform. Advokaten viser til at dersom oppdragene uteblir på en slik måte at det må vurderes som permanent, eller bedriften fatter vedtak om ikke lenger å tilby eller inneha en gitt tjeneste, blir det tatt i bruk oppsigelser og nedlegging av deler av virksomheten. Da ABB ikke vant den nye kontrakten i 1995, og det ikke var tilsvarende avtaler av slikt omfang og med de samme fag som det skulle konkurreres om, gikk bedriften til oppsigelse av de personer som det da ikke ble arbeid til.

8. ABB ble i 1987 tildelt kontrakten for vedlikehold av installasjonene på Statfjord, en kontrakt som Aker hadde da hatt i tre år. Ved oppstart og i avtaleperioden ansatte ABB forskjellige fagkategorier for å utføre det arbeidet som fulgte av kontrakten. På det tidspunkt da avtaletiden for ABBs kontrakt for vedlikehold på Statfjordfeltet gikk ut (1995), var ca 220 personer engasjert med dette. Av disse arbeidet 200 på installasjonene ute i havet og ca 20 på land.

9. Det heter videre i den skriftlige saksfremstilling at det ikke var noen direkte kontakt mellom ABB og Aker om eventuell overtakelse av ansatte. Heller ikke var det noe i

Statfjordkontrakten som forpliktet Aker til å gi tidligere ABB ansatte fortrinn. Det hevdes på vegne av ankemotpartene at anbudspørsmålet fra Statoil, ikke var basert på europeiske direktiver om offentlig innkjøp. Det hevdes imidlertid at kontrakten mellom Aker Offshore Partner AS og Statoil dekkes av rådsdirektiv 93/38/EØF.

10. Ifølge den skriftlige saksfremstilling inngitt av Akers advokat, har selskapet erfaring fra olje- og gassvirksomheten på kontinentalsokkelen utenfor Norge siden tidlig på 1970-tallet. Det har 1.400 fast ansatte som ikke er begrenset til et spesielt prosjekt eller en spesiell plattform. I oktober 1996 arbeidet ca. 330 ansatte med kontrakten som er omhandlet i denne sak, ca. 245 på plattformene og ca. 85 på land. Det antas at dette tallet blir noenlunde høyere i 1997. For å ta over aktivitetene i den aktuelle sak, trengte selskapet 60 nye ansatte, spesielt stillasbyggere og isolatører. Aker overtok ikke noe utstyr fra ABB i samband med den nye aktiviteten. Heller ikke overtok det, ifølge dets advokat, noen av ABBs ansatte. I anmodningen fra Gulating lagmannsrett opplyses at ansettelsen av 60 nye ansatte skjedde etter vanlig kunngjøring og i samsvar med selskapets alminnelige bestemmelser. Av de 60 nyansatte hadde 10 arbeidet for ABB. Det var 400 søkere til de 60 stillingene.

11. ABB sa opp 74 ansatte da dets kontrakt med Statoil utløp. De ti ankende parter, alle stillasbyggere, anla sak for Stavanger byrett, sammen med seks andre, med påstand om at oppsigelsene skulle kjennes ugyldige, og, som midlertidig avgjørelse, at Aker skulle tilpliktes å gjeninnsette de ankende parter i sine stillinger. Denne andre påstanden ble imidlertid ikke fremsatt av én av de ankende parter, Hole. Stavanger byrett kom til det resultat at det ikke hadde funnet sted noen overføring av en virksomhet eller del av en virksomhet etter norsk rett. Ti av de opprinnelig 16 saksøkerne anket avgjørelsen til Gulating lagmannsrett, som besluttet å stanse saksbehandlingen og forelegge saken for EFTA-domstolen.

#### IV. Spørsmål

12. Følgende spørsmål er forelagt EFTA-domstolen:

**"1. Dekker rådsdirektiv 77/187/EØF, artikkel 1 (1) det tilfellet hvor tidsbegrensede entreprisekontrakter innen vedlikehold og modifikasjon utløper og oppdragsgiveren inngår nye tidsbegrensede entreprisekontrakter som også omfatter det samme eller annet vedlikehold med en eller flere andre oppdragstakere ?**

**2. Har det noen betydning for svaret på spørsmål 1 at kontrakten faller inn under rådsdirektiv 90/531/EØF og 93/38/EØF ?**

**3. Ha det noen betydning om det mellom kontraktorselskapene for vedlikeholdskontrakten med Statoil rent faktisk blir overført eller overtatt ansatte og/eller utstyr ?"**

#### V. Skriftlige saksfremstillinger

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

- De ankende parter, Tor Angeir Ask m.fl., representert av advokat Bent Endresen;
- ABB Offshore Technology AS, representert av advokat Einar Østerdahl Poulsson;
- Aker Offshore Partner AS, representert av advokat Kristine Schei;

- Den tyske regjering, representert ved dr. Ernst Röder og Sabine Maass, tjenestemenn ved Det føderale næringsdepartementet, som partsrepresentanter;
- Den britiske regjering, representert ved 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;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskaper, representert ved Hans Gerald Crossland og Maria Patakia, Rettsavdelingen, som partsrepresentanter.

14. Siden første og tredje spørsmål fra Gulating lagmannsrett begge omhandler direktivets saklige virkeområde vil de bli behandlet under ett i det følgende sammendraget.

#### A. *Det første og tredje spørsmål*

15. De ankende parter foreslår at det første spørsmål besvares bekreftende. Den britiske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskaper foreslår alle et kvalifisert svar på det første spørsmål, som går ut på at en situasjon som den foreliggende kan dekkes av direktivet dersom de relevante vilkår er oppfylt. Ankemotpartene og den tyske regjering foreslår at det første spørsmål besvares benektende.

16. De ankende parter og ankemotpartene foreslår et benektende svar på det tredje spørsmålet, begge ankemotpartene hevder at det er av hypotetisk karakter i den foreliggende sak, siden de hevder at verken utstyr eller ansatte ble overført. Den tyske regjering mener det er på sin plass å skille mellom utstyr og ansatte. Den britiske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskaper hevder alle at disse forhold er relevante, men ikke avgjørende for å ta stilling til om det har funnet sted en overdragelse i direktivets forstand.

### **De ankende parter**

17. De *ankende parters* advokat viser til at oljeplattformene er ulike, men at alle trenger løpende vedlikehold. Arbeidets art er ikke avhengig av den arbeidsgiver hvis arbeidere utfører arbeidet. De ankende parter er stillasbyggere. Deres arbeid utgjør et eget myndighetsgodkjent fag, og staten organiserer og godkjenner opplæringen i faget. Det utføres under tilsyn av en formann (arbeidsleder). I dette tilfellet dekket kontrakten mellom Statoil og Aker alle oppgavene som tidligere var tildelt ABB. De ankende parters advokat viser videre til at Aker etter kontrakten er forpliktet til å opprette en separat organisasjon for vedlikehold og modifikasjoner, kalt V&M. I følge advokaten er dette nå gjort og Aker har opprettet en egen enhet for å betjene V&M-kontrakten. Akers ansatte må oppfylle visse interne kvalifikasjonskrav på dette området. Det hevdes for øvrig at stillasbyggerne ansatt av Aker i forbindelse med Staffjord-kontrakten arbeider fast der.

18. De ankende parter viser til direktivets formål, som er å sikre arbeidstakeres rettigheter i tilfelle overdragelse av virksomhet. Nødvendigheten av å sikre arbeidstakere blir ikke mindre fordi om det er en rekke skifter av innehavere eller arbeidsgivere. Arbeidstakeres rettigheter bør heller ikke være avhengig av hvordan arbeidsgiveren organiserer arbeidet. De ankende parter

hevder at formålet med direktivet vil bli undergravd dersom vern blir gitt når deler av en virksomhet blir satt ut på entrepriser, jfr *Watson/ISS*<sup>1</sup> og *Schmidt*<sup>2</sup>, men ikke når den egentlige oppdragsgiver overfører arbeid fra en driver til en annen. De ankende parter hevder at rettspraksis fra EF-domstolen gir beskyttelse også i sistnevnte situasjoner, jfr *Redmond Stichting*<sup>3</sup> og *Merckx*<sup>4</sup>.

19. Det forhold at overføringen skjer som en trekantoperasjon mellom Statoil og ankemotpartene, ABB og Aker, forhindrer ikke at direktivet får anvendelse. Det kan heller ikke være avgjørende for vernet av arbeidstakerne at transaksjonen er betegnet som en "anbudskonkurranse", i stede for andre betegnelser på kontraktmessige transaksjoner. Det kan heller ikke være avgjørende at oppdragsgiver også er mottaker av tjenesten.

20. De ankende parter fastholder at den virksomhet som ABB tidligere hadde på Staffjordfeltet, og som Aker har tatt over, var organisert som en økonomisk enhet, ble utført på et angitt sted, med et fast mannskap, og utgjorde en identifiserbar inntektspost i ABBs regnskap. Det ble, og blir, utført et fast vedvarende vedlikeholdsarbeid. De fastholder at vedlikeholdsarbeidene tilfredsstiller de krav som fremgår av EF-domstolens rettspraksis mht. en identifiserbar økonomisk enhet. Det er de ankende parters påstand at det er vedlikeholdsarbeidet som er kjernen i virksomheten.

21. Det forhold at ikke alle av ABBs ansatte fortsatte i arbeid for Aker er ikke avgjørende, heller ikke det faktum at Aker ikke har overtatt driftsløsøre i samband med virksomhetsovertakelsen.

### **ABB Offshore Technology AS**

22. *ABB* foreslår at det første spørsmål besvares benektende, og at det tredje spørsmål, om det skal besvares til tross for sin hypotetiske interesse for saken, også besvares benektende.

23. *ABB* viser til saken gjelder tolkningen av en norsk lov, de paragrafene som ble vedtatt ved Norges gjennomføring av rådsdirektiv 77/187/EØF. Til spørsmålet om hva som utgjør en overdragelse av et foretak etter direktivet, fremholder *ABB* at det må skilles klart mellom en overføring av en virksomhet og et skifte av en medkontrahent.

24. Skifte av en medkontrahent (tjenesteyter) har flere spesielle kjennetegn. For det første er det basert på en forretningskontrakt, for en bestemt periode, som ikke i seg selv påvirker produksjonsmidlene. For det andre, i motsetning til en overføring av en virksomhet, er en utskiftning av en kontraktspart ikke endelig; vanligvis må den forstås som tidsbegrenset og derfor åpen for revurdering. For det tredje, når en virksomhet blir overført trekker den tidligere innehaveren seg fra aktiviteten. Ved en servicekontrakt vil tjenestemottakeren fortsatt være den samme og ha i behold en viss overvåknings- og kontrollmyndighet, samt muligheten til å avslutte kontrakten. Om det blir avgjort at skifte av en kontrahent faller inn under direktivet, vil dette, etter *ABBs* syn, virke sterkt hemmende på konkurransen i anbudssituasjoner. Den som allerede

---

<sup>1</sup> Sak C-209/91 *Watson Rask og Christensen* [1992] ECR I-5755.

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

<sup>3</sup> Sak C-29/91 *Redmond Stichting mot Hendrikus Bartol* [1992] ECR I-3189.

<sup>4</sup> Forenede saker C-171/94 og C-172/94 *Merckx og Neuhuys* [1996] ECR I-1253.

har kontrakten vil være den eneste parten med full kunnskap om rettighetene til de arbeidstakerne som kanskje skal fortsette hos den nye medkontrahenten.



25. Ankemotpartens advokat analyserer i sin skriftlige saksfremstilling fire avgjørelser fra EF-domstolen (*Rask/ISS*<sup>5</sup>, *Schmidt*<sup>6</sup>, *Rygaard*<sup>7</sup> og *Merckx*<sup>8</sup>), som han hevder understøtter hans konklusjoner. Han viser også til dommer avsagt av domstoler i Danmark, Sverige og Frankrike samt til et svar gitt av EFTA overvåkningsorgan.

### **Aker Offshore Partner AS**

26. Ifølge ankemotparten *Aker*, bør det første spørsmål besvares benektende. Det tredje spørsmål hevdes ikke å ha noen betydning for saken. Dersom det skal besvares, bør det være benektende. Akers hovedargument er at tidsbegrensede tjenestekontrakter for vedlikehold og modifikasjoner ikke er omfattet av direktivet. Når de utløper og oppdragsgiver inngår en ny kontrakt med en annen tjenesteyter, selv om den helt eller delvis dekker det samme arbeid, er dette, sett fra et arbeidsrettslig synspunkt, et nytt kontraktsforhold uten sammenheng med det forrige. Ifølge *Aker*, vil en analyse av EF-domstolens rettspraksis ikke gi støtte for de ankende parters syn. Støtte kan heller ikke hentes fra direktivets ordlyd eller dets formål. Advokaten for ankemotparten *Aker* nevner også konklusjonene i flere rettsavgjørelser fra Frankrike, Danmark og Sverige, som etter hennes syn understøtte hennes konklusjon. Akers stillingtagen til det tredje spørsmål er begrunnet med at verken utstyr eller ansatte er tatt over i den foreliggende sak.

27. Etter ankemotpartens syn vil konsekvensen av å akseptere de ankende parters argumenter være at nye ansatte måtte ansettes hver gang man fikk et nytt oppdrag, og at man ville miste dem igjen når kontrakten gikk ut. Arbeidsgiverne vil ikke ha noe oppfordring til å ta vare på eller utvikle sine ansatte eller bruke ressurser på videre utdanning og utvikling. Etter ankemotpartens oppfatning vil det videre heller ikke bli noen virkelig konkurranse, siden det selskap som har den tidligere kontrakt, vil ha helt andre forutsetninger for å gi løsninger og prisfastsette løsningene enn konkurrentene, som ikke har kjennskap til de aktuelle personene.

28. Ankemotparten *Aker* understreker at det er vanlig forretningspraksis for en oppdragsgiver å inngå en kontrakt om levering av varer eller tjenester med en ny tilbyder ved utløpet av en kontrakt. Det foreligger et bona fide kontraktsforhold mellom oppdragsgiver og oppdragstaker som en uavhengig forretningsmessig virksomhet. Etter Akers syn er det i stor grad en del av forretningsvirksomheten i industrien å konkurrere om kontrakter. Jo dyktigere en bedrift er, jo flere kontrakter får den, og jo bedre gjør den det økonomisk. Men en ny kontrakt betyr ikke at den overtar en del av en annens bedrift: Den får en ny kontrakt i kraft av sin egne virksomhet.

### **Den tyske regjering**

29. *Den tyske regjering* er av den oppfatning at det første spørsmål bør besvares benektende. Den hevder at overdragelse av en del av en virksomhet bare kan skje når en formuesenhet med operasjonelle ressurser blir overført. En aktivitet alene kan ikke anses som en overførbar del av en bedrift. Det forhold at den samme eller en lignende virksomhet blir gjenopptatt, som uttalt av EF-

---

<sup>5</sup> Se fotnote 1.

<sup>6</sup> Se fotnote 2.

<sup>7</sup> Sak C-48/94 *Rygaard* mot *Strø Mølle Akustik* [1995] ECR I-2745.

<sup>8</sup> Se fotnote 4.

domstolen i *Schmidt*<sup>9</sup>, er derfor ikke tilstrekkelig etter den tyske regjerings oppfatning, som hevder at *Schmidt* bør revurderes, spesielt pga. dens potensielt skadelige virkninger for konkurransen. Den foreliggende sak kan skilles fra *Schmidt*. Ved utskilling av aktiviteter som så langt har blitt utført av selskapet selv kan medkontrahenten be om opplysninger fra oppdragsgiver mht. organisering og bemanningsstruktur, mens slik utveksling av informasjon ikke vil finne sted når en tjenesteyter blir skiftet. Den tyske regjering angir generelt det avgjørende kriterium for å skille mellom utskilling av en aktivitet og overdragelse av en bedrift. I tilfelle en kontrakt overtar ikke medkontrahenten noe fra oppdragsgiveren og betaler derfor heller ikke noen til oppdragsgiveren i vederlag for kontakten. Oppdragsgiveren er forpliktet til å betale for tjenestene.

30. Den tyske regjering viser til *Spijkers*<sup>10</sup>, ifølge hvilken overdragelsen av en del av en bedrift forutsetter eksistensen av en selskapsenhet som da blir overdratt til en ny eier samtidig som den beholder sin identitet. De særlige egenskaper ved en selskapsenhet fremgår av avsnitt 13 i dommen. Den tyske regjering viser også til *Botzen*<sup>11</sup> mht. nødvendigheten av en ansatts organisasjonsmessige tilknytning til den relevante del av bedriften. Etter den tyske regjerings syn innebærer utføringen av en vedlikeholdskontrakt ingen slik organisasjonsmessig tilknytning; ellers ville et vedlikeholdsselskap som utførte arbeid for flere klienter bestå av flere deler, antall deler ville avhenge av antall kontrakter. Dette ville utvanne begrepet "del av bedrift".

31. Den tyske regjering hevder at en overføring av en del av en bedrift forutsetter overføring av aktiva, jfr *Rygaard*<sup>12</sup>. Den hevder videre at dette krav er absolutt og at det er hensiktsmessig å anvende kriteriet om operasjonelle ressurser i form av fysiske eller immaterielle aktiva. Om arbeidet utføres på en varig eller midlertidig basis er ikke av betydning for definisjonen av "del av bedrift" i direktivets forstand. Det avgjørende punkt i *Rygaard* var om aktiva forelå, ikke om arbeidet ble utført på midlertidig basis eller var av varig art.

32. Det forhold at en kontrakt om vedlikeholds- og modifikasjonsarbeider ikke medfører at det foreligger del av en bedrift, blir klart gjennom en sammenligning med *Redmond Stichting*<sup>13</sup>. Den kontraktsmessige overføring i den saken var bygget på en overførbar enhet. En slik enhet eksisterer ikke når avslutningen eller utløpet av en vedlikeholdskontrakt fjerner det eneste avgjørende aktivum av en "del av en bedrift", dvs. forholdet til klienten. Den tyske regjering skiller videre *Merckx*<sup>14</sup> ut fra den foreliggende sak, idet den saken omfattet et stort antall klientforhold, for hvilke vanligvis en pengesum må betales.

33. Vedrørende det tredje spørsmål finner den tyske regjering det nødvendig å sondre mellom utstyr og ansatte. Det ligger innbygget i vilkårene at en selskapsenhet, dvs. aktiva, må overføres, at fysiske og immaterielle operasjonelle ressurser må bli overført. I et tilfelle der en organisasjonsmessig enhet blir overført, og de operasjonelle ressurser er av vesentlig betydning for den aktuelle virksomhet, vil overføring av utstyr utgjøre overdragelsen av (del av) bedriften.

---

<sup>9</sup> Se fotnote 2.

<sup>10</sup> Sak 24/85 *Spijkers* mot *Benedik* [1986] ECR 1119.

<sup>11</sup> Sak 186/83 *Botzen* mot *Rotterdamsche Droogdok Maatschappij* [1985] ECR 519.

<sup>12</sup> Se fotnote 7.

<sup>13</sup> Se fotnote 3.

<sup>14</sup> Se fotnote 4.

34. Motsetningsvis kan en gjenansettelse hos den nye medkontrahenten av ansatte ikke benyttes til å dokumentere overdragelse. Den tyske regjering hevder at dersom en gjenansettelse av ansatte var et kriterium for overdragelse, ville en ny medkontrahent kunne blokkere anvendelsen av rådsdirektiv 77/187/EØF ved å nekte å ansette arbeiderne. Dette ville stå i strid med direktivets formål om vern av arbeidernes rettigheter. Etter den tyske regjeringens oppfatning kan dette formål bare nås dersom en overdragelse kan konstateres på grunnlag av objektive kriterier, uten rom for skjønnsmessige vurderinger hos det selskap som overtar kontrakten.

### Den britiske regjering

35. I lys av entydig rettspraksis fra EF-domstolen, jfr *Rask/ISS*<sup>15</sup>, *Spijkers*<sup>16</sup> og *Redmond Stichting*<sup>17</sup>, bemerker *Den britiske regjering* at direktivet kan være anvendelig i en situasjon hvor en tidsbegrenset kontrakt utløper og en ny kontrakt inngås med et annet foretak, forutsatt at vedkommende tjenester utgjør en stabil økonomisk enhet som beholder sin identitet etter overdragelsen.

36. Det må trekkes et skille mellom situasjoner hvor utskillelse av tjenester utgjør en overdragelse av en del av en bedrift og situasjoner hvor det kun handler om en forretningsmulighet for en leverandør til å tilby tjenester. Den britiske regjering mener retningslinjene må være at det foreligger en viss kombinasjon av aktiva, lokaler og ansatte, sammen med en viss grad av egen organisasjonsmessig identitet, adskilt fra hovedselskapet, slik at aktiviteten kan sies å utgjøre en stabil enhet som er i stand til å bevare sin identitet. Videre tar den britiske regjering opp spørsmålet om det er relevant at den nye kontrakten har et videre område og en annen ansvarsfordeling enn den tidligere kontrakt. Det pekes på at dette spørsmål en del av det første spørsmål som er forelagt domstolen, selv om Gulating lagmannsrett ikke i detalj peker på omfanget av forskjellene. Det uttales at den norske domstol må bedømme fakta i den verserende sak og avgjøre om det foreligger en enhet som har bevart sin identitet. En av de relevante faktorer er om "den nye innehaver rent faktisk fortsætter eller genoptager driften af den pågældende enhed i form af de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter", jfr *Rygaard*<sup>18</sup>.

37. Den britiske regjering foreslår følgende svar på det første spørsmålet:

*"Rådsdirektiv 77/187/EØF artikkel 1 nr 1 kan omfatte en situasjon hvor en tidsbegrenset kontrakt om vedlikehold og modifikasjon utløper og oppdragsgiver inngår en ny tidsbegrenset kontrakt, forutsatt at de tjenester som dekkes av kontrakten utgjør en stabil økonomisk enhet som bevarer sin identitet etter et skifte av den person som er ansvarlig for utføringen av tjenestene. For å avgjøre om dette er tilfelle må den nasjonale domstol vurdere om vedkommende enhets aktiviteter virkelig fortsetter eller gjenopptas av den nye arbeidsgiver, med den samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter, og må ta hensyn til alle omstendigheter som karakteriserer den aktuelle transaksjon, herunder hvilke type foretak eller bedrift det gjelder, om bedriftens fysiske aktiva, slik som bygninger og løsøre, er overført eller ikke, verdien av de immaterielle aktiva på*

---

<sup>15</sup> Se fotnote 1.

<sup>16</sup> Se fotnote 10.

<sup>17</sup> Se fotnote 3.

<sup>18</sup> Se fotnote 7.

*overdragelsestidspunktet, om flertallet av arbeiderne overtas eller ikke av den nye arbeidsgiver, om kundene overføres eller ikke og graden av likhet mellom de utførte aktiviteter før og etter overdragelsen og hvor lenge virksomhetens drift eventuelt har vært stanset. Det bør imidlertid bemerkes at alle disse omstendighetene bare er enkeltstående faktorer i den helhetsvurdering som må gjøres, og at de derfor ikke kan ses isolert."*

38. De enkelte elementer som er fremhevet i det tredje spørsmål fra Gulating lagmannsrett (utstyr/ansatte) er relevante faktorer ved bedømmelsen av om det foreligger en overdragelse, selv om ingen av dem enkeltvis er avgjørende. Det er den nasjonale domstol som må avgjøre, basert på sakens samlede fakta, om utløpet av en kontrakt og inngåelsen av en annen utgjør en overdragelse av en bedrift eller del av en bedrift.

### **EFTAs overvåkningsorgan**

39. *EFTAs overvåkningsorgan* fremholder at EF-domstolen entydig har understreket direktivets sosiale formål og systematisk, ut fra direktivets formål, har foretatt en utvidende tolkning av uttrykket "kontraktsmessig overdragelse", jfr *Redmond Stichting*<sup>19</sup>. Overdragelsen må skje i en kontraktsmessige sammenheng, jfr *Bork*<sup>20</sup>, men det er ikke nødvendig at det er en direkte kontraktsmessig forbindelse mellom overdrageren og erververen. Tyngdepunktet er lagt på det endelige utfall av vedkommende transaksjon, hvorvidt en virksomhet kommer i hendene på en erverver som fortsetter å drive den. Arbeidsforholdet har blitt ansett for i det vesentligste å være karakterisert ved forbindelsen mellom den ansatte og den del av foretaket eller bedriften som han er knyttet til, jfr *Botzen*<sup>21</sup>.

40. EFTAs overvåkningsorgan hevder at direktivet artikkel 1 nr 1, slik det er omhandlet i EØS-avtalen, skal tolkes slik at et tilfelle der vedlikeholdstjenester for et foretak ved en tidsbegrenset kontrakt er gitt til et selskap, skal opphøret av den kontrakten og inngåelsen av en ny tidsbegrenset kontrakt for de samme eller tilsvarende tjenester med et annet selskap ikke som sådan falle innenfor direktivets virkeområde. Hvis imidlertid gjenstanden for transaksjonen er slik ordnet at det utgjør en organisasjonsmessig enhet med sin egen identitet, kan transaksjonen komme inn under direktivets virkeområde, gitt at enhetens identitet er i behold.

41. Etter EF-domstolens rettspraksis kan en identitet bli opprettholdt, slik at det foreligger en overdragelse etter direktivet, selv om ingen aktiva blir tatt over av erververen, jfr *Schmidt*<sup>22</sup> og *Merckx*<sup>23</sup>. Det følger videre av EF-domstolens rettspraksis at selv om en videreføring av virksomheten med samme bemanning etter en overføring er en sterk indikasjon på at identiteten er bevart, så følger det også av EF-domstolens rettspraksis at en overdragelse kan falle innenfor direktivets virkeområde selv når et flertallet av de ansatte som var engasjert i virksomheten før overdragelsen, ikke gjenansettes av erververen, jfr *Merckx*.

---

<sup>19</sup> Se fotnote 3.

<sup>20</sup> Sak 101/87 *Bork International* mot *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark* [1988] ECR 3057.

<sup>21</sup> Se fotnote 11.

<sup>22</sup> Se fotnote 2.

<sup>23</sup> Se fotnote 4.

42. Når spørsmålet om identitet skal vurderes må gjenstanden for overdragelsen ses som et hele. Ved bedømmelsen av de ulike elementenes, så som ansatte, den organisasjonsmessige struktur, fysiske og/eller immaterielle aktiva, relative betydning, understreker EFTAs overvåkningsorgan at dette gjelder elementenes betydning for en virksomhets identitet, som ikke nødvendigvis er et uttrykk for elementenes økonomisk verdi. Gjenansettelsen av ansatte er en relevant faktor ved avgjørelsen av om en transaksjon er en overdragelse etter direktivet. Jo viktigere de ansatte er for virksomhetens identitet, jo mer avgjørende blir denne faktor.

43. I den skriftlige saksfremstilling heter det at de faktiske forhold presentert for Domstolen er utilstrekkelig til å gi et endelig svar på spørsmålet om identitet. Det vil være opp til den norske domstol å avgjøre om ytterligere faktiske opplysninger trengs.

### **Kommisjonen for De europeiske fellesskap**

44. Direktivet inneholder ifølge *Kommisjonen for De europeiske fellesskap* ingen klar definisjon av overdragelse av foretak. Kjernen i EF-domstolens rettspraksis ble klart framhevet i avgjørelsen i *Spijkers*-saken<sup>24</sup>. 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.

45. 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.

46. På bakgrunn av denne 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".

47. 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*<sup>25</sup> opp mot *Rygaard*<sup>26</sup>. I førstnevnte sak ble en distinkt, varig aktivitet overført fra ett selskap til et annet, mens i den sistnevnte sak var det ingen distinkt,

---

<sup>24</sup> Se fotnote 10.

<sup>25</sup> Se fotnote 1.

<sup>26</sup> Se fotnote 7.

varig aktivitet som ble utført av en identifiserbar arbeidsstyrke, men bare et ansvar for bestemt avgrenset oppgave, som ikke hadde noen identitet som en økonomisk enhet.

48. Deretter går Kommissjonen over til spørsmålene fremsatt av den norske domstol. Den nevner, i samband med det første spørsmål, at det faktum at overdragelsen 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. Gjenstanden for de to kontraktene vil være en faktor av betydning, samt i hvilken utstrekning de er like eller forskjellige. Jo større forskjellene er, desto mer foreligger tegn på en manglende identitet.

49. Selv om kontraktens gjenstand er den samme eller tilsvarende, er videreføringen av aktiviteten bare ett av flere forhold som må tas i betraktning og det er ikke avgjørende. Om situasjonen bare er den at det først er ett selskap som tilbyr den aktuelle tjenesten, og deretter et annet selskap som gjør det samme, så er det vanskelig å se at det kan foreligge en overdragelse av en bedrift i direktivets forstand, så lenge det ikke foreligger en overføring mellom de to av virksomhetens organisasjonsmessige struktur. En slik situasjon vil bare være et tilfelle av selskaper som utfører en bestemt funksjon etter tur. Hvis imidlertid utstyr og/eller mannskap blir overført fra det ene selskapet til det andre, er dette en faktor som tyder på at disposisjonen er omfattet av direktivet.

50. En slik tilnæringsmåte er i overensstemmelse med direktivets formål, som er å gi et særlig vern for ansatte. Det er imidlertid ikke direktivets formål, når en slik virksomhet kommer på nye hender ved at en tjenesteyter mister kontrakten til en konkurrent, at konkurrenten ikke bare skal oppnå en ny kunde men også ny arbeidsstokk.

51. Kommissjonen sier avslutningsvis, at direktivet skal anvendes uavhengig av kontraktens varighet.

52. I lys av dette foreslår Kommissjonen følgende svar på det første spørsmål:

*"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 i hvilket omfang oppgavene som skal utføres etter kontrakten med den første tjenesteyter er de samme eller tilsvarende som de som skal utføres etter kontrakten med den andre tjenesteyteren."*

53. EF-domstolen har vurdert betydningen av overføring av utstyr og ansatte i *Spijkers*<sup>27</sup>, avsnitt 13. Begge faktorer er viktige, men ingen av dem er utslagsgivende. Kommissjonen anfører at EF-domstolen i *Merckx*<sup>28</sup> gikk lengre enn i *Spijkers* ved å uttale at det forhold at flertallet av de ansatte ble sagt opp da overdragelsen fant sted ikke er tilstrekkelig til å forhindre at direktivet kommer til anvendelse.

#### B. Det andre spørsmål

54. I spørsmål 2 ber Gulating lagmannsrett om denne domstols uttalelse om hvorvidt det har noen betydning for svaret på spørsmål 1 at den aktuelle kontrakt faller inn under rådsdirektiv 90/531/EØF om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og

---

<sup>27</sup> Se fotnote 10.

<sup>28</sup> Se fotnote 4.

telekommunikasjon og rådsdirektiv 93/38/EØF om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon.

### **De ankende parter**

55. De *ankende parter* finner intet grunnlag i direktivenes ordlyd eller i rettspraksis for å hevde at direktiv 77/187/EØF ikke skal gjelde under disse omstendigheter. De ankende parter peker på at like så meget som direktivet gjelder for kjøp/salg av et selskap som utfører arbeid i oljevirksomheten i Norge, må det også gjelde i den foreliggende situasjon, gitt at vilkårene ellers er oppfylt. Forskjellsbehandling av ansatte på slike grunnlag kan ikke forsvares.

### **ABB og Aker**

56. *Ankemotpartene* hevder begge at det ikke er avgjørende for svaret på spørsmål 1 at kontraktene det er tale om er dekket av rådsdirektivene 90/531/EØF og 93/38/EØF. Begge hevder imidlertid at når disse direktivene kommer til anvendelse, bekrefter dette at direktiv 77/187/EØF ikke er anvendbar i slike situasjoner. Ankemotparten *Aker* viser til at direktiv 93/38/EØF inneholder egne regler som tar sikte på å tilrettelegge for reell konkurranse, og derved flyt av varer og tjenester. Direktivet gjelder for kontrakter av den foreliggende art, noe som betyr at konkurranse om kontrakter av denne type og omfang betraktes som ordinære forretningsmessige forhold. *Aker* konkluderer med at dersom formålet med direktiv 93/38/EØF skal oppnås, er det ikke mulig samtidig å argumentere for at et skifte av tjenesteyter er en overdragelse av del av en bedrift.

### **Regjeringene i Tyskland og Storbritannia; EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap**

57. *Den tyske regjering, den britiske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap* hevder alle at det ikke har noen betydning for svaret på spørsmål 1 at vedkommende kontrakt faller inn under rådsdirektiv 93/38/EØF<sup>29</sup>.

58. Den britiske regjering peker særlig på at direktivene fastlegger kriterier for kunngjøring og tildeling av kontrakter. De er derfor ikke relevante for spørsmålet om en transaksjon er eller ikke er en overdragelse i forhold til direktiv 77/187/EØF, med formål å verne ansatte.

59. EFTAs overvåkningsorgan hevder at det ikke er noen slik direkte konflikt mellom de interesser de to direktiver skal fremme som hindrer samtidig anvendelse. Å utelukke noen overdragelser fra virkeområde til direktiv 77/187/EØF fordi direktivene om offentlig anskaffelser kommer til anvendelse, vil etter EFTAs overvåkningsorgans oppfatning føre til en forskjellsbehandling av likeartede kontrakter alt etter deres verdi, og dermed påvirke de ansattes rettigheter alt etter vedkommende kontrakts verdi. Det foreligger ingen åpenbar begrunnelse for hvorfor de ansatte skal være helt uten vern i situasjoner som faller inn under direktivet om

---

<sup>29</sup> Som påpekt av EFTAs overvåkningsorgan erstatter rådsdirektiv 93/38/EØF om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon rådsdirektiv 90/531/EØF.



offentlige innkjøp. En slik konklusjon ville dessuten medføre et avvik fra den tilsynelatende vide tolkning som EF-domstolen har gitt begrepet "kontraksmessig overdragelse".

60. Tilsvarende hevder Kommisjonen for De europeiske fellesskap at direktivets formål er å gjøre det mulig for arbeideren å fortsette å arbeide hos erververen på de samme vilkår som før overdragelsen av foretaket eller bedriften. For å gi det tiltenkte vern må disse uttrykkene tolkes vidt og kontrakter om offentlige innkjøp må ikke utelukkes fra direktivets anvendelsesområde. Som en følge av dette hevder Kommisjonen at så sant vilkårene for anvendelse av direktiv 77/187/EØF foreligger, er det uten betydning at vedkommende kontrakt også er undergitt bestemmelsene i andre direktiv.

Thór Vilhjálmsson  
Saksforberedende dommer