



NORGES HØYESTERETT

Den 17. juni 2015 avsa Høyesterett dom i

HR-2015-01276-A, (sak nr. 2014/2260), sivil sak, anke over dom,

I.

X kommune

(Kommuneadvokaten i X v/advokat Lars
Marius Heggberget – til prøve)

mot

A

B

C

D

(advokat Kjetil Edvardsen)

E

Stiftelsen Kirkens Bymisjon X
(partshjelper)

(advokat Alexandra Bech Gjørsv – til
prøve)

II.

E

(advokat Alexandra Bech Gjørsv – til
prøve)

A

B

C

D

(advokat Kjetil Edvardsen)

mot

X kommune

(Kommuneadvokaten i X v/advokat Lars
Marius Heggberget – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Ringnes**: Saken gjelder spørsmålet om det foreligger virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1 ved skifte av leverandør av booppfølgingstjenester.
- (2) Bydelen Y i X kommune iverksatte i 2005 prosjektet "Gode Hus for Skjeve Liv". Oppgaven var å utvikle en modell for etablering og drift av varige boliger i ---gate 0 i X for personer med krav på botilbud etter sosialtjenesteloven § 4-5. Målgruppen var vanskeligstilte med dobbeltdiagnoseproblematikk knyttet til omfattende rusmisbruk og alvorlige psykiske lidelser.
- (3) Stiftelsen Kirkens Bymisjon X – forkortet SKBX – bidro i prosjektet med faglige innspill på bakgrunn av sin brede erfaring med personer med dobbeltdiagnoseproblematikk.
- (4) ---gate 0 består av 11 mindre leiligheter, et vaktrom/kontor og fellesarealer. Eiendommen er spesialtilpasset med sikkerhetsforanstaltninger og en rekke tiltak for å unngå materielle skader. X kommune er eier gjennom et kommunalt selskap og har bekostet byggarbeidene, samt stått for løpende vedlikehold og oppgraderinger.
- (5) Botilbudet ble igangsatt i februar 2006. SKBX ble valgt som leverandør av booppfølgingstjenestene. Det ble inngått to avtaler mellom kommunen ved bydelen og SKBX; én om "drift og oppfølgingstjenester i --- gate 0", og en om kjøp av oppfølgingstjenester. Avtaleperioden var 1. februar 2006 til 1. februar 2009. SKBX fikk betalt per beboer.
- (6) I tillegg til å levere booppfølgingstjenester til beboerne skulle SKBX utvikle en overførbar metode i boligarbeid for målgruppen, og en samarbeidsmodell med overføringsverdi mellom offentlige aktører og frivillige organisasjoner.
- (7) Et sentralt element i avtaleverket var individuelle samarbeidsavtaler mellom SKBX og beboerne, som skulle sikre tilpasning av tjenestene for den enkelte.
- (8) Avtaleverket omfattet i tillegg en husleiekontrakt mellom beboeren og bydelen som utleier. Det fremgikk av denne at oppfølgingstjenestene var en integrert del av botilbudet. Leietakeren skulle betale leie, og det ble ytet bostøtte. X kommune forvaltet beboernes midler.
- (9) Leietakeren måtte videre undertegne en særskilt samtykkeerklæring, som forpliktet ham til å samarbeide med de ansatte som leverte oppfølgingstjenestene.
- (10) I kontraktsperioden frem til 2009 ble booppfølgingsarbeidet utført av tre personer ansatt i SKBX og tre personer som var ansatt i kommunen. SKBX hadde ansvaret for leveransene.

- (11) Etter offentlig tilbudskonkurranse hvor SKBX var eneste tilbyder, ble avtalene fornyet for perioden 1. mai 2009 til 1. mai 2013. Bestemmelsen om metodeutvikling var ikke med i 2009-avtalen.
- (12) Det var i denne avtaleperioden elleve fast ansatte i SKBX som arbeidet med booppfølgingen. Dette utgjorde 6,55 årsverk. De ansatte var organisatorisk en del av avdelingen ByBo i Kirkens Bymisjon. ByBo arbeidet med flere ulike boligsosiale tiltak.
- (13) I juni 2012 traff bydelsutvalget vedtak om at bydelen selv skulle drifte boligtilbudet etter utløpet av avtalen med SKBX. Bydelsdirektøren viste i begrunnelsen til at "[u]tviklingen og driften av ---gate 0 har resultert i et spennende og nødvendig tilskudd til boligkjeden for særlig vanskeligstilte innbyggere". Bystyret hadde vedtatt at boligmodellen skulle implementeres i resten av bydelene, og kommunen ønsket å skaffe seg driftserfaring med "dette spesialiserte tilbudet".
- (14) Kommunen la først til grunn at overtakelsen av booppfølgingstjenestene var en virksomhetsoverdragelse etter kapittel 16 i arbeidsmiljøloven. I brev 12. november 2012 til SKBX fremkom det at kommunen hadde endret standpunkt etter en juridisk gjennomgang. Begrunnelsen var:

"Kirkens Bymisjon har ikke hatt del i leie- og fremleieforhold av lokalene, og har ikke bistått beboeren i forhold til dette. Kontraktforholdet mellom Kirkens Bymisjon og Bydel Y betraktes derfor som et avtaleforhold om innsats i form av arbeidskraft."

- (15) Driften av booppfølgingstjenestene ble overtatt av X kommune 1. mai 2013. SKBX gikk deretter til oppsigelse av de ansatte som hadde arbeidet i ---gate 0, bortsett fra daglig leder, som gikk over i annen stilling i Bymisjonen.
- (16) Kommunen gjennomførte en ordinær stillingsutlysning våren 2013. Det ble satt krav om tre-årig helse- og sosialfaglig høyskoleutdanning eller tilsvarende realkompetanse. Seks personer ble ansatt, hvorav to av dem som var oppsagt av SKBX – F og G. De hadde begge arbeidet lenge i ---gate 0. G hadde ikke den formelle kompetansen som var krevet, men ble ansatt på bakgrunn av sin lange og brede erfaring.
- (17) Etter kommunens overtakelse er sikkerheten forbedret ved installasjon av kameraovervåkning og vekttertjeneste.
- (18) Fem av de tidligere ansatte i SKBX fremmet krav om at deres rettigheter og plikter i henhold til arbeidsavtalene med SKBX ble overført til X kommune etter reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven §§ 16-1 jf. 16-2. Det ble videre krevet erstatning utmålt etter rettens skjønn.
- (19) Oslo tingrett kom til at det ikke forelå en virksomhetsoverdragelse. Den ene arbeidslivskyndige meddommeren dissenterte.
- (20) Oslo tingrett avsa 19. desember 2013 dom med slik domsslutning:
1. X kommune frifinnes.
 2. Sakskostnader tilkjennes ikke."

- (21) De ansatte anket til lagmannsretten. For lagmannsretten erklærte SKBX partshjelp for de ansatte. Borgarting lagmannsrett avsa 6. oktober 2014 dom med slik domsslutning:
- "1. B, E, D, A og C' rettigheter og plikter som fulgte av arbeidsavtalene med Stiftelsen Kirkens Bymisjon X, er overført til X kommune.
 2. X kommune dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale
 - a) 712 460 – sjuhundreogtolvtusenfirehundreogseksti – kroner i erstatning til B, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer, jf. forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd;
 - b) 162 482 – etthundreogsekstiotusenfirehundreogåttito – kroner i erstatning til E, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer, jf. forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd;
 - c) 367 210 – trehundreogsekstisjutusentohundreogti – kroner i erstatning til D, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer, jf. forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd;
 - d) 429 166 – firehundreogtjuenitusenetthundreogsekstiseks – kroner i erstatning til A, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer, jf. forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd; og
 - e) 434 872 – firehundreogtrettifiretusenåttehundreogsyttito – kroner i erstatning til C, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer, jf. forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd.
 3. X kommune dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale 193 450 – etthundreognittitretusenfirehundreogfemti – kroner i sakskostnader for tingretten til B, E, D, A og C.
 4. X kommune dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale 196 170 – etthundreognittisekstusenetthundreogsytti – kroner i sakskostnader for lagmannsretten til B, E, D, A og C.
 5. X kommune dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale 90 000 – nittitusen – kroner i sakskostnader for lagmannsretten til Stiftelsen Kirkens Bymisjon X."
- (22) X kommune har anket bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen til Høyesterett.
- (23) Ankemotpartene innga en avledet anke som gjelder utmålingen av oppreisningserstatningene. Kommunen har ikke bestridt at det er hjemmel for oppreisning dersom det foreligger en virksomhetsoverdragelse, men anfører at lagmannsrettens utmåling er korrekt.
- (24) Høyesteretts ankeutvalg traff beslutning 23. januar 2015 om å tillate anken og den avledete anken fremmet.
- (25) Ved beslutning 10. mars 2015 tillot Høyesteretts ankeutvalg at Stiftelsen Kirkens Bymisjon X opptrer som partshjelper for ankemotpartene.
- (26) Partene har for Høyesterett fremlagt skriftlige erklæringer fra en rekke vitner, også vitner som ikke ga forklaring for lagmannsretten. For øvrig står saken i samme stilling som for lagmannsretten.

- (27) Partene har videre fremlagt en omforent beregning av det økonomiske tap for ankemotpartene. Beløpene avviker fra de erstatningsbeløpene som ble tilkjent i lagmannsretten.
- (28) Den ankende part – *X kommune* – har i hovedsak anført:
- (29) Borgarting lagmannsrett har feilaktig kommet til at enhets- og identitetsvilkåret etter arbeidsmiljøloven § 16-1 er oppfylt.
- (30) SKBXs virksomhet i ---gate 0 var ikke en selvstendig og funksjonelt uavhengig enhet ved kontraktens utløp i 2013. Virksomheten hadde ikke egne driftsmidler, og ansettelsene var i Kirkens Bymisjons avdeling ByBo, som også hadde andre oppdrag og utførte annen virksomhet. Virksomheten hadde i tillegg flere øvrige bindinger til ByBo, blant annet bruk av støttefunksjoner.
- (31) Identitetsvilkåret er under enhver omstendighet ikke oppfylt. Saken har nære likhetstrekk med saksforholdet EU-domstolens dom 20. januar 2011 i sak C-463/09 (CLECE), som også gjaldt et tilfelle hvor kommunen overtok tjenestene fra en privat tjenesteyter. I denne saken kom domstolen til at arbeidskraften var det vesentlige innhold i virksomheten. Videre er dommen 10. desember 1998 i sak C-173/96 (Hidalgo m.fl.) en nærliggende parallell. Denne saken gjaldt hjemmehjelptjenester. De tjenestene som SKBX ytet til beboerne, gjaldt også bistand til beboerne i deres eget hjem.
- (32) X kommune er eier av eiendommen, og SKBX hadde hverken driftsmidler eller produksjonslokaler. Det ble heller ikke utviklet eller overført immaterielle verdier av betydning, hverken i skriftlig eller muntlig form.
- (33) Når SKBX leverte en tjenesteytelse hvor arbeidskraften var den vesentlige innsatsfaktoren, følger det av EU-domstolens praksis at det skal legges utslagsgivende vekt på om størstedelen av arbeidsstokken er overtatt av den nye tjenesteyteren – X kommune. Dette skal avgjøres på grunnlag av kvantitative kriterier, og ikke i relasjon til kvalifikasjoner.
- (34) Kommunen ansatte bare om lag 20 prosent av de som hadde jobbet i ---gate 0, og dette er klart nok ikke en overdragelse av størstedelen av arbeidsstokken. Den mest sentrale arbeidstakeren – avdelingslederen – ble for øvrig ikke ansatt. Det er uten betydning at kommunen ved sine valg av hvem som skulle ansettes kunne påvirke hvor mange arbeidstakere som gikk over, jf. Rt. 2011 side 1755 (Gate Gourmet) avsnitt 68.
- (35) Lagmannsretten forveksler aktiviteten knyttet til eiendommen med innholdet av tjenesteytelsen. Man må se bort fra at virksomheten videreføres i samme bygning og med samme infrastruktur når innholdet av tjenesten skal fastlegges. EU-domstolens dom 20. november 2003 i sak C-340/01 (Abler/Sodexo) gir ikke veiledning for saken her. Denne saken gjaldt noe helt annet enn tjenester; den gjaldt storkjøkkenvirksomhet – vareproduksjon – hvor produksjonsutstyret og produksjonslokalene var det dominerende element i virksomheten.
- (36) Etter at kommunen overtok, har virksomheten endret innhold. Avdelingsdirektør H i Bydel Y har i sin vitneerklæring til Høyesterett uttalt at kommunens vurdering var at

Bymisjonens ansatte utviste for mye "idealisme" og for lite grensesetting, og at det for kommunen var helt nødvendig med ansatte med høyere formell og teoretisk skoleing. Kommunen har også redusert antall ansatte og skjerpet sikkerhetstiltakene.

- (37) Hensynet til brukerne er ikke et relevant moment i denne vurderingen, men det er samtidig klart at tilbudet til beboerne ikke er blitt dårligere etter at kommunen overtok.
- (38) Subsidiært anfører kommunen at lagmannsretten har utmålt en riktig oppreisningserstatning. Lagmannsretten har anvendt oppreisningshjemmelen i arbeidsmiljøloven § 15-12 analogisk, og kommunen er enig i denne rettsanvendelsen. Lagmannsretten må anses for korrekt å ha utmålt en differensiert oppreisning etter stillingsbrøk, ettersom den ikke-økonomiske skaden som det skal gis erstatning for er ulik.
- (39) X kommune har nedlagt slik påstand:
- "1. Oslo tingretts dom, slutningens pkt. 1, stadfestes.
2. X kommune tilkjennes sakens kostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett"**
- (40) Ankemotpartene – A, B, C, D og E – har i det vesentlige anført:
- (41) Kravene til virksomhetsoverdragelse er oppfylt, og lagmannsrettens begrunnelse er riktig.
- (42) Enhetsvilkåret er klart oppfylt: Aktiviteten i ---gate 0 var organisert som en selvstendig avdeling, med eget budsjett og regnskap. At avdelingen trakk på enkelte støttefunksjoner i ByBo, endrer ikke karakteren av en selvstendig enhet.
- (43) Også identitetskravet er oppfylt, og ankemotpartene slutter seg til lagmannsrettens vurdering av de relevante momentene.
- (44) SKBX leverte en kompleks tjenesteytelse, og arbeidskraften var ikke det eneste vesentlige element i virksomheten. SKBX var formelt, reelt og økonomisk knyttet til hele eiendommen ved utføringen av booppfølgningstjenestene. Abler/Sodexho-dommen har i denne sammenheng stor overføringsverdi. Det følger også av denne dommen at det er uten betydning at lokalene eies av oppdragsgiver, jf. også Rt. 2006 side 71 (SAS) avsnitt 84.
- (45) SKBX har videre utviklet metodikken for oppfølging av beboerne, og dette var et sentralt element i avtalene som ble inngått i 2006. Denne erfaringen og kunnskapen er overført til kommunen.
- (46) X kommune har videreført den samme virksomheten. Kommunen ansatte også de to arbeidstakerne som arbeidet tilnærmet i full stilling i ---gate 0.
- (47) Subsidiært – for det tilfelle at arbeidskraften anses som det vesentligste ved virksomheten – anfører ankemotpartene at det ikke er avgjørende om en overveiende del av arbeidstakerne ansettes i den nye virksomheten. Det sentrale er om en betydelig del av kvalifikasjonene går over, jf. CLECE-dommen, og da er det tilstrekkelig at F og G ble ansatt av kommunen.

(48) Til spørsmålet om oppreisning har ankemotpartene anført at det er i strid med diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven § 13-1 å differensiere etter stillingsprosent. Krenkelsen som den usaklige oppsigelsen medførte, er like stor for deltidsansatte som for de som arbeider heltid. Et slikt vurderingskriterium vil også systematisk diskriminere deltidsansatte, som ofte er kvinner, arbeidstakere med nedsatt funksjonsevne eller som har annet etnisk opphav enn norsk.

(49) Oppreisningsbeløpene må økes vesentlig. Kommunens saksbehandling var kritikkverdig, og det er fremkommet uttalelser i vitneforklaringer som er krenkende for ankemotpartene. Et oppreisningsbeløp på 50 000 kroner har ligget fast som et normalnivå siden 1988. Med inflasjonsjustering utgjør dette i dag 89 000 kroner. Beløpene bør ligge opp mot 100 000 kroner.

(50) E, A, B, C og D har nedlagt slik påstand:

- "1. Anken forkastes hva gjelder domsslutningens punkt 1, 3, 4 og 5.
2. X kommune betaler erstatning for økonomisk tap til
 - a) E med kr. 236.223 –
tohundretrettisekstusentohundreogtjuetre – med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
 - b) A med kr. 628.749 –
sekshundreogtjueåttetusensyvhundreogførtini – med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
 - c) B med kr. 1.038.690 –
enmillionogtrettiåttetusensekshundreognitti – med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
 - d) C med kr. 637.308 –
sekshundreogtrettisjutusentrehundreogåtte – med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
 - e) D med kr. 535.815 –
femhundreogtrettifemtusenåttehundreogfemten – med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
3. E, A, B, C og D tilkjennes oppreisningserstatning etter Høyesteretts skjønn, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
4. X kommune erstatter E, A, B, C og D sakskostnader for Høyesterett."

(51) Partshjelperen – *Stiftelsen Kirkens Bymisjon X* – har anført at kommunens standpunkt til hva som er virksomhetsoverdragelse medfører usikkerhet og manglende forutberegnelighet for ideelle organisasjoner som er engasjert av kommunen i sosial sektor i X. SKBXs virksomhet drives av idealisme og uegennyttig innsats for samfunnets svakeste. Det er skadelig for virksomheten om man skal risikere at ansatte må sies opp når kommunen velger å overta tjenestene selv.

(52) Også hensynet til brukerne er et viktig reelt hensyn: De etablerte relasjonene mellom de ansatte og beboerne er limet i utførelsen av tjenestene, og en vesentlig årsak til den suksesshistorien som beboertilbudet i ---gate 0 representerer.

(53) For øvrig har partshjelperen sluttet seg til ankemotpartenes anførsler.

(54) Stiftelsen Kirkens Bymisjon X har nedlagt slik påstand:

- "1. Anken forkastes hva gjelder domsslutningens punkt 1.
2. X kommune erstatter Kirkens Bymisjons sakskostnader for Høyesterett."

- (55) *Mitt syn på saken:*
- (56) Hovedspørsmålet i saken er om X kommunes overtakelse av booppfølgingstjenestene i --gate 0 er en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1.
- (57) Paragraf 16-1 har denne ordlyden:
- "Dette kapittel kommer til anvendelse ved overdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen."**
- (58) Virkningen av virksomhetsoverdragelse er regulert i § 16-2. Etter bestemmelsens første ledd overføres tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følge av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt overdragelsen finner sted, til den nye arbeidsgiveren. En arbeidstaker kan imidlertid reservere seg mot at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver, jf. § 16-3.
- (59) Reglene om virksomhetsoverdragelse er behandlet i en rekke høyesterettsdommer fra de senere år. Den siste dommen er Rt. 2012 side 983 (Songa Services). Andre avgjørelser som er av særlig interesse for saken her, er Rt. 2011 side 1755 (Gate Gourmet) og Rt. 2006 side 71 (SAS). Jeg viser til disse og øvrige avgjørelser fra Høyesterett for en mer generell redegjørelse for reglens innhold, formål og fortolkning i lys av EU-domstolens praksis, og nøyer meg med en kort oppsummering.
- (60) Bestemmelsene i lovens kapittel 16 gjennomfører EU-direktiv 2001/23/EF. De må derfor anvendes i samsvar med direktivet, slik dette er blitt tolket av EU-domstolen og EFTA-domstolen.
- (61) Etter EU-domstolens praksis stilles det opp tre vilkår for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse. Disse er angitt i Songa Services-dommen avsnitt 61:
- "For det første må overføringen gjelde en selvstendig økonomisk enhet. For det andre kreves at virksomheten er overført til ny innehaver på grunnlag av kontrakt eller ved sammenslåing av virksomheter. For det tredje er det et vilkår at den videreførte virksomheten i det vesentlige er den samme som før overføringen, slik at dens identitet er bevart."**
- (62) Jeg bemerker innledningsvis at reglene om virksomhetsoverdragelse også gjelder der erververen er en kommune. Dette fremgår av EU-domstolens dom i sak C-463/09 (CLECE) avsnittene 25-27.
- (63) Jeg ser først på spørsmålet om virksomheten som ble drevet av SKBX, utgjorde en *selvstendig økonomisk enhet*.
- (64) Det avgjørende etter EU-domstolens praksis er om virksomheten før overføringen var en organisert helhet av personer og aktiva som gjorde det mulig å utøve en økonomisk aktivitet med et selvstendig formål, jf. avsnitt 13 i dom 11. mars 1997 sak C-13/95 (Süzen). Dette kriteriet kan formuleres som et krav om at det "må utgjøre en stabil og operasjonell enhet, som selv er i stand til å levere de tjenester som er karakteristiske for virksomhetens økonomiske aktivitet", se Gate Gourmet-dommen avsnitt 53.

- (65) Der hvor det ikke foreligger en klart identifiserbar og uavhengig avdeling som overtas, må det klarlegges hva som særlig karakteriserte virksomheten før overdragelsen. I avsnitt 50 i Gate-Gourmet-dommen fremholdt førstvoterende at "en del av de samme momentene vil gjøre seg gjeldene ved vurderingen av både enhetsvilkåret og identitetsvilkåret. Det er derfor vanskelig å trekke et skarpt skille mellom dem, noe også EU-domstolens praksis viser".
- (66) I saken her kan det trekkes et klarere skille mellom enhetsvilkåret og identitetskravet. SKBXs virksomhet i ---gate 0 var før avslutningen av kontrakten langt på vei organisert som en avgrenset og selvstendig enhet. Jeg kan på dette punkt slutte meg til lagmannsrettens begrunnelse:
- "Lagmannsretten mener det må legges avgjørende vekt på at driften av --- gate 0 var organisert som en egen (under)avdeling i Kirkens Bymisjon. Det var tale om en egen geografisk enhet som var fysisk adskilt fra den øvrige virksomheten. Enheten hadde eget budsjett, og det ble ført eget regnskap. De ansattes arbeidssted - både formelt og reelt - var --- gate 0, og ikke generelt i Kirkens Bymisjon eller avdelingen ByBo. De arbeidet utelukkende - muligens med et lite unntak - i --- gate 0. Da kommunen overtok driften, ble de ansatte oppsagt en bloc av Kirkens Bymisjon. Det ble ikke foretatt noen generell nedbemanning i Kirkens Bymisjon eller avdelingen ByBo. Lagmannsretten viser videre til at det var en stedlig daglig leder som hadde ansvaret for den daglige driften."**
- (67) Lagmannsretten drøfter deretter de innsigelser som X kommune har anført for at det ikke forelå en selvstendig økonomisk enhet. Disse er særlig at avdelingen i ---gate anvendte støttefunksjoner i ByBo, at de ansattes arbeidsforhold var med ByBo og at det var et faglig samarbeid mellom avdelingen i ---gate og ByBo.
- (68) Jeg er enig med lagmannsretten i at disse forholdene ikke kan tillegges særlig vekt. Det er ikke uvanlig at større organisasjoner har sentrale støttefunksjoner og at det er samarbeid på tvers av avdelinger. Slike relasjoner kan ikke frata avdelingen den selvstendighet som kreves etter § 16-1.
- (69) Jeg er etter dette – i likhet med lagmannsretten – kommet til at SKBXs virksomhet i ---gate 0 var en egen enhet etter § 16-1.
- (70) Det neste vilkåret er at det skal foreligge en *overdragelse*.
- (71) Partene er enige om at overdragelseskriteriet er oppfylt. Jeg kan slutte meg til denne vurderingen.
- (72) Det spesielle i saken er at tjenesteytelsen ikke er gått over til en ny oppdragstaker, men at oppdragsgiveren – X kommune – selv utfører tjenestene etter opphøret av kontrakten med SKBX. En tilsvarende situasjon forelå i CLECE-dommen. Her sa kommunen opp en avtale om renholdstjenester med en privat bedrift og overtok selv renholdstjenestene. EU-domstolen uttalte i avsnitt 32 at det ikke kan utelukkes at direktiv 2001/23 kommer til anvendelse i et slikt tilfelle. Det avgjørende er – som det fremholdes i avsnitt 33 – om enheten som er overdratt, har bevart sin identitet.
- (73) Dette leder meg over til å se på *om identitetsvilkåret er oppfylt*.

- (74) Problemstillingen i saken har sitt konkrete utspring i at kommunen bare overtok omtrent en femtedel av de SKBX-ansatte som arbeidet i ---gate. EU-domstolen har i flere saker uttalt at arbeidskraften i visse bransjer kan utgjøre den vesentligste del av aktiviteten i den virksomheten som er overdratt. Det kreves da at en betydelig del "etter antall og kvalifikasjoner" av arbeidsstokken er overtatt av den nye tjenesteleverandøren for at identiteten skal anses opprettholdt. Dette er kommet til uttrykk blant annet i CLECE-dommen avsnitt 36:

"Domstolen har således fastslået, at i visse brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed, og en sådan enhed vil kunne opretholde sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængerens specielt udførte denne opgave. I så fald overtager den nye indehaver en organiseret helhed af aktiver, der gør det muligt på stabil måde at fortsætte den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle af disse (jf. Süzen-dommen, præmis 21, dommen i sagen Hernández Vidal m.fl., præmis 32, samt dom af 10.12.1998, forenede sager C-173/96 og C-247/96, Hidalgo m.fl., Sml. I, s. 8237, præmis 32, og af 24.1.2002, sag C-51/00, Temco, Sml. I, s. 969, præmis 33, og UGT-FSP-dommen, præmis 29)."

- (75) Sakene C-13/95 (Süzen), C-127/96 (Hernández Vidal m.fl.) av 10. desember 1998 og C-51/00 (Temco) av 24. januar 2002 gjaldt som CLECE-saken renholdstjenester. De forenede sakene C-173/96 og C-247/96 (Hidalgo m.fl.), gjaldt hjemmehjelp. Renholdstjenester og hjemmehjelp er eksempler på tjenesteytende bransjer hvor arbeidskraften preger virksomheten. Tjenestene er ikke kapitalintensive, og heller ikke knowhow eller andre immaterielle aktiva er vesentlige for leveransen. Som fremholdt i Rt. 2001 side 248 (Olderdalen Ambulanse), vil situasjonen være en annen ved produksjonsvirksomhet, hvor overdragerens aktiva i form av fast eiendom og produksjonsutstyr kan være uunnværlige for produksjonen. Ikke sjelden vil immaterielle aktiva i form av patenter, hemmelige produksjonsmetoder og kjennetegn være avgjørende for produksjon og konkurranseevne.
- (76) Også innen tjenestesektoren kan fysiske og immaterielle aktiva være sentrale faktorer for leveransene. Slike virksomheter er ikke vesentlig karakterisert av noen enkeltfaktor, og arbeidskraften vil bare være en av flere innsatsfaktorer. Fra Høyesteretts praksis nevner jeg som eksempel Rt. 2006 side 71 (SAS), som gjaldt bakketjenester på flyplass.
- (77) Identitetsvurderingen beror i disse tilfellene på en helhetsvurdering av hva som karakteriserte den overdragende virksomhet, jf. Gate Gourmet-dommen avsnitt 54. Deretter må det avklares om disse elementene gjenfinnes i virksomheten som utøves av den overtakende enheten.
- (78) Høyesterett har i flere avgjørelser, særlig under henvisning til EU domstolens dom 18. mars 1986 i sak C-24/85 (Spijkers), redegjort for innholdet av denne helhetsvurderingen. Jeg viser særlig til SAS-dommen, avsnittene 74-86. I Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 257 er det gitt en oppsummering av relevante momenter, som jeg anser som et nyttig utgangspunkt for vurderingen i foreliggende sak:

"Spørsmålet om identiteten er bevart må avgjøres på grunnlag av en helhetsvurdering av situasjonen før og etter overføringen. Dette ble slått fast av EF-domstolen i Spijkers-dommen (C-24/85). Følgende momenter er i følge domstolen relevante ved identitetsvurderingen:

- hvilken type/art virksomhet eller bedrift det er tale om før og etter overføringen,
- om det er overført fysiske aktiva som virksomhetens lokaler, utstyr og annet løsøre,
- verdien av immaterielle aktiva på overdragelsestidspunktet (blant annet goodwill),
- omfanget av overtakelsen av arbeidsstokken,
- om kundekrets overtas,
- i hvor stor grad de økonomiske aktiviteter før og etter overdragelsen er de samme,
- hvor lenge virksomhetens drift eventuelt har vært innstilt.

Momentlisten er ikke uttømmende. For å vurdere om identitetskravet er oppfylt, må alle fakta som karakteriserer transaksjonen tas i betraktning og vurderes i sammenheng med hverandre."

- (79) Basert på dette går jeg over til den konkrete vurderingen.
- (80) Arbeidskraften var utvilsomt et vesentlig element i de tjenestene som SKBX utførte etter kontrakten med X kommune. I følge avtalene skulle SKBX yte:
- "- **Bistand til den enkelte i praktiske gjøremål knyttet til boligen**
 - **Tilgjengelig og støttende personale på dag og kveld**
 - **Bistand og omsorg knyttet til dagliglivets utfordringer**
 - **Påse at den enkelte har en individuell plan som brukes aktivt**
 - **Påse at den enkelte får den behandling og de helsetjenester de trenger og har krav på**
 - **Samarbeide med andre nødvendige samarbeidspartnere og bidra til koordinering av tjenester."**
- (81) Henvisningen i siste strekpunkt til samarbeidspartnere, gjelder blant annet samarbeid med primærleger, NAV og psykiatri.
- (82) Selv om arbeidskraften sto sentralt, kan man etter mitt syn ikke konkludere med at arbeidskraften var en så dominerende innsatsfaktor at den overskygget andre faktorer. Slik tjenesteleveransen var – og er – fastlagt, er også bruken av den spesialtilpassede bygningen et vesentlig moment. Tjenestene er knyttet til bruk av eiendommen ---gate 0.
- (83) Eiendommen ---gate 0 ble valgt av kommunen fordi den har en skjermet beliggenhet som gjør den egnet som bosted for personer med store atferdsproblemer som følge av rusmisbruk og psykiske problemer. Prosjektet "Gode Hus for Skjeve Liv" var fra starten i 2005 knyttet til dette bygget, og SKBXs avtaler med kommunen gjaldt spesifikt beboerne i dette leilighetsbygget. Bygget er, som nevnt i forbindelse med fremstillingen av saksforholdet, spesialinnredet med særlige sikkerhetstiltak og forsterkninger mot ødeleggelse.
- (84) Jeg ser det da slik at byggets utforming er en nødvendig infrastruktur for utføringen av tjenestene, og at eiendommen er en uunnværlig innsatsfaktor i virksomheten.

- (85) Ankemotpartene har i denne sammenheng trukket frem EU-domstolens dom i sak C-340/01 (Abler/Sodexho). Saken gjaldt skifte av leverandør av storkjøkkenvirksomhet for et sykehus, hvor sykehuset var eier av lokalene og produksjonsutstyret. I avsnitt 36 uttalte domstolen:

"Driften af storkøkkener kan imidlertid ikke anses for en aktivitet, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, for så vidt som driften kræver meget inventar. I hovedsagen er de fysiske aktiver, der er påkrævede for den omhandlede aktivitet – dvs. lokalene, vand og energi samt de nødvendige større og mindre maskiner (bl.a. det faste materiel, der er nødvendigt for tilberedelsen af måltider, samt opvaskemaskiner) – som anført af Kommissionen, blevet overtaget af Sodexho. Endvidere er situationen den, at der består en udtrykkelig og væsentlig forpligtelse til at tilberede måltiderne i hospitalets køkken og således at overtage disse materielle aktiver. Overførslen af de lokaler og det udstyr, der stilles til rådighed af hospitalet, og som er nødvendige for tilberedelsen af maden og fordelingen af måltiderne til hospitalets patienter og personale, er under disse omstændigheder tilstrækkelig til, at der foreligger en overførsel af en økonomisk enhed. Det er desuden klart, at den virksomhed, der blev tildelt aftalen, nødvendigvis har overtaget størstedelen af sin forgængers kunder, da der er tale om en fast kundekreds."

- (86) Det bør etter min oppfatning utvises en viss varsomhet med å trekke generelle slutninger fra produksjonsvirksomhet til tjenesteytelser, jf. det jeg har sagt om dette tidligere. Det avgjørende blir uansett en konkret vurdering.
- (87) Abler/Sodexho-dommen avklarer imidlertid at det er uten betydning om tjenesteyteren er eier av aktiva, så lenge disse er stilt til hans disposisjon i forbindelse med tjenesteutførelsen. Det er følgelig ikke avgjørende at X kommune er eier av ---gate 0, så lenge kontoret og fellesarealene ble stilt til rådighet for SKBX for utførelsen av booppfølgingstjenestene.
- (88) X kommune har videreført tjenestene i de samme lokalene. Eiendommen utgjør derfor et vesentlig tilknytningspunkt mellom virksomhetene før og etter overdragelsen, og bruken av eiendommen er et tungtveiende moment for at det foreligger en virksomhetsoverdragelse, jf. Gate Gourmet-dommen avsnitt 64 med videre henvisning til SAS-dommen, og Rt. 2010 side 330 (Bardufoss).
- (89) Jeg legger videre en viss vekt på at booppfølgingstjenestene også var basert på særlig innsikt og erfaring, som derved kan anses som en immateriell verdi ved virksomheten.
- (90) Jeg viser her til at SKBX var med å utvikle booppfølgingprosjektet i ---gate 0 helt fra starten i 2005, og som utøver av virksomheten gjennom to kontraktsperioder, fra 2006 til 2013. I kontraktene som ble inngått i 2006 skulle SKBX utvikle metoder for booppfølging, som også kunne ha overføringsverdi til andre lignende botiltak. Da kommunen i 2012 besluttet å overta driften, var det med den begrunnelse at boligtilbudet i ---gate 0 hadde vært en suksess, og at kommunen ønsket å høste driftserfaringer slik at konseptet kan overføres til andre bydeler. I denne forbindelse viste bydelsdirektøren blant annet til at en stor prosentandel av beboerne for første gang har beholdt og mestret et boligforhold, og psykiatriske tvangsinnleggelse var blitt halvert i antall og varighet.
- (91) Jeg kan ikke se det annerledes enn at en medvirkende årsak til dette har vært innsatsen til SKBXs ansatte gjennom to avtaleperioder. Over tid må dette ha frembragt en sum av erfaringer og kunnskap generelt og om de enkelte beboerne, som hver for seg kan synes

ubetydelige, men som samlet har bidratt til å prege karakteren av SKBXs tjenesteytelse, og som har en verdi for X kommune.

- (92) Ved overtakelsen overtok kommunen en del dokumentasjon om beboerne. Det er lite belyst hvilken verdi denne dokumentasjonen hadde. Av større betydning er det at kommunen ansatte F og G, som begge hadde lang erfaring fra SKBXs avdeling i ---gate 0. Gjennom dette har kommunen – slik jeg ser det – fått tilgang til den særlige erfaring og innsikt som karakteriserte SKBXs oppfølging av beboerne. Dette er etter min oppfatning ett av flere tilknytningspunkter som underbygger at identitetskravet er oppfylt.
- (93) Jeg legger videre til grunn at X kommune har ført videre oppfølgingstjenestene med vesentlig samme innhold. Det er riktignok så at kommunen har gjort noen endringer; det er innført kameraovervåking, rutiner og vaktlister er endret og stillingsbrøkene er andre. Dette er imidlertid etter mitt syn mindre tilpasninger som over tid skjer som ledd i den løpende drift i mange virksomheter. Det vesentlige er at det dreier seg om oppfølging overfor de samme beboerne, på samme sted, med samme hovedinnhold og med samme hjemmelsgrunnlag – sosialtjenesteloven § 4-5.
- (94) Sammenfatningsvis viser dette etter min oppfatning at arbeidskraften hos SKBX var et sentralt element i virksomheten, men at den ikke var den eneste vesentlige innsatsfaktoren. Når kommunen da har videreført booppfølgingstjenestene i samme lokaler og med to sentrale medarbeidere fra SKBX, må identitetskravet anses oppfylt selv om disse bare utgjorde i underkant av en femtedel av arbeidsstokken og noe mer målt etter stillingsbrøk. I SAS-dommen avsnitt 92 la førstvoterende vekt på at en "ikke ubetydelig andel" av de ansatte ble overtatt. I den saken var størrelsesforholdet i underkant av en fjerdedel, men det kan i denne sammenheng ikke opereres med en fast nedre grense, se Sønsteli Johansen og Stueland, Arbeidsmiljøloven kommentarer og praksis, 2011, side 888.
- (95) Jeg er etter dette kommet til at identitetsvilkåret er oppfylt, og at det foreligger en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1. X kommunes anke over post 1 i lagmannsrettens dom skal da forkastes.
- (96) Jeg går etter dette over til å behandle *spørsmålet om oppreisningserstatning*
- (97) Etter arbeidsmiljøloven § 15-12 annet ledd jf. § 16-4 tredje ledd kan arbeidstaker kreve erstatning ved uberettiget oppsigelse som følge av en virksomhetsoverdragelse. Erstatningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig. Det er på det rene at det også kan utmåles oppreisningserstatning for ikke-økonomisk skade, jf. Rt. 2011 side 74 avsnitt 52. På bakgrunn av at det var SKBX – og ikke X kommune – som gikk til oppsigelse av de ansatte, var det for lagmannsretten omtvistet om § 15-12 annet ledd ga hjemmel for å utmåle oppreisningserstatning. Lagmannsretten kom til at § 15-12 annet ledd kom til anvendelse, og X kommune har ikke særskilt påanket denne delen av lagmannsrettens dom. Jeg finner likevel grunn til å si noe om hjemmelsgrunnlaget.
- (98) Erstatning for ikke-økonomisk tap krever særlig hjemmel. I Rt. 2012 side 983 (Songa Services) kom Høyesterett til at erstatning ikke kunne forankres i § 15-12 annet ledd "[s]iden det her ikke er tale om en regulær oppsigelse", se avsnitt 114. Erstatningskravet

måtte da "utledes av vanlige ulovfestede regler om ansvar i kontraktsforhold", jf. avsnitt 114, men når arbeidsmiljølovens erstatningsregler ikke kom til anvendelse, var det ikke hjemmel for å utmåle erstatning for ikke-økonomisk tap, se avsnitt 116.

- (99) I saken her foreligger det en regulær oppsigelse av de ansatte, og dette skiller saken fra saksforholdet i Songa Services-dommen. Jeg kan heller ikke se at det kan ha avgjørende betydning for anvendelsen av § 15-12 at oppsigelsen ble gjort av SKBX. Oppsigelsene var direkte foranlediget av X kommunes feilaktige avvisning. Jeg viser videre til Fougner m.fl., Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave, 2. utgave 2013, side 1025, hvor det uttales at en arbeidstaker som blir oppsagt av overdrageren og som vil bestride gyldigheten av oppsigelsen i kombinasjon med å påberope seg at arbeidsforholdet er overført til erververen, kan saksøke erververen direkte med krav om ugyldighet og erstatning.
- (100) På denne bakgrunn gir § 15-12 annet ledd jf. § 16-4 tredje ledd etter mitt syn hjemmel for å tilkjenne oppreisning til ankemotpartene.
- (101) Lagmannsretten la til grunn at oppreisningserstatningen skulle avspeile stillingsprosenten som den enkelte hadde, og utmålte på dette grunnlag det høyeste beløpet – 20 000 kroner – til B, som hadde tilnærmet full stilling. De øvrige ble tilkjent fra 5 000 til 10 000 kroner.
- (102) Grunnlaget for oppreisningserstatning i denne saken er at det skal utmåles en kompensasjon for den langvarige usikkerheten omkring arbeidsforholdet som kommunens uriktige avvisning medførte for ankemotpartene. Jeg kan ikke se at det her er velbegrunnet å gradere denne usikkerheten etter stillingsprosent, og det bør etter mitt syn utmåles det samme beløpet til hver av ankemotpartene.
- (103) Det er da ikke nødvendig for meg å gå inn på ankemotpartenes anførsel om at det vil være i strid med forbudet mot diskriminering av deltidsarbeidende i arbeidsmiljøloven § 13-1 tredje ledd å utmåle et lavere beløp til dem.
- (104) Jeg finner at oppreisningsbeløpet bør settes til 30 000 kroner til hver av ankemotpartene. Ved fastsettelsen av beløpet har jeg funnet veiledning i Rt. 2011 side 74. Det ble i den saken utmålt 50 000 kroner for en oppsigelse som kunne "ha blitt oppfattet som en bekreftelse på at [arbeidstakeren] hadde begått den straffbare handling som han senere er blitt frifunnet for", se avsnitt 52. Elementet av krenkelse i foreliggende sak er mindre alvorlig.
- (105) Som nevnt er partene enige om de beløp som skal tilkjennes i erstatning for økonomisk tap. Disse fremgår av domsslutningen jeg vil stemme for.
- (106) Ankemotpartene har etter dette vunnet saken i sin helhet, og skal tilkjennes saksomkostninger etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd.
- (107) Ankemotpartene har krevet dekket 420 403 kroner, som er fordelt med 289 670 kroner til advokat Edvardsen, hvorav 6 470 er kostnader, og 130 733 kroner til advokat Bech Gjørsv, hvorav 4 587 kroner er utlegg og 26 146 er merverdiavgift.
- (108) Partshjelperen har krevet dekket 75 000 kroner i salær til advokat Bech Gjørsv, jf. tvisteloven § 20-1 tredje ledd.

- (109) Beløpene er eksklusive merverdiavgift hvor ikke annet er nevnt.
- (110) X kommune har ikke hatt innsigelser til beløpene, og jeg mener at de bør tas tilfølge. I tillegg kommer rettsgebyret for Høyesterett.
- (111) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. X kommunes anke forkastes hva gjelder lagmannsrettens domsslutning punkt 1, 3, 4 og 5.
 2. X kommune dømmes til innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom å betale erstatning for økonomisk tap til:
 - a) E med 236 223 – tohundreogtrettisekstusentohundreogtjuetre – kroner.
 - b) A med 628 749 – sekshundreogtjueåttetusensjuhundreogførtini – kroner.
 - c) B med 1 038 690 – enmillionogtrettiåttetusensekshundreognitti – kroner.
 - d) C med 637 308 – sekshundreogtrettisjutusentrehundreogåtte – kroner.
 - e) D med 535 815 – femhundreogtrettifemtusenåttehundreogfemten – kroner.
 3. X kommune dømmes til innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom å betale E, A, B, C og D oppreisningserstatning med 30 000 – trettitusen – kroner hver.
 4. I sakskostnader for Høyesterett betaler X kommune til E, A, B, C og D i fellesskap 495 403 – firehundreognittifemtusenfirehundreogtre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
 5. I sakskostnader for Høyesterett betaler X kommune til Stiftelsen Kirkens Bymisjon X 75 000 – syttifemtusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
- (112) Dommer **Bull:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (113) Dommer **Stabel:** Likeså.
- (114) Dommer **Normann:** Likeså.
- (115) Dommer **Tjomsland:** Likeså.

(116) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. X kommunes anke forkastes hva gjelder lagmannsrettens domsslutning punkt 1, 3, 4 og 5.
2. X kommune dømmes til innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom å betale erstatning for økonomisk tap til:
 - a) E med 236 223 – tohundreogtrettisekstusentohundreogtjuetre – kroner.
 - b) A med 628 749 – sekshundreogtjueåttetusensjuhundreogførtini – kroner.
 - c) B med 1 038 690 – enmillionogtrettiåttetusensekshundreognitti – kroner.
 - d) C med 637 308 – sekshundreogtrettisjutusentrehundreogåtte – kroner.
 - e) D med 535 815 – femhundreogtrettifemtusenåttehundreogfemten – kroner.
3. X kommune dømmes til innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom å betale E, A, B, C og D oppreisningserstatning med 30 000 – trettitusen – kroner hver.
4. I sakskostnader for Høyesterett betaler X kommune til E, A, B, C og D i fellesskap 495 403 – firehundreognittifemtusenfirehundreogtre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
5. I sakskostnader for Høyesterett betaler X kommune til Stiftelsen Kirkens Bymisjon X 75 000 – syttifemtusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: