



NORGES HØYESTERETT

Den 4. desember 2017 avsa Høyesterett dom i

HR-2017-2277-A, (sak nr. 2017/789), sivil sak, anke over dom,

Aleris Ungplan & BOI AS

(advokat Eirik Edvardsen – til prøve)

mot

A

(advokat Kjetil Edvardsen)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Arntzen**: Saken gjelder spørsmål om arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse der en person med rett til brukerstyrt personlig assistanse bytter leverandør av tjenesten.
- (2) A ble ved arbeidsavtale inngått i januar 2013 ansatt i foretaket Uloba BA som brukerstyrt personlig assistent for B. Foretaket har senere byttet navn til Uloba - Independent Living Norge SA. Jeg vil i det følgende omtale foretaket som Uloba.
- (3) B har nedsatt funksjonsevne. Han er ved vedtak truffet av X kommune i medhold av helse- og pasientlovgivningen innvilget brukerstyrt personlig assistanse (BPA) med 32 timer per uke. Ordningen omfatter assistanse i forbindelse med dagliglivets gjøremål både i og utenfor hjemmet, for eksempel bistand til matlaging, vasking av klær, renhold samt morgen- og kveldsstell. Også bistand under ferie- og fritidsaktiviteter omfattes. At assistansen er brukerstyrt, innebærer at brukeren velger assistenter og tjenesteleverandør, og organiserer innholdet i tjenesten ut fra sine behov. Brukeren er dessuten selv arbeidsleder for assistentene.
- (4) Uloba var leverandør av BPA-tjenesten, og ansatte fire faste assistenter og en tilkallingsassistent for å dekke Bs bistandsbehov. A var en av de fast ansatte, og han hadde den største stillingsbrøken med 14 timers bistand per uke beregnet som et gjennomsnitt i løpet av et år.

- (5) Det oppsto etter hvert uoverensstemmelser mellom B og A, og B valgte å bytte leverandør av BPA-tjenester. Kommunen sa opp avtalen med Uloba med virkning fra september 2015, og inngikk avtale med Aleris Ungplan & BOI AS (Aleris) som ny tjenesteleverandør.
- (6) Uloba gikk til oppsigelse av assistentene under henvisning til at kommunen hadde "sagt opp avtalen om BPA for B". Tre av assistentene ble ansatt i Aleris som brukerstyrt personlige assistenter for B.
- (7) A mente leverandørbyttet var en virksomhetsoverdragelse, og at hans arbeidsforhold dermed var overført til Aleris, jf. arbeidsmiljøloven § 16-1, jf. § 16-2 første ledd. Aleris var ikke enig i dette, og A tok ut stevning ved Sør-Trøndelag tingrett.
- (8) Tingretten avsa 28. juni 2016 dom med slik domsslutning:
- "1. Aleris Ungplan BOI AS frifinnes.**
- 2. A dømmes til å erstatte Aleris Ungplan BOI AS sine sakskostnader med kr 233.200 – kronertohundreogtrettitretusentohundre – innen 2 – to – uker etter forkynnelse av dommen. For øvrig bærer partene i saken sine egne kostnader."**
- (9) Tingretten kom til at Ulobas leveranse av BPA-tjenester til B var en integrert del av foretakets virksomhet. Lovens vilkår om at overføringen må gjelde en selvstendig enhet var da ikke oppfylt.
- (10) A anket til Frostating lagmannsrett. Lagmannsretten avsa 7. februar 2017 dom med slik domsslutning:
- "1. As rettigheter og plikter som fulgte av arbeidsavtalen med Uloba BA er overført til Aleris Ungplan BOI AS.**
- 2. Aleris Ungplan BOI AS dømmes til innen to uker fra dommens forkynnelse å betale 140 000 – etthundreogfortitusen – kroner i erstatning til A.**
- 3. Aleris Ungplan BOI AS dømmes til innen to uker fra dommens forkynnelse å betale 325 090 – trehundreogtjuefemtusenognitti – kroner i sakskostnader for tingrett og lagmannsrett til A."**
- (11) Lagmannsretten la særlig vekt på brukerstyringen som ligger til grunn for BPA-ordningen, og fant at bistanden til B ble utført av en selvstendig økonomisk enhet. Også vilkåret om at enheten må beholde sin identitet etter overføringen til Aleris ble ansett for oppfylt. Lagmannsretten la i den sammenheng vekt på at tre av Bs fem assistenter fortsatte for ham i Aleris, og på at tjenesten der hadde samme struktur og innhold som i Uloba.
- (12) Aleris har anket til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen. A motanket over erstatningsutmålingen, men denne anken er ikke tillatt fremmet.
- (13) Det er fremlagt noen nye dokumenter, men ellers står saken i samme stilling som for lagmannsretten.
- (14) Den ankende part, *Aleris Ungplan & BOI AS*, har i korte trekk gjort gjeldende:

- (15) Bytte av BPA-leverandør fra Uloba til Aleris var ikke en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1, som krever at overdragelsen må gjelde en selvstendig økonomisk enhet i den overdragende virksomheten. Enheten må dessuten beholde sin identitet i den mottagende virksomheten.
- (16) I det såkalte enhetskravet ligger for det første at enheten er organisatorisk atskilt fra den øvrige virksomheten. For det andre må enheten være operasjonell, det vil si at den selv er i stand til å levere de tjenester som er karakteristiske for virksomhetens økonomiske aktivitet.
- (17) BPA-tjenesten til B var ikke organisatorisk atskilt fra Ulobas øvrige virksomhet, men inngikk som en integrert del av denne. BPA-tjenesten hadde som formål å betjene B, men assistentene hadde ikke noe funksjonelt samarbeid.
- (18) At B ledet den daglige utførelsen av BPA-tjenesten kan ikke tillegges vekt så lenge han ikke var en del av Ulobas organisasjon. BPA-tjenesten til B utgjorde verken en egen regnskapsmessig eller finansiell enhet, og var ikke klart geografisk avgrenset.
- (19) BPA-tjenesten til B utgjorde heller ingen operasjonell enhet. Assistentene var verken i stand til å utføre den delen av tjenesten som knyttet seg til brukeropplæringen av B eller til nødvendige støttefunksjoner. Disse fellesfunksjonene var det virksomhetens felles BPA-rådgivere som tok seg av.
- (20) Virksomheten beholdt uansett ikke sin identitet i det nye selskapet. Det ble verken overført fysiske eller immaterielle driftsmidler fra Uloba til Aleris. De tre ufaglærte assistentene som fortsatte i Aleris, representerte under halvparten av antall assistenttimer, og ingen av BPA-rådgiverne ble overført. Identitetsvilkåret er da ikke oppfylt.
- (21) Den ankende part har nedlagt slik påstand:
- "1. Tingrettens dom stadfestes.**
- 2. Aleris Ungplan & BOI AS tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett."**
- (22) Ankemotparten, A, har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (23) Overføringen av Bs BPA-ordning fra Uloba til Aleris er en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1. Både enhetskravet og identitetskravet er oppfylt.
- (24) Når det gjelder enhetskravet, ble BPA-ordningen til B behandlet administrativt og organisatorisk atskilt fra den øvrige virksomheten. Uloba inngikk individuell leverandøravtale med X kommune basert på det kommunale tildelingsvedtaket til B. Arbeidsavtalen med assistentene er dessuten uttrykkelig knyttet til den enkelte bruker.
- (25) Bistanden foregikk i Bs hjem og der han ellers oppholdt seg, og var følgelig geografisk atskilt fra virksomheten for øvrig. Også økonomibehandlingen er knyttet til hver enkelt bruker.

- (26) Det har ingen betydning at støttefunksjoner utføres utenfor enheten. At en viss funksjonsfordeling i virksomheten ikke er avgjørende, er en naturlig konsekvens av at også deler av en virksomhet kan overdras.
- (27) Så lenge tre av fem assistenter fortsatte i Aleris for å yte brukerstyrt personlig assistanse til B, er også identitetskriteriet oppfylt. For øvrig ble tjenesten videreført uten opphold og med samme innhold og samme infrastruktur.
- (28) Også rettsgrunnlaget for tjenesten – både det generelle regelverket og det individuelle rullerende tildelingsvedtaket – er det samme i de to virksomhetene.
- (29) Ankemotparten har nedlagt slik påstand:
1. Anken forkastes.
 2. Aleris Ungplan & BOI erstatter As sakskostnader for Høyesterett."
- (30) *Jeg er kommet til at anken må forkastes.*
- (31) Før jeg går inn på de rettslige vilkårene for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse, vil jeg redegjøre kort for organiseringen av BPA-ordningen.
- (32) Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-8, jf. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b pålegger kommunene å ha et tilbud om brukerstyrt personlig assistanse i form av blant annet praktisk bistand. Ordningen innebærer at brukeren selv styrer tildelte bistandsressurser etter behov. Kommunen finansierer tjenesten, jf. § 11-1. Ved tilføyelsen av § 2-1 d i pasient- og brukerrettighetsloven med virkning fra 2015, fikk personer med "langvarig og stort behov" et rettskrav på slike BPA-tjenester.
- (33) Den overordnede organiseringen av ordningen er i Prop. 86 L (2013–2014) side 10 beskrevet slik:
- "I BPA-ordningen skilles det mellom arbeidsgiver- og arbeidslederfunksjon. Kommunen beslutter om den selv skal ha arbeidsgiveransvaret for BPA-assistentene eller om den skal bruke anskaffelsesregelverket og tilby arbeidsgiveransvaret til private aktører. Den enkelte bruker kan også tilbys, men ikke pålegges å ha arbeidsgiveransvaret. Assistentene ansettes av arbeidsgiver. Det forutsettes at bruker deltar i tilsettingsprosessen. BPA-bruker er arbeidsleder for faste assistenter. Arbeidsleder bestemmer innenfor rammen av vedtaket og reglene for arbeidslivet hvilke oppgaver assistentene skal utføre og når det skal skje."**
- (34) Forutsetningen om deltakelse i tilsettingsprosessen har sammenheng med at den bistand som ytes, ofte vil være av utpreget personlig karakter. Arbeidslederfunksjonen innebærer at brukeren har det daglige lederansvaret for assistentene. I Helsedirektoratets opplæringshåndbok i BPA er dette ansvaret blant annet beskrevet som å definere eget behov, lære opp og veilede assistenter i hvordan hjelpen bør gis, sette opp arbeidsplaner og ivareta andre forhold knyttet til tjenestene. Assistentene skal på sin side utføre oppgavene i tråd med stillingsbeskrivelsen og arbeidsleders organisering av tjenesten innenfor rammen av det kommunale tildelingsvedtaket. For øvrig har tjenesteleverandøren arbeidsgiveransvar for assistentene på vanlig måte.

- (35) X kommune innførte i mars 2014 en konsesjonsordning for privat leveranse av BPA-tjenester. I konsesjonsgrunnlaget er konsesjonsvilkårene nærmere beskrevet, blant annet at kontraktsforholdet reguleres av NS 8435 Alminnelige kontraktsbestemmelser for brukerstyrt personlig assistanse (BPA) med tilhørende blanketter. Formålet med konsesjonsordningen er blant annet å legge til rette for at brukerne av BPA skal få en reell frihet til å velge leverandør, og å sikre at de får den hjelpen de har krav på etter helse- og omsorgstjenesteloven.
- (36) Brukerstyringen innebærer videre at brukeren kan bytte leverandør av BPA-tjenester. På X kommunes hjemmesider sto det følgende om dette per 11. desember 2015:

"Dersom du ønsker kan du når som helst bytte leverandør. Det er ingen begrensninger på hvor mange ganger du kan bytte, men det er tre måneders oppsigelse på avtalen med leverandør. Du tar selv kontakt med den nye leverandøren for å inngå ny avtale."

- (37) Som omtalt i forarbeidene har BPA-ordningen gitt mange personer med nedsatt funksjonsevne større frihet, samtidig som organisasjonsformen har gitt opphav til blant annet arbeidsrettslige problemstillinger, jf. Prop. 86 L (2013–2014) side 10.
- (38) Dette bringer meg over til spørsmålet om bytte av leverandør fra Uloba til Aleris er en virksomhetsoverdragelse i arbeidsrettslig forstand.
- (39) Definisjonen på en virksomhetsoverdragelse følger av arbeidsmiljøloven § 16-1 første ledd, som lyder:
- "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."**
- (40) Virkningen av en virksomhetsoverdragelse er at tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følge av arbeidsavtale eller arbeidsforhold, overføres til den nye arbeidsgiveren, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd. Virksomhetsoverdragelsen har med andre ord betydning for kontinuiteten i arbeidstakerens arbeidsrettslige stilling, både løpende lønns- og arbeidsvilkår og stillingsvern. Arbeidstaker kan imidlertid motsette seg at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver, jf. § 16-3.
- (41) Det er ingen uenighet om at A var arbeidstaker i Uloba, med de rettigheter og plikter det innebar.
- (42) Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 16 gjennomfører EU-direktiv 2001/23/EF om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Reglene må følgelig anvendes i samsvar med direktivet, slik dette er blitt tolket av EU-domstolen og EFTA-domstolen. Domstolens praksis er omtalt og sammenfattet i en rekke høyesterettsdommer fra de senere år, blant annet i Rt-2006-71 (SAS), Rt-2011-1755 (Gate Gourmet), Rt-2012-983 (Songa Services) og senest i Rt-2015-718 (Kirkens Bymisjon).
- (43) EU-direktivets artikkel 1 definerer virksomhetsoverdragelse som "en overdragelse av en økonomisk enhet som beholder sin identitet, det vil si en samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet". Dette er i domstolens praksis presisert dithen at det må dreie seg om overføring av en *selvstendig* økonomisk enhet – det såkalte enhetsvilkåret. Videre må virksomheten være overført til ny innehaver på grunnlag av kontrakt eller sammenslåing av selskaper – det såkalte overdragelsesvilkåret.

Og endelig må den videreførte virksomheten *i det vesentlige* være den samme som ble drevet før overføringen – det såkalte identitetsvilkåret.

- (44) Det er ikke noe krav om at den overdratte delen av en virksomhet er av en viss størrelse. Også en enhet med en enkelt ansatt vil i prinsippet kunne være omfattet, jf. Fougner m.fl., Omstilling og nedbemanning, 3. utgave, side 154 med henvisning til EU-domstolens dom 14. april 1994 i Schmidt-saken (C-392/92) avsnitt 15.
- (45) Som det fremgår av fortalens punkt 3, er direktivets formål å beskytte arbeidstakerne og ivareta deres rettigheter ved skifte av arbeidsgiver. EU-domstolen har i tråd med dette anlagt en formålsstyrt tolking av direktivet i favør av arbeidstakerne, jf. Rt-2011-1755 (Gate Gourmet) avsnitt 45.
- (46) I vår sak er det ingen uenighet mellom partene om at overdragelsesvilkåret er oppfylt. Også jeg er enig i dette, og nøyer meg med å vise til Rt-2012-983 (Songa Services) avsnitt 73 følgende. Spørsmålet er om enhetsvilkåret og identitetsvilkåret er oppfylt.
- (47) Jeg behandler først enhetsvilkåret.
- (48) Ved vurderingen av om BPA-tjenesten til B utgjorde en selvstendig økonomisk enhet i Uloba, tar jeg utgangspunkt i Høyesteretts omtale av vilkåret i Rt-2015-718 (Kirkens Bymisjon) avsnitt 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."**
- (49) Bistandstjenesten rundt B besto av fem assistenter hvis eneste formål var å bistå ham. Det er ikke tvilsomt at en "organiseret helhed af lønmodtagere, som spesielt og i længere tid udfører opgaver i fællesskab, når der ikke er tale om andre produktionsfaktorer", kan utgjøre en økonomisk enhet, jf. EU-domstolens dom 13. september 2007 i sak C-458/05 *Jouini* avsnitt 32. At assistentene i en BPA-enhet ikke samarbeider under selve utførelsen av den daglige tjenesten, kan etter min mening ikke være avgjørende. Samlet leverer de en komplett assistansetjeneste, og det eksisterer følgelig et funksjonelt samarbeid mellom dem.
- (50) Jeg er enig med lagmannsretten i at prinsippet om brukerstyring står sentralt, både med hensyn til hvordan tjenesten rent faktisk er organisert og med hensyn til dens juridiske rammer.
- (51) Brukeren har, som jeg allerede har vært inne på, avgjørende innflytelse på hvilke assistenter som skal ansettes. Prinsippet om brukerstyring er også nedfelt i arbeidsavtalene med assistentene. I avtalen mellom A og Uloba står det at ansettelsen "gjelder assistanseordningen til B". Det fremgår videre at Uloba ivaretar det formelle arbeidsgiveransvaret, mens det "daglige arbeidsgiveransvaret og den praktiske arbeidsledelsen overfor arbeidstaker utøves av B". Arbeidsstedet er Bs "bolig" eller der hvor han "til enhver tid trenger assistanse", og arbeidstiden avtales direkte mellom arbeidslederen og arbeidstakeren. Avtalen inneholder også en uttrykkelig klausul om at

"arbeidsavtalen kan sies opp hvis kontraktskommunen/ULOBA BA/arbeidsleder sier opp eller gjør endringer i avtaleforholdet seg imellom." Jeg nevner for ordens skyld at denne oppsigelsesklausulen ikke har vært tema for Høyesterett.

- (52) Brukerstyringen som er nedfelt i arbeidsavtalen, begrenser arbeidsgivers styringsrett. Uloba kunne i utgangspunktet ikke pålegge A å tjenestegjøre i en annen brukers BPA-enhet eller å utføre andre arbeidsoppgaver i virksomheten. Bs BPA-ordning er da organisatorisk – og også fysisk – atskilt fra de øvrige brukerne i Uloba som har egne individuelt tilpassede ordninger.
- (53) BPA-enheten til B har flere likhetstrekk med virksomheten omhandlet i Rt-2015-718 (Kirkens Bymisjon) hva gjelder avgrensning og selvstendighet. I avsnitt 66 heter det om dette:

"... SKBOs virksomhet i Schandorffsgate 4 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 Schandorffs gate 4 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 Schandorffs gate 4, og ikke generelt i Kirkens Bymisjon eller avdelingen ByBo. De arbeidet utelukkende – muligens med et lite unntak – i Schandorffs gate 4. 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.'

- (54) Aleris har anført at brukerstyringen og Bs funksjon som daglig leder ikke kan danne grunnlag for en relevant organisatorisk avgrensning, fordi B ikke er en del av Uloba. Jeg er ikke enig i dette. Som jeg allerede har vært inne på, er brukerstyringen et lovbestemt kjennetegn ved BPA-tjenesten, noe også avtaleverket bygger på. I tillegg til avtalene med assistentene inngår Uloba egne avtaler med brukerne. Av tingrettens dom – som det på dette punkt ikke er noen uenighet om – fremgår det at en ny bruker først melder seg inn som medlem i Uloba. Deretter inngås egen avtale med medlemmet som direkte regulerer oppgaven som arbeidsleder i foretaket. Dette viser at B var knyttet til Uloba med et avtalefestet ansvar for den daglige arbeidsledelsen i enheten. Oppgaven som arbeidsleder var for øvrig uttrykkelig forutsatt i det kommunale tildelingsvedtaket. At B samtidig hadde en brukerrolle er ikke til hinder for at BPA-tjenesten var organisatorisk atskilt fra foretakets øvrige virksomhet.
- (55) Det er uansett ikke diskvalifiserende at de ansatte inngår i kundebedriftens organisasjon. I EU-domstolens dom i Jouini-saken (C-458/05) avsnitt 36 uttales følgende om betydningsen av at vikarene i et vikarbyrå var utstasjonert:

"Som den forelæggende ret har fremhævet, kan den omstændighed, at udstationerede arbejdstagere indgår i den organisatoriske struktur hos den kunde, de er stillet til rådighed for, ikke i sig selv være til hinder for, at det fastslås, at der foreligger overførsel af en økonomisk enhed. Disse arbejdstagere udgør nemlig ikke desto mindre stadig afgørende elementer, uden hvilke udførelsen af vikarbureauets økonomiske aktivitet i det væsentlige ville være umulig. Den omstændighed, at de – således som det i øvrigt fremgår af artikel 1, nr. 2), i direktiv 91/383, der er anført i artikel 2, stk. 2, andet

afsnit, litra c), i direktiv 2001/23 – er knyttet til overdrageren i kraft af et arbeidsforhold, og at overdrageren aflønner dem direkte, bekræfter desuden deres tilknytning til den virksomhet, der drives af denne overdrager, og følgerig deres bidrag til, at der foreligger en økonomisk enhed hos denne."

- (56) Det er heller ikke noe krav om at den overførte virksomheten utgjør en egen regnskapsmessig enhet. Jeg peker likevel på at BPA-tjenesten hadde en økonomiske avgrensning gjennom timetallet i Bs tildelingsvedtak. Vedtaket utgjorde samtidig den økonomiske forutsetningen for aktiviteten i enheten gjennom den individuelle avtalen med kommunen.
- (57) Så langt mener jeg at enheten knyttet til Bs BPA-ordning var klart atskilt fra Ulobas øvrige virksomhet.
- (58) Den ankende part har videre gjort gjeldende at assistentene som bisto B, ikke utgjorde en "stabil og operasjonell enhet, som selv er i stand til å levere de tjenester som er karakteristiske for virksomhetens økonomiske aktivitet", jf. Rt-2011-1755 (Gate Gourmet) avsnitt 53. I Jouni-dommen avsnitt 34 heter det om dette:
- "...[i] denne sammenheng innebærer vurderingen af, om der foreligger en økonomisk enhed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2001/23, at det skal efterprøves, om de driftsmidler, der er overført af overdrageren, hos ham udgjorde en operationel helhed, der i sig selv var tilstrækkelig til at gøre det muligt at præstere tjenesteydelser, der er karakteristiske for virksomhedens økonomiske aktivitet, uden at det er nødvendigt at gøre brug af andre vigtige driftsmidler eller andre dele af virksomheden."**
- (59) Det er på det rene at Uloba sentralt utførte støttefunksjoner til BPA-enhetene, som for eksempel kvalitetssikring, regnskapsføring, fakturering og lønnsutbetalinger. I tillegg bisto foretakets såkalte BPA-rådgivere med opplæring av brukerne for å sette dem i stand til å lede assistentene i den daglige BPA-tjenesten. Rådgiverne var dessuten tilgjengelige for individuell og generell oppfølging av brukeren ved behov.
- (60) At også *deler* av en virksomhet kan virksomhetsoverdras, tilsier at rent administrative støttefunksjoner fra andre deler av virksomheten ikke er til hinder for at lovens vilkår er oppfylt. Spørsmålet er om det samme gjelder når de faglige støttefunksjonene som inngår som en naturlig del av Ulobas BPA-leveranse, er lagt et annet sted i virksomheten.
- (61) Jeg legger i denne sammenheng betydelig vekt på at *substansen* i BPA-tjenesten er assistentenes regelmessige bistand til brukeren. I Bs forlengelsesvedtak av desember 2014 er det "praktisk bistand person, praktisk bistand hushold og fritid" som er innvilget med til sammen 32 timer per uke. Det fremgår dessuten av årsrapporten for 2014 at de sentrale støttefunksjonene til blant annet B, utgjorde en helt begrenset del av Ulobas samlede tjenesteytelse. Da overføringen til Aleris fant sted, var opplæringen av B allerede gjennomført.
- (62) Betydningen av faglige støttefunksjoner var også oppe i Rt-2015-718 (Kirkens Bymisjon) der førstvoterende i avsnitt 68 uttaler:

"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 samarbeid på tvers av avdelinger. Slike relasjoner kan ikke frata avdelingen den

selvstendighet som kreves etter § 16-1. "

(63) Jeg mener på denne bakgrunn at BPA-enheten utgjorde en operasjonell enhet til tross for at Uloba sentralt bidro med enkelte støttefunksjoner. At tjenesten var stabil følger av at B har et vedvarende bistandsbehov og at det kommunale tildelingsvedtaket følgelig fornyes hvert år.

(64) Min konklusjon er da at BPA-enheten til B var en selvstendig økonomisk enhet, og at enhetsvilkåret følgelig er oppfylt.

(65) Jeg går så over til å behandle identitetsvilkåret.

(66) Ved vurderingen tar jeg utgangspunkt i EU-domstolens dom 18. mars 1986 i sak C-24/85 *Spijkers*, som er fulgt opp i senere domstolspraksis. I avsnittene 12 og 13 heter det:

"Et forhold er således ikke omfattet af begrepet overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, blot fordi den pågældende virksomheds aktiver overdrages. I et tilfælde som det i sagen omhandlede må der således ske en nærmere vurdering af, om der er tale om en endnu bestående økonomisk enhed, som afhændes, hvilket navnlig må lægges til grund, såfremt den nye indehaver rent faktisk fortsætter eller genoptager driften i form af de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter.

Ved afgørelsen af, om dette må anses for tilfældet, må der tages hensyn til samtlige omstændigheder omkring afhændelsen, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overtagelse af de fysiske aktiver som for eksempel bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overdragelsen, hvorvidt den nye indehaver overtager størstedelen af arbeidsstyrken, om kundekredsen overtages samt i hvor høj grad de økonomiske aktiviteter før og efter overdragelsen er de samme, og hvor længe virksomhedens drift eventuelt har været indstillet. Det bemærkes dog i denne forbindelse, at alle disse omstændigheder kun kan indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og at de derfor ikke kan vurderes isoleret."

(67) Det skal med andre ord foretas en helhetsvurdering, men vekten av de ulike momentene vil avhenge av hvilken form for virksomhet som overføres, jf. EU-domstolens dom 19. oktober 2017 i sak C-200/16 *Resendes* avsnitt 27–28.

(68) Slik saken er opplyst, er jeg enig med lagmannsretten i at det var arbeidskraften som var den dominerende innsatsfaktoren i BPA-tjenesten til B, og at kontinuiteten i arbeidsstokken følgelig står helt sentralt.

(69) Senest i *Resendes*-dommen uttaler EU-domstolen følgende i avsnitt 29:

"Domstolen har således i denne henseende fastslået, at i en branche, hvor arbeidskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, kan identiteten af en økonomisk enhed ikke opretholdes, hvis ikke størstedelen af denne enheds arbeidsstyrke overtages af den angivelige erhverver (dom af 26.11.2015, Aira Pascual og Algeposa Terminales Ferroviarios, C-509/14, EU:C:2015:781, præmis 35)."

(70) I vårt tilfelle ble tre av fem assistenter ansatt i Aleris. Disse tre assistentene var i likhet med A, fast ansatt i Uloba før oppsigelsen. Den andre assistenten som ikke ble ansatt i Aleris, var en tilkallingsassistent. Størstedelen av enhetens arbeidsstyrke ble følgelig overtatt av Aleris. Assistentene var ferdig opplært til å tjenestegjøre for B og hadde da en særlig erfaring med nettopp ham.

- (71) Som jeg allerede har redegjort for, har BPA-tjenesten også andre karakteristika. Assistentene var knyttet til B gjennom hans brukerstyrte valg. Aleris sto med andre ord ikke fritt til selv å velge nye assistenter. Dette underbygger etter mitt syn den overførte virksomhetens identitet. Jeg finner det da ikke avgjørende hvilken stillingsandel assistentene som fortsatte i Aleris, hadde før og etter leverandørbyttet.
- (72) Også de økonomiske aktivitetene før og etter overdragelsen er de samme. Virksomhetens innhold er å bistå B under hans daglige arbeidsledelse. Tjenesten finner fortsatt sted i Bs hjem og der han oppholder seg. Det økonomiske grunnlaget for tjenesten er det samme rullerende kommunale tildelingsvedtaket. At det ikke ble overført andre immaterielle eiendeler i form av kvalitets- og opplæringsystemer, håndbøker og digitale verktøy, har etter min mening ingen betydning. Gjennom helse- og pasientlovgivningen, X kommunes forutgående konsesjonsbehandling og det standardiserte avtaleverket, var brukerne sikret et likeverdig tjenestetilbud under tilsvarende manualer ved overgang til ny leverandør. Den vesentligste forskjellen før og etter overdragelsen var at A og tilkallingsassistenten ikke fulgte med.
- (73) Overføringen i vår sak er langt på vei sammenlignbar med saksforholdet i Rt-2015-718 (Kirkens Bymisjon) der førstvoterende i avsnitt 93 oppsummerte identitetsvilkåret slik:
- "... 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."
- (74) Jeg finner på denne bakgrunn at den økonomiske virksomheten i det vesentlige var den samme etter overdragelsen til Aleris, og at identitetsvilkåret følgelig er oppfylt.
- (75) Konklusjonen er at overføringen av BPA-tjenesten til B fra Uloba til Aleris var en virksomhetsoverdragelse.
- (76) Anken må da forkastes.
- (77) A har vunnet saken, og skal ha sine sakskostnader erstattet etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd. Sakskostnadskravet er på 471 070 kroner, hvorav 465 600 kroner er salær. Merverdiavgift kreves ikke dekket.
- (78) Aleris har ikke hatt innsigelser til beløpet, og jeg mener kravet må tas til følge.
- (79) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
 2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Aleris Ungplan & BOI AS til A 471 070 – firehundredeogsyttientusenogsytti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen.
- (80) Dommar **Høgetveit Berg:** Eg er i det hovudsaklege og i resultatet einig med førstvoterande.

- (81) Dommer **Falch:** Likeså.
- (82) Dommer **Normann:** Likeså.
- (83) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (84) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Aleris Ungplan & BOI AS til A 471 070 – firehundredeogsyttientusenogsytti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen.

Riktig utskrift bekreftes: