



OSLO TINGRETT

DOM

Avsagt: 27.11.2024 i Oslo tingrett,

Saksnr.: 24-066932TVI-TOSL/04
24-068122TVI-TOSL/04

Dommer: Tingrettsdommer Per Kaare Nerdrum

Meddommere: Seniorrådgiver Øivind Mediaas
Marianne Midthus Østby

Saken gjelder: Om fastsettelse av at arbeidsforhold er overført gjennom virksomhetsoverdragelse, samt erstatning og oppreisning

A, B, C, D, E, F, G

Advokat Kjetil Skeide Edvardsen,
Advokat Thea Rabe

H
mot

Advokat Magnus Buflod

Oslo kommune v/ordføreren

Advokat Marianne Aasland Kortner

DOM

Saken gjelder om Oslo kommunes overtakelse av utførelsen av Basistjenestene ved Ljabrubakken Omsorg+ den 1 mars 2024 faller inn under arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelser.

Særlig reiser saken spørsmål under det såkalte Identitetsvilkåret, om det forhold at ny driver ikke overtar noen av virksomhetens tidligere ansatte, utelukker at det foreligger en virksomhetsoverdragelse når den aktuelle virksomheter en såkalt "*sammensatt*" virksomhet der virksomhetens identitet både karakteriseres gjennom sine driftsmidler og sitt personale.

Prosesshistorie

Fagforbundet tok ut stevning 24 april 2024 på vegne av åtte navngitte medlemmer med påstand om at det forelå en virksomhetsoverdragelse som utløste erstatning.

Sykepleierforbundet tok ut stevning 26 april 2024 på vegne av ett navngitt medlem med likeartet påstand. Tingretten besluttet å samle søksmålene til felles behandling 16 mai 2024.

Oslo kommunen påsto seg frifunnet i begge saker 11 juni 2024.

Den 19 august 2024 besluttet retten å ikke utsette behandlingen av pengekravene til etter at virksomhetsoverdragelsesspørsmålet var rettskraftig avgjort. Partene nådde deretter frem til en utenrettslig, subsidiær enighet om pengekravenes størrelse pr tidspunktet for tingrettens dom.

Hovedforhandling ble gjennomført over tre rettsdager 4-6 november 2024. Retten ble satt med to arbeidslivskyndige meddommere. Under hovedforhandlingen ble saken hevet for saksøker Nasenet Okbaess Hamid ved kjennelse av 5 november 2024, som er inntatt i rettsboken. Det ble gitt ni parts- og vitneforklaringer, og foretatt slik dokumentasjon som rettsboken sammenholdt med sakens digitale dokumentsamling på 631 sider (forkortet "*DS*" + sidetall). I tillegg ble benyttet felles juridisk utdrag og tilleggsutdrag på henholdsvis 906 og 194 sider (forkortet henholdsvis "*JU*" og "*JTU*" + sidetall).

Saksøkernes påstandsgrunnlag

Saksøkerne har i det vesentlige anført:

- Prinsipalt, at det foreligger en virksomhetsoverdragelse. Det er enighet om at Enhetskriteriet og Overdragelseskriteriet er oppfylt, og at virksomheten tilknyttet utførelsen av Basistjenestene ved Ljabrubakken karakteriseres av kombinasjonen av tjenestenes innhold, infrastrukturen den ble utført ved hjelp av, og av virksomhetens ansatte. Med unntak for de ansatte som de ufravikelige regler om virksomhetsoverdragelse nettopp er gitt for å beskytte, er både det spesialiserte bygget med 54 leiligheter med tilhørende leiekontrakter, beboere og bygningsmessige

infrastruktur med kjøkken, fellesarealer og 54 private boliger; Omsorg+-tjenestens rettslige grunnlag, finansieringsmodell og organisering med beboerråd; og Basistjenestenes innhold inkludert frisør/fotpleie/renhold som Stendi subkontraherte ut til andre, videreført tidsmessig sømløst og innholdsmessig identisk uendret. Det endrer verken Virksomhetens identitet

- at møblering er endret, at en TV er kommet til i fellesarealene, eller at kantinens åpningstid er noe utvidet, eller
- at Bydelen har etablert medisins- og vaktrom for hjemmetjenesten i bygget – helsetjenester ligger utenfor Virksomheten og har sammen med treningsleilighetene alltid vært hjemmetjenestens ansvar. Det samme gjelder teknisk infrastruktur som smarthusløsning og velferdsteknologi.

Utelatelsen av de ansatte kan da heller ikke endre Virksomhetens identitet, når Virksomhetens øvrige identitetsbærende faktorer er overført til Bydelen, som viderefører Virksomheten med samme innhold uten tidsmessig avbrudd; og

- Subsidiært, at lovreglene om virksomhetsoverdragelse suppleres av en omgåelsesregel som går utover domstolenes adgang til å fravike arbeidsgivers klassifikasjon der denne avviker fra de underliggende realiteter; til å avvise tolkningsresultater som strider mot arbeidsmiljølovens verneformål; og til å pålegge arbeidsgiveransvar i samsvar med realiteten der arbeidsgiverfunksjoner utøves av flere, jf omtalen i NOU 2004-5 Arbeidslivslovutvalget s 366; Ot prp nr 49 (2004-2005) s 258-59; og Prop 14L (2022-2023) s 54-55. I tillegg overprøver domstolene i vid utstrekning sakligheten av den enkelte arbeidsgivers styringsrettsbeslutninger.

Lovgiver har overlatt til domstolene å fastsette omgåelsesnormens innhold gjennom rettspraksis: Ansattes stillingsvern utgjør arbeidsmiljølovens beskyttede kjerne og kapittel 16 er gjort ufravikelig. Bydelen har rett til å beslutte om Basistjenestene skal utføres i egen regi eller settes ut på anbud, og til å justere grensesnittet mellom Basistjenester og helsetjenester inkludert rett til å beslutte at husvertene bør ha helsefaglig kompetanse. Men endringer i form av nye kompetansekrav eller endret grensesnitt mot andre virksomheter kan ikke besluttes, og personellmessige endringer kan ikke gjennomføres, før etter at Virksomheten er overført. Når så likevel skjer, kan domstolene overprøve Bydelens styringsrettsbeslutning om å bemanne Ljabrubakken med egne ansatte på bekostning av Stendis ansatte tilknyttet Virksomheten. I intet tilfelle endret kommunen kompetansekrav, grensesnitt eller arbeidsoppgaver for avdelingsleder, kokk og aktivitør. Her er omgåelsesregelen overtådt.

Dersom søksmålet fører frem, er rettsfølgene både hva gjelder ansettelsesforholdenes overføring og de individuelle pengekrav omforent mellom partene.

Saksøkernes påstand:

Advokat Edvardsen la ned slik påstand i sak 24-66932:

1. Ansettelsesforholdene

A, B, C, D, E, F og G sine rettigheter og plikter som fulgte av arbeidsavtalene med Stendi Senior AS er overført til Oslo kommune.

2. Erstatning

2.1 A tilkjennes erstatning med kr. 179.413 hvorav 40 000 av dette er ikke-økonomisk tap, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

2.2 B tilkjennes erstatning med kr. 152 142 hvorav 40 000 av dette er ikke-økonomisk tap, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

2.3 C tilkjennes erstatning med kr. 361 722 hvorav 40 000 av dette er ikke-økonomisk tap, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

2.4 D tilkjennes erstatning med kr. 330 315 hvorav 40 000 av dette er ikke-økonomisk tap, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

2.5 E tilkjennes erstatning med kr. 45 180 hvorav 40 000 av dette er ikke-økonomisk tap, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

2.6 F tilkjennes erstatning med kr. 144 933 hvorav 40 000 av dette er ikke-økonomisk tap, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

2.7 G tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk tap med kr. 40 000 med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

3 Sakskostnader

Oslo kommune dekker A, B, C, D, E, F og G sine sakskostnader.

Advokat Buflod nedla slik påstand i sak nr 24-68122:

1. Hs rettigheter og plikter etter arbeidsavtale med Stendi Senior AS er overført til Oslo kommune.
2. H tilkjennes erstatning med kr 354 253,- hvorav 40 000 av dette er ikke-økonomisk tap, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.
3. Oslo kommune dømmes til å erstatte H sakskostnader.

Saksøktes – Kommunens - påstandsgrunnlag

Kommunen har i det vesentlige anført:

- Prinsipalt, at EU-direktivets formål etter rettspraksis er å sikre en rimelig balanse mellom interessene til arbeidstakerne og til den overtakende driver. Både Rt 2001 s 248 Olderdalen og Rt 2011 s 1755 Gate Gourmet viser at det ikke må være noen

virksomhetsoverdragelse selv om forgjengerens funksjon ivaretas av den overtakende driver. Man skiller mellom virksomheter som karakteriseres av personell, av fysiske driftsmidler eller av immaterielle rettigheter/knowhow, eller av kombinasjoner av disse. Arbeidskraften vil oftest prege identiteten av en tjenesteytende virksomhet i større grad, slik som her. I alle tilfeller er spørsmålet om en tilstrekkelig del av den aktuelle virksomhets identitets-karakteriserende elementer er videreført uendret. Det endrer ikke vurderingen av Identitetsvilkåret at partene kan påvirke hvilke identitets elementer som overtas av den nye driver – spørsmålet er hvilke elementer som rent faktisk kan gjenfinnes.

For sammensatte virksomheter som Ljabrubakken må både en tilstrekkelig del av infrastrukturen og en tilstrekkelig del av personalet videreføres før det foreligger en virksomhetsoverdragelse i lovens forstand. I saken her

- Er bygningsmassen mindre definerende for virksomhetens identitet enn arbeidskraften, samtidig som bygningsmassen i forbindelse med overtakelsen ble endret ved at både et medisinerom og et hjelpemiddelrom ble etablert; ekstrarom ble allokert til husvertene og hjemmetjenesten; TV-stue ble introdusert og møbler i fellesarealene fjernet/byttet ut; kantina har fått utvidet åpningstid og kjøkkenet har blitt produksjonskjøkken også for andre utenfor Ljabrubakken, og virksomheten er mer utadrettet og inkluderende mot personer i nærområdet. Videre arbeides det for å åpne helsestasjon på Ljabrubakken for eldre som bor både innenfor og utenfor bygningsmassen, og arealer for helsestasjon er satt av,
- Ble ikke beboerne skiftet ut ved overtakelsen. Samtidig har beboermassen opplevd omfattende utskiftninger og samtidig sterkt økende helsebehov gjennom Stendis driftsperiode, slik at beboermassen er vesentlig endret sammenlignet med da beboerne flyttet inn i 2016, og
- Er ikke en eneste ansatt overtatt, fordi Kommunen både hadde personalressurser og kompetanse til å drifte selv, i motsetning til i Rt 2015 s 718 Kirkens Bymisjon der de ansatte utførte spesialiserte tjenester, kompetanseoverføring sto sentralt for Kommunen ønske om å spre driftskonseptet til andre bydeler, og to sentrale medarbeidere fulgte virksomheten. Kommunen driver allerede 12 andre Omsorg+ - boliger. Etter overtakelse har kompetansekravene på Ljabrubakken økt særlig for husvertene som nå har helsefaglig kompetanse, utvidede oppgaver ved at nattevakten er endret fra hvilende til våken, og fulltidsstillinger. Stendis kontrakter med ekstern frisør, fotpleier og renholdsfirmas ble heller ikke overført til Kommunen, og frisør og fotpleie ble gjenopptatt først etter tidsmessig avbrudd og med andre leverandører. Videre er driftens visjon endret med økt fokus på tverrfaglig samarbeid, tettere oppfølging av beboerne med økt fokus på legemiddelhåndtering og ernæring, og felles helsejournalssystemer; og

- Subsidiært, at saken mangler holdepunkter for at Kommune bevisst har forsøkt å unngå eller omgå reglene om virksomhetsoverdragelse, hvilket taler mot bruk av en påstått gjennomskjæringsregel.

Dersom søksmålet likevel fører frem, er rettsfølgene både hva gjelder ansettelsesforholdenes overføring og de individuelle pengekrav omforent mellom partene.

Kommunens påstand i begge saker:

1. Oslo kommune frifinnes.
2. Oslo kommune tilkjennes sakskostnader.

Rettens vurdering

Sammendrag

Tingretten finner enstemmig, at Kommunens overtakelse av Basistjenestene ved Ljabrubakken pr 1 mars 2024 faller inn under arbeidsmiljølovens § 16-1 om virksomhetsoverdragelser. Søksmålene fører derfor frem.

Hovedgrunnen er at Kommunen har videreført med uendret innhold absolutt alle Basistjenester overfor de samme beboere med de samme driftsmidler som Stendi gjorde, med det ene unntak at Kommunen valgte bort de ansatte som utførte Basistjenestene. Det endrer ikke den videreførte virksomhets identitet at Kommunen har valgt å utvide Basistjenestenes innhold etter overtakelsen med den følge at særlig husvertene ved Ljabrubakken nå også utfører enkelte tilleggstjenester utover Basistjenestene.

Videre finner tingretten at reglene om virksomhetsoverdragelse også omfatter virksomheter der personell inngår blant virksomhetens identitets-karakteriserende elementer - selv om overtaker velger de ansatte bort før overtakelsen. Hvorvidt Identitetsvilkåret er oppfylt avhenger av en samlet vurdering der "*alle fakta som karakteriserer transaksjonen tas i betraktning og vurderes i sammenheng med hverandre*", jf Bymisjonsdommen avsnitt 78s gjengivelse av oppsummeringen i SAS-dommen avsnitt 74-86. Ikke-overtakelse av ansatte er derfor ikke i seg selv til hinder for at det foreligger en virksomhetsoverdragelse i lovens forstand.

I saken har partene vært forholdsvis enige om både den generelle lovtolkning, og i beskrivelsen av den foretatte overføring. Tvisten har knyttet seg til anvendelsen av de skjønnsmessige regler på det samlede hendelsesforløp – *subsumpsjonen*.

I det følgende skal tingretten begrunne sitt syn mer utførlig:

Rettsreglene

Oversikt

Det er ikke omtvistet at arbeidsmiljøloven kap 16 om Arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse springer ut av og implementerer EUs ulike rådsdirektiver om "*tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter*" – senest direktiv 2001/23/EF ("*Direktivet*"). Direktivet har stilt minimumskrav til innholdet i medlemsstatenes nasjonale beskyttelseslovgivning siden 1977, og ble norsk rett ved EØS-avtalens ikrafttreden i 1994. Norge har i liten grad benyttet adgangen til å gi arbeidstakere større beskyttelse enn Direktivet krever, slik at innholdet i våre nasjonale regler samsvarer med Direktivet slik dette er blitt tolket og utviklet av EU-domstolen og EFTA-domstolen over tid.

Både Direktivets overskrift og fortale pkt 3 gjør klart at Direktivets formål er å sikre at arbeidstakeres rettigheter blir ivare tatt ved overdragelse av virksomhet eller del av virksomhet. Det er ingen tvil om at "*EU-domstolen har i tråd med dette anlagt en formålsstyrt tolking av direktivet i favør av arbeidstakerne*"¹.

Nyere rettspraksis tilsier samtidig, at Direktivets beskyttelsesformål ikke avskjærer erververen fra "*at foretage de tilpasninger og ændringer, der er nødvendige af hensyn til fortsættelsen af den pågældendes aktiviteter*" – tvert om skal Direktivets beskyttelsesformål "*sikre at ansatte gis samme grad av beskyttelse i sitt forhold til erververen som de hadde i sitt forhold til overdrageren etter rettsreglene i den aktuelle EØS-stat*"².

I HR-2021-2554-A Aker Solutions avsnitt 63, som gjaldt anvendelsen av en norsk prosessfristregel i arbeidsmiljøloven § 17-3 som skal anvendes "*tilsvarende så langt de passer*" også for virksomhetsoverdragelser (§ 16-4 (3)), nevnte Høyesterett at det "(S)amtidig må ... tas hensyn til at også arbeidsgiversidens interesser er relevante ved tolkingen av arbeidsmiljøloven." Uttalelsen gjaldt således ikke betydningen av "*arbeidsgiversidens interesser*" på tvers av eller i konkurranse med Direktivets beskyttelsesformål, men at også arbeidsgivers interesser var relevante ved vurderingen av i hvilken grad en nasjonal fristregel "*passer*" også for virksomhetsoverdragelser.

Det kan være flere syn på hvor langt eller kort "*arbeidsgiversidens interesser*" etter dette kan eller bør la seg kombinere med Direktivets ufravikelige hovedformål om å sikre de ansattes rettigheter ved virksomhetsoverdragelser, jf kort omtale i blant annet Fougner, Norsk arbeidsrett, 2019 s 968-69; Fougner m fl, Arbeidsmiljøloven Lovkommentar, 2018 s 994 pkt III.1; og Fougner m fl, Omstilling og nedbemanning, 2016, midt på s 151 – øverst på s 152.

Tingretten bygger på, at det må skilles mellom spørsmålet om det aktuelle hendelsesforløp utgjør en virksomhetsoverdragelse innenfor Direktivet (rettsvilkårs-siden), og det

¹ Jf oppsummeringen i HR-2017-2277-A Aleris avsnitt 45 med videre henvisning til Rt 2011 s 1755 Gate Gourmet avsnitt 45.

² jf henholdsvis EU-domstolens C-344/18 ISS av 26 mars 2020 avsnitt 26 og EFTA-domstolens dom E-10/14 Deveci av 18 desember 2014 avsnitt 57 - begge med omfattende videre henvisninger.

etterfølgende spørsmål om hvilken handlefrihet/styringsrett den nye driver har overfor arbeidstakere som er overtatt i samsvar med Direktivet (rettsfølge-siden). Direktivets beskyttelse går i hovedsak ut på at de ansattes arbeidsforhold følger med virksomheten til ny driver på – i hovedsak – uendrede lønns- og arbeidsvilkår ved overføringen. EU-rettskildene i note 2 trekker i retning av at også arbeidsgivers interesser vil kunne tillegges vekt ved vurderingen av hvilken handlefrihet og styringsrett den nye arbeidsgiver har etter at overdragelsen er gjennomført. Tingretten finner imidlertid ingen holdepunkter for at arbeidsgivers interesser skal kunne tillegges selvstendig betydning på tvers av Direktivets uttalte beskyttelsesformål ved vurderingen av om den aktuelle situasjon faller innenfor eller utenfor Direktivet.

Det er ikke omtvistet, og retten er enig i, at det ikke har noen selvstendig betydning i saken at Basistjenestene ble overtatt av en kommune, jf C-463/09 CLECE avsnitt 25-27.

Rettsvilkårs-siden av de norske regler om virksomhetsoverdragelser fremgår av § 16-1 (1), 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."

Tre kumulative vilkår

EU-domstolen har stilt opp tre kumulative vilkår for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse. Høyesterett har oppsummert vilkårene slik³:

"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."

Det er ikke omtvistet, og retten er enig i, at både Enhetsvilkåret og Overdragelsesvilkåret her er oppfylt.

Særlig om Identitetsvilkåret

Kjernen i Identitetsvilkåret er at den virksomhet som omfattes av Enhetsvilkåret i det vesentlige kan gjenfinnes etter overdragelsens gjennomføring. I Aleris-dommen tok Høyesterett følgende utgangspunkt ved vurderingen av Identitetsvilkåret⁴:

"(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

³ I HR-2017-2277-A Aleris avsnitt 43.

⁴ Avsnitt 66-67.

tilfælde som det i saken 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.⁵

(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."

Tingretten bygger etter dette på, at rettspraksis for å strukturere skjønnsutøvelsen under Identitetskriteriet dels knytter an til en kvalitativ hjelpevurdering av hva som utgjør vedkommende virksomhets "*identitets-karakteriserende elementer*", dels en kvantitativ hjelpevurdering av om en "*tilstrekkelig del*" av disse elementer gjenfinnes også etter overdragelsen. I alle tilfeller må det til slutt foretas en samlet og konkret vurdering av alle relevante momenter og hvilken vekt de skal tillegges i det aktuelle tilfelle.

Kvalitativ hjelpevurdering

Ved den kvalitative hjelpevurdering av "*hvilken form for virksomhet som overføres*", har rettspraksis gjerne sett hen til om aktiviteten i det vesentlige kjennetegnes av

- arbeidskraft/personale;
- utstyr og maskiner;
- immaterielle rettigheter/know-how; eller
- flere enn bare én av disse tre kategorier – såkalte "*sammensatte tilfeller*".

Som gjennomgått mer utførlig nedenfor, finner tingretten at Basistjenestene ved Ljabrubakken utgjør et såkalt "*sammensatt tilfelle*" som både karakteriseres av det tjenesteytende personale; tjenestens forskriftsbaserte innhold og finansieringsmodell med tilhørende uendret kundekrets; og spesialtilpassede, stedbundne og kostbare driftsmidler i form av bygningsmasse med utstyr. Det er da unødvendig å gå utførlig inn på EU-domstolens bedømmelse av endimensjonalt karakteriserte virksomheter.

For sammenhengens skyld nevnes likevel, at renholds- og hjemmehjelptjenester er ansett som tjenesteytende bransjer preget av arbeidskraften, fordi slike tjenester verken er kapitalintensive eller preget av knowhow eller andre immaterielle aktiva⁵. For slike virksomheter vil Identitetsvilkåret bare være oppfylt hvis "*størstedelen*" av arbeidsstyrken overtas av den nye

⁵ Rt 2015 s 718 Kirkens bymisjon avsnitt 75-76.

driver⁶. Andre tjenesteytende virksomheter kan bedømmes annerledes, som bakketjenester på flyplass⁷, og advokat- og konsulenttjenester.

For tjenesteytende virksomheter som i det vesentligste karakteriseres av driftsmidler som utstyr og maskiner, vil Identitetsvilkåret kunne være oppfylt selv om overtaker ikke overtar en eneste tidligere ansatt⁸. Anbudskjøring av bussruter krever både sjåfører, busser og garasjeanlegg. I C-172/99 *Liikenne* la EU-domstolen til grunn at unnlatt overføring av busser og anlegg gjorde at Identitetsvilkåret ikke var oppfylt (avsnitt 39-44). Unnlatt overtakelse av bussene var likevel ikke til hinder for at Identitetsvilkåret kunne være oppfylt i C-298/18 *Grafe og Pohle*, fordi bussene her i alle tilfeller måtte skiftes ut - både fordi de hadde nådd tillatt driftslevetid og fordi de ikke lenger oppfylte det nye anbuds tekniske krav (avsnitt 32-35).

Høyesterett har vurdert Identitetsvilkåret ved sammensatte tilfeller i tre avgjørelser:

- I *Bymisjonsdommen* fant Høyesterett at virksomheten var et sammensatt tilfelle som karakterisert av både arbeidskraften, de spesialinnredete lokaler; og den særlige knowhow som var opparbeidet gjennom åtte år⁹. Overtakelsen av i underkant av 20 % av arbeidsstokken bidro til å at Identitetsvilkåret ble ansett oppfylt;
- I dommen om *Gate Gourmet* fant Høyesterett at flycatering var et sammensatt tilfelle karakterisert av både betydelige fysiske driftsmidler samtidig som virksomheten var arbeidsintensiv. Selv om virksomhetens økonomiske grunnlag og kunder samt omtrent en tredel av de ansatte inkludert en del nøkkelfunksjoner ble overtatt, ble virksomheten i sin helhet flyttet til et nybygget, spesialinnredet bygg på 7 000 m² med kostbart og omfattende produksjonsutstyr og nye spesialkjøretøy for å frakte maten til flyene. Samlet falt tilfellet utenfor reglene om virksomhetsoverdragelse¹⁰; og
- I dommen om *Olderdalen Ambulanse* fant Høyesterett at ambulanses virksomhet var et sammensatt tilfelle karakterisert av både personellens tjenester og fagkyndighet, og av spesialtilpasset ambulansebil. Når ny driver verken overtok ansatte eller bil, forelå ingen virksomhetsoverdragelse¹¹.

Kvantitativ hjelpevurdering

I enkeltsaker om sammensatte tilfeller har rettspraksis vært tilbakeholden med å konkretisere absolutte kvantitative minstekrav til hver av de virksomhets-karakteriserende kategorier. Nærmest kommer dommen om *Kirkens bymisjon*¹², som

- Pekte på at *SAS*-dommen gjaldt en virksomhetsoverdragelse etter at en "*ikke ubetydelig andel*" (dvs i underkant av en fjerdedel) av de ansatte ble overtatt;

⁶ Jf C200/16 *Resendes* avsnitt 29 (som gjaldt vaktjenester ved kaianlegg og havner for lystbåter og næringstrafikk) og C-463/09 *CLECE* avsnitt 41 (som gjaldt rengjøring av skoler og kommunale lokaler uten bruk av "*særlige materialer*").

⁷ Rt 2006 s 71 *SAS* og Rt 2010 s 330 *Bardufoss Flyservice*.

⁸ Jf C-509/14 *Aira Pasqual* avsnitt 36-37 og 41 (som gjaldt kranhåndtering av containere brukt til intermodal transport ved jernbaneterminalen i Bilbao), og C-340/01 *Abler Sodexo* avsnitt 37 (som gjaldt drift av storkjøkken karakterisert av lokaler, vann og energi samt nødvendige større og mindre maskiner, samt overtakelse av en fast kundekrets). I begge dommer ble fremhevet at "(E)n *anderledes fortolkning ville være i strid med det nævnte direktivs hovedformål, nemlig at opretholde arbejdsaftalerne med overdragerens ansatte, selv mod erhververens vilje.*"

⁹ Rt 2015 s 718 avsnitt 80-94.

¹⁰ Rt 2011 s 1755 avsnitt 61-67.

¹¹ Rt 2001 s 248 (s 256-57).

¹² Rt 2015 s 718 avsnitt 94.

- Fant at kommunens overtakelse av booppfølgingstjenestene i saken utgjorde en virksomhetsoverdragelse selv om "*bare ... i underkant av en femtedel av arbeidsstokken og noe mer målt etter stillingsbrøk*" ble overtatt i tillegg til andre; og
- Uttalte avslutningsvis, at "*det kan i denne sammenheng ikke opereres med en fast nedre grense*" under henvisning til norsk juridisk teori.

Tingretten kjenner heller ingen dom fra EU- eller EFTA-domstolen som har oppstilt en fast nedre grense for hvor mange ansatte som må overtas for at et sammensatt tilfelle skal kunne være en virksomhetsoverdragelse.

Derimot finner tingretten flere holdepunkter som trekker i retning av at en overtaker av en sammensatt virksomhet karakterisert av flere ulikeartede karakteristika, og som velger å ikke overta noen ansatte fra den overtatte virksomhet, ikke derved faller utenfor reglene om virksomhetsoverdragelser:

- Dels samsvarer en slik regel dårlig med forutsetningen om det i alle tilfeller skal foretas en samlet, etterfølgende identitetsvurdering. For sammensatte tilfeller kan det lett tenkes tilfeller hvor fullstendig videreføring av enkelte sentrale identitetskarakteriserende kriterier vil kunne veie tyngre enn helt unnlatt videreføring av andre kriterier som oppfattes som mindre sentrale eller tungtveiende i det aktuelle tilfelle;
- Dels, at EU-domstolen i to avgjørelser om virksomheter som vesentlig var karakterisert av maskiner og utstyr og som ble ansett som en virksomhetsoverdragelse til tross for at ikke en eneste ansatt ble overtatt, fremhevet at "*(E)n anderledes fortolkning ville være i strid med det nævnte direktivs hovedformål, nemlig at opretholde arbejdsaftalerne med overdragerens ansatte, selv mod erhververens vilje.*"¹³; og
- Dels, at Generaladvokaten i flere forslag til avgjørelser har pekt både på
 - o omgåelses-risikoen i strid med Direktivets beskyttelsesformål, og
 - o den metodisk ulogiske rettsstilling, om en virksomhetsoverdragelse skulle falle utenfor Direktivets minimumsbeskyttelse alene på det grunnlag at overtakeren velger å ikke overta noen ansatte ved den overtatte virksomhet. Det ulogiske eller paradoksale ved en slik rettsregel er at rettsvirkningen av ufravikelig lovgivning i så fall gjøres til et rettsvilkår som partene rår over¹⁴.

Generaladvokatens observasjoner har kommet frem i overdragelsessaker om virksomheter av ulik karakter: Virksomheten i CLECE-saken ble ansett karakterisert av arbeidskraft alene (rengjøring). Abler Sodexho gjaldt en storkjøkkenvirksomhet som ble ansett som et sammensatt tilfelle. I Securicor Aviation-dommen, som gjaldt sikkerhetskontroll av passasjerer og bagasje, var den referende tyske domstols spørsmål stillet slik at domstolen ikke tok stilling til hvilke kategorier av momenter som særlig karakteriserte virksomheten.

Etter en samlet vurdering finner tingretten ikke grunnlag for å konstatere en rettsregel med det innhold, at unnlattelse av å overta noen ansatte fra en overtatt sammensatt virksomhet,

¹³ Jf C-509/14 Aira Pasqual avsnitt 41 med henvisning til C-340/01 Abler Sodexho avsnitt 37.

¹⁴ Jf Generaladvokatens forslag til avgjørelse i CLECE-saken av 26 oktober 2010 avsnitt 62-64; i Securicor Aviation-saken av 16 juni 2005 avsnitt 52; og i Abler Sodexho-saken av 19 juni 2003 avsnitt 33.

er til hinder for at overtakelsen kan være en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven og Direktivet.

Samlet og konkret vurdering av alle relevante momenter i det aktuelle tilfelle

Uavhengig av de enkelte hjelpevurderinger må det i alle tilfeller til slutt foretas en samlet og konkret vurdering av alle relevante momenter og hvilken vekt de skal tillegges i det aktuelle tilfelle.

Bevisbedømmelsen

Om Omsorg+

Omsorg+ er et botilbud med større trygghet, aktivitet og muligheter for sosialt fellesskap for eldre over 67 år i Oslo, som er regulert av kommunens Forskrift om tildeling av bolig i Omsorg+ av 15 desember 2010 med endringer av 18 juni 2014 ("*Forskriften*"). Her fremgår blant annet

- at "*Omsorg+ består av boliger/omsorgsboliger som er fysisk tilrettelagt for eldre og samlokalisert med aktivitetssenter, kantine og bemannet resepsjon. Det enkelte Omsorg+ skal være døgnbemannet med kvalifisert personell*" (§ 2 første ledd). Omsorg+ er således ikke en institusjon, men et boligkompleks med tilleggstjenester der beboerne bor i sin egen leide og møblerte bolig;
- at søkere må ha langvarig nedsatt funksjonsevne, som likevel er "*god nok til at søker, med noe oppfølging, kan mestre å bo i en tilrettelagt bolig, samt delta i aktivitetstilbud og sosiale arenaer*" (§ 7 første ledd). Tilbudet omfatter søkere med fysisk funksjonshemming, svekket psykisk helse som følge av mildere psykiske lidelser som depresjon, angst og lignende, og generelt svekket fungeringsevne på grunn av alder (80 år og eldre). Søkere med alvorlig kognitiv svikt eller kroniske eller langvarige psykiske lidelser av alvorligere karakter faller derimot utenfor Omsorg+;
- at søkers eksisterende bolig må være utilstrekkelig fysisk tilrettelagt for søkers fysiske funksjonsnivå, eller at søker opplever ensomhet eller utrygghet som medfører reell risiko for forverring av søkers funksjonsnivå om hen blir boende i eksisterende bolig (§ 8); og
- at vedtak om tildeling av bolig i Omsorg+ fattes av bydelsdirektør (§ 12 første ledd). Den enkelte beboer inngår deretter tidsbestemt leiekontrakt i henhold til lov om husleieavtaler med Omsorgsbygg KF, som eier bygningsmassen. Målet er at beboere skal bli boende i egen Omsorg+ - bolig til de går bort.

Kommunen disponerer totalt 13 Omsorg+-bygg i Oslo. Hvert bygg inneholder mellom 50 og 100 leiligheter.

Særskilt om Ljabrubakken Omsorg+

Nordstrand bydel ("*Bydelen*") etablerte et Omsorg+-bygg i Ljabrubakken i 2015 med 54 leiligheter på mellom 40 og 50 m². Bydelsutvalget besluttet at driften skulle konkurransesettes, og lyste ut konkurranse med forhandling for kjøp av basistjenester 17 juli 2015 ("*Basistjenestene*"). De utlyste tjenester omfattet

- Husvert dag og kveld (fra kl. 08.15 til kl. 22.15) hele året;
- Daglige aktiviteter;
- Matsservering med minst et varmt måltid hver dag året rundt;
- Opsjon på husvert hele året for henholdsvis våken og hvilende nattevakt (fra klokken 22.15 til 08.15); og
- Renhold av felles- og serviceareal;

som nærmere spesifisert i kravspesifikasjon vedlagt konkurransegrunnlaget. Blant annet gjorde spesifikasjonen det klart at

- at vedlikehold og videreutvikling av de tekniske løsningene innen smarthus- og velferdsteknologi var kommunens ansvar, som driver pliktet å benytte;
- at bydelen ville "*stille med egne ressurser og aktivitetstilbud for beboerne og andre i nærmiljøet*" i tillegg til leverandørens Basistjenester; og
- at beboernes behov for pleie og omsorg ville ivaretas av bydelens hjemmetjeneste eller privat leverandør i henhold til fritt brukervalg. Slike tjenester falt derfor utenfor Basistjenestene.

Ljabrubakken inneholder også noen treningsleiligheter som særlig ble brukt for å evaluere om beboere på syke- eller helsehjem kunne klare å bo i Omsorg+, og i noen grad som KAD-plasser (Kommunal Akutt Døgnet, som er et kortvarig alternativ til sykehusinnleggelse for behandling, observasjon og pleie av innlagte pasienter med behandling av allmennleger og sykepleiere i primærhelsetjenesten). Treningsleilighetene har fortløpende vært drevet av Bydelens hjemmelsetjeneste utenfor Basistjenestene, og var eksempelvis utstyrt med sykehussenger.

Etter forhandlinger med tre tilbydere inngikk Kommunen kontrakt om utføring av Basistjenester 2 november 2015 med Aleris Omsorg AS (i dag Stendi AS) for fire år med opsjon på inntil to pluss to års forlengelse på uendrede vilkår ("*Kontrakten*"). Kontrakten inneholdt blant annet mekanismer for prisregulering i kontraktstiden; og for at oppdragsgiver kunne pålegge leverandøren endringer som lå innenfor leverandørens fagområde og ikke var urimelig tyngende i kontraktstiden. Videre pliktet Leverandøren "*å medvirke til at erfaringene fra arbeidet med oppdraget overføres til oppdragsgiveren*".

Beboerne flyttet inn i Ljabrubakken i mai 2016.

Kommunen utløste begge opsjoner på forlengelse av Kontrakten i henholdsvis 2020 og 2022.

Kontraktens utløp og "*kommunalisering*" av Basistjenestene

I bydelsdirektørens budsjettforslag for 2024 av 27 november 2023 heter det:

"Det er lagt inn et kutt i budsjettet knyttet til driften av Omsorg+. Avtalen med Stendi Senior AS om driften av Ljabrubakken Omsorg+ utløper 29.02.2024. Bydelen er til stede på huset med bemanning tilknyttet treningsleilighetene, vi leverer hjemmesykepleie og praktisk bistand til en god del av beboerne og vi er inne med fysio- og ergoterapeuter som gir oppfølging, behandling og opptrening. Ved å overta driften av hele huset, vil man få synergieffekter som vil kunne gi en besparing på 2,6 mill kr i 2024 og 3,1 mill kr i helårseffekt i 2025. Det er dessuten et mulig potensial for ytterligere innsparinger. Man vil dessuten kunne utnytte huset bedre og samlet sett levere bedre tjenester med en helhetlig drift. Bydelsdirektøren foreslår derfor at bydelen overtar driften av Ljabrubakken Omsorg+ ved den nåværende avtaleperiodens utløp, hvilket gir en innsparing på 2,6 mill kr i 2024."

2 januar 2024 varslet Bydelen om at Kontrakten løp ut 29 februar 2024; at Basistjenestene ville bli overtatt av Bydelen ved avdeling Helse og Mestring fra og med 1 mars 2024, og at man ville kalle inn til informasjonsmøte "*senere i januar*".

24 januar 2024 orienterte Stendi sine ansatte om

- at Bydelen mente det ikke forelå en virksomhetsoverdragelse;
- at Basistjenestene ville bli utført av Bydelens eksisterende ansatte uten ekstern stillingsutlysning; og
- at Stendi hadde etterlyst informasjon fra Bydelen siden september 2023, og hadde unnlatt å si opp noen av de berørte ansatte fordi man ventet at bydelen ville overta disse gjennom reglene om virksomhetsoverdragelse.

Dagen etter tok saksøker Mathisen opp situasjonen med Fagforbundet, som kontaktet Bydelen 13 februar. 19 februar svarte kommunen at det var "*vanskelig å se for seg at identitetsvilkåret vil være oppfylt uten at noen av de ansatte blir med over til bydelen*". I tillegg planla Bydelen driften endret gjennom personell med høyere kompetansenivå og gjennom hvilken type aktiviteter beboerne skulle tilbys.

Informasjonsmøte for ansatte, beboere og pårørende ble holdt 5 februar 2024. I møtet kom blant annet frem

- at Stendi mente det forelå en virksomhetsoverdragelse, mens bydelen etter vurdering hos Kommuneadvokaten mente det ikke forelå en virksomhetsoverdragelse. De var enige om at informasjon om den videre drift hadde kommet for sent;
- at "*servicetilbudet ved Ljabrubakken omsorg+ vil bli opprettholdt, herunder frisør og fotpleier*";
- at Bydelen ville ha en forventningssamtale med alle beboerne for å høre hva behovet var på huset, og at Bydelen og Stendi ville "*sørge for at overgangen skal bli så myk og skånsom som mulig*". Herunder
 - o sendte Stendis aktivitetsleder 29-20 januar oversikt over eksterne aktivitetsaktører booket for tiden etter 1 mars, som alle ble gjennomført av Bydelen,
 - o gikk Stendi og Bydelen gjennom kantine og kjøkken/storkjøkken 1 og 7 februar,
 - o samarbeidet Stendi og Bydelen om bortkjøring av overflødige møbler og konvertering av hvilerom til medisinerom 26-29 februar, og

- gjennomgikk Stendi og Bydelen brukerinformasjon, nøkler, strømmåler, porttelefon mv 28 februar 2024.

27 februar 2024 avholdt bydelen nytt informasjonsmøte for beboere og pårørende. Av invitasjonen fremgår

- at bydelen ville drifte alle Basistjenester inkludert renhold og enkelte vaktmesterfunksjoner med egne ansatte. Nattevakten ville være våken (og ikke lenger hvilende) og ha helsefaglig kompetanse, og kafeen ville drives av kantina på bydelshuset på Lambertseter;
- at "(S)ervicetilbudet ved Ljabrubakken Omsorg+ vil bli opprettholdt, herunder frisør og fotpleier", og det ville bli tilrettelagt for tverrfaglig tilbud med fysio- og ergoterapi på huset; og
- at mange av hjemmetjenestens ansatte som allerede jobbet på huset ville fortsette å jobbe med Omsorg+ "for å sikre kontinuitet, trygghet og kjennskap til beboerne". Bydelens ansatte ville derfor flytte gradvis inn i lokalene i løpet av februar for å være klar til oppstart 1 mars.

Av Bydelens referat fra møtet 27 februar fremgår videre,

- at Bydelen fra 1 mars 2024 i tillegg til våken nattevakt med helsefaglig bakgrunn også ville stasjonere hjemmehjelpens nattjeneste på Ljabrubakken;
- at husvertene ville ha egne t-skjorter med påskrift "husvert" samtidig som alle ansatte ville ha navneskilt; og
- at ny fotterapeut, frisør, renholder, vaktmester, aktivitør og kantineleder ble presentert. Både Stendis engasjerte fotterapeut og frisør hadde fratrudd før 1 mars. Bydelens nye frisør signerte kontrakt 1 april, men fotpleier tiltrådte 1 juni på grunn av ferieavvikling i mai.

Tingrettens bedømmelse - subsumpsjonen

Innledningsvis bemerkes at tingretten verken skal vurdere klokskapen av Bydelens beslutning om å overta driften av Basistjenestene ved Ljabrubakken i egen regi fremfor å legge tjenestene ut på nytt anbud; eller at husvertene skal ha helsefaglig kompetansebakgrunn mv.

Mye kan tilsi at Kontraktens grensesnitt mellom Stendis Basistjenester, Bydelens hjemmehelsetjenester, Bydelens drift av treningsleilighetene og Bydelens eget aktivitetstilbud overfor beboere og andre i nærmiljøet, både førte til dobbel tilstedeværelse og en sub-optimal ansvarsfordeling og ressursbruk – i alle fall på lokalt, operativt nivå.

Samtidig faller sakens spredte bevisføring omkring Stendis angivelige mangelfulle eller uhensiktsmessige tjenesteytelse i kontraktstiden utenfor sakens rammer. Bydelen fastsatte Basistjenestenes innhold og grensesnitt mot Bydelens ansvar opprinnelig og har hatt fortløpende justeringsadgang – både gjennom Kontraktens bestemmelser, gjennom utlysning av et nytt konkurransegrunnlag, og ved å ta Basistjenestene tilbake til egen regi, slik man valgte i desember 2023. Bydelens valg om å utløse Kontraktens forlengelsesopsjoner både i

2000 og i 2002 trekker i retning av at tjenesteytelsen verken ble ansett mangelfull eller uhensiktsmessig i sann tid.

Tingrettssaken gjelder om den virksomhet Stendis utførelse av Basistjenestene utgjør, i det vesentlige kan gjenfinnes etter overdragelsens gjennomføring 1 mars 2024 – det vil si om Identitetsvilkåret er oppfylt.

Tingretten finner at de vesentlige identitetskarakteriserende elementer for denne virksomhet består av kombinasjonen av

- innholdet i de utførte tjenester og personalet som utførte tjenestene. Utførelsen ble overtatt av Bydelen uten noe tidsmessig avbrudd;
- Omsorg + - tjenestenes forskriftsregulerte innhold, finansieringsmodell og tildelingsmekanisme;
- Ljabrubakkens bofaste og ved overtakelsen identiske kundekrets; og
- Ljabrubakkens stedbundne, spesialtilpassede og kostbare driftsmidler i form av bygningsmasse inneholdende 54 selvstendige boenheter; fellesarealer med kantine, storkjøkken og matservering;

og ikke av bare en enkelt av disse innsatsfaktorer. Partene har vært enige for tingretten om at saken gjelder et såkalt sammensatt tilfelle.

Spørsmålet er så hvilke av Basistjenestenes identitetskarakteriserende elementer som gjenfinnes etter at Bydelen overtok virksomheten 1 mars 2024:

Dels legger tingretten til grunn, at virksomhetens ytre fysiske og rettslige rammer i det vesentlige ble videreført helt uendret:

- Virksomheten utøves fortsatt fra den samme, tilpassede bygningsmasse med den samme geografiske beliggenhet i Ljabrubakken 7 a-b som tidligere. Ved gjennomgang av utstyret på kjøkkenet ved overtakelsen viste det seg at dette i det alt vesentlige tilhørte Bydelen allerede fra Kontraktens oppstart¹⁵.

Både etableringen av medisinerom for administrasjon av medisiner til beboerne, og utvidelse av kjøkkenets oppgave til å også skulle produsere mat for andre kommunale mottakere enn Ljabrubakkens beboere og besøkende, innebærer tilleggfunksjoner utover Basistjenestenes innhold. Tilleggstjenestene har ikke betydning for om Basistjenestenes identitet kan gjenfinnes etter overtakelsen. Fjerning av møbler for å opprettholde brannkrav til rømningsvei, montering av stor TV i kantina og utvidelse av kafeteriaens åpningstider finnes å ikke endre virksomhetens ytre fysiske karakteristika nevneverdig. Å bruke ulike farger i hver etasje, men samme farge på både vegger og dører for å lette orienteringsevnen for kognitivt svekkede beboere, ble påbegynt av

¹⁵ Det har ingen betydning for saken at Kommunen eide kjøkkenutstyret som var stillet til Stendis disposisjon for å utføre tjenestene, jf Bymisjonsdommen avsnitt 87 med videre henvisning til Abler/Sodexo-dommen.

Stendi før virksomhetsoverdragelsen, og endrer derfor heller ikke identiteten av Basistjenestenes ytre fysiske rammer; og

- Både det rettslige grunnlag, det økonomiske grunnlag (finansieringsmodell), og grunnlaget for bydelsdirektørens tildeling av Omsorg + boliger til nye beboere etter Forskriften, er videreført helt uendret etter Bydelens overtakelse.

Videre var Ljabrubakkens kundekrets – beboerne – helt uendret i og med Bydelens overtakelse: Ingen gamle beboere flyttet ut og ingen nye kom inn i forbindelse med operatørskiftet, som ble gjennomført med sømløs tidsmessig kontinuitet den 1 mars 2024 kl 08.15 fra Stendis husvert natt til Bydelens husvert dag.

Hva gjelder Basistjenestenes identitetsbærende innhold finner tingretten at disse kan karakteriseres som arbeidsintensive, men i hovedsak verken særskilt eller høyt kvalifiserte. Kontraktens krav og spesifisering av Basistjenestenes innhold var gjennomgående funksjonelt beskrevet ved hjelp av skjønnsmessige og forholdsvis positivt ladede ord, men uten særlige eller kvalifiserte formelle kompetansekrav¹⁶:

For husvertene, som saken særlig har fokusert på, stilte Kontrakten funksjonelle krav om blant annet "*tilstrekkelig opplæring*", "*sosial kompetanse og kunne vise empati*", og kunne "*vurdere reelle behov og sette grenser*", men ingen formelle kompetansekrav. Stendi bemannet husvertstillingene blant annet med studenter innen helsefag, sykepleie, medisin og ernæringsfysiologi. Videre omfattet Basistjenestene et tilbud av

- mat som var "*næringsmessig riktig sammensatt, tilpasset brukerne og ha et folkehelseperspektiv*",
- aktiviteter som skulle "*fremme psykisk og fysisk helse, være arena for verdiskapende innsats og være sentral i kommunens helsefremmede¹⁷ og sykdomsforebyggende arbeid for eldre*", og
- tjenestetilbud som skulle "*utformes i samarbeid med brukerråd og kommunens/ bydelens representant*" og innebære et "*fleksibelt tilbud av sosiale og kulturelle aktiviteter tilpasset brukernes behov og ønsker*".

Kontrakten stilte bare formelle utdanningskrav til leder for husverttjenesten (helsefaglig bakgrunn, minimum helsefagarbeider); men verken til husvertene, aktivitetsleder, kokk eller kjøkkenassistenter.

Tingretten legger stor vekt på at det under hovedforhandlingen ikke ble påvist en eneste funksjon eller tjeneste som inngikk i Basistjenestene, som ikke ble videreført innholdsmessig uendret da Bydelen overtok virksomheten. Tvert om understreket Bydelen i informasjonsmøtet 5 februar 2024 at "*servicetilbudet ved Ljabrubakken omsorg+ vil bli opprettholdt, herunder frisør og fotpleier*", og at overgangen "*skal bli så myk og skånsom som mulig*".

Derimot ble påvist at driften av Ljabrubakken i tiden etter overtakelsen har blitt dypere integrert i Bydelens øvrige tjenestetilbud. Særlig har grensesnittet mot hjemmehjelpen blitt

¹⁶ DS s 406-08.

¹⁷ [Sic].

endret slik at husvertene – i tillegg til å videreføre sin andel av Basistjenestene - nå også utfører hjemmehjelp-tjenester utenfor Kontrakten, og derfor er bemannet med formell helsefaglig kompetanse. Etter tingrettens syn endrer ikke tilførsel av nye funksjoner Basistjenestenes karakteriserende identitet når disse samtidig videreføres uendret i sin helhet. For kjøkken og aktivitetsleder ble ikke innholdsendringer av betydning påvist. Det samme gjelder ekstern frisør og fotpleier, som ble videreført etter et tidsavbrudd på en – tre måneder – blant annet på grunn av ferieavvikling i mai. Det endrer heller ikke virksomhetens identitet, at Bydelen etter overtakelsen av virksomheten nå bemanner Ljabrubakken med færre medarbeidere, men omtrent dobbelt så mange årsverk, som følge av flere tilleggsfunksjoner og langt flere hele stillingsbrøker.

I Bymisjonsdommen avsnitt 89 – 92 ble lagt en viss vekt på at virksomheten der *"også var basert på særlig innsikt og erfaring, som derved kan anses som en immateriell verdi ved virksomheten."* Tingretten vurderer kompetanseoverleverings-faktoren som mindre sentral for fastleggningen av Basistjenestenes identitet, enn de var for booppfølgingstjenestene i høyesterettssaken. Ikke desto mindre fant det sted en viss kompetanse-overlevering fra Stendis til Bydelens personell i forkant av overdragelsen - særlig gjennom aktivitetsleders og avdelingsleders briefing av sine etterfølgere, felles gjennomgang av kjøkken og kjøkkenutstyr, og Bydelens gradvise innflytting i lokalene i løpet av februar 2024. Også dette moment bidrar derfor til å forsterke karakteren av virksomhetsoverdragelse i lovens forstand noe.

Den eneste av Basistjenestenes identitetskarakteriserende elementer som ikke kan gjenfinnes etter at Bydelen overtok virksomheten 1 mars 2024, er de utførende arbeidstakers identitet. For sammensatte tilfeller som karakteriseres av flere ulikeartede karakteristika slik som her, finner tingretten at overtakers forutgående benektelse av at overtakelsen faller inn under arbeidsmiljøloven kap 16 sammenholdt med at overdrager driver virksomheten videre med egne ansatte, ikke er til hinder for at overtakelsen kan falle inn under Direktivets og § 16-1s regler om virksomhetsoverdragelser. Det er tilstrekkelig å vise til uttalelsene i C-509/14 Aira Pasqual avsnitt 41 og C-340/01 Abler Sodexho avsnitt 37, samt til Generaladvokatens forslag til avgjørelse i CLECE-saken av 26 oktober 2010 avsnitt 62-64; i Securicor Aviation-saken av 16 juni 2005 avsnitt 52; og i Abler Sodexho-saken av 19 juni 2003 avsnitt 33, gjengitt ovenfor.

Etter en samlet, avsluttende vurdering finner tingretten at Identitetsvilkåret er oppfylt, og at det foreligger en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1. Det er da unødvendig å vurdere den subsidiært anførte omgåelsesregel nærmere.

Omforente rettsfølger

Det er enighet om at rettsfølgen i så fall vil være at saksøkernes påstander om overføring av saksøkernes arbeidsavtaler og erstatningsbeløp fører frem, og retten tar påstandene til følge.

Sakskostnader

Tingretten finner at saksøkerne har vunnet saken for tingretten, idet de har fått medhold fullt ut eller for det vesentlige, og har etter hovedregelen krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten, jf tvisteloven § 20-2 (1-2). Kommunen bør ikke fritas for erstatningsansvaret på tungtveiende rimelighetsgrunnlag, jf tvisteloven § 20-2 (3). Ved rimelighetsvurderingen er hensyntatt Kommunens ressursstyrke, og at problemstillingen ble identifisert og vurdert før overdragelsen ble gjennomført.

Sakskostnadene fastsettes for seg i hver av de to forente saker:

I sak nr 24-66932 har advokat Edvardsen krevd dekket 310 800 kr i salær, og reise, overnatting og diett for prosessfullmektig med 15 714 kr. Salæret er basert på 2 800 kr/time, og henholdsvis 16, 55 og 40 timer for hver av sakens tre faser. Mva kommer ikke i tillegg.

I sak nr 24-68122 har advokat Buflod krevd dekket 222 500 kr i salær. Salæret er basert på 2 500 kr/time, og henholdsvis åtte, 41 og 40 timer for hver av sakens tre faser. Mva kommer ikke i tillegg.

Kommunen har med rette påpekt at saksøkernes prosesskriv i det vesentlige har vært identiske. Tingretten finner at saksøkernes prosessfullmektiger tilsynelatende har funnet en hensiktsmessig samarbeidsform ved at påstandsgrunnlagene har vært fordelt mellom dem på en tilsynelatende kostnadseffektiv måte. Virksomhetsoverdragelser er en faglig subspesialitet med stort innslag av overnasjonale rettskilder, og rettsspørsmålene har vært presentert på en hensiktsmessig måte. Tingretten finner både de anvendte timesatser og den samlede tidsbruk nødvendige, rimelige og forholdsmessige, og tar salærkravene til følge.

Dommen er enstemmig.

Dommen er avsagt innen lovens frist.

DOMSSLUTNING

I sak 24-66932:

1. Ansettelsesforholdene

A, B, C, D, E, F og G sine rettigheter og plikter som fulgte av arbeidsavtalene med Stendi Senior AS er overført til Oslo kommune.

2. Erstatning

2.1 A tilkjennes erstatning med kr. 179.413 hvorav 40 000 av dette er ikke-økonomisk tap, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

2.2 B tilkjennes erstatning med kr. 152 142 hvorav 40 000 av dette er ikke-økonomisk tap, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

2.3 C tilkjennes erstatning med kr. 361 722 hvorav 40 000 av dette er ikke-økonomisk tap, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

2.4 D tilkjennes erstatning med kr. 330 315 hvorav 40 000 av dette er ikke-økonomisk tap, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

2.5 E tilkjennes erstatning med kr. 45 180 hvorav 40 000 av dette er ikke-økonomisk tap, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

2.6 F tilkjennes erstatning med kr. 144 933 hvorav 40 000 av dette er ikke-økonomisk tap, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

2.7 G tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk tap med kr. 40 000 med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

3 Sakskostnader

Oslo kommune betaler sakskostnader til A, B, C, D, E, F og G med 326 514 – trehundreog tjuusekstusen femhundreogfjorten.

I sak nr 24-68122:

1. Hs rettigheter og plikter etter arbeidsavtale med Stendi Senior AS er overført til Oslo kommune.

2. H tilkjennes erstatning med kr 354 253,- hvorav 40 000 av dette er ikke-økonomisk tap, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

3. Oslo kommune betaler sakskostnader til H med 222 500 –tohundreogtjuetotusen femhundre – kroner.

Oppfyllelsesfristen for slutningenes post 2 og 3 er 2 – to – uker fra forkynnelsen, jf tvisteloven § 19-7 (1) siste punktum. Når det gjelder spørsmålet om renter av tilkjente sakskostnader vises til regelen i tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1 (3).

Retten hevet

Per Kaare Nerdrum

Øivind Mediaas

Marianne Midthus Østby

Veiledning om anke i sivile saker vedlegges.

Dokument i samsvar med original.

*Vidar Haugan
saksbehandler*

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klar sannsynlighetsovervekt for at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 250 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 250 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)

- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling dersom anken ikke reiser spørsmål av betydning utover den aktuelle saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves. Anken kan også nektes fremmet dersom den reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.