



Udskrift af Arbejdsrettens dom af 3. februar 2016

I sag nr.: AR2015.0171

Landsorganisationen i Danmark

for

Fagligt Fælles Forbund

mod

Dansk Arbejdsgiverforening

for

DIO II

for

Danren A/S

Dommere: Poul F. Hansen, Erik Kjærgaard, Benny Rosberg, Thomas Rønnow, Oliver Talevski (retsformand), Simon Tøgern og Mads Øland.

Sagen angår, om Danren A/S' overtagelse af rengøringen i Syddjurs Kommune indebærer en overdragelse af de to tidligere leverandørers virksomhed eller en del heraf i henhold til virksomhedsoverdragelsesloven.

Påstande mv.

Klager, Landsorganisationen i Danmark for Fagligt Fælles Forbund, har nedlagt påstand om, at Danren A/S til Fagligt Fælles Forbunds medlemmer skal betale 25.843,03 kr. med procesrente fra de enkelte ydelsers forfaldstid.

Klager har endvidere nedlagt påstand om, at Danren A/S skal betale en bod til Fagligt Fælles Forbund.

Indklagede, Dansk Arbejdsgiverforening for DIO II for Danren A/S, har påstået frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af 25.843,03 kr.

Parterne er enige om, at Danren A/S skal betale 25.843,03 kr. som påstået, hvis virksomheds-overdragelsesloven finder anvendelse. Beløbet angår anciennitetstillæg og lønregulering som følge af en enkelt medarbejders fravær på grund af sygdom. Finder virksomheds-overdragelsesloven ikke anvendelse, er parterne enige om, at der ikke noget efterbetalingskrav.

Sagsfremstilling

Efter et udbud i Syddjurs Kommune i 2013 fik Danren A/S den 10. juni 2013 tildelt opgaven med rengøring for kommunen med virkning fra den 1. august 2013. Rengøringsopgaven var tidligere blevet varetaget af Kongsvang A/S og Top-Rengøring.

Kongsvang og Top-Rengøring opsagde i den forbindelse sine henholdsvis 15 og 31 medarbejdere, der hidtil havde varetaget rengøringsopgaven i kommunen.

Danren søgte den 24. juni 2013 40 medarbejdere på Jobindex til rengøring af offentlige institutioner i Syddjurs Kommune med ansættelsesdato den 1. august 2013. Af stillingsopslagene fremgår, at tidligere ansatte under anden leverandør blev opfordret til at ansøge. Derudover søgte Danren efter det oplyste medio august 2013 yderligere 10 rengøringsassistenter til offentlige institutioner i Syddjurs Kommune.

I alt 14 tidligere medarbejdere hos Top-Rengøring blev ansat hos Danren pr. 1. august 2013. Ingen af Kongsvangs tidligere medarbejdere blev ansat hos Danren.

Det fremgår ikke af udbudsmaterialet eller kontrakten mellem Danren og Syddjurs Kommune, at Danren skulle overtage medarbejdere fra de tidligere leverandører.

Forklaringer

Der er under sagen afgivet forklaring af A, B, Joan Brygger og Jacob Nibe.

A har forklaret bl.a., at hun blev ansat som kommunal rengøringsassistent i Syddjurs Kommune. Hun har i hele perioden gjort rent på X-by Skole. I 2009 fik hun i forbindelse med en udlicitering ansættelse hos Top-Rengøring sammen med de andre rengøringsassistenter på skolen.

Ud over at gøre rent blev hun på et tidspunkt tilsynsførende og var dermed bindeled mellem Top-Rengøring og skolens ledelse. Hun bestilte varer og koordinerede ved sygdom og ferie. Hun fik ikke en særlig løn for at være tilsynsførende, men hun fik en arbejdstelefon. De var fem, der gjorde rent på skolen, og de var en sammentømret enhed. Efter privatiseringen kom der af og til nogle uvildige servicemæglere, som var antaget af kommunen, for at kontrollere rengøringen.

I forbindelse med udbuddet i sommeren 2013 op sagde Top-Rengøring hende og de øvrige medarbejdere, fordi Top-Rengøring ikke ville byde på opgaven igen. Hun og de andre, der gjorde rent på X-by Skole, søgte job hos Danren. Hun sendte en samlet ansøgning til Danren herom. Hun og to kolleger var herefter til samtale med Lone fra Danren på en grillbar i Hornslet. De fik alle tre job hos Danren. Hun blev ikke tilsynsførende, fordi Danren ansatte en tilsynsførende, der skulle køre rundt til forskellige arbejdspladser. De var nu kun tre faste rengøringsmedarbejdere på skolen. Hun blev med kun 14 dages varsel sat ned i tid fra 32 timer til 15-17 timer om ugen. Hun ønskede ikke at gå på deltid og sagde derfor sin stilling op.

B har forklaret bl.a., at hun blev ansat i Top-Rengøring i 2012. Hun arbejdede på et ældrecenter i Y-by. Hun var den eneste rengøringsassistent på ældrecenteret og var derfor meget selvstændig. Hun kunne bl.a. selv planlægge sine timer og bestille varer, og havde selv kontakten til ledelsen på ældrecenteret. Hun arbejdede 25 timer om ugen. Hun var ansat i fleksjob.

Hun blev opsagt i sommeren 2013, fordi Top-Rengøring ikke ønskede at byde igen. Der var en person på ældrecenteret, som fortalte hende, at Danren skulle overtage rengøringen. Hun var til jobsamtale med Lone fra Danren på grillbaren i Hornslet. Hun blev ansat 15 timer om ugen. Hun fik senere ½ time mere. Hun skulle udføre det samme arbejde som tidligere, men bare til færre timer.

Joan Brygger har forklaret bl.a., at hun er ansat i 3F Djursland. Rengøringsbranchen er hendes primære område.

Hun har talt med rigtig mange af de tidligere medarbejdere fra Top-Rengøring, som kom over til Danren. Det er hendes opfattelse, at man i de forskellige enheder havde en, der samlede trådene i forhold til arbejdsstedet og til Top-Rengørings ledelse.

Jacob Nibe har forklaret bl.a., at han har været ansat i Danren siden maj 2007, fra 2012 som administrerende direktør. 9/10 af Danrens opgaver er daglig rengøring som f.eks. skolerengøring. Syddjurs Kommune udgør i dag ca. 10 % af Danrens omsætning. Danren har ca. 350 medarbejdere.

Der er mange forskellige faktorer, der spiller ind, når man skal byde på en opgave. Prisen beregnes på baggrund af det, der observeres under besigtigelsen, herunder bygningens stand, og om der kan indsættes maskiner mv. Derudover indgår personaleomkostninger som en meget central del.

Danren havde efter udbudsmaterialet ikke pligt til at overtage medarbejdere. I forbindelse med udbuddet fik Danren ikke at vide, hvor mange medarbejdere hos de to tidligere leverandører der var beskæftiget med rengøring. Danren fik først kendskab hertil i januar 2014 i forbindelse med denne sag. Danren har ikke overtaget arbejdsplaner mv. fra de tidligere leverandører, men lavede selv nye arbejdsplaner.

Arbejdsopgaven i henhold til udbudsmaterialet lød på almindelig daglig rengøring, og arbejdsart krævede derfor ikke noget ekstraordinært kendskab til stedet eller opgaven. Det var Danrens opgave som arbejdsgiver at klæde medarbejderne godt på fra begyndelsen. Skolerengøringen udgjorde i volumen ca. halvdelen af rengøringsopgaven for Syddjurs Kommune. Skoleåret startede først den 10. august, og der var derfor tid til at lære nye medarbejdere op, idet de blev ansat fra den 1. august 2014. På plejehjem skulle der gøres rent fra første dag, men man har i kontrakterne en indkøringsfase, typisk tre måneder, hvor ordregiver er indstillet på, at der kan være nye medarbejdere, der skal læres op.

Parternes argumentation

Klager har anført, at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse.

EU-Domstolen har fastslået, at der inden for rengøringsområdet skal foretages en helhedsvurdering med særlig vægt på, om der er overtaget en efter antal og kvalifikationer betydelig del af arbejdsstyrken, som hos forgængerer specielt udførte denne opgave, jf. bl.a. dom af 11. maj 1997 i sag C-13/95 (Süzen). Det forhold, at der overtages mindre end halvdelen af medarbejderne, udelukker ikke, at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, jf. herved Arbejdsrettens dom af 24. september 2015 (AR2013.0760).

Ved bedømmelsen af, om der i denne sag er tale om overdragelse af en betydelig del af arbejdsstyrken, skal de tidligere leverandører, Kongsvang og Top-Rengøring, vurderes hver for sig. Man skal derfor ikke se på, at Danren overtog 14 ud af 46 medarbejdere (15 hos Kongsvang og 31 hos Top-Rengøring). Man skal se på, at Danren overtog 14 ud af 31 medarbejdere fra Top-Rengøring. Selv om det antages, at hver enkel skole, som medarbejdere hos Top-Rengøring gjorde rent på, ikke udgjorde en økonomisk enhed for sig selv, indebærer overtagelsen af 14 ud 31 medarbejdere, at Danren overtog en betydelig del af arbejdsstyrken hos Top-Rengøring, der havde at gøre med rengøring for Syddjurs Kommune. Det forhold, at Kongsvang og Top-Rengøring opsagde samtlige medarbejdere, hvorefter Danren søgte om andet personale, må ikke tillægges særskilt betydning i denne vurdering.

Der er endvidere tale om omgåelse af virksomhedsoverdragelsesloven. Danren overtog en rengøringsopgave. Der kunne derfor ikke være tvivl om, at der ville være brug for de pågældende medarbejdere, der forinden var blevet opsagt. Dette understøttes af, at Danren søgte 40 nye medarbejdere. Det forhold, at Danren valgte at ansætte kun 14 af de tidligere medarbejdere, skal ikke tillægges betydning, når det reelle bemandingsbehov var væsentligt større.

Da virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, skal Danren efterregulere lønnen for de overtagne medarbejdere, idet der ikke er taget hensyn til deres anciennitet hos Top-Rengøring. Danren skal endvidere betale en bod til Fagligt Fælles Forbund.

Indklagede har anført, at virksomhedsoverdragelsesloven ikke finder anvendelse. Bevisbyrden herfor påhviler klager, og den er ikke løftet.

Virksomhedsoverdragelsesloven finder efter retspraksis kun anvendelse, hvis erhververen overtager en efter antal og kvalifikationer væsentlig (betydelig) del af arbejdsstyrken. Nor-

malt lægges der i praksis vægt på, om størstedelen af medarbejderne er overtaget. Danren har overtaget 14 af de tidligere i alt 46 medarbejdere hos Kongsvang og Top-Rengøring, hvilket svarer til ca. 30 % af arbejdsstyrken. Selv hvis beregningen foretages i forhold til Top-Rengørings 31 medarbejdere, blev der overtaget under 50 % af medarbejderne, hvilket ikke kan anses for størstedelen eller en væsentlig (betydelig) del af arbejdsstyrken. Der foreligger ikke særlige forhold ved overtagelsen, der kan føre til en anden vurdering. Det forhold, at Danren også ansatte nye medarbejdere, er uden betydning.

Der er ikke tale om omgåelse af loven, idet loven ikke finder anvendelse, hvis ikke størstedelen eller en væsentlig (betydelig) del af medarbejderne overtages, uanset hvad begrundelsen herfor er, jf. herved EU-Domstolens dom af 20. januar 2011 i sag C-463/09 (Valor). Danren havde i øvrigt ikke før januar 2014 nogen viden om, hvor mange medarbejdere der var beskæftiget med rengøring hos Kongsvang eller Top-Rengøring for Syddjurs Kommune.

En eventuel bod skal bortfalde i henhold til arbejdsretslovens § 12, stk. 6, da det på ingen måde burde have stået Danren klart, at der i den aktuelle situation var tale om en virksomheds-overdragelse. Der er tale om et tvivlsomt spørgsmål om virksomhedsoverdragelseslovens anvendelse, som først er afklaret med Arbejdsrettens afgørelse i denne sag.

Arbejdsrettens begrundelse og resultat

1. Problemstillingen

Pr. 1. august 2013 overtog Danren A/S rengøringen for Syddjurs Kommune. Rengøringen blev forinden forestået af to virksomheder, nemlig Kongsvang A/S og Top-Rengøring.

Hovedspørgsmålet i sagen er, om Danrens overtagelse af rengøringen for Syddjurs Kommune indebærer overdragelse af Kongsvangs eller Top-Rengørings virksomhed eller en del heraf, således at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, jf. denne lovs § 1 sammenholdt med § 2, stk. 1.

2. Generelt om retstilstanden

Virksomhedsoverdragelsesloven skal fortolkes i overensstemmelse med virksomheds-overdragelsesdirektivet (Rådets direktiv 2001/23 EF). Efter direktivets artikel 1, stk. 1, litra a,

finder direktivet anvendelse på overførsel af en virksomhed eller bedrift eller en del heraf, og efter litra b forstås herved ”overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet”.

For at afgøre om denne betingelse er opfyldt, må der efter EU-Domstolens faste praksis, jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 9. september 2015 (C-160/14), præmis 26, tages hensyn til alle faktiske omstændigheder omkring den pågældende overførsel, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overførsel af de materielle aktiver som f.eks. bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overførslen, hvorvidt den nye indehaver har overtaget størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overføres, samt i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførslen er de samme, og hvor længe disse eventuelt har været indstillet. Alle disse omstændigheder kan kun indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og de kan derfor ikke vurderes isoleret.

Afvejningen af, hvilken vægt der skal tillægges de forskellige kriterier, afhænger af, hvilken type aktivitet der udføres, og hvilke produktions- eller driftsmidler der anvendes i virksomheden, jf. den lige nævnte dom af 9. september 2015, præmis 27. Det fremgår således af retspraksis, at i visse brancher, f.eks. rengøringsbranchen, 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 økonomisk 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 forgængeren 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. Der henvises bl.a. til præmis 36 og 39 i EU-Domstolens dom af 20. januar 2011 (C-463/09) med yderligere henvisninger.

Det beror efter Arbejdsrettens opfattelse på et skøn, hvad der i den konkrete sag må anses for en ”betydelig del”, idet det afgørende må være, om den arbejdsstyrke, der overtages, gør det muligt på stabil måde at fortsætte aktiviteten. Inden for rengøringsbranchen vil dette normalt ikke være tilfældet, medmindre størstedelen af arbejdsstyrken overtages, jf. præmis 41 i den lige nævnte dom af 20. januar 2011. Der kan imidlertid efter Arbejdsrettens opfattelse ikke opstilles en fast grænse, f.eks. mere end 50 % af arbejdsstyrken, således at det altid falder

uden for virksomhedsoverdragelsesloven at overtage mindre end 50 % af arbejdsstyrken, jf. også udtrykket ”en efter antal og kvalifikationer betydelig del ... (fremhævet her)”. I overensstemmelse hermed har Arbejdsretten da også i dom af 24. september 2015 (AR2013.0458 og AR2013.0760) fastslået, at virksomhedsoverdragelsesloven under de særlige omstændigheder, der gjorde sig gældende i sagen, fandt anvendelse, selv om de overtagne medarbejdere udgjorde lidt mindre end halvdelen af den pågældende rengøringsvirksomhed.

3. Den konkrete sag

Det lægges til grund, at Danren ikke fik stillet aktiver (hverken materielle eller immaterielle) til rådighed i forbindelse med overtagelsen af rengøringen for Syddjurs Kommune. Danren overtog ikke medarbejdere fra Kongsvang, der var beskæftiget med rengøring for Syddjurs Kommune, men Danren overtog 14 ud af de 31 medarbejdere hos Top-Rengøring, der havde at gøre med rengøring for Syddjurs Kommune.

Efter det, som er anført i afsnit 2 foran, er det afgørende for, om virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, om Danren overtog ”en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet”, hvilket i denne sag beror på, om Danren overtog ”en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængeren specielt udførte denne opgave”. Det er LO, der har bevisbyrden herfor.

Rengøringen for Syddjurs Kommune blev før overdragelsen til Danren som nævnt varetaget af Kongsvang og Top-Rengøring, der efter det oplyste udgjorde to forskellige og konkurrerende virksomheder. Det må efter bevisførelsen lægges til grund, at medarbejderne hos Kongsvang samlet set udgjorde en økonomisk enhed, mens medarbejderne hos Top-Rengøring samlet set udgjorde en anden økonomisk enhed. Bedømmelsen af, om identiteten af de nævnte to enheder blev opretholdt efter overdragelsen, må derfor foretages for hver virksomhed for sig, selv om Danren overtog begge virksomheders rengøringsaktiviteter samtidig.

Danren overtog som nævnt ingen medarbejdere fra Kongsvang. Identiteten af den økonomiske enhed, som de medarbejdere hos Kongsvang, der var beskæftiget med rengøring for Syddjurs Kommune, samlet set udgjorde, blev derfor ikke opretholdt i forbindelse med Danrens overtagelse af rengøringsaktiviteten. Det bemærkes herved, at det ikke i sig selv er tilstrækkeligt til, at der foreligger opretholdelse af en økonomisk enheds identitet, at den aktivi-

tet, der udføres af Danren, svarer til eller ligner den aktivitet, der blev udført af Kongsvang, jf. bl.a. præmis 41 i den ovenfor nævnte dom af 20. januar 2011 med yderligere henvisninger. Virksomhedsoverdragelsesloven finder herefter ikke anvendelse.

Danren overtog mindre end halvdelen af de medarbejdere hos Top-Rengøring, der var beskæftiget med rengøring for Syddjurs Kommune. Det er ikke belyst, hvorvidt der blev overtaget nøglepersoner eller lignende, således at det – trods det forhold, at mindre end halvdelen af medarbejderne blev overtaget af Danren – var muligt at videreføre Top-Rengørings del af rengøringen for Syddjurs Kommune på en stabil måde. Det er herefter ikke bevist, at Danren overtog en efter antal og kvalifikationer betydelig del af arbejdsstyrken hos Top-Rengøring, der var beskæftiget med rengøring for Syddjurs Kommune. Der er derfor ikke grundlag for at fastslå, at identiteten af den økonomiske enhed, som de medarbejdere hos Top-Rengøring, der var beskæftiget med rengøring for Syddjurs Kommune, samlet set udgjorde, blev opretholdt i forbindelse med Danrens overtagelse af rengøringsaktiviteten. Virksomhedsoverdragelsesloven finder herefter ikke anvendelse.

Efter det anførte, og da omgåelsessynspunkter ikke kan føre til en anden vurdering, tager Arbejdsretten DA's principale påstand om frifindelse til følge.

T h i k e n d e s f o r r e t :

Dansk Arbejdsgiverforening for DIO II for Danren A/S frifindes.

I sagsomkostninger for Arbejdsretten skal Landsorganisationen i Danmark for Fagligt Fælles Forbund betale 2.000 kr. til Arbejdsretten.