

**Udskrift  
af  
Arbejdsrettens kendelse af 12. januar 2017**

**I sag nr.: AR2015.035**

Landsorganisationen i Danmark  
for  
Fagligt Fælles Forbund  
(advokat Evelyn Jørgensen)  
*mod*  
Kommunernes Landsforening (KL)  
for  
Horsens Kommune  
(advokat Jørgen Vinding)

*Dommere: Mariane Dissing, Signe Friberg, Carl Erik Johansen, Benny Rosberg, Kim Simonsen, Oliver Talevski (retsformand) og Mads Øland.*

**1. Indledning**

Under sagen er et delspørgsmål udskilt til særskilt behandling. Delspørgsmålet angår, om Horsens Kommunes overtagelse af en kørselsopgave i maj 2014 udgør en overdragelse af en virksomhed eller en del heraf omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

**2. Påstande**

Klager, Landsorganisationen i Danmark for Fagligt Fælles Forbund, har nedlagt påstand om, at indklagede, Kommunernes Landsforening (KL) for Horsens Kommune, skal anerkende, at kommunens overtagelse i maj 2014 af kørselsopgaven efter Østbirk Turist A/S er en overdragelse af en virksomhed eller en del heraf omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

Indklagede, Kommunernes Landsforening (KL) for Horsens Kommune, har påstået frifindelse.

**3. Sagsfremstilling**

Østbirk Turist A/S var i maj 2014 ejet af Freddy Walter Nielsen, som foruden det nævnte selskab drev taxavirksomhed i personligt regi under navnet Østbirk Taxa og Turistfart.

Efter udbud indgik Horsens Kommune i sommeren 2013 kontrakt med Freddy Walter Nielsen om kørsel med syge og invaliderede elever til og fra skole og mellem skole og dagtilbud for børn anbragt uden for hjemmet, jf. folkeskolelovens § 26, stk. 2 og 4. Det drejede sig efter det oplyste om ca. 200 elever.

Kørslen for Horsens Kommune i henhold til kontrakten blev udført af Østbirk Turist A/S som underleverandør til Freddy Walter Nielsen. Østbirk Turist A/S udførte efter det oplyste kørselsopgaven med 22 leasede minibusser og 22 eller 23 chauffører. Østbirk Turist A/S udførte også andre opgaver, herunder kørsel for Skanderborg Kommune. Der blev her anvendt væsentligt større busser.

I begyndelsen af 2014 mistede Østbirk Turist A/S sine tilladelser til erhvervmæssig befordring som følge af gæld til det offentlige, hvilket Midttrafik i april 2014 gjorde Horsens Kommune opmærksom på. I en periode herefter varetog HB Turist A/S kørselsopgaven som underleverandør for Freddy Walter Nielsen.

I et telefonnotat af 15. april 2014 udarbejdet af Ole Hansen Wessel fra Horsens Kommune hedder det herom bl.a.:

”Notat vedr. telefonsamtale med Trafikstyrelsen

Advokat Christian Riewe (advokat for Østbirk Turist A/S) har den 14. april 2014 oplyst, at Østbirk Turist A/S kører på HB Turists tilladelser, og at forholdet derved er bragt i orden. Jens Heslop (vicedirektør i Teknik og Miljø, Horsens Kommune) har i den forbindelse bedt Christian Riewe om at fremsende dokumentation for at det er sådan det forholder sig.

På baggrund af disse oplysninger har Ole Wessel (leder af Horsens Kommunes kørselskontor) den 15. april 2014 kontaktet Trafikstyrelsen (fuldmægtig Julie M. Hansen) for at få afklaret om denne konstellation er brugbar og lovlig. Julie M. Hansen er ikke umiddelbart vidende om, om Østbirk Turist A/S er godkendt til udlejning af busser, da hun normalt ikke har med den slags sager at gøre, men hvis de er det, er der ikke noget i vejen for at HB Turist A/S lejer busserne og kører for Horsens Kommune.

Julie M. Hansen oplyser endvidere at Østbirk Turist A/S har indfriet den gæld de har til SKAT, og at betalingsaftalerne overholdes.

Trafikstyrelsen er på den baggrund ved at udstede nye tilladelser til erhvervmæssig personbefordring til Østbirk Turist A/S. De forventer, at tilladelserne er klar inden de går hjem onsdag den 16. april 2014, og allersenenest i starten af uge 17, således at formaliteterne er i orden.”

Den 1. maj 2014 blev der udarbejdet en allonge til kontrakten mellem Horsens Kommune og Freddy Walter Nielsen. I allongen er det anført bl.a.:

”§ 1,

Nærværende allonge er et tillæg til den kontrakt, der er gældende mellem Østbirk Taxa og Turistfart v/Freddy Walter Nielsen omkring personbefordring, og allongens bestemmelser går således forud for den oprindelige kontrakts bestemmelser, hvor der er fravigelser i forhold til denne.

§ 2,

Østbirk Taxa og Turistfart v/Freddy Walter Nielsen er Horsens Kommunes kontrakt-part, men HB Turist A/S er godkendt som underleverandør.

§ 3,

Østbirk Taxa og Turistfart v/Freddy Walter Nielsen er fra dags dato under skærpet tilsyn i 3 måneder. I denne periode kan Horsens Kommune ophæve kontrakten med dags varsel uden angivelse af nye årsager.

§ 4,

Såfremt Horsens Kommune ophæver kontrakten – eller Østbirk Taxa og Turistfart v/Freddy Walter Nielsen går konkurs - forpligtiger Østbirk Taxa og Turistfart v/Freddy Walter Nielsen sig til at medvirke til, at chaufførerne og eventuelt busserne, fortsætter med at varetage kørslen i regi af kommunen eller anden leverandør.

§ 5,

Kontrakten mellem parterne udløber ved udgangen af 2014 uden yderligere varsel.”

Østbirk Turist A/S fik udstedt nye tilladelser til erhvervmæssig befordring, således som det også fremgår af telefonnotatet af 15. april 2014. Uanset det, som er anført i allongens § 2, forrestod Østbirk Turist A/S herefter igen som underleverandør kørselsopgaven for kommunen i henhold til kontrakten mellem kommunen og Freddy Walter Nielsen.

Formentlig den 15. maj 2014 fik Horsens Kommune af advokat Christian Riewe, der var advokat for Østbirk Turist A/S, at vide, at selskabet måtte forventes at gå konkurs, og at selskabet derfor ikke ville kunne fortsætte kørslen efter den 19. maj 2014.

Det er oplyst, at Østbirk Turist A/S på dette tidspunkt var ophørt med kørselsopgaven for Skanderborg Kommune, og at denne opgave var blevet overtaget af en anden vognmand.

Efter det oplyste forsøgte Horsens Kommune i første omgang at få et konkurrerende busselskab ejet af Bent Thykjær til at overtage kørselsopgaven. Bent Thykjærs tilbud var imidlertid

for dyrt og indeholdt i øvrigt et krav om, at selskabet skulle stå for buskørslen i mindst to år, hvilket kommunen ikke kunne acceptere.

Horsens Kommune besluttede herefter selv at forestå kørslen fra den 20. maj 2014. Kommunen rådede imidlertid ikke over tilstrækkeligt antal busser eller chauffører.

Med henblik på at skaffe busser henvendte Henrik Jeppesen, der var afdelingsleder i Service og Beredskab, sig til Vagn Erik Hvid A/S, hvorfra kommunen tidligere havde rekvireret busser til brug for kommunens ældrekørsel. Selskabet, som er beliggende i Padborg, skrev i mail af 16. maj 2014 til Henrik Jeppesen bl.a.:

”Hermed fremsendes en hensigtserklæring ved aftale omkring udlejning af busser fra mandag d.19 maj 2014 frem til 31/12 2014.

Parterne i erklæringen er Horsens Brandvæsen og VAGN ERIK HVID A/S.

Horsens Brandvæsen hensigt er at opstarte kørsel med 22 minibusser fra ovennævnte dato og leje busserne ved VAGN ERIK HVID A/S.

VAGN ERIK HVID A/S hensigt er at fremskaffe disse 22 minibusser ved opkøb og ved at leje busserne andre steder.

Den månedlige leje vil ligge i niveauet kr 5000,- til kr 10.000 afhængig af alderen på busserne.

Alderen på busserne vil være fra 1 år til ca. 10 år.

Busserne leveres indregistreret til Horsens Brandvæsen. Busserne skal afleveres i samme stand som ved modtagelsen, forventet kørselsbehov er 40.000 km.

Horsens Brandvæsen bære risikoen på hele bussen fra overtagelse til levering.

Horsens Brandvæsen skal have muligheden for at vurdere busserne før overtagelse.”

Den 19. maj 2014 meddelte Vagn Erik Hvid A/S, at selskabet ikke ville stå ved den fremsendte hensigtserklæring og tilbød, at kommunen kunne leje det samme antal busser til en pris, der var næsten dobbelt så høj. Kommunen afviste det nye tilbud og bad om at få oplyst, om det var muligt at købe busserne. Dette blev bekræftet, og Vagn Erik Hvid A/S sendte samme dag, den 19. maj 2014 kl. 14.13, en mail til kommunen, hvoraf fremgår bl.a.:

”Hermed har vi fornøjelsen, at kunne bekræfte jeres køb af brugte minibusser ifølge vedlagte liste.

Busserne købes som de står, bussernes seneste syn er påført i vedlagte liste.

Vi har ikke dybtgående kendskab, til bussernes stand, men alle busserne har været i drift til dags dato.

Levering: I løbet af dagen i dag og i aften/nat. Busserne er omregistreret i Jeres navn, ved levering.

Garanti: Busserne leveres uden nogen form for garanti eller reklamationsret.

Betaling: Netto kontant ved levering, eller efter aftale.”

Horsens Kommune købte herefter de 22 minibusser for godt 2 mio. kr. Det viste sig, at købet omfattede 15 af de minibusser, som Østbirk Turist A/S havde anvendt til varetagelse af kørselsopgaven for kommunen. Chaufførerne på de 15 minibusser afleverede sidst på dagen den 19. maj 2014 busserne til kommunen, så busserne kunne blive klargjort til kørsel den 20. maj 2014. Klargøringen omfattede bl.a. fjernelse af Østbirk Turist A/S' logo.

De 22 eller 23 chauffører, der var ansat hos Østbirk Turist A/S til at varetage kørselsopgaven for Horsens Kommune, blev den 19. maj 2014 indkaldt til ansættelsessamtale hos kommunen med henblik på at blive ansat som chauffører i kommunen. Ansættelsessamtalerne fandt sted samme dag efter arbejdstids ophør. 22 chauffører blev den 19. maj 2014 ansat hos kommunen med tiltrædelse dagen efter.

Den 20. maj 2014 gik Østbirk Turist A/S konkurs.

#### **4. Forklaringer**

Der er afgivet forklaring af Christian Riewe, Per Eskildsen, Jens Heslop og Jørgen Broch.

Christian Riewe har forklaret bl.a., at han er advokat. I 2013 blev han advokat for Østbirk Turist A/S, der varetog kørselsopgaven for Horsens Kommune som underleverandør for Freddy Walter Nielsen, der var kommunens medkontrahent. De minibusser, som Østbirk Turist A/S anvendte, var leaset primært fra et leasingselskab, som også var hans klient.

Den 24. april 2014 deltog han og Freddy Walter Nielsen i et møde med Horsens Kommune. For kommunen deltog bl.a. Jens Heslop. Kommunen gav under mødet udtryk for, at man gerne ville have, at kørslen fortsatte med de samme busser og de samme chauffører. Det skyldtes børnenes særlige behov. Han har fået oplyst flere gange, at det var vigtigt for børnene ikke alene at kende chaufføren, men også bussen.

Allongen af 1. maj 2014 til kontrakten mellem kommunen og Freddy Walter Nielsen kom på plads efter mødet. Kommunen vidste da, at busserne var leaset. Selv om det fremgår af allongens § 2, at HB Turist A/S var godkendt som underleverandør, ønskede dette selskab ikke at være med. Det skyldtes primært, at kommunen ikke ville trække det skærpede tilsyn og muligheden for at ophæve kontrakten med dags varsel tilbage, jf. allongens § 3. HB Turist A/S fungerede derfor kun som underleverandør i nogle få dage, indtil Østbirk Turist A/S overtog kørslen igen.

Den 14. maj 2014 stod det helt klart, at Østbirk Turist A/S ikke kunne fortsætte sine aktiviteter, og han meddelte derfor den 15. maj 2014 kommunen, at selskabet ville køre den sidste tur den 19. maj 2014. Han talte i denne forbindelse med kommunen om, at kommunen kunne overtage chaufførerne. Han har fået oplyst, at Freddy Walter Nielsen ville fortælle chaufførerne den 19. maj 2014, at de var fritstillet, men han har ikke overværet, at det rent faktisk skete.

Han ville gerne sikre sig, at busserne kom ud at køre igen. Han kontaktede derfor leasingselskaberne og sagde, at de formentlig ville blive kontaktet af Horsens Kommune, som gerne vil købe busserne. Freddy Walter Nielsen har fortalt ham, at han i weekenden den 17.-18. maj 2014 var blevet ringet op af sin svoger hos Vagn Erik Hvid A/S, som havde oplyst, at de skulle købe busser til Horsens Kommune.

Efter Østbirk Turist A/S' konkurs den 20. maj 2014 blev han kontaktet af Fagligt Fælles Forbund, som han er og har været advokat for i andre sammenhænge. Han fortalte om sin oplevelse af forløbet, og han udarbejdede et notat herom. Han har svaret på de spørgsmål, som han fik.

Per Eskildsen har forklaret bl.a., at han tidligere kørte skolebuskørsel for Østbirk Turist A/S, og at han siden den 20. maj 2014 har kørt for Horsens Kommune. Han er tillidsrepræsentant.

De ansatte i Østbirk Turist A/S modtog ingen information om, hvordan det gik med virksomheden. De kunne dog se i pressen, at der skete en masse. Han vidste ikke, at der var indgivet konkursbegæring, men hørte rygter om det.

Den 19. maj 2014 mellem kl. 14-16 blev han ringet op af en person fra Horsens Kommunes kørselskontor, som fortalte, at alle chaufførerne skulle møde i Service og Beredskab, når arbejdsdagen var slut. Kørselskontoret står normalt for at koordinere de ruter, der skal køres med børnene. Chaufførerne kunne se ruterne via en tablet, som kommunen havde stillet til rådighed. Det gik op for ham, at han skulle møde til ansættelsessamtale hos kommunen.

Chaufførerne blev kaldt ind til ansættelsessamtaler i grupper på 4–6 personer. Kommunen fortalte dem, at de var blevet fritstillet fra deres gamle arbejde, og de fik lagt en ansættelseskontrakt foran sig. De havde ikke andet valg end at skrive under, hvis de ville have et arbejde dagen efter. Freddy Walter Nielsen havde ikke orienteret dem om noget, inden de gik ind til samtalen.

Han fik besked på at tage sin bus med hjem, som det var sædvanligt for chaufførerne, og at han senere ville få at vide, hvad der skulle ske med den. Et par dage senere afleverede han bussen hos Freddy Walter Nielsen. Det var en meget gammel bus, han kørte i. Nogle af de andre chauffører skulle efterlade deres bus hos kommunen. 15 busser, dvs. de fleste, blev i kommunen. Busserne skulle efterlades, fordi skiltene med Østbirk Turist A/S' navn (logo) skulle pilles af, før de kunne køre dagen efter. Udstyr som selepuder og spænder til kørestole skulle blive i busserne. De fik besked på, at de skulle aflevere deres telefon og tankkort til Freddy Walter Nielsen. Om morgenen den 20. maj 2014 blev der leveret en anden bus til ham, og han fik udleveret en t-shirt i stedet for den uniform, som han havde haft hos Østbirk Turist A/S. Det arbejde, som han udførte for Østbirk A/S og for Horsens Kommune, var præcis det samme.

Jens Heslop har forklaret bl.a., at han er direktør for Teknik og Miljø i Horsens Kommune. I foråret 2014 var han vicedirektør for samme afdeling. Kommunen har ca. 6.700 ansatte, heraf arbejder ca. 400 personer i afdelingen Service og Beredskab på Endelavevej. Her er der bl.a. værkstedsfaciliteter med personale, som servicerer store dele af de biler og busser, der kører for kommunen. Jørgen Broch er chef for Service og Beredskab

Kommunen er efter folkeskoleloven forpligtet til at sørge for befordring af fysisk og psykisk handicappede elever og elever, der er anbragt i daginstitution mv. Denne gruppe af børn har behov for genkendelighed. Det er derfor vigtigt for børnene, at der er tale om den samme

chauffør, der kører bussen hver dag. Selv om det skaber øget genkendelighed, er det ikke afgørende for børnene, om kørslen foregår i den ene eller anden bus, men det er vigtigt, om de sidder forrest eller bagerst i bussen, og om der f.eks. er tale om et sæde tæt på vinduet.

Den 24. april 2014 deltog han sammen med to af kommunens jurister i et møde med Freddy Walter Nielsen og advokat Christian Riewe. Mødet førte til udarbejdelse af allongen af 1. maj 2014. Tanken med allongens § 4 var, at man ville beholde chaufførerne, som børnene kunne genkende. Det lå bestemt ikke i kortene, at man ville overtage busserne, og han opfattede formuleringen om eventuel overtagelse af busserne således, at Østbirk Turist A/S ikke skulle stille sig i vejen for, at kommunen eller andre overtog busserne. Han vidste på dette tidspunkt ikke, at der var tale om leasede busser, og han husker ikke, om de talte om leasingselskaber.

Dialogen med Østbirk Turist A/S om at fortsætte kørslen for kommunen sluttede den 15. maj 2014 om formiddagen. Kommunen lovede at indestå for betalingen, hvis selskabet ville køre mandag den 19. maj 2014.

Det blev besluttet at kontakte Bent Thykjær vedrørende overtagelse af kørslen fra den 20. maj 2014. Bent Thykjær kom med et tilbud, men det var for dyrt, ligesom Bent Thykjær ville have, at kontrakten blev gjort uopsigelig i to år. Der blev derfor ikke indgået nogen aftale med Bent Thykjær.

Det blev herefter besluttet, at kommunen selv skulle overtage kørslen, men der manglede busser. Henrik Jeppesen, der er leder af værkstedet, og som normalt står for indkøb af materiel, tog i den forbindelse kontakt til Vagn Erik Hvid A/S, som kommunen havde haft som leverandør af busser i ca. 10 år. I første omgang forsøgte kommunen at leje busser, og der blev den 16. maj 2014 udarbejdet en hensigtserklæring. Mandag den 19. maj 2014 oplyste Vagn Erik Hvid A/S imidlertid, at prisen for at leje busserne ville være langt højere. Det blev for dyrt at leje busserne, og der blev derfor indgået en købsaftale. På dette tidspunkt vidste kommunen ikke, hvor busserne kom fra. Busserne blev købt ubeset, da det var det, som de kunne gøre i situationen. Nødplanen bestod ellers i taxakørsel.

Efter at busserne var købt, skulle der skaffes chauffører, og de talte den 19. maj 2014 med advokat Christian Riewe om, hvorvidt de måtte kontakte Østbirk Turist A/S' chauffører for at



høre, om de ville arbejde for kommunen. Han husker ikke, om fritstilling blev nævnt i den sammenhæng, men advokat Christian Riewe sagde, at virksomheden ikke skulle bruge chaufførerne mere.

Den 20. maj 2014 sidst på dagen fik han at vide, at en række af de busser, som kommunen havde købt, stammede fra Østbirk Turist A/S. Han var ikke dengang velbevandret i reglerne om virksomhedsoverdragelse.

Jørgen Broch har forklaret bl.a., at han er chef for Service og Beredskab i Horsens Kommune, som har ca. 400 medarbejdere, der tager af sig af bl.a. kørsel. Han er således også chef for kørselskontoret. Kommunen havde forud for maj 2014 ca. 10 busser, et værksted og nogle mekanikere.

Da det stod klart, at Østbirk Turist A/S ikke ville køre den 20. maj 2014, tog kommunen kontakt til en af cheferne hos Bent Thykjær, som gerne ville hjælpe, da de i forvejen havde et godt samarbejde. Senere ringede Bent Thykjær selv og sagde, at ingen kunne køre til den pris, som kommunen havde fået oplyst, men at han gerne ville indgå en to-årig aftale til en væsentlig højere pris. Kommunen kunne ikke indgå aftale på disse vilkår. Bent Thykjær skulle have løst opgaven med egne busser og chauffører.

De besluttede sig herefter for selv at løse opgaven, da kommunen havde organisationen med administration, ledelse, kørselskontor osv., således at overtagelse af opgaven med skolekørsel blot ville være en udvidelse. Torsdag den 15. maj 2014 tog Henrik Jeppesen derfor fat i Vagn Erik Hvid A/S, som handler med busser, og som kommunen tidligere har købt adskillige busser af. De skulle leje busser af hensyn til udbudsreglerne, og det lykkedes at få bekræftet, at man ville kunne sørge for busser i resten af 2014. Da de troede, at busserne var på plads, holdt de store bededagsferie til mandag den 19. maj 2014, hvor de så ville forsøge at finde chauffører. Tidligt mandag blev Henrik Jeppesen imidlertid kontaktet af Vagn Erik Hvid A/S, som sagde, at prisen var steget. Kommunen blev derfor nødt til at undersøge, om det var muligt at købe busserne, hvilket blev bekræftet mandag over middag. Han fik ikke oplyst, hvorvidt de busser, som de kunne leje, var de samme, som dem, de købte, og han vidste ikke, hvor busserne stammede fra. Det eneste, han vidste, var, at busserne kunne køre, og at de havde kørt frem til købstidspunktet. Der var et tillidsforhold til Vagn Erik Hvid A/S, og kommunen havde la-

vet en mundtlig aftale om, at de kunne få skiftet busserne, hvis de ikke kunne køre. Der er senere blevet skiftet tre busser uden beregning. Det blev ikke stillet som vilkår, at busserne ikke måtte komme fra Østbirk Turist A/S, og de har ikke haft fantasi til at tro, at der kunne opstå en situation, hvor busserne kom derfra. Det var ikke i hans overvejelser, at Østbirk Turist A/S skulle kunne stille busserne til rådighed samme dag, som selskabet gik konkurs.

Kommunen tog kontakt til advokat Christian Riewe om, hvorvidt chaufførerne stod til rådighed og kunne kontaktes, hvilket blev bekræftet. Chaufførerne blev kontaktet og bedt om at levere de ting, som tilhørte kommunen, herunder den udleverede tablet. Det blev samtidig sagt til chaufførerne, at Østbirk Turist A/S ikke kørte mere, og at kommunen gerne ville have en snak med dem. Nogle af chaufførerne pillede tablet, holder mv. af og gik til ansættelses-samtale. Kommunen ansatte den dag 22 af chaufførerne og har senere ansat flere.

Henrik Jeppesen fortalte senere mandag eftermiddag, at han havde fået kendskab til, at en del af Østbirk Turist A/S' busser, nemlig 15, skulle blive hos kommunen, da det var dem, kommunen havde købt. Nogle af chaufførerne fik derfor at vide, at de kunne gå ned og montere deres tablets igen. Kommunen reagerede ikke over for Vagn Erik Hvid A/S, da det blev opdaget, hvor busserne stammede fra. De købte busser blev hos kommunen, hvor værkstedet i løbet af natten pillede Østbirk Turist A/S' skilte og cvr-nr. af. Der blev også lagt nye tilladelser i busserne. Chaufførerne fik udleveret nogle t-shirts til at køre i, som kommunen havde på lager. Der blev ikke overtaget andet materiel fra Østbirk Turist A/S end busserne.

## **5. Anbringender**

Klager har anført bl.a., at Horsens Kommune har overtaget den hidtidige kørselsopgave og uden afbrydelse i arbejdet har ansat alle eller hovedparten af de chauffører, der var beskæftiget hos Østbirk Turist A/S med kørsel for Horsens Kommune.

Arbejdet foregår som hidtil med de samme busser angiveligt erhvervet via de af Østbirk Turist A/S benyttede leasingselskaber og Vagn Erik Hvid A/S. Det har formodningen imod sig, at kommunen ikke var bekendt med, at de busser, man købte ubeset, men med oplysning om, at "alle busserne har været i drift til dags dato", hidtil havde været benyttet af Østbirk Turist A/S til kørsel for kommunen. Henrik Jeppesen, som havde kontakten til Vagn Erik Hvid A/S, er ikke blevet afhørt som vidne, og det må komme kommunen til skade. Det arbejde, som for-

bundets medlemmer har udført efter, at kommunen overtog kørselsopgaven, er det samme som før.

Busser vil, uanset om disse leases, udgøre et væsentligt element i aktiviteter, som regulær offentlig bustransport, der ikke i det væsentlige er baseret på arbejdskraft, jf. UfR 2016.2990 H, og busserne er i denne sag overtaget af kommunen. Det er ikke afgørende, om der er sket en overdragelse af ejendomsretten til busserne fra busselskabet til Horsens Kommune, men at de samme busser, der før var til rådighed for busselskabet ved leasing, nu er til rådighed for kommunen, jf. EU-Domstolens dom af 2. december 1999 i sag C-234/98, Allen.

Det må indgå i den samlede vurdering af, om der er tale om en økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet, at kørselsopgaven blev videreført med de samme chauffører på nær én, hvilket kommunen har tillagt stor betydning af hensyn til børnene. Der henvises endvidere til allonge af 1. maj 2014 til kørselskontrakten, hvori Freddy Walter Nielsen forpligter sig til at medvirke til, at chaufførerne og eventuelt busserne fortsætter med at varetage kørslen i regi af kommunen eller anden leverandør i tilfælde af ophævelse af kontrakten eller konkurs. Det kan efter bevisførelsen ikke lægges til grund, at de chauffører, der arbejdede i Østbirk Turist A/S, var blevet opsagt og fritstillet, inden de begyndte at arbejde for kommunen.

Der er på den anførte baggrund sket overdragelse af en virksomhed eller af en del heraf fra Østbirk Turist A/S til Horsens Kommune ved kommunens overtagelse af kørselsopgaven, jf. virksomhedsoverdragelseslovens § 1.

Indklagede har anført bl.a., at virksomhedsoverdragelsesloven alene finder anvendelse i den situation, hvor en virksomhed helt eller delvist overdrages, jf. lovens § 1. For så vidt angår regulær offentlig bustransport, er det i EU-Domstolens dom i sag C-172/99, Liikenne, fastslået, at der ikke foreligger virksomhedsoverdragelse, hvis der ikke er sket overførsel af væsentlige fysiske elementer, der er uundværlige for at bevare en tilfredsstillende drift, jf. præmis 42 og 43.

Både EU-Domstolen i sag 234/98, Allen, præmis 30, og Højesteret i UfR 2016.2990 har tillagt det betydning, om den nye kontraktpart som led i overtagelsen af en opgave har kunnet

råde over samme aktiver, og busserne er ikke aftalemæssigt blevet stillet til rådighed for Horsens Kommune af Østbirk Turist A/S i forbindelse med konkursen.

På det tidspunkt, hvor kommunen købte busserne, var kommunen ikke bekendt med, at 15 af de 22 busser frem til den 19. maj 2014 havde kørt for Østbirk Turist A/S for Horsens Kommune. Det forhold, at Henrik Jeppesen, der havde kontakten til Vagn Erik Hvid A/S, ikke er blevet afhørt som vidne, skal ikke komme kommunen til skade. Hvis Arbejdsretten mener, at afhøringen af Henrik Jeppesen er af afgørende betydning for sagen, bør sagen udsættes, så han kan blive afhørt. Kommunens manglende kendskab til, hvorfra busserne stammede, må føre til, at kommunens overtagelse af busserne ikke kan anses som en overførsel af væsentlige fysiske elementer fra Østbirk Turist A/S til kommunen.

Der er allerede som følge heraf ikke sket virksomhedsoverdragelse.

Måtte Arbejdsretten nå frem til, at de 15 busser i virksomhedsoverdragelseslovens forstand må anses for overdraget fra Østbirk Turist A/S til Horsens Kommune, er der alligevel ikke sket en virksomhedsoverdragelse. 7 af de 22 busser havde ikke tidligere kørt for Østbirk Turist A/S for kommunen. Kommunen overtog ikke driftsmidler, garageanlæg, værksted eller lignende fra Østbirk Turist A/S. Chaufførerne i kommunen blev endvidere ansat på andre vilkår. Det må i øvrigt efter bevisførelsen lægges til grund, at chaufførerne var blevet fritstillet, inden de blev ansat i kommunen.

## **6. Retsgrundlag**

### *6.1. Folkeskoleloven*

I folkeskolelovens § 26 (lovbekendtgørelse nr. 747 af 20. juni 2016) hedder det bl.a.:

”§ 26.

*Stk. 1.* ...

*Stk. 2.* Kommunalbestyrelsen skal endvidere sørge for befordring til og fra skole af syge og invaliderede elever.

*Stk. 3.* ...

*Stk. 4.* Bestemmelserne i stk. 1-3 finder tilsvarende anvendelse på befordring mellem skole og dagtilbud i henhold til lov om social service af elever, der uden for skoletiden er anbragt i daginstitution mv.”

## 6.2. Virksomhedsoverdragelsesloven

Virksomhedsoverdragelsesloven (lovbekendtgørelse nr. 710 af 20. august 2002 om lønmodtagernes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse) indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

”§ 1. Loven finder anvendelse ved overdragelse af en virksomhed eller en del heraf der ligger inden for det område, hvor traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab finder anvendelse.

*Stk. 2.* Denne lov finder anvendelse på offentlige og private virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de virker med gevinst for øje. ...

...

§ 2. Overdrages en virksomhed eller en del heraf, indtræder erhververen umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overtagelsestidspunktet i henhold til:

- 1) kollektiv overenskomst og aftale
- 2) bestemmelser om løn- og arbejdsforhold, der er fastsat eller godkendt af offentlig myndighed, og
- 3) individuel aftale om løn- og arbejdsforhold.”

Virksomhedsoverdragelsesloven har til formål at gennemføre de EU-retlige regler om arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med virksomhedsoverdragelse, jf. afsnit 6.3.

## 6.3. EU-retten

### 6.3.1 Direktivet

Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller dele af virksomheder eller bedrifter indeholder bl.a. følgende betragtninger i præambelen:

”(1) Rådets direktiv 77/187/EØF af den 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter har været underkastet omfattende ændringer. Direktivet bør derfor kodificeres, således at dets bestemmelser kan fremtræde klart og rationelt.

(2) Både på nationalt plan og på fællesskabsplan medfører den økonomiske udvikling, at der sker ændringer i virksomhedernes struktur blandt andet i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller dele af virksomheder eller bedrifter til andre indehavere som følge af overdragelse eller fusion.

(3) Det er nødvendigt at fastsætte bestemmelser til beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af ny indehaver, især for at sikre varetagelse af deres rettigheder.”

Direktivet indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

*”Art. 1*

*Stk. 1.*

a) Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en virksomhed eller bedrift til en anden indehaver som følge af en overdragelse eller fusion.

b) Som overførsel i henhold til dette direktiv anses overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, forstået som en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk

...

c) Dette direktiv finder anvendelse på offentligretlige og privatretlige virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de opererer med gevinst for øje. ...

...

*Art. 2*

Stk. 1. I dette direktiv forstås ved:

a) ”overdrager”: enhver fysisk eller juridisk person, der som følge af en overførsel efter artikel 1, stk. 1, ophører med at være indehaver af virksomheden eller bedriften eller af en del af virksomheden eller bedriften.

b) ”erhverver”: enhver fysisk eller juridisk person, der som følge af en overførsel efter artikel 1, stk. 1, bliver indehaver af virksomheden eller bedriften eller af en del af virksomheden eller bedriften.

...

*Art. 3*

Stk. 1. Overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførslen, overgår som følge af denne overførsel til erhververen.

...

*Art. 8*

Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes mulighed for at anvende eller indføre love eller administrative bestemmelser, der er mere gunstige for arbejdstagerne, eller at fremme eller tillade anvendelsen af overenskomstmæssige bestemmelser, der er mere gunstige for arbejdstagerne.”

Som det fremgår af artikel 8, har direktivet karakter af et minimumsharmoniseringsdirektiv.

Det betyder, at direktivet regler skal overholdes, men at det er muligt for medlemslandene at give arbejdstagerne en beskyttelse, der går videre end direktivets regler.

### *6.3.2. EU-Domstolens praksis og dansk praksis i tilknytning hertil*

#### 6.3.2.1. Generelt om overførselsbegrebet

Der foreligger en omfattende praksis fra EU-Domstolen om, hvornår der er tale om overførsel af en økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet, jf. direktivets artikel 1, stk. 1, litra b.

Allerede forud for vedtagelsen det nugældende direktiv, der som nævnt i præamblen er en kodifikation af direktivet fra 1977 med senere ændringer, har EU-Domstolen fastslået, at den omstændighed, at den tjenesteydelse, som udføres af den gamle og den nye ordremodtager, er den samme, ikke i sig selv er tilstrækkelig til, at der er tale om overførsel af en økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet. En enhed kan ikke begrænses til den aktivitet, den udfører. Dens identitet består også af andre forhold, som f.eks. det personale, der er ansat i enheden, dens ydre rammer, tilrettelæggelsen af dens arbejde, dens driftsmåde og i givet fald også de driftsmidler, enheden råder over, jf. præmis 15 i dom af 11. marts 1997 i sag C-13/95 (Süzen).

Det fremgår af EU-Domstolens praksis, at der ved afgørelsen af, om der er tale om overførsel af en enhed, der har bevaret sin identitet, må tages hensyn til samtlige omstændigheder ved overførslen. I dom af 9. september 2015 i sag C-160/14 (e Brito m.fl.) hedder det herom bl.a.:

- ”25 Ifølge fast retspraksis er formålet med direktiv 2001/23 at sikre en fortsættelse af de bestående ansættelsesforhold inden for en økonomisk enhed, selv om denne skifter indehaver. Det afgørende ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, er, om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet, hvilket navnlig må lægges til grund, såfremt driften faktisk fortsættes eller genoptages ...
- 26 For at afgøre, om denne betingelse er opfyldt, må der tages hensyn til alle de 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 ...
- 27 I særdeleshed har Domstolen fremhævet, at afvejningen af, hvilken vægt der skal tillægges de forskellige kriterier, nødvendigvis afhænger af, hvilken type aktivitet der udføres, og hvilke produktions- eller driftsmåder der anvendes i virksomheden, bedriften eller den pågældende del af bedriften ...”

For så vidt angår den afvejning, der er nævnt i præmis 27, henvises til afsnit 6.3.2.3 og 6.3.2.4 nedenfor.

#### 6.3.2.2. Betydningen af manglende direkte kontraktsforhold mellem overdrager og erhverver

EU-Domstolen har i dommen af 11. marts 1997 i sag C-13/95 (Süzen) taget stilling til, hvilken betydning det har, at der ikke er et direkte kontraktsforhold mellem overdrager og erhverver. Herom anførte Domstolen:

- ”11 Selv om den omstændighed, at der ikke foreligger et kontraktforhold mellem overdrageren og erhververen eller som i dette tilfælde mellem de to entreprenører, hvor først den ene og derefter den anden har fået overdraget rengøringsarbejdet på en skole, kan pege i retning af, at der ikke i henhold til direktivet foreligger en overførsel, er det imidlertid ikke afgørende i denne forbindelse.
- 12 Som Domstolen senest har fastslået ... finder direktivet anvendelse i alle de tilfælde, hvor der som led i et kontraktforhold sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne i virksomheden. Det er således ikke en forudsætning for, at direktivet finder anvendelse, at der består et direkte kontraktforhold mellem overdrageren og erhververen, og overdragelsen vil kunne finde sted i to trin via en tredjemand, f.eks. ejeren eller lejer.
- 13 Det er imidlertid en forudsætning for, at direktivet finder anvendelse, at overførslen vedrører en økonomisk enhed, der er organiseret på stabil måde, og hvis aktiviteter ikke er begrænset til udførelsen af en nærmere bestemt entreprise ... Begrebet enhed omfatter således en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål.”

EU-Domstolen har også senere givet udtryk for, at det ikke er en forudsætning for direktivets anvendelse, at der består et direkte kontraktforhold mellem overdrageren og erhververen, jf. f.eks. præmis 39 i dom af 20. november 2003 (Abler m.fl.).

Der kan endvidere henvises til dom af 20. januar 2011 i sag C-463/09 (Valor), hvor EU-Domstolen udtalte bl.a.:

- ”30 Domstolen har således udtalt, at direktiv 77/187 som kodificeret i direktiv 2001/23 fandt anvendelse i alle de tilfælde, hvor der som led i en aftale sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som af den grund påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne i virksomheden ...
- 31 Derfor har Domstolen antaget, at direktiv 77/187 kan finde anvendelse i et tilfælde, hvor en virksomhed, som har benyttet en anden virksomhed til rengøringen af sine lokaler eller en del af dem, beslutter at bringe kontrakten med denne virksomhed til ophør og fremover selv varetage rengøringen (jf. dommen i sagen Hernández Vidal m.fl., præmis 25).
- 32 Følgelig kan det ikke på forhånd udelukkes, at direktiv 2001/23 finder anvendelse under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder, hvorefter en kommune ensidigt beslutter at opsiges en kontrakt med en privat virksomhed og selv udføre den rengøring, som den havde overdraget til den private virksomhed.
- 33 For at direktiv 2001/23 kan finde anvendelse, skal overførslen imidlertid i overensstemmelse med dette direktivs artikel 1, stk. 1, litra b), vedrøre en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet efter ændringen af indehaver.



...

- 37 Det er, som det fremgår af denne doms præmis 31, i den henseende uden betydning, at overtagelsen af en betydelig del af arbejdsstyrken foretages i forbindelse med en for-handlet overdragelse mellem overdrager og erhverver, eller at den finder sted efter en ensidig beslutning af den tidligere indehaver om at opsiges den overførte arbejdsstyrkes arbejdskontrakter efterfulgt af en ensidig beslutning truffet af den nye indehaver om at ansætte størstedelen af den samme arbejdsstyrke til udførelse af de samme opgaver.
- 38 Hvis en overførsel som omhandlet i direktiv 2001/23 i tilfælde af overtagelse af størstedelen af arbejdsstyrken alene afhang af det kontraktmæssige grundlag for overtagelsen, ville beskyttelsen af arbejdstagerne, som tilsigtes med dette direktiv, nemlig blive overladt til virksomhedsledernes skøn, og disse ville, hvis de afholdt sig fra at indgå en kontrakt, kunne omgå anvendelsen af direktivet til skade for varetagelsen af de overførte arbejdstageres rettigheder, der imidlertid er sikret ved artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23.”

### 6.3.2.3. Arbejdskraftens betydning

Hvilken vægt der skal tillægges de forskellige kriterier ved bedømmelsen af, om der er sket overførsel af en økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet, afhænger – som anført i afsnit 6.3.2.1 – af, hvilken type aktivitet der er tale om.

Der findes brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentlige del af aktiviteten. Om betydningen heraf for spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en overførsel af økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet, har EU-Domstolen i dommen af 20. januar 2011 i sag C-463/09 (Valor) udtalt bl.a.:

- ”35 Domstolen har tidligere udtalt, at en økonomisk enhed navnlig i visse brancher kan fungere uden materielle eller immaterielle aktiver af betydning, og det kan i så fald ikke være afgørende for, om enheden opretholdes efter den pågældende transaktion, at der overdrages sådanne aktiver ...
- 36 Domstolen har således fastslået, at i visse brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed, og en sådan enhed vil kunne opretholde sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos 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 ...

...

- 39 Som det fremgår af Domstolens retspraksis, kan en rengøringsaktivitet som den i hovedsagen omhandlede vel anses for en aktivitet, hvor arbejdskraften er den væsentligste del

... og følgelig vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles rengøringsaktivitet, i fravær af andre produktionsfaktorer kunne udgøre en økonomisk enhed (jf. i denne retning dommen i sagen Hernández Vidal m.fl., præmis 27). Det er imidlertid nødvendigt, at sidstnævntes identitet opretholdes efter den pågældende operation.”

Arbejdsretten har i tilknytning hertil i dom af 3. februar 2016 i sag AR2015.0171 udtalt bl.a.:

”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)

#### 6.3.2.4. Aktivernes betydning

Der findes brancher, hvor aktiviteten ikke anses for i det væsentlige at være baseret på arbejdskraft, men hvor aktiverne (driftsmateriellet) er af væsentlig betydning for aktiviteten. Om betydningen heraf for spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en overførsel af økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet, har EU-Domstolen i dom af 2. december 199 i sag C-234/98 (Allen) udtalt bl.a.:

”30 For så vidt angår hovedsagen kan anlæg af minegange ganske vist ikke betragtes som en aktivitet, der i det væsentligste er baseret på arbejdskraft, idet der kræves omfattende materiel og udstyr. Det fremgår imidlertid af forelæggelsesafgørelsen, at det i minebranchen er sædvane, at mineejeren stiller de væsentligste aktiver, der er nødvendige med henblik på udførelsen af anlægsarbejdet, til rådighed. AMS har således som underentreprenør kunnet råde over det udstyr, som RJB tidligere havde stillet til ACC's rådighed. Den omstændighed, at ejendomsretten til de aktiver, der er nødvendige for virksomhedens drift, ikke er overgået til den nye indehaver, er imidlertid ikke til hinder for, at der er tale om en overførsel ... Det forhold, at der ikke har fundet en overdragelse af aktiver sted mellem ACC og AMS, er herefter ikke afgørende.”

Tilsvarende har EU-Domstolen udtalt i dommen af 20. november 2003 i sag C-340/01 (Abler m.fl.) præmis 41-43, hvor det hedder:

”41 Det fremgår imidlertid af selve ordlyden af artikel 1 i direktiv 77/187, at direktivets anvendelsesområde omfatter alle de tilfælde, hvor der som led i en aftale sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som af den grund påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne i

virksomheden, og det har ingen betydning, om der er sket en overførsel af ejendomsretten til materielle aktiver ...

- 42 Den omstændighed, at de materielle aktiver, der overtages af den nye erhvervsdrivende, ikke tilhørte dennes forgænger, men blev stillet til rådighed af ordregiveren, kan således ikke føre til den konklusion, at der ikke foreligger en overførsel af en virksomhed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 77/187.
- 43 Den forelæggende rets spørgsmål skal således besvares med, at artikel 1 i direktiv 77/187 skal fortolkes således, at direktivet finder anvendelse i en situation, hvor en ordregiver, som ved aftale havde overdraget den fulde drift af et hospitalsstorkøkken til en erhvervsdrivende, opsiger aftalen og indgår en ny aftale med en anden erhvervsdrivende, som skal levere den samme ydelse, når det forholder sig således, at den anden erhvervsdrivende anvender væsentlige materielle aktiver, som tidligere blev anvendt af den første erhvervsdrivende, og som ordregiveren har stillet til deres rådighed i umiddelbar forlængelse af hinanden, selv om den anden erhvervsdrivende havde tilkendegivet ikke at ville overtage den første erhvervsdrivendes ansatte.”

I EU-Domstolens dom af 25. januar 2001 i sag C-172/99 (Liikenne) havde et selskab i tre år drevet et antal busruter efter udbud fra vedkommende myndighed. Selskabet mistede opgaven, og 45 chauffører blev afskediget. 33 chauffører (alle der ansøgte) blev ansat i det selskab, der havde overtaget busdriften. Der blev ikke overdraget køretøjer eller andre aktiver til det selskab, der overtog busdriften. Mens det nye selskab afventede leveringen af 22 nye busser, som selskabet havde bestilt, lejede det to af den tidligere virksomheds busser i to til tre måneder, og det nye selskab købte det tidligere selskabs uniformer, som nogle af chaufførerne havde anvendt.

For så vidt angår spørgsmålet, om der var sket overførsel af en virksomhed, der bevarede sin identitet, udtalte EU-Domstolen bl.a.:

- ”39 Bustransport kan ganske vist ikke anses for en aktivitet, der i det væsentligste er baseret på arbejdskraft, idet der kræves omfattende materiel og anlæg (jf. den samme konstatering for så vidt angår anlæg af minegange, Allen-dommen, præmis 30). Den manglende overførsel af materielle aktiver til drift af de pågældende busruter fra den gamle til den nye kontraktmodtager er en omstændighed, der skal tages i betragtning.

...

- 42 I en branche som regulær offentlig bustransport, hvor de fysiske elementer udgør et væsentligt element i virksomhedsdriften, kan den manglende overførsel fra den gamle kontraktpart til den nye af en væsentlig del af disse elementer, der er uundværlige for en tilfredsstillende drift af enheden, føre til, at enheden ikke kan anses for at have bevaret sin identitet.
- 43 Dette medfører således i en situation som den i hovedsagen omhandlede, at direktiv 77/187 ikke finder anvendelse, såfremt der ikke er overført væsentlige fysiske elementer mellem den gamle kontraktpart og den nye.”

Højesteret har i tilknytning hertil i dom af 24. maj 2016 gengivet i UfR 2016 s. 2990 udtalt bl.a.:

”Sagen angår, om Brande Buslinier ApS' overtagelse af driften af en buslinje, der tidligere blev drevet af - - - Bilen, er en virksomhedsoverdragelse i virksomhedsoverdragelseslovens forstand ...

...

Ved afgørelsen af, om der er sket overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, må der tages hensyn til samtlige omstændigheder ved afhændelsen, jf. f.eks. EU-Domstolens dom af 18. marts 1986 i sag C-24/85 (Spijkers), præmis 13. Afvejningen af, hvilken vægt der skal tillægges de forskellige kriterier for, om der er tale om en sådan overførsel, afhænger af, hvilken type aktivitet der udføres, og hvilke produktions- eller driftsmåder, der anvendes i virksomheden, jf. f.eks. EU-Domstolens dom af 11. marts 1997 i sag C-13/95(Süzen), præmis 18.

For så vidt angår aktiviteter som regulær offentlig bustransport, der ikke i det væsentlige er baseret på arbejdskraft, og hvor de fysiske elementer til drift af busruten udgør et væsentligt element i virksomhedsdriften, fører manglende overførsel af væsentlige fysiske elementer fra den hidtidige kontraktpart til den nye i hvert fald som det helt klare udgangspunkt til, at der ikke er tale om en enhed, der har bevaret sin identitet, jf. EU-Domstolens dom af 25. januar 2001 i sag C-172/99 (Liikenne) præmis 39, 42 og 43.

Højesteret finder, at der ikke er overført væsentlige fysiske elementer til drift af busruten fra - - - Bilen til Brande Buslinier, idet Brande Buslinier ikke har overtaget busser, men kun billetborde, chaufførtasker, møntborde og byttepenge til en samlet værdi af ca. 61.000 kr.

Ved vurderingen af, om en enhed har bevaret sin identitet, er det ikke afgørende, om ejendomsretten til virksomhedens driftsmateriel er overgået til den, der har overtaget aktiviteten. Der skal derimod lægges vægt på, om det samme driftsmateriel bliver stillet til rådighed for den nye kontraktpart, jf. EU-Domstolens dom af 2. december 1999 i sag C-234/98 (Allen). Højesteret finder på den baggrund, at det ikke er afgørende, at de væsentligste fysiske elementer i såvel - - - Bilens som Brande Busliniers virksomhed, busserne, var leasede.

Højesteret finder herefter, at Brande Busliniers overtagelse af driften af den pågældende busrute ikke var en overførsel af en økonomisk enhed, der bevarede sin identitet, og tiltræder derfor, at overtagelsen ikke var omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.”

## **7. Arbejdsrettens begrundelse og resultat**

### *7.1. Baggrund og problemstilling*

Horsens Kommune indgik i juni 2013 efter udbud en kontrakt med Freddy Walter Nielsen om kørsel i henhold til folkeskolelovens § 26, stk. 2 og 4. Østbirk Turist A/S, som Freddy Walter

Nielsen ejede, blev godkendt som underleverandør for den nævnte kørselsopgave. Efter folkeskolelovens § 26, stk. 2, sørger kommunen for befordring til og fra skole af syge og invaliderede elever, og efter stk. 4, skal kommunen også sørge for befordring mellem skole og dagtilbud i henhold til lov om social service af elever, der uden for skoletiden er anbragt i daginstitution.

Det lægges efter bevisførelsen til grund, at Østbirk Turist A/S udførte den nævnte kørselsopgave for Horsens Kommune med 22 leasede minibusser. Selskabet havde endvidere ansat 22 (eller muligvis 23) chauffører til at køre for kommunen.

Horsens Kommune overtog kørselsopgaven efter Østbirk Turist A/S fra den 20. maj 2014, da selskabet havde indstillet driften. Selskabet gik samme dag konkurs. Det kan efter bevisførelsen lægges til grund, at kommunen med virkning fra den 20. maj 2014 ansatte 22 chauffører, der havde kørt for Østbirk Turist A/S for kommunen, og at 15 af de 22 minibusser, som Østbirk Turist A/S havde anvendt ved varetagelsen af kørselsopgaven for kommunen, også blev anvendt af kommunen.

Delforhandlingen angår, om Horsens Kommunes overtagelse af kørselsopgaven efter Østbirk Turist A/S i maj 2014 udgør en overdragelse af en virksomhed eller en del heraf omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, jf. denne lovs § 1.

Efter lovens § 1, stk. 1, finder loven anvendelse ved overdragelse af en virksomhed eller en del heraf, og efter § 1, stk. 2, finder loven anvendelse på offentlige og private virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de virker med gevinst for øje. Det udelukker således ikke i sig selv, at der foreligger virksomhedsoverdragelse, at det er en kommune, der har overtaget den økonomiske aktivitet, jf. herved også EU-Domstolens dom af 20. januar 2011 i sag C-463/09 (Valor), præmis 31-32. Dommen er omtalt i afsnit 6.3.2.2 foran.

## *7.2. Generelt om retstilstanden*

Virksomhedsoverdragelsesloven skal fortolkes således, at virksomhedsoverdragelsesdirektivet (Rådets direktiv 2001/23/EF) overholdes. Direktivet finder efter artikel 1, stk. 1, litra a, anvendelse på overførsel af virksomhed eller bedrift eller del heraf. Efter litra b forstås herved ”overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, forstået som en helhed af midler,

der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk”.

Ved afgørelsen af, om der er sket overførsel af en økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet, selv om indehaveren udskiftes, må der efter EU-Domstolens praksis tages hensyn til alle faktiske omstændigheder vedrørende den pågældende overførsel, jf. afsnit 6.3.2.1 foran. Som også anført i dette afsnit, afhænger afvejningen af, hvilken vægt der skal tillægges de forskellige kriterier, af, hvilken type aktivitet der udføres, og hvilke produktions- eller driftsmidler der anvendes i virksomheden.

Med hensyn til aktiviteter som regulær offentlig bustransport, der ikke i det væsentlige er baseret på arbejdskraft, og hvor de fysiske elementer til drift af busruten udgør et væsentligt element i virksomhedsdriften, fører manglende overførsel af væsentlige fysiske elementer fra den hidtidige kontraktspart til den nye i hvert fald som det helt klare udgangspunkt til, at der ikke er tale om en enhed, der har bevaret sin identitet, jf. Højesteret i dom af 24. maj 2016 gengivet i UfR 2016.2990 med henvisning til EU-Domstolens dom af 25. januar 2001 i sag C-172/99 (Liikenne) præmis 39, 42 og 43. Dommene er omtalt i afsnit 6.3.2.4.

### *7.3. Den konkrete sag*

#### *7.3.1. Spørgsmålet om fritstilling*

Der er ikke fremlagt skriftligt materiale, der belyser, om de 22 chauffører fra Østbirk Turist A/S, som med virkning fra den 20. maj 2014 blev ansat i Horsens Kommune, forinden var blevet opsagt og fritstillet af Østbirk Turist A/S. Freddy Walter Nielsen, der i givet fald skulle have opsagt og fritstillet chaufførerne, har endvidere ikke afgivet forklaring for Arbejdsretten. Det kan derfor ikke lægges til grund, at de nævnte chauffører blev opsagt og fritstillet.

Det tilføjes, at Arbejdsretten – efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger, herunder det forhold, at de pågældende chauffører den 19. maj 2014 var ansat i Østbirk Turist A/S og allerede med virkning fra den 20. maj 2014 blev ansat i Horsens Kommune – under alle omstændigheder finder, at deres ansættelsesforhold hos Østbirk Turist A/S ikke reelt var ophørt, da Horsens Kommune overtog kørselsopgaven efter Østbirk Turist A/S.

De 22 chaufførers ansættelsesforhold bestod således i maj 2014, hvor Horsens Kommune overtog kørselsopgaven efter Østbirk Turist A/S, jf. virksomhedsoverdragelseslovens § 2.

### *7.3.2. Spørgsmålet om virksomhedsoverdragelse*

Det bemærkes indledningsvis, at det efter Arbejdsrettens opfattelse var en økonomisk enhed – forstået som en helhed af midler, der var organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, jf. artikel 1, stk. 1, litra b, i virksomhedsoverdragelsesdirektivet – hos Østbirk Turist A/S, der forestod kørselsopgaven for Horsens Kommune. I denne enhed indgik i hvert fald 22 (muligvis 23) chauffører og 22 minibusser.

Spørgsmålet er herefter, om den nævnte økonomiske enhed bevarede sin identitet, efter at Horsens Kommune i maj 2014 overtog kørselsopgaven. I bekræftende fald er der tale om virksomhedsoverdragelse i henhold til virksomhedsoverdragelsesloven.

Ved bedømmelsen heraf må der efter Arbejdsrettens opfattelse i første række ses på, i hvilket omfang de minibusser, som Østbirk Turist A/S havde anvendt, blev overført til Horsens Kommune til brug for varetagelsen af kørselsopgaven. Dette skyldes, at busserne efter retspraksis må anses for et centralt led i den kørselsopgave, som Østbirk Turist A/S udførte for kommunen, jf. herved afsnit 6.3.2.4 foran.

Det fremgår af en allonge fra 1. maj 2014 til kontrakten mellem Horsens Kommune og Freddy Walter Nielsen, at kommunen kunne ophæve kontrakten med dags varsel uden angivelse af nye årsager, og at Freddy Walter Nielsen forpligtede sig til at medvirke til, at ”chaufførerne og eventuelt busserne fortsætter med at varetage kørslen i regi af kommunen eller anden leverandør”.

Kommunen købte den 19. maj 2014 22 minibusser af Vagn Erik Hvid A/S for godt to mio. kr. 15 af de 22 busser blev anvendt af Østbirk Turist A/S inden kommunens overtagelse af kørselsopgaven. Kommunen gjorde ikke noget for at få afklaret, inden busserne blev købt, om de også havde været anvendt hos Østbirk Turist A/S til brug for kørsel for kommunen. Kommunen købte således busserne uden forinden at have besigtiget dem, og kommunen kontaktede heller ikke Vagn Erik Hvid A/S for at få oplyst, hvor busserne havde været anvendt, selv om selskabet ved mail af 19. maj 2014 havde sendt kommunen en liste over busserne og oplyst, at

alle busserne havde været i drift til dags dato. Kommunen stillede heller ikke som vilkår for handlen, at busserne ikke måtte have været anvendt af Østbirk Turist A/S til kørsel for kommunen, og kommunen reklamerede derfor ikke over for Vagn Erik Hvid A/S, da kommunen den 19. maj 2014 konstaterede, at kommunen faktisk havde købt 15 busser, der havde været anvendt af Østbirk Turist A/S til kørsel for kommunen. I stedet blev bl.a. logoet på busserne fjernet, og de blev dagen efter – som hidtil – anvendt til befordring af bl.a. handicappede børn og unge i kommunen.

I hvert fald under disse omstændigheder finder Arbejdsretten, at der blev overført væsentlige fysiske elementer i form af 15 ud af 22 minibusser fra Østbirk Turist A/S til Horsens Kommune, og at det samme driftsmateriel således i det væsentlige blev stillet til rådighed for kommunen. Det har ingen betydning for resultatet, om Henrik Jeppesen, der på kommunens vegne kommunikerede med Vagn Erik Hvid A/S, inden købet var klar over, at handlen omfattede 15 af de 22 minibusser, som Østbirk Turist A/S havde anvendt til varetagelse af kørselsopgaven for kommunen. Det har heller ikke nogen betydning for resultatet, at der ikke var nogen aftale mellem Horsens Kommune og Østbirk Turist A/S (eller det selskab/de selskaber, hvorfra busserne var leaset til Østbirk Turist A/S) om at overtage busserne. Der henvises herved også til afsnit 6.3.2.2 foran, hvoraf det fremgår, at det ikke er en forudsætning for virksomhedsoverdragelsesdirektivets anvendelse, at der består et direkte kontraktsforhold mellem overdrager og erhverver.

Ved bedømmelsen af, om der skete overførsel af en økonomisk enhed, der bevarede sin identitet, må der efter Arbejdsrettens opfattelse også tages hensyn til, at kommunen ansatte alle eller stort set alle de chauffører fra Østbirk Turist A/S, der havde med buskørsel for kommunen at gøre. Kommunen ønskede nemlig, at det var de samme chauffører, som transporterede de samme elever, idet dette skabte genkendelighed, hvilket var vigtigt for de mange sårbare elever, der skulle befordres.

På den anførte baggrund, og da det, som indklagede i øvrigt har gjort gældende, ikke kan føre til en anden vurdering, finder Arbejdsretten, at Horsens Kommunes overtagelse af kørselsopgaven efter Østbirk Turist A/S i maj 2014 må anses for overførsel af en økonomisk enhed, der bevarede sin identitet. Arbejdsretten tager derfor Landsorganisationen i Danmarks påstand



om, at der er tale om overdragelse af en virksomhed eller en del heraf omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, til følge, jf. denne lovs § 1.

**T h i b e s t e m m e s:**

Indklagede, Kommunernes Landsforening (KL) for Horsens Kommune, skal anerkende, at kommunens overtagelse i maj 2014 af kørselsopgaven efter Østbirk Turist A/S er en overdragelse af en virksomhed eller en del heraf omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

Oliver Talevski