

KENDELSE

afsagt tirsdag den 29. marts 2016

i faglig voldgiftssag 2014.0128

CO-industri
(advokat Jesper Kragh-Stetting)

mod

DI Overenskomst I ved DI
(advokat Annette Fæster Petersen)

Tvisten

Sagen angår virksomhedsoverdragelse mellem to virksomheder, som begge er medlem af DI Overenskomst I, og som derfor begge er omfattet af Industriens Funktionæroverenskomst, men hvor overenskomsten som følge af 50 pct.-reglen kun er gældende for handels- og kontorområdet i den overdragende virksomhed, hvor overenskomsten er sat i kraft for dette område, hvad den ikke er i den erhvervende virksomhed. Spørgsmålet er, om den erhvervende virksomhed i medfør af virksomhedsoverdragelseslovens § 4 a, stk. 1, kan frasige sig, at Industriens Funktionæroverenskomst efter overdragelsen skal gælde på handels- og kontorområdet og således opretholde status quo, hvorefter Industriens Funktionæroverenskomst som hidtil er hvilende i den erhvervende virksomhed og først træder i kraft, når betingelserne efter 50 pct.-reglen er opfyldt.

Påstande

Klager, CO-industri, har nedlagt følgende påstande:

Principal:

Indklagede, DI Overenskomst I ved DI, skal anerkende, at en medlemsvirksomhed, som er erhverver i en virksomhedsoverdragelse, ikke kan frasige sig overenskomsten for HK-området, når denne er sat i kraft hos overdrageren, med den virkning, at overenskomsten sættes ud af kraft for det overtagne HK-område, hvis overenskomsten i forvejen er hvilende for området hos medlemsvirksomheden selv.

Subsidiært:

Indklagede, DI Overenskomst I ved DI, skal anerkende, at når en medlemsvirksomhed, som er erhverver i en virksomhedsoverdragelse, frasiger sig overenskomsten for HK-området, der er hvilende hos medlemsvirksomheden selv, sættes overenskomsten ikke ud af kraft for de medarbejdere, der overdrages, når disse

efter overdragelsen fortsætter med at udføre arbejde på virksomheden på den samme geografiske lokation, hvorfra de er overdraget, og inden for overenskomstens dækningsområde.

Indklagede, DI Overenskomst I ved DI, har påstået frifindelse.

Sagens behandling

Sagen blev forhandlet mundtligt den 17. marts 2016 med fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, højesteretsdommer Lene Pagter Kristensen og højesteretsdommer Thomas Rørdam som opmænd. Som sidedommere udpeget af klager fungerede souschef i CO-industri Peter Faber og faglig sekretær i HK/Privat Jesper Schmidt Sørensen, og som sidedommere udpeget af indklagede fungerede underdirektør i DI Sanne Claudius Stadil og underdirektør i DI Niels Grøn Seirup.

Efter bevisførelse og procedure voterede rettens medlemmer. Der kunne ikke blandt sidedommerne opnås flertal for noget resultat. Sagen blev herefter optaget til opmændenes kendelse. Der var enighed om, at kendelsen udfærdiges uden fuldstændig sagsfremstilling og uden fuldstændig gengivelse af parternes argumentation.

Industriens Funktionæroverenskomst

Det hedder i Industriens Funktionæroverenskomst bl.a.:

"§ 1. Overenskomstens område

Nærværende overenskomst omfatter:

...

Stk. 2

- a. Funktionærer, som hovedsageligt er beskæftiget med handels- og kontorarbejde, ... og funktionærer, der som speciale er beskæftiget med edb-arbejde ...
- b. Funktionærer, der er uddannet som laboranter ...

Stk. 3

Overenskomsten omfatter foruden funktionærer tillige ...

Særregel for handels- og kontorområdet samt laboratorieområdet - 50 pct.-reglen (§ 1, stk. 2 og 3).

Nærværende overenskomst er dog kun gældende for så vidt angår de under § 1, stk. 2 pkt. a og b, § 1, stk. 3 anførte medarbejdere, hvis overenskomsten er sat i kraft på virksomheden for disse områder.

Der henvises til bilag nr. 1 vedrørende 50 pct.-reglen."

Det hedder i bilag 1 til Overenskomsten:

"Protokollat om oprettelse af overenskomst for handels- og kontorområdet samt laboratorieområdet

For at overenskomsten kan træde i kraft for de af § 1, stk. 2, pkt. a og § 1, stk. 3, omfattede medarbejdere, er det en betingelse, at Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark på tidspunktet for fremsættelse af krav om, at overenskomst skal træde i kraft for de af bestemmelsen omfattede medarbejdere, organiserer mindst 50 pct. af de beskæftigede inden for § 1, stk. 2, pkt. a's samt stk. 3's område.

...

Administration m.v. vedrørende 50 pct.-reglen

1 Betingelser

a. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark kan kun slutte overenskomst med medlemmer af Dansk Industri gennem denne forening.

b. Det er en betingelse, at forbundet, på tidspunktet for kravets fremsættelse, som medlemmer har mindst 50 pct. af de beskæftigede inden for det område, overenskomsten tilsigter at omfatte.

c. Som samlet område kan f.eks. ikke betragtes dele af et lager eller kontor, medmindre der på et lager eller kontor inden for det pågældende område er en så væsentlig adskillelse med hensyn til beliggenhed på forskellige steder eller med hensyn til arbejdsvilkår, at man kan betragte en del af et kontor eller lager som et selvstændigt område.

d. Spørgsmålet om afgrænsningen af den enkelte arbejdsplads afgøres i overensstemmelse med den hidtil anvendte praksis.

e. Selv om foranstående vilkår for oprettelse af overenskomst ikke er opfyldt, er forbundet forhandlingsberettiget for sine medlemmer over for virksomheder, der disponerer i strid med væsentlige principper i nærværende overenskomst eller andre lignende uoverensstemmelser, f.eks. ved at aflønne under denne overenskomst, samt hvor der foreligger problemer vedrørende lovgivningen om ansættelses- og arbejdsforhold.

...

2. Fremgangsmåde

...

d. Dokumenterer forbundet, at betingelserne for oprettelse af overenskomst er opfyldt, træder overenskomsten i kraft den førstkommende 1. i en måned, såfremt kravet er fremsat senest den 15. i en måned. Er overenskomstkrevet fremsat efter den 15. i en måned træder overenskomsten i kraft den 1. i den næstfølgende måned. ...”

Virksomhedsoverdragelsesdirektivet og virksomhedsoverdragelsesloven

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 af dele af virksomheder eller bedrifter indeholder i artikel 3, stk. 3, følgende bestemmelse:

”Efter overførslen skal erhververen opretholde de løn- og arbejdsvilkår, som ifølge en kollektiv overenskomst gjaldt for overdrageren, indtil den kollektive overenskomst opsiges eller udløber, eller en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning.”

Virksomhedsoverdragelsesloven indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

”§ 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,

...

§ 4 a. En erhverver skal inden 5 uger efter det tidspunkt, hvor denne vidste eller burde vide, at de ansatte eller en del af de ansatte på den virksomhed, der overdrages, har været omfattet af en kollektiv overenskomst, dog tidligst 3 uger efter overtagelsen, underrette det pågældende fagforbund, såfremt denne ikke ønsker at tiltræde overenskomsten. I modsat fald anses erhververen for at have tiltrådt overenskomsten.

...”

Det hedder i lovforslaget til lov nr. 441 af 7. juni 2001, hvor § 4 a blev indsat i loven bl.a. (FT 2000-01, tillæg A, s. 5657 og 5659):

”Almindelige bemærkninger

...

Der er tale om et minimumsdirektiv, således at der kan fastsættes gunstigere vilkår for arbejdstagerne. I overensstemmelse hermed indeholder den foreslåede § 4 a bestemmelser, der går videre end direktivet.

...

Bemærkninger til de enkelte bestemmelser

...

Allerede i 1990 blev det i Arbejdsretten, i PROSA-dommen (AT 91/78-90.328) slået fast, at en erhverver af en virksomhed ikke per automatik bliver part i den overenskomst, som de overdragne medarbejdere hører under. Erhververen er alene forpligtet til at give de enkelte lønmodtagere de løn- og ansættelsesvilkår, de havde på tidspunktet for overtagelsen, herunder de vilkår der fulgte af den kollektive overenskomst. Parallelt hermed har domstolene imidlertid opretholdt hidtidig praksis, hvorefter en erhverver gennem passivitet kan anses for at have tilsluttet sig overenskomsten. Efter afsigelsen af Superfoss-kendelsen den 7. februar 1996 kan erhververen vente i næsten 6 uger med at tilkendegive, om han ønsker at frigøre sig fra overenskomsten. Det er uhensigtsmæssigt, at loven ikke samlet beskriver retstilstanden på dette område, ligesom det er hensigtsmæssigt, at der er en klar opfordring til erhververen om hurtigt at afklare sin holdning til spørgsmålet om indtræden i overdragerens overenskomst.

Det foreslås derfor at lovfæste og opstramme denne retstilstand i § 4 a, stk. 1.
 ...”

Procedure

Klager har navnlig anført, at en virksomhed, der melder sig ind i DIO I, gribes af de overenskomster, som DIO I har indgået, og skal respektere dem. En medlemsvirksomhed i DIO I er afskåret fra at frasige sig en overenskomst, når der foretages virksomhedsoverdragelse mellem to virksomheder, som begge er omfattet af den pågældende overenskomst. I en sådan situation foreligger der overenskomstmæssig identitet. Det betyder for handels- og kontorområdet i Industriens Funktionæroverenskomst, at hvis overenskomsten er i kraft på den overdragende virksomhed, fordi 50 % kravet er opfyldt, så vedbliver overenskomsten med at være i kraft på handels- og kontorområdet på den erhvervende virksomhed uanset forholdene på denne virksomhed. Manglende adgang til frasigelse følger også af, at Industriens Funktionæroverenskomst for så vidt angår handels- og kontorområdet efter sit eget indhold udelukker, at den kan sættes ud af kraft, når den én gang er trådt i kraft. Det er endvidere meningsløst og i øvrigt i strid med fredspligten efter Hovedaftalens § 2, at en medlemsvirksomhed frasiger sig en overenskomst, som medlemsvirksomheden allerede er omfattet af, selv om den ikke er trådt i kraft for handels- og kontorområdet hos medlemsvirksomheden. Frasigelsesadgangen efter virksomhedsoverdragelsesloven og EU-direktivet om virksomhedsoverdragelse omfatter ikke en frasigelsessituation som den foreliggende. Det, som den erhvervende virksomhed reelt frasiger sig, er overenskomstens ikrafttræden og dermed 50 % reglen, men hverken direktivet eller loven giver hjemmel til at foretage en sådan omkalfatring af en gældende overenskomst.

Til støtte for den subsidiære påstand har klager navnlig anført, at hvis der er frasigelsesadgang efter loven og direktivet, fører almindelige arbejdsretlige principper til, at de overdragne medarbejdere bevarer deres retsstilling efter virksomhedsoverdragelsen.

Indklagede har navnlig anført, at der under sagen skal tages stilling til en situation, hvor såvel den overdragende som den erhvervende virksomhed i en virksomhedsoverdragelse er omfattet af Industriens Funktionæroverenskomst, og hvor overenskomsten for så vidt angår handels- og kontorområdet er i kraft på den overdragende virksomhed, fordi 50 % kravet er opfyldt, mens kravet ikke er opfyldt på den erhvervende virksomhed. I denne situation er funktionæroverenskomsten for den erhvervende virksomhed alene hvilende for handels- og kontorområdet, hvilket betyder, at overenskomsten ikke er gældende for den erhvervende virksomhed på dette område, jf. bl.a. kendelse af 20. oktober 2014 i FV 2013.0199, som blev afsagt med udvidet formandskab. Den erhvervende virksomhed kan som følge heraf i medfør af virksomhedsoverdragelseslovens § 4 a frasige sig overenskomsten for så vidt angår handels- og kontorområdet med den virkning, at overenskomsten på dette område forbliver hvilende på den erhvervende virksomhed og først træder i kraft, når 50 % kravet måtte blive opfyldt. Der er intet i direktivet, loven eller lovens forarbejder, som støtter, at der skulle gælde begrænsninger i retten for en virksomhed til at frasige sig en overenskomst, som ikke aktuelt er gældende for virksomheden. Der foreligger endvidere ikke omgåelse, proforma, arbejdsretlig identitet mellem den overdragende og den erhvervende virksomhed, passivitet eller andre særlige forhold, som efter arbejdsretlig teori og praksis kan føre til en begrænsning i frasigelsesretten efter § 4 a.

Der er ikke belæg for klagers subsidiære påstand efter arbejdsretlig teori og praksis. Såfremt en overenskomst kan frasiges, kan dette ske, uanset om de overdragne medarbejdere fortsætter på den erhvervende virksomhed eller ej.

Opmændenes begrundelse og resultat

Sagen angår virksomhedsoverdragelse, hvor både overdrager og erhverver er medlem af DI Overenskomst I og dermed omfattet af Industriens Funktionæroverenskomst, og hvor overenskomsten er sat i kraft for handels- og kontorområdet i den overdragende virksomhed og således gældende også for den overdragende virksomheds ansatte på handels- og kontorområdet, men hvor overenskomsten ikke er sat i kraft i den erhvervende virksomhed for handels- og kontorområdet.

Det er uomtvistet, at ved en eventuel tilbageoverdragelse til medarbejdernes tidligere virksomhed, hvor Industriens Funktionæroverenskomst er sat i kraft for handels- og kontorområdet, vil overenskomsten blive gældende for deres ansættelse.

Virksomhedsoverdragelseslovens § 4 a, stk. 1, giver en virksomhedserhverver mulighed for at frasige sig en kollektiv overenskomst, som har været gældende for de ansatte i den overdragende virksomhed.

Det findes bedst stemmende med både ordlyd, formål og forarbejder til bestemmelsen at forstå den sådan, at den i et tilfælde som det beskrevne giver mulighed for, at den erhvervende virksomhed kan frasige sig, at Industriens Funktionæroverenskomst skal være gældende som i den overdragende virksomhed, således at Industriens Funktionæroverenskomst forbliver hvilende i den erhvervende virksomhed, indtil betingelserne for ikraftsættelse efter 50 % reglen i denne virksomhed måtte blive opfyldt. En sådan frasigelse ses ikke at være i strid med fredspligten i Hovedaftalens § 2 eller andre arbejdsretlige regler.

Det bemærkes, at der ikke under sagen er spørgsmål om, hvorvidt omgåelse, proforma, arbejdsretlig identitet, passivitet eller andre særlige forhold konkret kan føre til en begrænsning i retten til frasigelse efter § 4 a.

Det følger af det anførte, at klagers principale påstand ikke kan tages til følge.

Klager har subsidiært påstået indklagede tilpligtet at anerkende, at overenskomsten, uanset at erhververen frasiger sig denne på handels- og kontorområdet, ikke sættes ud af kraft for de medarbejdere, der overdrages, når disse efter overdragelsen fortsætter med at udføre arbejde på virksomheden på den samme geografiske lokalitet, hvorfra de er overdraget og inden for overenskomstens dækningsområde. Der er imidlertid ikke noget holdepunkt for en sådan begrænsning af frasigelsesadgangen efter virksomhedsoverdragelseslovens § 4 a i relation til denne gruppe medarbejdere, som i overensstemmelse med direktivets artikel 3, stk. 3, og lovens § 2, stk. 1, bevarer deres individuelle rettigheder i henhold til overenskomsten i dennes resterende løbetid.

Klagers subsidiære påstand kan derfor heller ikke tages til følge.

THI BESTEMMES:

DI Overenskomst I ved DI frifindes.

Hver part bærer sine omkostninger for voldgiftsretten. Parterne betaler opmændenes honorar med halvdelen hver.

Thomas Rørdam