



Udskrift af Arbejdsrettens dom af 25. oktober 2023

I sag nr.: 2021-6076

Tidligere sagsnummer: 2021-493

Fagbevægelsens Hovedorganisation
for
Fagligt Fælles Forbund
(advokat Mina Bernardini)

mod

Dansk Arbejdsgiverforening
for
DIO
for
OKS Service A/S
(advokat Jeanette Justesen)

Dommere: Christian Alsøe, Christian Jensen, Gordon Ørskov Madsen, Henrik W. Petersen, Jørgen Steen Sørensen (retsformand), Linda Nordstrøm Nissen og Peter Breum.

Indledning

Sagen angår, om OKS Service A/S' overtagelse af rengøringen i en række institutioner i Gladsaxe Kommune indebærer en overdragelse af den tidligere leverandør Rema Rengøring ApS' virksomhed eller en del heraf i henhold til virksomhedsoverdragelsesloven.

Parternes påstande

Klager, Fagbevægelsens Hovedorganisation for Fagligt Fælles Forbund, har nedlagt påstand om, at OKS Service A/S skal betale 101.479,97 kr. til A med procesrente fra hver enkelt ydelses forfald.

Indklagede, Dansk Arbejdsgiverforening for DIO for OKS Service, har påstået frifindelse.



Parterne er enige om, at OKS Service skal betale som påstået, hvis virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse. Beløbet angår manglende overenskomstmæssig løn i 2018 og 2019 samt manglende ATP i forbindelse med A's tidligere ansættelse i Rema Rengøring.

Finder virksomhedsoverdragelsesloven ikke anvendelse, er parterne enige om, at der ikke er noget efterbetalingskrav.

Sagsfremstilling

Med virkning fra den 16. oktober 2019 overtog OKS Service rengøringen i en række institutioner i Gladsaxe Kommune fra Rema Rengøring.

A havde siden 2017 været ansat som servicemedarbejder i Rema Rengøring og gjorde i den forbindelse rent på Bakkeskolen i Bagsværd Kommune. A blev den 10. oktober 2019 orienteret om, at OKS Service ville overtage rengøringsopgaven på bl.a. Bakkeskolen fra Rema Rengøring. Hun fik i den forbindelse oplyst, at hun ville blive kontaktet af OKS Service med henblik på at fortsætte arbejdet i denne virksomhed efter overtagelsen. Den 11. oktober 2019 blev hun ved en SMS-besked fra OKS Service tilbudt ansættelse i virksomheden med henblik på at fortsætte samme arbejde. A blev herefter ansat i OKS Service og modtog nye ansættelsespapirer. Hun fortsatte uden afbrydelse sit arbejde på Bakkeskolen.

Det er oplyst, at 7 medarbejdere i Rema Rengøring, som i dette firma beskæftigede sig med den rengøringsopgave, som OKS Service overtog, som led i overtagelsen blev ansat i OKS Service. Det er også oplyst, at OKS Service beskæftigede i alt 23 medarbejdere i den samlede overtagne opgave.

Rema Rengøring blev tvangsopløst den 20. januar 2021. Fagligt Fælles Forbund anmeldte den 5. maj 2021 det i sagen omhandlede lønkrav til Lønmodtagernes Garantifond, som ved afgørelse af 10. august 2021 afviste at dække kravet med henvisning til, at der var sket virksomhedsoverdragelse i forbindelse med A's overgang til ansættelse i OKS Service.

Forklaringer

Der er under sagen afgivet forklaring af A ved tolk og B.



A har forklaret bl.a., at hun blev ansat som rengøringsassistent i Rema Rengøring i 2017. Hun arbejdede bl.a. på Bakkeskolen i Bagsværd. Hun fik i oktober 2019 besked om, at OKS Service overtog rengøringen af Bakkeskolen, og hun fik tilbud om at fortsætte sit arbejde på skolen som ansat i OKS Service. Hun takkede ja til tilbuddet. Hun fik en ny ansættelseskontrakt og var herefter ansat i OKS Service. Der skete ikke nogen ændring i hendes arbejdsopgaver eller arbejdssted, og hun kunne ikke mærke nogen forskel.

B har forklaret bl.a., at han siden 1994 har været direktør i OKS Service. Han stiftede virksomheden i 1991 sammen med sin far. Udbud på rengøringsområdet foregår sædvanligvis ved, at 5-6 virksomheder bliver kontaktet af en udbyder, og at disse virksomheder herefter foretager en besigtigelse og gennemgang af de lokationer, der er omfattet af rengøringsudbuddet. Her oplyses bl.a. om antallet af kvadratmeter, hvad der skal gøres rent i hvert enkelt rum, hvor mange gange om ugen der skal gøres rent mv. Man får ikke ved gennemgangen oplysninger om, hvad tidligere leverandører har brugt af mandskab og timer på opgaven, eller tidligere arbejdsplaner udleveret, da det ville være konkurrenceforvridende. På baggrund af de oplysninger, som virksomhederne får, kommer de med et bud på opgaven. De har i OKS Service lavet deres egne kvadratmeterberegninger ud fra erfaringer fra området, og det er på den baggrund, at de afgiver bud på opgaven. En kontrakt løber typisk i ca. 2 år, men den bliver løbende tilpasset, og den kontrakt, man starter med, ligner meget sjældent den kontrakt, man slutter med. Det skyldes, at kommunen løbende kan ændre i kontrakten som følge af f.eks. bygningsnedlæggelse mv.

I forbindelse med overtagelsen af opgaven i Gladsaxe Kommune var det hans far, der havde den primære dialog med dem, der var ansat hos den tidligere leverandør, Rema Rengøring. Hans far havde kontaktoplysningerne på de ansatte i Rema Rengøring, fordi de havde kontaktet ham.

Han og hans far drøftede virksomhedsoverdragelsesproblematikken i forbindelse med deres overtagelse af opgaven. De var ikke interesserede i at blive omfattet af disse regler, og de var derfor opmærksomme på, at de ikke måtte ansætte mere end 50% af medarbejderne i Rema Rengøring, men den andel var de slet ikke i nærheden af. Det med de 50% vidste han fra pressen, og han havde ikke modtaget rådgivning om det. Han ved ikke, hvor mange medarbejdere i Rema Rengøring hans far henvendte sig til, men han kan ikke udelukke, at det var alle de pågældende medarbejdere. Det var dog kun 7 medarbejdere i Rema Rengøring, der endte med



at blive ansat i OKS Service. Hans far døde 27. november 2021, og han har derfor ikke kunnet spørge ham.

Han lavede oversigten over, hvor mange tidligere ansatte i Rema Rengøring der nu var ansat i OKS Service, og som gjorde rent på de lokationer, hvor Rema Rengøring tidligere havde varetaget opgaven, efter at DIO bad ham om det. Han lavede oversigten ved brug af udelukkelsesmetoden. Han har ikke sat flere på rengøringsopgaven end det, der skal til med de vilkår, de har for opgaveløsningen. Det er kun A, der har rejst krav, og hun er stadig ansat i OKS Service.

OKS Service har ikke været inddraget i afgørelsen af 10. august 2021 fra Lønmodtagernes Garantifond og er ikke blevet hørt i forbindelse med afgørelsen. Han kendte Rema Rengøring fra medierne, hvor de var kendt som et firma uden overenskomst, der ansatte folk uden arbejdstilladelse.

Parternes argumentation

Klager har anført navnlig, at bevisbyrden for, at der er sket en virksomhedsoverdragelse, er løftet, idet en betydelig andel af Rema Rengørings arbejdskraft blev overtaget af OKS Service, hvilket gjorde det muligt for OKS Service at forsætte driften på en stabil måde. Allerede fordi OKS Service har overtaget en betydelig del af arbejdsstyrken fra Rema Rengøring, er der sket en virksomhedsoverdragelse, og det er uden betydning, at der er tale om en andel under 50 %, jf. AR2013.0458 og AR2013.0760. Subsidiært gøres det gældende, at vurderingen skal foretages for hver enkelt institution, hvor OKS Service overtog opgaven fra Rema Rengøring. For flere enkeltinstitutioner gælder, at OKS Service har overtaget langt over 50% af de ansatte.

Overtagelsen af A gjorde det muligt for OKS Service på en stabil måde at fortsætte rengøringsarbejdet på Bakkeskolen, og det er uden betydning for vurderingen af, hvorvidt der er tale om en virksomhedsoverdragelse, om der foreligger en overdragelsesaftale. Det er også uden betydning for vurderingen, at OKS Service ikke selv mener, at der er tale om en virksomhedsoverdragelse, ligesom Gladsaxe Kommunes vurdering af, at der ikke var tale om en virksomhedsoverdragelse, er uden betydning.



Lønmodtagernes Garantifonds afgørelse af 10. august 2021 om, at der er sket en virksomhedsoverdragelse, er gyldig og bindende. En forvaltningsafgørelse kan kun tilsidesættes som ugyldig, såfremt det kan bevises, at afgørelsen er behæftet med betydelige sagsbehandlingsfejl, som har haft betydning for afgørelsen. Indklagede har ikke ført bevis herfor.

Det skal tillægges processuel skadevirkning, at OKS Service har tilsidesat såvel sin oplysningspligt som forhandlingsprincippet ved ikke at fremlægge oplysninger, som er nødvendige for vurderingen af sagens hovedspørgsmål. Arbejdsretten skal på den baggrund anse det som bevist, at der er sket virksomhedsoverdragelse.

Indklagede har anført navnlig, at klager ikke har løftet bevisbyrden for, at der er sket virksomhedsoverdragelse. Det er ikke tilnærmelsesvis sandsynliggjort, at OKS Service har overtaget en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos Rema Rengøring udførte arbejde i Gladsaxe Kommunes institutioner. Det forhold, at OKS Service har ansat en række tidligere ansatte hos Rema Rengøring, medfører ikke i sig selv, at der er sket en virksomhedsoverdragelse. OKS Service har alene ansat 7 personer, der tidligere var ansat af Rema Rengøring, og således er 16 af de 23 medarbejdere, som varetager opgaven i Gladsaxe Kommune, ikke tidligere ansatte i Rema Rengøring. Det er uden betydning, hvordan en opgørelse på institutionsniveau ser ud, idet sagen skal vurderes på grundlag af den samlede rengøringsopgave, som OKS Service overtog fra Rema Rengøring.

Arbejdsretten er ikke bundet af afgørelsen af 10. august 2021 fra Lønmodtagernes Garantifond, jf. U.2000.2283H modsætningsvis. Hertil kommer, at afgørelsen fremstår ubegrundet, og at OKS Service ikke har været hørt i forbindelse med afgørelsen, som virksomheden derfor heller ikke kan være bundet af.

Det er klager, der har bevisbyrden, og det kan ikke tillægges processuel skadevirkning, at indklagede har afstået fra at fremlægge dele af de oplysninger, som klager har krævet. Hertil kommer, at indklagede slet ikke har haft adgang til visse af de oplysninger, som klager har efterspurgt.

Arbejdsrettens begrundelse og resultat

Sagens problemstilling



Hovedspørgsmålet i sagen er, om der er sket virksomhedsoverdragelse fra Rema Rengøring ApS til OKS Service A/S, således at A kan rette sit lønkrav mod OKS Service, jf. virksomhedsoverdragelseslovens § 1, sammenholdt med § 2, stk. 1.

Generelt om retstilstanden

Der er i bl.a. Arbejdsrettens dom af 3. februar 2016 (AR2015.0171) redegjort for, hvornår der særligt inden for rengøringsbranchen foreligger virksomhedsoverdragelse. Med henvisning til praksis fra EU-Domstolen fremgår i den forbindelse, at det er et hovedkriterium, om 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 den pågældende opgave.

Det fremgår videre af dommen, at det beror på et skøn, hvad der i den konkrete sag må anses for en ”betydelig del”, og at det afgørende må være, om den arbejdsstyrke, der overtages, gør det muligt på stabil måde at fortsætte aktiviteten. I den forbindelse anføres, at dette inden for rengøringsbranchen normalt ikke vil være tilfældet, medmindre størstedelen af arbejdsstyrken overtages, men at der ikke kan opstilles en fast grænse på f.eks. mere end 50 %, jf. herved Arbejdsrettens dom af 24. september 2015 (AR2013.0458 og AR2013.0760).

Særligt med hensyn til tilfælde, hvor der – som i den foreliggende sag – er tale om overtagelse af en rengøringsopgave, der omfatter flere institutioner, bemærkes, at vurderingen af, om en betydelig del af arbejdsstyrken er overtaget, må ske på grundlag af den samlede rengøringsopgave og ikke på grundlag af forholdene i den enkelte institution. Dette følger bl.a. af EU-Domstolens dom af 11. marts 1997 i sag C-13/95, Ayse Süzen, præmis 23 (”... overtages en efter antal og kvalifikationer betydelig del af arbejdsstyrken, som hos forgængeren udførte det af aftalen omfattede arbejde.”).

Den konkrete sag

Det må anses for ubestridt, at OKS Service i forbindelse med overtagelsen af rengøringsopgaven i Bagsværd Kommune ikke fik stillet aktiver (hverken materielle eller immaterielle) til rådighed.



Det afgørende for, om virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, er derfor, om OKS Service fra Rema Rengøring overtog en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos Rema Rengøring specielt udførte den pågældende opgave. Efter det, der ovenfor generelt er anført om retstilstanden, skal der ved ”den pågældende opgave” forstås den samlede rengøring, som OKS Service overtog fra Rema Rengøring. Det har derfor ikke betydning, om OKS Service for så vidt angår enkelte af de institutioner, der er omfattet af opgaven, overtog en betydelig del af den arbejdsstyrke, der som ansat i Rema Rengøring havde stået for rengøringen i sådanne enkelte institutioner.

Det er FH, der har bevisbyrden for, at den anførte betingelse er opfyldt. Det kan ikke føre til et andet resultat, at DA først på et sent tidspunkt i sagen har fremlagt oplysninger om, hvor mange ansatte i OKS Service der varetager den rengøring, som er overtaget fra Rema Rengøring, og hvor mange af disse ansatte der indtil da var ansat i Rema Rengøring. Det kan heller ikke føre til et andet resultat, at OKS Service i en SMS-besked af 11. oktober 2019 spurgte i hvert fald A, om hun ønskede at blive ansat i selskabet.

Der foreligger ikke oplysninger om, hvor mange ansatte Rema Rengøring anvendte til den rengøringsopgave, som OKS Service overtog. Det må imidlertid lægges til grund, at OKS Service efter overtagelsen selv anvendte 23 ansatte til opgaven, og at 7 af disse ansatte hidtil havde været ansat i Rema Rengøring.

Det er ikke sandsynliggjort, at Rema Rengøring, mens dette firma havde rengøringsopgaven, anvendte væsentligt færre ansatte til opgaven end OKS Service. Og det er ikke gjort gældende, at nogen af de 7 medarbejdere, der hidtil havde været ansat i Rema Rengøring, var nøglemedarbejdere, således at de på denne måde gjorde det muligt for OKS Service at videreføre rengøringsopgaven på en stabil måde.

Under disse omstændigheder finder Arbejdsretten, at FH ikke har løftet sin bevisbyrde for, at OKS Service fra Rema Rengøring overtog en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos Rema Rengøring specielt udførte den pågældende opgave.

Herefter finder Arbejdsretten, at virksomhedsoverdragelsesloven ikke finder anvendelse i sagen. Det har ikke betydning, at Lønmodtagernes Garantifond i sin afgørelse af 10. august 2021 har anlagt en anden vurdering af spørgsmålet.



A kan derfor ikke rette sit krav mod OKS Service.

Arbejdsretten tager herefter DA's påstand om frifindelse til følge.

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

Dansk Arbejdsgiverforening for DIO for OKS Service A/S frifindes.

I sagsomkostninger for Arbejdsretten skal Fagbevægelsens Hovedorganisation for Fagligt Fælles Forbund betale 5.000 kr. til Arbejdsretten.

Jørgen Steen Sørensen