

Arbejdsrettens dom af 12. juni 2006

i sag nr. A2005.927:

Landsorganisationen i Danmark

for

HK/Privat

(advokat Kirstine Emborg Bünemann)

mod

Dansk Arbejdsgiverforening

for

HTS Arbejdsgiverforeningen

for

DGI-byen, København

(advokat Tine B. Skyum)

Dommere: Lars Svenning Andersen, Børge Elgaard, Oluf Engell, Erik Kjærgaard, Benny Rosberg, Johnny Skovengaard og Poul Sørensen (retsformand).

Københavns Kommune bortforpagtede pr. 1. januar 2005 driften af Øksnehallen til DGI-byen. Allerede i sommeren 2004 var der mellem kommunen og DGI-byen indgået en samarbejdsaftale om driften af Øksnehallen for perioden op til forpagtningen. Sagen angår om, der forud for forpagtningsforholdets begyndelse er sket en virksomhedsoverdragelse, og/eller om DGI-byen rettidigt har frasagt sig overenskomsten mellem Københavns Kommune og HK/Kommunal.

PÅSTANDE

Klager, Landsorganisationen i Danmark for HK/Privat, har nedlagt påstand om, at indklagede, Dansk Arbejdsgiverforening for HTS Arbejdsgiverforeningen for DGI-byen, skal anerkende, at DGI-byen er indtrådt i HK/Kommunals overenskomst med Københavns Kommune i forbindelse med overtagelse af Øksnehallen ved virksomhedsoverdragelse.

Indklagede har påstået frifindelse.

SAGSFREMSTILLING

Københavns Kommune udbød i foråret 2004 pr. 1. januar 2005 forpagtningen af udstillingsstedet Øksnehallen og en række tilknyttede bygninger, der ejes af kommunen. Efter

udbudsrunderen blev der indgået forpagtningsaftale af 6. juli 2004 med DGI-byen. Det hedder i forpagtningsaftalens § 1.1:

Ved Forpagtningskontrakten overlader Bortforpagteren til Forpagteren samt påtager Forpagteren sig at forestå driften af udstillingsstedet Øksnehallen, ..., der ejes og hidtil har været drevet af Bortforpagter.

Af forpagtningsaftalen fremgår endvidere bl.a., at Øksnehallen skal anvendes til erhvervs- og kulturarrangementer i overensstemmelse med den profil, som er vedtaget af Københavns Kommunes Kultur- og Fritidsudvalg, at forpagteren er forpligtet til at overholde samtlige økonomiske og praktiske forpligtelser vedrørende de af kommunen tidligere indgåede aftaler og afgivne tilbud, og at forpagterens drift i enhver henseende sker på forpagterens ansvar og risiko og for dennes regning.

I forpagtningsaftalens § 5.1 hedder det:

Forpagtningskontrakten træder i kraft ved parternes underskrift. Forpagteren overtager pr. 1. januar 2005 forpagtningen af Øksnehallen...

Endelig hedder det i § 16 om overtagelse af personale bl.a.:

16.1 Forpagteren indtræder iht. virksomhedsoverdragelseslovens § 2, stk. 1, umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, der pr. overtagelsesdagen, jf. pkt. 5.1, består vedrørende det personale, som på dette tidspunkt er beskæftiget ved driften af Øksnehallen, ..., hvad enten rettighederne og forpligtelserne består i henhold til kollektiv overenskomst og aftale, bestemmelser om løn- og arbejdsforhold, der er fastsat eller godkendt af offentlig myndighed eller individuel aftale om løn- og arbejdsforhold.

...

16.3 Bortforpagteren friholder Forpagteren for ethvert krav, som personalet omfattet af pkt. 16.1 måtte gøre gældende overfor Forpagteren vedrørende ansættelsesforholdet, i det omfang kravet angår tiden før Forpagterens overtagelse af forpagtningen.

For perioden op til forpagtningsaftalens ikrafttræden indgik Københavns Kommune en samarbejdsaftale med DGI-byen. Det hedder i den udaterede samarbejdsaftales § 1.1:

Ved samarbejdsaftalen overlader Københavns Kommune til DGI-byen samt påtager DGI-byen sig at forestå det praktiske og økonomiske ansvar i forbindelse med driften af udstillingsstedet Øksnehallen...

DGI-byen påtog sig bl.a. at overholde samtlige økonomiske og praktiske forpligtelser vedrørende de af kommunen tidligere indgåede aftaler og afgivne tilbud.

I samarbejdsaftalens § 5.1 hedder det:

Samarbejdsaftalen træder i kraft ved parternes underskrift. DGI-byen overtager pr. 1. juli 2004 det praktiske og økonomiske ansvar vedrørende driften af Øksnehallen, ... Samarbejdet ophører uden varsel pr. 31. december 2004.

Samarbejdsaftalen er uopsigelig indtil 31. december 2004.

I § 14.1 hedder det:

Ved Samarbejdsaftalens ophør overtager DGI-byen driften af Øksnehallen...

Endelig hedder det i § 15 om overtagelse af personale:

15.1 DGI-byen har i perioden 1. juli 2004 til 31. december 2004 det praktiske og økonomiske personaleansvar, herunder lønudgiften ekskl. feriepengeforpligtelser, for det samlede antal fastansatte personale.

...

15.4 Københavns Kommune har i perioden 1. juli 2004 til 31. december 2004 det formelle personaleansvar vedrørende personale der er ansat forinden samarbejdsaftalens ikrafttræden. Københavns Kommune bærer således rettigheder og forpligtelser vedrørende det personale, som er beskæftiget ved driften af Øksnehallen ... ved samarbejdsaftalens ikrafttræden ..., hvad enten rettighederne og forpligtelserne består i henhold til kollektiv overenskomst og aftale, bestemmelser om løn- og arbejdsforhold, der er fastsat eller godkendt af offentlig myndighed eller individuel aftale om løn- og arbejdsforhold.

...

15.7 Københavns Kommune friholder DGI-byen for ethvert krav, som personalet omfattet af pkt. [15.1] måtte gøre gældende overfor DGI-byen ved-

rørende ansættelsesforholdet, i det omfang kravet angår tiden før DGI-byens overtagelse af forpagtningen.

Medarbejderne i Øksnehallen var bl.a. omfattet af overenskomsten mellem Københavns Kommune og HK/Kommunal. Medarbejderne hos DGI-byen var bl.a. omfattet af overenskomsten mellem HORESTA og HK/Privat.

I perioden efter indgåelsen af samarbejdsaftalen blev der frem til den 1. januar 2005 indgået en række ansættelsesaftaler mellem de i Øksnehallen ansatte medarbejdere og DGI-byen. Af aftalerne fremgik bl.a., at anciennitet fra Øksnehallen blev overført, og at overenskomsten mellem HK og HORESTA var gældende.

I forbindelse med organisationsændringer i Øksnehallen fremsendte Københavns Kommune den 8. juli 2004 høringsbrev til Michael Teis Petersen, som kommunen påtænkte at opsiges som økonomi- og administrationschef i Øksnehallen med udgangen af november 2004. Af brevet fremgår bl.a.:

... Efterfølgende har DGI-byen udfærdiget en konkret organisationsændring, der samkører den nuværende Øksnehal med DGI-byen. I den forbindelse sker der bortfald af din funktion som økonomi- og administrationschef, da DGI-byen allerede råder over en økonomi- og administrationschef, der overtager samtlige opgaver inden for dette område.

Den 5. august 2004 blev der endvidere med Mette Haslund Bertelsen indgået aftale om opsigelse pr. 31. august 2005 med fratræden den 31. december 2004. Af aftalen, der er underskrevet af DGI-byens direktør, Niels Dalsgaard, fremgår bl.a.:

*... Virksomhederne Øksnehallen og DGI-byen er pr. den 1. juli 2004 fusioneret til en virksomhed, hvor DGI-byen har overtaget de personale-mæssige forpligtigelser for Øksnehallen.
DGI-byens organisationsstruktur ændres pr. den 1. september 2004 og Mette Haslund Bertelsen har ikke ønsket at tiltræde stillingen som sous-chef for salg og marketing...*

I forbindelse med drøftelser mellem HK/Privat og DGI-byen om overenskomstforholdene på området udarbejdede faglig sekretær John Nyman, HK Service København, et notat over forskellene mellem den kommunale overenskomst og HORESTA-overenskomsten. Af notatet fremgår bl.a., at der i den kommunale overenskomst er et højere

arbejdsgiverbetalt pensionsbidrag, bedre vilkår i forbindelse med barsel, ret til omsorgsdage og overenskomstmæssige fridage den 1. maj og grundlovsdag fra kl. 12.

DGI-byen sendte 13. juli 2004 et brev til HK Service København, hvori det siges:

... DGI-byen ønsker, at medarbejderne i Øksnehallen under overenskomsten HK Kommunal overgår til overenskomsten Horesta og HK/Privat fra den 1. september 2004.

I medarbejdernes individuelle opsigelsesperiode tilbyder DGI-byen følgende:

Lønstigning den 1. august 2004 med 0,95 %

Arbejdsgiver pensionsbidrag 14,47 %

Barsel : 8 uger før forventet fødsel og 24 uger efter fødsel med fuld løn

Omsorgsdage: 2 dage pr. år til barnet fylder 8 år...

Forslaget blev den 28. juli 2004 afvist af HK Service København, der ved mail af 29. juli 2004 foreslog, at alle medarbejdere i DGI-byen og Øksnehallen blev omfattet af en lønstigning pr. 1. august 2004 med 0,95 % og pr. 1. oktober 2004 med 0,39 %, pensionsbidrag på 14,47 %, barselsorlov på 8 uger før forventet fødsel og 24 uger efter fødsel med fuld løn, og overenskomstmæssige fridage med løn den 1. maj og grundlovsdag fra kl. 12. Der blev aftalt møde herom den 10. august 2004, men mødet måtte aflyses.

Ved brev af 7. oktober 2004 til HTS Arbejdsgiverforeningen anmodede HK Service København om forhandling om særlige bestemmelser for de ansatte ved DGI-byen. Det hedder i brevet bl.a.:

... Afdelingen skal herved rette henvendelse til Dem i forbindelse med virksomhedsoverdragelse af Øksnehallen til DGI-byen.

DGI-byen har pr. 1. juli 2004 overtaget Øksnehallen.

De ansatte i DGI-byen er omfattet af overenskomsten indgået mellem HTS Arbejdsgiverforeningen og HK Privat, og ansatte der kommer fra Øksnehallen af overenskomsten mellem Københavns Kommune og HK Kommunal.

Det betyder at alle de ansatte på nuværende tidspunkt er omfattet af begge overenskomster.

Vi skal på baggrund af ovenstående venligst anmode om en forhandling vedrørende særbestemmelser for de ansatte i DGI-byen.

Ved brev af 29. november 2004 meddelte HTS Arbejdsgiverforeningen, at DGI-byen ikke ønskede at indtræde i den mellem kommunen og HK/Kommunal indgåede overenskomst. Det fremgår af sagen, at der allerede den 12. november 2004 var blevet afholdt organisationsmøde herom.

Organisationsmøder, hvor enighed ikke kunne opnås, blev igen afholdt den 14. december 2004 og den 18. januar 2005.

FORKLARINGER

John Nyman, HK Service København, har forklaret, at han har været faglig sekretær siden 1. januar 1993. Han kom ind i sagen, da hans kollega Bjarne Pedersen havde fået et brev fra Jens Thomsen, Københavns Kommune, om overdragelsen af Øksnehallen. Der blev afholdt møde den 5. juli 2004, hvor Jens Thomsen, Pernille Vesterdal, Bjarne Pedersen og han selv deltog. Jens Thomsen forklarede, at kommunen havde solgt DGI-byen pr. 1. januar 2005. De drøftede, hvad der skulle ske med medarbejderne. Man var klar over, at der var flere overenskomster, og drøftede forskellene. Det blev aftalt, at han skulle fremsende en opstilling over forskellene på de 2 overenskomster. Det var ikke på tale, at medarbejderne skulle opsiges eller overenskomsten frasiges.

Han sendte opstillingen den 7. juli 2004. Han modtog brevet af 13. juli 2004 fra DGI-byen. Han opfattede det som et oplæg og undrede sig over datoen den 1. september 2004. Han bemærkede sig, at det ville medføre ringere vilkår for medlemmerne. Han læste ikke brevet som en tilkendegivelse om, hvilken overenskomst DGI-byen ønskede, og opfattede således ikke brevet som en frasigelse den kommunale overenskomst. Brevet ligner ikke en frasigelse, og HK ville i givet fald straks have kontaktet HORESTA om tilpasningsforhandlinger. Han opfattede tilbagemeldingen som en anmodning om et udspil og foreslog derfor ved mailen af 29. juli 2004, da DGI-byen ønskede en fælles overenskomst, at alle medarbejdere blev omfattet af overenskomsten mellem Københavns Kommune og HK/Kommunal.

De aftalte et møde den 10. august 2004, men det blev aflyst. Han rykkede ikke for et nyt møde og hørte ikke noget frem til, da han kontaktede HTS Arbejdsgiverforeningen ved brev af 7. oktober 2004. I perioden herop til var han blevet kontaktet af et medlem, der

havde fortalt, at medarbejderne allerede på et møde i juni måned var blevet oplyst, at DGI-byen skulle overtage Øksnehallen den 1. juli 2004.

Der var herefter et antal møder, hvor det mest drøftedes, hvilken dato virksomhedsoverdragelsen havde fundet sted, og dermed hvilken overenskomst der var gældende. Det blev ikke på disse møder bragt frem, at der skulle være sket en frasigelse af overenskomsten, hvilket heller ikke skete under den fagretlige behandling af sagen. Men han modtog på et tidspunkt en frasigelse af overenskomsten.

Overenskomsten mellem Københavns Kommune og HK/Kommunal udløb den 31. marts 2005.

Vicekontorchef Jens Thomsen, Kultur- og Fritidsforvaltningen, Københavns Kommune, har forklaret, at Kultur- og Fritidsforvaltningen bestyrede Øksnehallen. Han har ikke selv været meget inde i overdragelsen til DGI-byen og har ikke været med ved tilblivelsen af samarbejdsaftalen. Han arbejder mest med personalespørgsmål, herunder særligt overdragelse af medarbejdere ved virksomhedsoverdragelse.

På mødet den 5. juli 2004 var der uklarhed om, hvilken overenskomst medarbejderne overgik til. Han mener, at han gjorde det klart, at DGI-byen ville have pligt til at rette sig efter de individuelle vilkår, og at de medarbejdere, der var ansat i Øksnehallen, ville fortsætte på den kommunale overenskomst frem til 31. marts 2005. Dette var dog ikke til hinder for, at medarbejderne frivilligt overgik til en anden overenskomst forinden.

Specialkonsulent Katja Ørsten, Kultur- og Fritidsforvaltningen, Københavns Kommune, har bl.a. forklaret, at forpagtningen af Øksnehallen pr. 1. januar 2005 blev udbudt i offentlig licitation i foråret 2004. Øksnehallen havde givet store underskud, og kommunen ville se, om private kunne gøre det bedre. Kommunen havde som udbudsvilkår bl.a. valgt ”det økonomiske mest fordelagtige tilbud”. DGI-byen vandt udbudsrunden bl.a. for at opnå en effekt ved sin beliggenhed tæt på Øksnehallen.

Under udbudsrunden gik det økonomisk stadigt dårligere for Øksnehallen. Da kommunen ikke kunne ændre tidspunktet for forpagtningens ikrafttræden, indgik man samarbejdsaftalen med DGI-byen. Alternativt kunne kommunen have stoppet aktiviteterne i Øksnehallen, men det ville have givet problemer, fordi det var en virksomhed i drift, der var blevet udbudt. Samarbejdsaftalen blev lavet hurtigt, efter at DGI-byen havde vundet udbudsrunden. Den rigtige dato for samarbejdsaftalens ikrafttræden er den 1. juli 2004 og ikke den 1. september 2004, som det fremgår nogle steder i aftalen. Samarbejdsaftalen blev underskrevet samtidig med forpagtningskontrakten.

Medarbejderne i Øksnehallen var fortsat ansat i Københavns Kommune efter den 1. juli 2004. Personalesager gik gennem kommunen, der også udbetalte lønninger. Kommunen betragtede dem som egne medarbejdere. De 3 ledere fortsatte også, dog med en mere begrænset rolle. Efterhånden gik DGI-byen mere og mere ind med en lederrolle. Der var ca. 15-20 fastansatte og 3 ledere i Øksnehallen.

Økonomi- og administrationschef Christian Duus, DGI-byen, har forklaret, at han har været økonomi- og administrationschef i DGI-byen siden 1. oktober 1997.

Da DGI-byen indgik forpagtningsaftalen pr. 1. januar 2005, stod kommunen i tiden indtil da med en uløst opgave og bad derfor DGI-byen om at løse opgaven frem til dette tidspunkt. Det er svært i branchen at finde gode medarbejdere. DGI-byen ville på sin side sikre sig mod uro. DGI-byen holdt derfor et møde med medarbejderne allerede i slutningen af juni måned, hvor man fortalte om, hvem DGI-byen var.

Der er ikke med samarbejdsaftalen sket nogen fremrykning af datoen for forpagtningen, men aftalen sikrede, at udbudsvilkårene om at overtage virksomheden i drift kunne opfyldes. Under samarbejdsaftalen kunne DGI-byen alene handle efter kommunens fuldmagt. Afskedigelser blev således foretaget af kommunen.

DGI-byen har ca. 170 medarbejdere, der bl.a. er omfattet af overenskomsten mellem HORESTA og HK/Privat.

DGI-byen tog initiativ til mødet med HK i august 2004 for at undgå en arbejdsretssag. Man ville gerne aftale sig frem til vilkår, som alle kunne leve med. Budskabet med brevet af 13. juli 2004 var at fortælle, at overenskomsten med HK/Privat skulle være den fortsættende, og at overenskomsten med HK/Kommunal som følge heraf skulle bortfalde. Det var et udspil, og det blev forgæves forsøgt at finde en løsning på forskellene mellem de to overenskomster.

DGI-byen har i de ansættelsesaftaler, der i den følgende tid blev indgået med Øksnehallens medarbejdere, i vidt omfang fulgt vilkårene i den kommunale overenskomst, f.eks. får alle produktionsledere pensionsbidrag på 14,47 %. Der var kun enkelte medarbejdere tilbage, der var omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven pr. 1. januar 2005. Ansættelsesaftalerne blev indgået for at sikre arbejdskraften.

PARTERNES ARGUMENTER

LO har anført, at virksomhedsoverdragelsen af Øksnehallen fra Københavns Kommune til DGI-byen skete den 1. juli 2004. Efter forpagtningsaftalen blev driften og brugsretten til bygningerne overdraget til DGI-byen. Ligeledes forpligtede DGI-byen sig til at følge direktiver fra Københavns Kommune og overtog alt eksisterende personale. Ikrafttrædelsestidspunktet blev ved samarbejdsaftalen reelt fremrykket til den 1. juli 2004. Ved samarbejdsaftalen blev det praktiske ansvar for driften overtaget af DGI-byen, og herefter var ansvar, risiko, brugsret og forpligtelser overført til DGI-byen. Medarbejderne var under DGI-byens fulde ansvar fra den 1. juli 2004, selvom det formelle personaleansvar var hos Københavns Kommune året ud. Kommunen var blot ikke i stand til at stå for driften af Øksnehallen året ud, hvorfor man fremrykkede tidspunktet for overdragelsen. DGI-byen var således nødt til at overtage driften pr. 1. juli 2004 af hensyn til den videre drift og har efter dette tidspunkt rent faktisk udøvet en arbejdsgivers beføjelser i forhold til de ansatte i Øksnehallen

Ledelsesretten er reelt gået over den 1. juli 2004, hvor DGI-byen fysisk har udskiftet de personer, som var ansvarlige for virksomhedens drift, jf. EF-domstolens dom af 17. december 1987 (sag 287/86). DGI-byen anså sig selv som den faktiske arbejdsgiver, hvilket understøttes af kommunens opfattelse af Øksnehallens status i forbindelse med opsigelse af lederne. Det fremgår bl.a. heraf, at Øksnehallen er fusioneret med DGI-byen, ligesom aftalen om opsigelsen af Mette Haslund Bertelsen er underskrevet af DGI-byens direktør.

Indklagede frasagde sig først overenskomsten mellem Københavns Kommune og HK/Kommunal ved brevet af 29. november 2004, hvorfor frasigelsen ikke er rettidig, jf. virksomhedsoverdragelseslovens § 4 a, stk. 1. Da overtagelsen fandt sted den 1. juli 2004, udløb fristen for frasigelse den 22. juli 2004.

Det bestrides, at indklagede frasagde sig overenskomsten ved brevet af 13. juni 2004. Det fremgår hverken af brevets ordlyd eller af indklagedes senere adfærd. Der er strenge beviskrav til, at en overenskomst er indgået, og samme betingelserne må gøre sig gældende ved frasigelse. Selvom der ikke er formkrav for en frasigelse, må frasigelsen være klar og entydig. Hertil kommer, at frasigelsen den 29. november 2004 ikke havde været nødvendig, hvis overenskomsten allerede var frasagt den 13. juli 2004. At de øvrige forbund, der ligeledes først ved brev af 29. november 2004 modtog en frasigelse, ikke reagerede på frasigelsen, er uden betydning for sagen.

Medarbejderne fra Øksnehallen havde derfor ved overdragelsen ret til at videreføre rettighederne i henhold til Københavns Kommunes overenskomst med HK/Kommunal, jf. virksomhedsoverdragelseslovens § 2, stk. 1

DA har anført, at forpagtningen af Øksnehallen først er overgået til DGI-byen den 1. januar 2005, og at der først på dette tidspunkt har fundet en virksomhedsoverdragelse sted. Det var ikke juridisk muligt at fremrykke tidspunktet for forpagtningen, hvorfor kommunen og DGI-byen for tiden herop til indledte et nært samarbejde. Samarbejdet omfattede alene det praktiske og økonomiske ansvar, men det var først forpagtningen, der overførte selve driften af Øksnehallen til DGI-byen. Personaleansvaret lå ikke kun formelt, men også reelt hos kommunen frem til den 1. januar 2005, idet kommunen selv forestod udbetaling af løn, ansættelse og opsigelse.

Indklagede gav således rettidig meddelelse om frasigelse af overenskomsten ved brevet af 29. november 2004. Ingen af de øvrige forbund har da heller gjort indsigelse herimod.

Meddelelse om frasigelse af overenskomsten var dog allerede blevet afgivet mundtligt den 5. juli 2004 og skriftligt den 13. juli 2004. Brevet af 13. juli 2004 giver ingen mening, hvis DGI-byen havde til hensigt at indtræde i den kommunale overenskomst, da brevet efter sit indhold lægger op til forhandling af supplerende rettigheder. Det har ligeledes formodningen imod sig, at DGI-byen med 170 medarbejdere ville overgå til den kommunale overenskomst, som var gældende for Øksnehallens 18 medarbejdere.

Der er således sket rettidig frasigelse af den kommunale overenskomst, uanset om det måtte lægges til grund, at overdragelsen fandt sted allerede den 1. juli 2004. Der gælder ikke formkrav for frasigelse i henhold til virksomhedsoverdragelseslovens § 4 a, stk. 1, og det forhold, at brevet af 29. november 2004 fremstår som en frasigelse, fratager ikke tidligere meddelelser deres gyldighed.

Hertil kommer, at en række af medarbejderne i Øksnehallen hver for sig har accepteret pr. 1. september 2004 at blive ansat i DGI-byen, hvor de blev omfattet af den for DGI-byen gældende overenskomst suppleret med vilkår fra den kommunale overenskomst. Der bestod således ikke i praksis nogen rettigheder og forpligtelser i relation til medarbejderne i Øksnehallen i henhold til overenskomsten mellem HK/Kommunal og Københavns Kommune på tidspunktet for virksomhedsoverdragelsen den 1. januar 2005.

ARBEJDSRETTENS BEGRUNDELSE OG RESULTAT

Arbejdsretten finder, at det efter indholdet af DGI-byens brev af 13. juli 2004 til HK Service København måtte stå klart for klager, at DGI-byen ikke ønskede at indtræde i

overenskomsten mellem Københavns Kommune og HK/Kommunal. Det, der er kommet frem under bevisførelsen, giver ikke støtte for en anden forståelse af DGI-byens brev.

Allerede som følge heraf har DGI-byen rettidigt frasagt sig den kommunale overenskomst, og Arbejdsretten tager derfor indklagedes frifindespåstand til følge.

THI KENDES FOR RET:

DGI-byen frifindes.

HK/Privat skal betale 2.000 kr. i sagsomkostninger til Arbejdsretten.

Poul Sørensen