

Arbejdsrettens dom af 16. december 2009

I sag nr.: A2008.755

Landsorganisationen i Danmark
for
Fagligt Fælles Forbund - Privat Service, Hotel og Restauration
(konsulent Kim Brandt Jensen)
mod
Ribur ApS og TANBO ApS
Nørregade 21
5000 Odense C
(Jens Abildgaard)

Dommer: Næstformand, højesteretsdommer Thomas Rørdam, jf. arbejdsretslovens § 8, stk. 2.

Denne sag, som er anlagt ved klageskrift af 3. september 2008, vedrører, om de indklagede, TANBO ApS og Ribur ApS, som driver og har drevet Boogie Dance Café og Café Birdy, er omfattet af overenskomsten mellem Fagligt Fælles Forbund og HORESTA. Sagen vedrører endvidere indbetaling af bidrag til Uddannelses- og Samarbejdsfonden, pensionsbidrag og feriegodtgørelse for 2006, 2007 og 2008 samt bodsansvar.

Påstande

Klager, LO for Fagligt Fælles Forbund – Privat Service, Hotel og Restauration, har nedlagt følgende påstande:

1.

De indklagede, Ribur ApS og TANBO ApS, skal anerkende, at Boogie Dance Café og Café Birdy er omfattet af den til enhver tid gældende Hovedoverenskomst for hotel- og restaurationsområdet indgået mellem Fagligt Fælles Forbund - Privat Service, Hotel og Restauration og HORESTA Arbejdsgiver.

2.

Ribur ApS og TANBO ApS skal til Uddannelses- og Samarbejdsfonden for 2006 og 2007 solidarisk betale 4.367 kr. med tillæg af procesrente fra de enkelte ydelsers forfaldstid.

Ribur ApS og TANBO ApS skal til Uddannelses- og Samarbejdsfonden for 2008 solidarisk betale skyldige og forfaldne bidrag for ansatte omfattet af den til enhver tid gældende overenskomst.

Ribur ApS og TANBO ApS skal indberette og solidarisk betale skyldige og forfaldne pensionsbidrag til PensionDanmark for 2006, 2007 og 2008 for ansatte omfattet af den til enhver tid gældende overenskomst.

Ribur ApS og TANBO ApS skal solidarisk betale skyldig og forfalden feriegodtgørelse til Feriefonden for Hotel- og Restauranterhvervet for 2006, 2007 og 2008 for ansatte omfattet af den til enhver tid gældende overenskomst.

3.

Ribur ApS og TANBO ApS skal til Fagligt Fælles Forbund – Privat Service, Hotel og Restauration solidarisk betale en efter Arbejdsrettens skøn fastsat bod.

Klager har påstået frifindelse over for de indklagedes selvstændige påstand.

De indklagede, Ribur ApS og TANBO ApS, har påstået frifindelse.

Ribur ApS og TANBO ApS har endvidere nedlagt selvstændig påstand om, at klager pålægges at betale en bod på ikke under 50.000 kr.

Sagsfremstilling

I Hovedoverenskomsten for Hotel- og Restaurationsområdet § 20, stk. 1, hedder det:

”Medarbejdere, herunder reserver, med sammenlagt 12 måneders anciennitet inden for de forudgående 5 år, opnået ved beskæftigelse inden for overenskomstens faglige område, er omfattet af pensionsordningen fra det fyldte 20. år.”

Af ferieregulativet i overenskomstens § 55 fremgår bl.a., at virksomheder omfattet af regulativet skal anvende den af Feriefonden godkendte ferieordning.

I 1979 tiltrådte Restaurant Brünelle ved Jens Abildgaard, Nørregade 21, Odense, overenskomsten mellem Hotel- og Restaurationspersonalets Samvirke og Arbejdsgiverforeningen af Hoteller og Restauranter. Der er under sagen fremlagt to kopier af tiltrædelseserklæringen. På den ene kopi er ud for navnet Restaurant Brunelle tilføjet: ”NU: BOOGIE DANCE CAFÉ”. På den anden kopi er der sat to streger over navnet Brünelle og tilføjet ”BIRDYS”.

I 1982 blev natklubben Boogie Dance Café etableret i stueetagen og restaurantdriften blev flyttet til ejendommens 1. sal. I 1986 skiftede Restaurant Brunelle navn til Café Birdy. Frem til 1992 blev restaurant og natklub drevet først af J.A. Enterprises ApS, siden af Abildgaard Enterprises A/S og endelig af Boogie Dance Café ApS.

Med brev af 14. april 1992 meddelte Odense Kommunes Bevillingsnævn Boogie Dance Café ApS afslag på selskabets anmodning om alkoholbevilling til driften af restaurationen The All Night Boogie Dance Café/Café Birdy. Den 26. juni 1992 blev restaurant og natklub lukket som følge af bevillingsspørgsmålet. Virksomheden havde herefter ikke alkoholbevilling, før Odense Kommunes Bevillingsnævn ved brev af 13. august 1992 meddelte Jens Abildgaard alkoholbevilling for et tidsrum af 8 år til driften af restaurationen The All Night Boogie Dance Café.

Med brev af november 1993 skrev HTS Pension således til Boogie Dance Café og Café Birdy:

”Velkommen i HTS Pension!

Fra 1. januar 1994 skal alle virksomheder, der har tiltrådt overenskomsten mellem Hotel-, Restaurant- og Fritidserhvervenes Arbejdsgiverforeningen (HOREFA) og Restaurations- og Bryggeriarbejderforbundet (RBF), indbetale pensionsbidrag for alle overenskomstansatte medarbejdere til Handels-, Transport- og Servicebranchens Pensionsforsikring A/S (HTS Pension).

RBF har oplyst, at Deres virksomhed har tiltrådt ovennævnte overenskomst.

...”

Med brev af 20. oktober 1998 skrev Feriefonden for hotel- og restauranterhvervet således til Café Birdy ved Jens Abildgaard:

”Vedlagt fremsendes Deres eksemplar af godkendt og underskrevet feriekortaftale, som De venligst bedes opbevare.

Vi beder Dem kvartalsvis indsætte 12½ % af det foregående kvartals feriepengeberettigede lønsum...”

Af et informationsbrev af 17. oktober 2000 fra Danmarks Restauranter og Caféter (DRC) fremgår følgende:

”Til almindelig orientering for DRC’s medlemmer har Feriefonden for Hotel- og Restauranterhvervet, som administreres af HORESTA, opsagt aftalen med DRC’s medlemmer til udgangen af dette år. Beslutningen er meddelt alle omfattede. For god ordens skyld nævnes, at alle DRC-medlemmer, som ikke er omfattet af en overenskomst, pr. 1. januar 2001 skal flyttes over til Feriekonto. I næste udgave af DRC-Informerer omtales nøjere, hvorledes medlemmerne skal forholde sig efter 1. januar 2001.”

Ved udeblivelsesdom af 9. april 2003 bestemte Arbejdsretten, at Boogie Dance Café/Café Birdy ved Ribur ApS skal overholde gældende overenskomst og betale en bod på 5.000 kr.

Ved brev af 19. juni 2003 til Boogie Dance Café/Café Birdy fremsatte RBF Fyns Amt et krav på betaling af 1.038.851,20 kr., som blev angivet at vedrøre manglende pensionsindbetalinger, erstatning for ikke at bruge Feriefonden, manglende betaling til Uddannelsesfonden og bod.

Ved udeblivelsesdom af 10. august 2004 bestemte Arbejdsretten, at Boogie Dance Café/Café Birdy ved Ribur ApS skal overholde gældende overenskomst og betale en bod på 10.000 kr.

I Arbejdsrettens sag nr. A2005.706 mellem de samme parter blev der afholdt et retsmøde den 7. februar 2006. Af retsbogen fremgår bl.a. følgende:

”For indklagede mødte: Jens Abildgaard.

Sagen drøftedes og blev forligt således, at indklagede erkendte,

at virksomheden straks og på begæring skal deltage i et mæglingsmøde, og

at virksomheden fremover nøje skal efterleve gældende regler i overenskomstens §§ 20 og 55 samt protokollatet om uddannelsesfond.

Sekretariatslederen gjorde indklagedes repræsentant bekendt med, at virksomheden havde overtrådt den gældende overenskomst, og at den i gentagelsestilfælde kan forvente at blive pålagt en alvorlig bod.”

Ved udeblivelsesdom af 30. august 2007 bestemte Arbejdsretten, at Boogie Dance Café/Café Birdy ved Ribur ApS skal overholde gældende overenskomst og betale en bod på 15.000 kr. Indklagede begærede efterfølgende denne sag genoptaget. Arbejdsretten tilkendegav under et retsmøde den 18. december 2007, at man var indstillet på at genoptage sagen. Det blev under mødet oplyst, at den idømte bod var betalt, og genoptagelsesbegæringen blev efterfølgende frafaldet.

Den 5. maj 2009, efter denne sag var anlagt, blev der afholdt et retsmøde i Arbejdsretten, hvor det blev aftalt at afholde mæglingsmøde med henblik på indklagedes fremlæggelse af dokumentation for, at der ikke medfulgte personale ved hans overtagelse af virksomheden, indklagedes redegørelse for medarbejdersammensætningen i 2008 i relation til pensionsspørgsmålet, og indklagedes fremlæggelse af dokumentation for indbetaling af feriegodtgørelse til feriegiro.

Af mødereferat fra parternes mæglingsmøde den 12. maj 2009 fremgår, at enighed ikke kunne opnås. Endvidere fremgår bl.a. følgende:

”Arbejdsgiver fastholdt, at overenskomsten ikke er fulgt med pga. virksomhedslukningen fra d. 27.6.1992 til d. 3.8.1992.

Arbejdsgiver fremlagde dokumentation for indbetaling af feriepenge til feriekonto for 2008.

Arbejdsgiver fastholdt, at manglende indbetaling af pensionsbidrag hænger sammen med manglende anciennitet.

Arbejdsgiver fastholdt, at uddannelsesgodtgørelse ikke ville gavne hans medarbejdere, da ingen af dem er medlem af 3F.”

Af årsrapport for 1999 fra HTS Pension fremgår, at der i det år for månederne januar-oktober er indbetalt pension for 4 medarbejdere.

Af oplysninger fra PensionDanmark fremgår, at indklagede for 2006 og 2007 har indbetalt pension for 5 ansatte, mens der for 2008 ikke er indbetalt pension for nogen ansatte.

Med brev af 11. april 2006 har PensionDanmark oplyst, at indklagede skylder 3.318,47 i pensionsbidrag for perioden fra den 16. juli 2005 til den 15. december 2005, at det manglende bidrag udgør ekstra opkrævninger for perioden fra den 16. juli til den 31. december 2005, da arbejdsgiver har indbetalt med for lav bidragsprocent, og at sagen efter forgæves rykning overgives til forbundet til videre behandling.

PensionDanmark har på baggrund af de foretagne pensionsindbetalinger beregnet kravet på bidrag til Uddannelses- og Samarbejdsfonden for 2006 og 2007 til 4.367,80 kr.

Boogie Dance Café/Café Birdy, som ved sagens anlæg blev drevet af Ribur ApS, drives nu af TANBO ApS. Anparterne i TANBO tilhører Bursana Enterprises Ltd., Irland. Anparterne i Bursana tilhører Jens Abildgaard og Maurice Lacy med hver halvdelen. Anparterne i Hjertensfryd Invest ApS, som ejer ejendommen, hvorfra Boogie Dance Café/Café Birdy drives, ejes også af Bursana Enterprises Ltd., Irland.

Forklaringer

Regnar Hansen har forklaret bl.a., at han er faglig sekretær i 3F Odense og tidligere formand for RBF Fyns Amt. Da indklagede ikke reagerede på Arbejdsrettens udeblivelsesdom af 9. april 2003, sendte han brevet af 28. juli 2003 til indklagede, hvori han opgjorde kravet til 1.038.851,20 kr. Kravet blev ikke rejst på baggrund af henvendelser fra ansatte hos indklagede. Beløbet var udtryk for et skøn. Ud fra årsregnskaberne sammenholdt med normtal udgivet af HORESTA regnede han baglæns til antallet af ansatte. Han vurderede på grundlag heraf, at der var 21 ansatte i virksomheden. På baggrund af antallet af ansatte beregnede han kravets størrelse. Brevet var vedlagt et bilag, hvoraf beregningen fremgik. Da indklagede ikke reagerede på brevet, blev kravet sendt til advokat med henblik på at få dom for beløbet. Der er ikke opnået dom.

Indklagede har indbetalt til feriekonto, men ikke til Feriefonden. Som uorganiseret arbejdsgiver indgår man en feriekortaftale. Det kræver ikke medlemskab af HORESTA. Da Danmarks Restauranter & Caféer ændrede status til brancheforening, opsagde Feriefonden for Hotel- og

Restauranterhvervet parternes aftale. Men det ændrede ikke på det forhold, at indklagede skulle indbetale til Feriefonden i overensstemmelse med overenskomsten.

Klager har ikke modtaget den dokumentation, som indklagede blev pålagt at fremlægge i forbindelse med retsmødet i Arbejdsretten den 5. maj 2009. Indklagede har foretaget indbetalinger til pension, men på baggrund af et mindre antal ansatte end det, der efter regnskaberne og HORESTA's normtal må være tale om.

Procedure:

Klager, har til støtte for sin påstand om, at indklagede er omfattet af overenskomsten anført, at der i løbet af de seneste syv år er afsagt tre domme af Arbejdsretten og indgået et forlig for Arbejdsretten, hvorefter indklagede skal overholde overenskomsten. Indklagede har betalt de boder, der er pålagt ved dommene. Indklagede har indgået en aftale om pension med HTS og indbetalt til pension for et antal ansatte, hvilket kun kan lade sig gøre for virksomheder omfattet af overenskomsten. Tilsvarende kan den feriekortordning, som indklagede har tilsluttet sig, kun anvendes af virksomheder omfattet af overenskomsten. Ordningen blev opsagt af HORESTA, da DRC overgik til at være brancheorganisation, men det afskærer ikke muligheden for at indbetale til Feriefonden. Indklagede frafaldt sin anmodning om genoptagelse af den sag, i hvilken Arbejdsretten afsagde udeblivelsesdom den 30. august 2007, da afgørelsen var efterlevet ved betaling af bod. Det følger således ikke blot af Arbejdsrettens domme m.v., men også af indklagedes adfærd, at indklagede er forpligtet til at overholde overenskomsten.

Der er arbejdsretlig identitet mellem Jens Abildgaard og de enkelte selskaber, der har drevet Boogie Dance Café/Café Birdy, tidligere Restaurant Brünelle, siden tiltrædelsesoverenskomsten blev indgået, jf. Arbejdsrettens sag A2007.429. Der er tale om en ubrudt række af selskaber med Jens Abildgaard som ejer/medejer og daglig leder. Virksomheden var kortvarigt lukket i en periode i sommeren 1992, mens den ikke havde alkoholbevilling. Dette kan ikke sidestilles med overtagelse af en lukket virksomhed fra en tredjemand. Desuden har det formodningen mod sig, at man opsagde alle ansatte og ansatte nye i den korte periode, der var tale om, og indklagede har ikke fremlagt bevis herfor, selv om der har været anledning og lejlighed til det.

Til støtte for påstanden om indbetaling af pension har klager anført, at det – henset til indbetalingerne for de tidligere år - forekommer påfaldende, at ingen af medarbejderne i 2008 var omfattet af pensionsordningen, som oplyst af indklagede. Indklagede har ikke fremlagt bevis for, at ingen medarbejdere var omfattet af ordningen i 2008, selv om retten har pålagt indklagede dette i retsmødet den 5. maj 2009. Det ville have været enkelt at dokumentere dette ved fremlæggelse af ansættelsesbeviser.

Til støtte for påstanden om indbetaling af feriegodtgørelse til Feriefonden har klager anført, at indklagede efter overenskomsten er forpligtet hertil. Er man ved en fejl kommet til at betale til Feriekonto, er der mulighed for at overflytte pengene, men dette er ikke sket.

Til støtte for påstanden om bod har klager anført, at Arbejdsrettens tidligere afgørelser vedrørende indklagede må tages i betragtning. Der er nu behov for en bod af en størrelse, der gør det klart, at gentagne brud på overenskomstens regler om indbetaling til uddannelsesfond og pensioner ikke tolereres. Henset hertil vil en bod på 150.000-200.000 kr. være passende. Dertil kommer, at der bør tages hensyn til den nettobesparelse, der er opnået ved ikke at overholde overenskomsten, og som for 2008 må være omkring 50.000-100.000 kr.

Til støtte for påstanden om frifindelse for indklagedes selvstændige påstand om betaling af bod har klager navnlig anført, at det ikke har været uberettiget at indbringe sagen for Arbejdsretten, og at de håndskrevne rettelser på eksemplarerne af tiltrædelsesoverenskomsten ikke er forsøg på at begå falsk eller lignende. Det kan i øvrigt ikke klarlægges, hvem der har foretaget rettelserne.

Indklagede har til støtte for sin påstand om frifindelse anført, at virksomheden ikke er overenskomstdækket, da der ved Jens Abildgaards overtagelse af virksomheden efter lukningen i sommeren 1992 ikke medfulgte personale. Endvidere er tiltrædelseserklæringen ugyldig, fordi man ensidigt har ændret navnet fra Restaurant Brünelle til Boogie Dance Café/Café Birdy. Indklagede har indbetalt korrekte pensionsbidrag til og med 2007. I 2008 er der ikke indbetalt pensionsbidrag, fordi der ikke har været medarbejdere med den nødvendige anciennitet. Et stort af antal af de ansatte er unge studerende på 18-19 år. Det er udokumenteret, at der ikke er indbetalt korrekte pensionsbidrag. Klager repræsenterer ikke nogen ansatte. Der er tillige indbetalt korrekte feriepenge

til feriegiro. Ved en eventuel udmåling af bod bør der tages hensyn til, at indklagede ikke har haft til hensigt at gøre noget forkert med hensyn til indbetaling af pensionsbidrag og feriepenge.

Arbejdsrettens begrundelse og resultat:

Jens Abildgaard har på vegne Ribur ApS ved indenretligt forlig af 7. februar 2006 anerkendt, at Boogie Dance Café/Café Birdy er forpligtet til at overholde overenskomsten. Dette er tillige lagt til grund i Arbejdsrettens udeblivelsesdomme af 9. april 2003, 10. august 2004 og 30. august 2007. Under hensyn til sammenfaldet i ejerkredsene i Ribur ApS, som var indklaget for Arbejdsretten under de tidligere sager, og TANBO ApS, som tillige er indklaget under denne sag, og under hensyn til, at først Ribur og siden TANBO har drevet Boogie Dance Café/Café Birdy, findes der at foreligge arbejdsretlig identitet mellem disse selskaber. Allerede af denne grund tages klagers påstand om, at indklagede er omfattet af overenskomsten, til følge.

Indklagede har ikke bestridt, at der ikke er indbetalt bidrag til Uddannelses- og Samarbejdsfonden, ligesom indklagede ikke har bestridt, at bidraget for 2006 og 2007 udgør 4.367 kr. Der findes herefter grundlag for at tage klagers påstand vedrørende bidrag til Uddannelses- og Samarbejdsfonden til følge.

Indklagede har ikke bestridt, at feriegodtgørelse ikke er indbetalt til Feriefonden. Efter de foreliggende oplysninger er feriegodtgørelse heller ikke efterfølgende overført til Feriefonden. Der finder herefter tillige grundlag for at tage klagers påstand vedrørende indbetaling af feriegodtgørelse til Feriefonden til følge.

Efter bevisførelsen er det uklart, i hvilken udstrækning indklagede har beskæftiget medarbejdere, som er omfattet af forpligtelsen efter Hovedoverenskomstens § 20, stk. 1, til indbetaling af pensionsbidrag. Indklagede blev under et retsmøde i Arbejdsretten den 5. maj 2009 pålagt at fremlægge dokumentation for, at man ikke beskæftigede medarbejdere omfattet af denne forpligtelse, men indklagede har ikke fremlagt nogen dokumentation herfor. Det kan derfor ikke afvises, at der er medarbejdere omfattet af disse rettigheder. På den baggrund tages klagers påstand vedrørende indbetaling af pensionsbidrag til følge, i det det bemærkes, at forpligtelsen alene

aktualiseres, såfremt der efterfølgende fremlægges dokumentation for, at der har været beskæftiget medarbejdere, som opfylder betingelserne i overenskomsten.

Den bod, indklagede skal betale, fastsættes til 30.000 kr. Der er herved henset til sagens omstændigheder og til, at indklagede tre gange tidligere er pålagt bod for tilsvarende brud på overenskomsten, senest en bod på 15.000 kr.

Thi kendes for ret:

Ribur ApS og TANBO ApS skal anerkende, at Boogie Dance Café og Café Birdy er omfattet af den til enhver tid gældende Hovedoverenskomst for hotel- og restaurationsområdet indgået mellem Fagligt Fælles Forbund - Privat Service, Hotel og Restauration og HORESTA Arbejdsgiver.

Ribur ApS og TANBO ApS skal inden 14 dage efter denne doms afsigelse til Uddannelses- og Samarbejdsfonden for 2006 og 2007 solidarisk betale 4.367 kr. med tillæg af procesrente fra de enkelte ydelsers forfaldstid.

Ribur ApS og TANBO ApS skal til Uddannelses- og Samarbejdsfonden for 2008 solidarisk betale skyldige og forfaldne bidrag for ansatte omfattet af den til enhver tid gældende overenskomst.

Ribur ApS og TANBO ApS skal indberette og solidarisk betale skyldige og forfaldne pensionsbidrag til PensionDanmark for 2006, 2007 og 2008 for ansatte omfattet af den til enhver tid gældende overenskomst.

Ribur ApS og TANBO ApS skal solidarisk betale skyldig og forfalden feriegodtgørelse til Feriefonden for Hotel- og Restauranterhvervet for 2006, 2007 og 2008 for ansatte omfattet af den til enhver tid gældende overenskomst.

Ribur ApS og TANBO ApS skal inden 14 dage efter denne doms afsigelse til Fagligt Fælles Forbund – Privat Service, Hotel og Restauration solidarisk betale en bod på 30.000 kr.

De indklagede, Ribur ApS og TANBO ApS, skal inden samme frist betale 2.000 kr. i sagsomkostninger til Arbejdsretten.

Fagligt Fælles Forbund – Privat Service, Hotel og Restauration frifindes for Ribur ApS og TANBO ApS' selvstændige påstand om bod.