

Arbejdsrettens dom af 26. januar 2011

i sag nr. AR2009.0469:

Landsorganisationen i Danmark

for

Fag og Arbejde

(advokat Peter Nisbeth)

mod

Dansk Arbejdsgiverforening

for

DIO II ved DI

for

Falck Danmark A/S

(advokat Tine Benedikte Skyum)

Dommere: Jens Peter Bostrup, Oluf Engell, Carsten Holm, Asger Tue Pedersen, Benny Rosberg, Laurits Rønn, Jytte Scharling (næstformand), Poul Søgaard (retsformand) og Per Sørensen (næstformand).

Indledning

Sagen drejer sig om, hvorvidt Falck Danmark A/S (herefter Falck) efter virksomhedsoverdragelsesloven er forpligtet til at efterleve den kollektive overenskomst, som en række brandmænd, der tidligere var tjenestemandsansat i Gentofte Kommune og i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse af Gentofte Brandvæsen er overgået til ansættelse hos Falck, var omfattet af under den kommunale ansættelse.

Påstande

Klager, Landsorganisationen i Danmark (LO) for Fag og Arbejde (FOA), har nedlagt påstand om, at indklagede, Falck Danmark A/S, i relation til 22 tidligere tjenestemandsansatte brandmænd ved

Gentofte Brandvæsen skal efterleve overenskomsten for de kommunale beredskaber i al fald til overenskomstens udløb den 31. marts 2011.

Indklagede, Dansk Arbejdsgiverforening for DIO II ved DI for Falck, har påstået frifindelse.

Sagsfremstilling

Retsgrundlag

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, bedrifter eller dele af bedrifter (direktivet) – hvorved direktiv 77/187 af 14. februar 1977 og ændringsdirektiv 98/50 af 29. juni 1998 er sammenskrevet – indledes med bl.a. følgende betragtninger:

- ”(3) Det er nødvendigt at fastsætte bestemmelser til beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af ny indehaver især for at sikre varetagelsen af deres rettigheder.
- ...
- (9) Socialpagten erkender betydningen af at bekæmpe alle former for forskelsbehandling, herunder forskelsbehandling på grund af køn, hudfarve, race, religiøs, politisk eller anden overbevisning.
- ...”

Herefter indeholder direktivet bl.a. følgende bestemmelser:

”KAPITEL 1

Anvendelsesområde og definitioner

Artikel 1

1. a) Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af en virksomhed eller bedrift eller en del af en virksomhed eller bedrift til en anden indehaver som følge af en overdragelse eller fusion.
...
- c) Dette direktiv finder anvendelse på offentligretlige og privatretlige virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de opererer med gevinst for øje. En administrativ omorganisering af offentlige administrative myndigheder eller en overførsel af administrative funktioner mellem offentlige administrative myndigheder er ikke en overførsel i dette direktivs forstand.

3. Dette direktiv finder ikke anvendelse på søgående skibe.

Artikel 2

1. I dette direktiv forstås ved:

...

- d) "arbejdstager": enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i henhold til den nationale lovgivning.

...

KAPITEL II

Varetagelse af arbejdstagernes rettigheder

Artikel 3

...

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

Direktivet er gennemført ved lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse (virksomhedsoverdragelsesloven), der bl.a. indeholder følgende bestemmelser:

"§ 1. Loven finder anvendelse ved overdragelse af en virksomhed eller en del heraf...

Stk. 2. Denne lov finder anvendelse på offentlige og private virksomheder, der udøver økonomisk aktivitet, uanset om de virker med gevinst for øje. En administrativ eller ved lov foretaget omorganisering af offentlige administrative myndigheder eller en overførsel af administrative funktioner mellem offentlige administrative myndigheder er ikke en overførsel i denne lovs forstand.

...

Stk. 4. Loven finder ikke anvendelse på søgående skibe.

§ 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.

...

§ 4a. ...

Stk. 2. Hvis erhververen ikke tiltræder overenskomsten, skal spørgsmål om overtrædelse af de berørte lønmodtageres rettigheder og pligter i henhold til en kollektiv overenskomst, jf. § 2, stk. 1, nr. 1, afgøres ved fagretlig behandling og endeligt ved Arbejdsretten, såfremt en af parterne begærer det. I så fald er erhververen stillet, som om denne havde tiltrådt den kollektive overenskomst.
..."

Ved lov nr. 469 af 12. juni 2009 om vandsektorens organisering og økonomiske forhold er bl.a. fastsat sålydende bestemmelser:

”§ 34. De kommunalt ansatte tjenestemænd, der gør tjeneste i en kommunal forsyningsvirksomhed omfattet af denne lov på tidspunktet for kommunens etablering af de i medfør af denne lov nødvendiggjorte selskaber til fortsættelse af den nævnte forsyningsvirksomhed, er forpligtet til at gøre tjeneste i et eller flere af disse selskaber med bevarelse af deres ansættelsesforhold til kommunen.

Stk. 2. De i stk. 1 nævnte selskaber tilbyder de i stk. 1 nævnte tjenestemænd overgang til ansættelse i pågældende selskaber.
..."

I de specielle bemærkninger til lovens § 34 (Folketingstidende 2008-09, tillæg A, s. 4631ff. - L 150) er bl.a. anført:

”I forbindelse med overdragelser til de ved lovforslaget nødvendiggjorte selskaber til fortsættelse af de forskellige dele af den hidtil i kommunen drevne forsyningsvirksomhed, bevarer de i kommunen ved de pågældende forsyningsvirksomheder tjenestegørende tjenestemænd deres ansættelsesforhold til kommunen, idet de samtidig forpligtes til at gøre tjeneste i et eller flere af de vandselskaber, der fortsætter forsyningsaktiviteterne.

Vandselskaberne skal ifølge de foreslåede bestemmelser tilbyde de pågældende tjenestemænd ansættelse. I de tilfælde, hvor ansættelsestilbuddet ikke accepteres, udbetaler kommunen fortsat løn m.v. og afholder udgifter til pension til de pågældende, dog med refusion fra vandselskaberne efter aftale mellem kommunen og vandselskaberne. Der er således i disse tilfælde tale om en udlånsordning.

...

Loven om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse finder i øvrigt anvendelse ved de af lovforslaget nødvendiggjorte selskabsdannelser.”

Sagen

Gentofte Brandvæsen blev tidligere drevet af Gentofte Kommune. Via en tilslutningsaftale mellem kommunen og FOA var de ansatte brandmænd, herunder de tjenestemandsansatte med de begrænsninger der fulgte af de relevante tjenestemand- og pensionsregulativer, omfattet af den mellem FOA, Kommunernes Landsforening og Det Kommunale Beredskabspersonales Landsforbund indgåede overenskomst for beredskabspersonale i basis- og mesterstillinger ved de kommunale redningsberedskaber.

I efteråret 2008 udbød Gentofte Kommune driften af Gentofte Brandvæsen, og af udbudsmaterialet fremgår bl.a.:

”1.1 Orientering om ydelsen

...

Den nye leverandør skal overtage det mandskab fra Gentofte Kommune, der er beskæftiget med den udbudte opgave. Yderligere oplysninger fremgår af punkt 2.

...

1.5.8 Kontraktens ikrafttræden og løbetid

Kontrakterne træder i kraft den 1. april 2009 og løber indtil 31. marts 2015.

...

2 Vilkår vedrørende medarbejdere

I tilfælde af leverandørskift er den nye leverandør forpligtet til at overtage de medarbejdere fra den nuværende leverandør, der er beskæftiget med den udbudte opgave.

...

Som det fremgår af bilaget, er der både tjenestemandsansatte og overenskomstansatte blandt de medarbejdere, der beskæftiger sig med den udbudte opgave.

Vilkår for overenskomstansatte:

For de overenskomstansatte gælder det, at de virksomhedsoverdrages i henhold til Lov om virksomhedsoverdragelse. Leverandøren skal yde de medarbejdere, der overdrages, løn- og ansættelsesvilkår, der som minimum svarer til de individuelle løn- og ansættelsesvilkår, der er fastsat i den gældende overenskomst. Dette er gældende, indtil udløbet af den nuværende overenskomstperiode.

Vilkår for tjenestemandsansatte:

For de tjenestemandsansatte gælder det, at de ikke er omfattet af Lov om virksomhedsoverdragelse. En tjenestemand i Gentofte Kommune har alene pligt til at lade sig forflytte indenfor ansættelsesområdet og er således ikke pligtig til at overgå til ansættelse hos den nye virksomhed. Det forhindrer dog ikke, at tjenestemanden kan ønske at overgå til ansættelse hos den nye virksomhed. I så fald er der forskel på, om det er til en offentlig eller til en privat virksomhed:

a. Overgang til ansættelse ved offentlig virksomhed

...

b. Overgang til ansættelse ved privat virksomhed

I denne situation kan overgangen f.eks. ske ved at:

- tjenestemanden opsiger sin tjenestemandsstilling i Gentofte Kommune med ret til opsat pension, overgår til ansættelse i den nye virksomhed på overenskomstvilkår og virksomheden indbetaler pensionsbidrag til den relevante pensionskasse eller
- tjenestemanden ydes tjenestefrihed uden løn fra sin stilling i Gentofte Kommune og der indgås en aftale omkring vilkårene for overgangen til den nye virksomhed om, at Gentofte Kommune bibeholder pensionsforpligtelsen mod, at virksomheden indbetaler et beløb svarende til pensionsbidraget for overenskomstansatte til Gentofte Kommune.

Uanset om tilbudsgiver er offentlig eller privat, skal tilbud tage højde for pensionsudgift for 2007 for tjenestemænd angivet i bilag 1.3.”

Opgaven med brandslukning i Gentofte Kommune blev tildelt den private virksomhed Falck, og parterne er enige om, at Falcks overtagelse af Gentofte Brandvæsen er en overdragelse i virksomhedsoverdragelseslovens forstand.

På FOA's initiativ mødtes forbundet og Falck den 9. februar 2009 for at drøfte en række forhold i forbindelse med Falcks overtagelse af opgaven med brandslukning i Gentofte Kommune. I mødereferatet hedder det bl.a.:

”1) Overenskomstansatte brandfolk

Parterne er enige om, at overgangen er omfattet af Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Falck tilkendegav, at man ikke agter at indtræde i den gældende overenskomst med FOA, men at man i overensstemmelse med loven vil respektere de individuelle rettigheder i overenskomsten indtil udløb 1. april 2011. ...

...

3) Tjenestemandsansatte brandfolk

Parterne har drøftet, hvorvidt Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse finder anvendelse i forhold til tjenestemændenes nuværende løn- og ansættelsesvilkår.

FOA anførte, at man er af den opfattelse, at Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse finder anvendelse, såfremt tjenestemændene vælger at tage mod tilbuddet om ansættelse i Falck.

Falck anførte, dels at Gentofte kommune i udbudsmaterialet har fastsat en model, hvorefter Falck er forpligtet til at tilbyde ansættelse til de tjenestemænd, som frivilligt

ønsker ansættelse i Falck på sædvanlige overenskomstvilkår – dvs. i henhold til overenskomst mellem DI og Chaufførernes Fagforening i København (3F), dels at Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse ikke finder anvendelse i tjenestemandssituationen.

Parterne kunne ikke opnå enighed om, hvorvidt Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse finder anvendelse i forhold til tjenestemændene.

Med henblik på at afklare de praktiske konsekvenser af parternes uenighed, opfordrede Falck FOA til inden den 20. februar 2009 at meddele, hvordan og på hvilke vilkår FOA i givet fald mener, at beskyttelsesreglerne i Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse finder anvendelse.

Falck vil i øvrigt fortsætte de individuelle samtaler med medarbejderne.
...”

FOA og Falck mødtes på ny den 24. februar 2009, og i referatet fra mødet fremgår bl.a.:

”Falck oplyste, at alle individuelle samtaler nu er gennemført, og at man fra Gentofte kommune har fået oplyst, at ud af 25 tjenestemænd har 21 ønsket ansættelse i Falck, mens de resterende 4 forbliver i kommunen. Under de individuelle samtaler er tjenestemændene blevet orienteret om, at de pr. 1. april 2009 ansættes på Falcks overenskomst med CF, hvilket ikke har givet anledning til forbehold fra tjenestemændenes side.

FOA har ved brev af 17. februar 2009 til Falck skriftligt præciseret, at man har den opfattelse, at lov om lønmodtageres retsstilling finder anvendelse på tjenestemændenes ansættelsesforhold i Falck efter 1. april 2009 og indtil overenskomstens udløb den 31. marts 2011. Under mødet d.d. har FOA fastholdt dette synspunkt og samtidig henvist til en dom fra EF-domstolen fra 2005 vedrørende skotske tjenestemænd. FOA har den opfattelse, at dommen støtter FOA’s synspunkt.

Falck tilkendegav, at man ikke var enig i, at lov om lønmodtageres retsstilling finder anvendelse i forhold til tjenestemændene. Dette er begrundet dels i udbudsmaterialet dels at lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse ikke finder anvendelse i tjenestemandssituationen.

...

Falck oplyste, at de relevante overenskomster (CF og HK) vil blive tilsendt FOA snarest muligt, og såfremt FOA har spørgsmål til det fremsendte, er Falck indstillet på at mødes herom.

...”

Der blev herefter afholdt fællesmøde i sagen den 25. marts 2009. Enighed kunne ikke opnås, idet parterne fastholdt deres principielle synspunkter vedrørende virksomhedsoverdragelseslovens anvendelse i relation til tjenestemænd.

Det fremgår af sagen, at 22 tidligere tjenestemandsansatte brandmænd indgik aftale om ansættelse som reddere i Falck, og i de udleverede ansættelsesbeviser hedder det bl.a.:

”1. Tiltræden

Tiltrædelse sker pr. 1. april 2009.

2. Ansættelsesgrundlag

Løn og ansættelsesvilkår er i henhold til Tillægsaftale vedrørende redderarbejde med de dertil hørende vagtordninger. Tillægsaftalen er en del af overenskomsten mellem HTS-A og Chaufførernes Fagforening i København vedrørende ambulancetjeneste og redderarbejde i Falck Danmark A/S.

...

6. Pension

Der ydes ikke pension i henhold til overenskomstens bestemmelser, idet medarbejderne er omfattet af en tjenestemandspensionsordning i Gentofte Kommune.

...

8. Opsigelse

Opsigelsesreglerne følger overenskomstens bestemmelser.

Fra ansættelsens start gælder et opsigelsesvarsel på 6 måneder til månedens udgang fra virksomhedens side og 1 måned til månedens udgang fra medarbejderside.

...”

Det fremgår endvidere af sagen, at Falck i relation til de overtagne brandmænd, der ikke har været tjenestemandsansat, respekterer disses individuelle rettigheder i henhold til overenskomsten mellem FOA, Kommunernes Landsforening og Det Kommunale Beredskabspersonales Landsforbund indtil udløb den 1. april 2011.

Det er desuden oplyst, at Falcks manglende efterlevelse af den nævnte kommunale overenskomst i relation til de tidligere tjenestemandsansatte brandmænd har medført, at der pr. 1. april 2009 ikke er foretaget regulering fra løntrin 16 til løntrin 18 og med et tillæg af 1.500 kr., ligesom brandmændene er forpligtet til at tage gennemsnitligt ca. 13 døgnvagter mere om året.

Sagen er ved LO's klageskrift af 22. juli 2009 indbragt for Arbejdsretten i medfør af virksomheds-overdragelseslovens § 4 a, stk. 2, og angår således de 22 tidligere tjenestemandsansatte brandmænds individuelle rettigheder i henhold til den kommunale overenskomst.

Forklaringer

Erik Herss har forklaret bl.a., at han er jurist og ansat som konsulent hos FOA, hvor han beskæftiger sig med tjenestemændenes forhold.

Han kom ind i sagen med Gentofte Brandvæsen, da han blev kontaktet af Brandfolkenes klub. Der var i Gentofte Brandvæsen 5 overenskomstansatte brandmænd og 22-25 tjenestemandsansatte brandmænd. Alle brandmænd lavede det samme arbejde. I forbindelse med udliciteringen blev der holdt møder med Gentofte Kommune, og FOA krævede som udgangspunkt, at de berørte tjenestemænd blev afskediget med rådighedsløn. Kommunens holdning var imidlertid, at tjenestemændene enten lod sig overdrage frivilligt eller blev placeret i en anden passende stilling i kommunen, fx som teknisk serviceleder på en skole. Gentofte Kommune ville ikke acceptere en model, hvorefter kommunen udlånte tjenestemændene til den nye leverandør.

En stor del af de tjenestemandsansatte brandmænd valgte at gå med over til Falck. Det er en livsstil at være brandmand, og flere af dem havde et arbejde ved siden af, som de ikke ville kunne passe, hvis de i stedet skulle arbejde på fx en skole. Falck betaler til tjenestemændenes pensionsordning, således at de i sidste ende er sikret samme pension, som hvis de fortsat havde været tjenestemandsansat i Gentofte Kommune. Der var i øvrigt en kattelem i aftalen, som bevirkede, at de tidligere tjenestemandsansatte brandmænd senest ved udgangen af 2009 kunne fortryde og gå tilbage til kommunen. Det var der nogle stykker, der benyttede sig af.

Der er lavet en aftale med Falck, der sikrer, at de brandmænd, der i Gentofte Kommune var overenskomstansat, fortsat har vilkår i overensstemmelse med den kommunale overenskomst, indtil den udløber.

Ud over lønnen og antallet af døgnvagter ydes der også en ringere feriegodtgørelse efter Falck-overenskomsten end efter den kommunale overenskomst.

Henning Schreiber Rasmussen har forklaret bl.a., at han i dag er stationsleder hos Falck i Hillerød. Tidligere var han brandchef hos Falck, og han havde da ansvaret for forhandlingerne med Gentofte Kommune i forbindelse med selskabets overtagelse af Gentofte Brandvæsen. Falck endte med at overtage hele Gentofte Brandvæsen med biler, bygninger, mandskab mv.

Af de kommunale brandfolk var to overenskomstansat, og 27 var tjenestemænd. Sammen med Jesper Ingeman-Petersen gennemførte han fra den 7. til den 10. februar 2009 individuelle samtaler med alle brandmændene for at få et overblik over, hvor mange der ville gå med over til Falck. Brandmændene blev her orienteret om, hvordan det er at arbejde hos Falck, og det lå i øvrigt som en forudsætning, at den enkelte tjenestemand kun skulle gå med over til Falck, hvis det skete frivilligt.

Ca. 21 af de kommunale brandmænd endte med at gå med over til Falck, og 6-7 mand valgte at blive i kommunen i andre jobs. Da de fleste af brandmændene takkede ja til Falcks tilbud, og var der mandskab nok til, at der kunne køres videre uden ansættelse af flere brandmænd. Hvis ikke så mange var gået med over, ville Falck have suppleret op med folk udefra. Der blev i øvrigt lavet en aftale om, at de tidligere kommunalt ansatte brandmænd indtil årets udgang kunne gå tilbage til Gentofte Kommune.

Der blev lavet en glidende overgang, så brandmændene ikke fra første dag i Falck skulle have et antal døgnvagter svarende til 103 om året. Brandmændene kunne i øvrigt købe sig fri, så de havde, hvad der svarede til 92 døgnvagter årligt. De brandmænd, der i Gentofte Kommune havde været overenskomstansat, fik en økonomisk kompensation for at gå fra 92 til 103 døgnvagter om året.

Han ved ikke, om der er lavet beregninger på, om de tidligere tjenestemandsansatte brandmænd er gået glip af lønstigninger som følge af overgangen til Falck.

Parternes argumentation

Klager har anført, at Falcks overtagelse af Gentofte Brandvæsen er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, og at Falck derfor efter lovens § 2 er forpligtet til som individuelle vilkår at respektere de 22 tidligere tjenestemandsansatte brandmænds rettigheder i henhold til den kommunale overenskomst. Falcks afvisning heraf har medført en forskelsbehandling, idet de tjenestemandsansatte – i modsætning til de overenskomstansatte – brandmænd ikke har fået den overenskomstmæs-

sige lønstigning på to trin pr. 1. april 2009 og tillægget på 1.500 kr., ligesom de har måttet tage væsentligt flere døgnvagter.

Virksomhedsoverdragelsesloven og det bagvedliggende direktiv har til formål at sikre lønmodtageres rettigheder i tilfælde af ny indehaver. Tjenestemænd er ikke undtaget fra hverken lovens eller direktivets arbejdstagerbegreb, der ikke skelner mellem ansættelsesformer og således ikke udelukker, at loven omfatter tjenestemænd, jf. direktivets artikel 2, stk. 1, litra d. Det fremgår da også af direktivets betragtning 9, at det bl.a. har til formål at bekæmpe alle former for forskelsbehandling.

Direktivet er desuden et beskyttelsesdirektiv, jf. betragtning 3, og hvis en lønmodtagergruppe skal kunne anses for at være undtaget fra reglerne heri, må dette kræve en meget klar hjemmel. Virksomhedsoverdragelsesloven finder efter § 1, stk. 2, 1. pkt., anvendelse på offentlige virksomheder, og hvis en undtagelse for så vidt angår tjenestemænd havde været tilsigtet, skulle dette fremgå udtrykkeligt af bestemmelsen. At virksomhedsoverdragelsesloven generelt finder anvendelse på tjenestemænd, bekræftes desuden af nyere lovgivning, jf. herved § 34 i lov nr. 469 af 12. juni 2009 om vandsektorens organisering og økonomiske forhold og de specielle bemærkninger hertil.

I det omfang, tjenestemænd bliver omfattet af en overførsel i virksomhedsoverdragelseslovens forstand, finder loven således anvendelse for dem, hvilket da også er forudsat af EU-domstolen i dom af 26. maj 2005 i sag C-478/03. Sagen angik tjenestemænd, og spørgsmålet om direktivets anvendelse på disse blev ikke problematiseret under sagen. Domstolen fastslog i præmis 27, at de regler, der finder anvendelse ved virksomhedsoverdragelse, skal i de ansattes interesse så vidt muligt sikre de allerede eksisterende arbejdsforhold, som udgør en del af den overførte økonomiske enhed.

Klager har videre anført bl.a., at tjenestemænds lønvilkår sædvanligvis bliver reguleret udtrykkeligt i forbindelse med omorganiseringer og udliciteringer i den offentlige sektor. Det er derfor sjældent relevant at anvende virksomhedsoverdragelsesloven i disse tilfælde, men det udelukker ikke, at loven finder anvendelse. Reglerne i tjenestemændsloven og tjenestemændsregulativer om tjenestemænds særlige individuelle beskyttelse mod forflyttelse er blot en ekstra beskyttelse af tjenestemænds rettigheder, som ikke udelukker, at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse i det omfang, tjenestemænd bliver virksomhedsoverdraget.

Retspraksis og den juridiske litteratur ses nærmest udelukkende at have beskæftiget sig med spørgsmålet om grænserne for forflyttelse af tjenestemænd – og ikke spørgsmålet om virksomheds-overdragelseslovens anvendelse, når tjenestemænd faktisk virksomhedsoverdrages. Hos Lars Svenning Andersen m.fl: Lov om Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer, 5. udg. (2009), s. 216, forudsættes det dog, at loven er anvendelig, når tjenestemænd overgår til ansættelse ved en privat arbejdsgiver.

Den eneste indskrænkning af lovens anvendelsesområde i forhold til offentlig virksomhed følger af § 1, stk. 2, 2. pkt., jf. direktivets artikel 1, stk. 1, litra c, hvorefter en omorganisering af offentlige myndigheder eller en overførsel af administrative funktioner mellem offentlige myndigheder ikke er en overførsel i lovens/direktivets forstand. Bestemmelsen sonderer ikke mellem tjenestemænd og ikke-tjenestemænd. Heller ikke lovens øvrige undtagelser i § 1, stk. 4, og § 2, stk. 2, omtaler tjenestemænd. Det bemærkes herved, at funktionærloven udtrykkeligt undtager tjenestemænd fra denne lovs anvendelsesområde.

I det omfang, tjenestemænd i ikke-administrative funktioner lovligt overføres fra en offentlig myndighed til en privat virksomhed, er de derfor omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, når betingelserne for lovens anvendelse i øvrigt er opfyldt. Det var netop tilfældet i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen af Gentofte Brandvæsen til Falck, jf. herved behandlingen af de overenskomstansatte brandmænds rettigheder.

Det er i denne forbindelse uden betydning, om virksomhedsoverdragelsen er sket med samtykke fra de omfattede tjenestemænd, jf. EU-domstolen dom af 26. maj 2005 i sag C-478/03, præmis 37. Virksomhedsoverdragelsen fandt sted på baggrund af et konkret udbud af virksomheden, og i udbudsbetingelserne var det udtrykkeligt angivet, at leverandøren var forpligtet til at overtage medarbejderne. Brandmændene var i øvrigt reelt tvunget til at gå med over til Falck, idet de ellers ikke ville kunne fortsætte som brandmænd.

Klager påberåber sig alene de kollektivt forhandlede løn- og arbejdsforhold, der fremgår af overenskomsten, jf. herved virksomhedsoverdragelseslovens § 4 a, stk. 2, og ikke forvaltningsretlige eller de særlige tjenestemandretsretlige krav vedrørende afskedigelsesbeskyttelse og pension. Ifølge de tjenestemandretsretlige regler er der netop forskel på de kollektivt forhandlede løn- og arbejdsforhold

og de tjenestemandshæder, som følger direkte af de kommunale tjenestemandshæder og forvaltningsretten. Desuden er de 22 tidligere tjenestemandshæder brandmænds forvaltningsretlige og tjenestemandshæder stilling afklaret i overdragelsesaftalen mellem Gentofte Kommune og Falck samt i de individuelle ansættelsesaftaler.

For de 22 tidligere tjenestemandshæder brandmænd har Gentofte Kommune og FOA kollektivt aftalt, at overenskomsten for beredskabspersonale i basis- og mesterstillinger ved de kommunale redningsberedskaber skal finde anvendelse med de begrænsninger, der følger af gældende tjenestemandshæder og pensionsregulativ for kommuner indenfor KL's forhandlingsområde. De 22 virksomhedsoverdragne brandmænd har derfor et individuelt krav på, at overenskomsten efterleves – i al fald til dens udløb den 31. marts 2011.

Indklagede har navnlig anført, at det har været en klar forudsætning i parternes aftalegrundlag, at tjenestemandshæderne ikke er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven. Når der i aftalegrundlagets vilkår for tjenestemandshæder overgang til ansættelse ved en privat virksomhed tales om, at de overgår til ansættelse i den nye virksomhed på "overenskomstvilkår", kan dette kun læses som den erhvervende virksomheds overenskomst. Falcks tilbud vedrørende overtagelse af Gentofte Brandvæsen er da også afgivet i tillid til, at virksomhedsoverdragelsesloven ikke finder anvendelse på de tjenestemandshæder brandmænd.

Selv om det ikke fremgår eksplicit af virksomhedsoverdragelsesloven eller det bagvedliggende direktiv, at tjenestemandshæder er undtaget herfra, hviler reglerne imidlertid på en forudsætning om, at de ikke finder anvendelse i forhold til tjenestemandshæder. Det har da også hidtil været den generelle antagelse og forudsætning i dansk ret, at virksomhedsoverdragelsesloven ikke gælder for tjenestemandshæder, herunder kommunale tjenestemandshæder, jf. eksempelvis Mette Klingsten: Ansættelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelse (2002), s. 215f. Denne antagelse er i hvert fald korrekt og velbegrunder i forbindelse med en overførsel fra det offentlige til en privat virksomhed, idet en privat virksomhed ikke vil kunne indtræde fuldt ud i en tjenestemandshæder særlige lovbestemte eller regulativbestemte rettigheder og forpligtelser.

Der kan ikke meningsfuldt sondres mellem på den ene side de individuelle rettigheder og på den anden side de forvaltningsretlige og særlige tjenestemandshæder vilkår i relation til spørgsmålet

om, hvorvidt tjenestemænd er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven. Tjenestemænd har således hverken ret eller pligt til at blive overdraget til en privat virksomhed i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse. En tjenestemandsansættelse er at betragte som en helhed, hvor ret og pligt går hånd i hånd. Hvis virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse i forhold til en tjenestemand's individuelle rettigheder, vil der ikke være balance mellem tjenestemandens rettigheder og pligter.

§ 34 i lov nr. 469 af 12. juni 2009 om vandsektorens organisering og økonomiske forhold samt de specielle bemærkninger hertil understreger, at når det gælder tjenestemænd, er det nødvendigt med særlig lovgivning, der samlet gør op med tjenestemændenes forhold i forbindelse med overgang fra offentlig til privat ansættelse. Det er i øvrigt ganske uklart, om lovforarbejdernes bemærkning om, at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, er møntet på overenskomstansatte eller tjenestemænd.

Heller ikke EU-domstolens dom af 26. maj 2005 i sag C-478/03 støtter klagers synspunkt, idet dommen ikke forholder sig til spørgsmålet om, hvorvidt direktivet gælder for tjenestemænd. Sagen drejede sig om noget helt andet; nemlig spørgsmålet om ”overførelsestidspunktet”. Det kan næppe heller antages, at en engelsk ”tjenestemand” har samme retlige status som en dansk tjenestemand – formentlig er der snarere tale om en almindelig offentlig ansat. I præmis 23 antyder EU-domstolen muligvis også et forbehold for rigtigheden af den nationale domstols afgørelse om, at der er tale om en overførsel i direktivets forstand.

Sagen er, at hovedparten af de tidligere tjenestemandsansatte brandmænd i Gentofte Kommune har truffet et regulært valg. I overensstemmelse med det i udbudsmaterialet anførte har de helt frivilligt valgt at indgå aftale om ansættelse i Falck på overenskomstmæssige vilkår. Herved har disse brandmænd definitivt opgivet deres tjenestemandstatus, idet de dog har bevaret deres tjenestemandspension. De resterende tjenestemænd har valgt at forblive ansat i Gentofte Kommune.

Arbejdsrettens begrundelse og resultat

Denne sag er indbragt for Arbejdsretten i medfør af virksomhedsoverdragelseslovens § 4 a, stk. 2, hvorefter Arbejdsretten alene skal tage stilling til spørgsmål om overtrædelse af de berørte lønmodtageres rettigheder og pligter i henhold til en kollektiv overenskomst, jf. lovens § 2, stk. 1, nr. 1.

Der er enighed om, at Falcks overtagelse af Gentofte Brandvæsen er en overdragelse i virksomhedsoverdragelseslovens forstand. For Arbejdsretten er spørgsmålet herefter, om Falck i medfør af loven er forpligtet til at efterleve overenskomsten for de kommunale beredskaber i relation til de 22 tidligere tjenestemandsansatte brandmænd.

Virksomhedsoverdragelsesloven er baseret på direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001, hvis hovedformål er at beskytte arbejdstagere, jf. herved også EU-domstolens dom af 26. maj 2005 i sag C-478/03. Efter direktivets artikel 2, stk. 1, litra d, er en "arbejdstager" enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i henhold til den nationale lovgivning. I overensstemmelse med direktivets brede definition af den beskyttede personkreds angår virksomhedsoverdragelsesloven således "lønmodtageres" retsstilling ved virksomhedsoverdragelser. Efter sin ordlyd kan loven ikke anses at undtage de lønmodtagere, der er tjenestemænd. Dette bestyrkes endvidere af, at loven efter § 1, stk. 2, 1. pkt. finder anvendelse, når offentlig virksomhed overdrages, uden at der i denne bestemmelse eller andre steder i loven er gjort undtagelse for så vidt angår tjenestemænd.

Arbejdsretten finder endvidere, at de rettigheder, som de tidligere tjenestemandsansatte brandmænd under deres ansættelse i Gentofte Kommune havde i henhold til overenskomsten for de kommunale beredskaber, efter deres art kan opretholdes, og at forpligtelsen til at respektere dem kan overtages af Falck som erhvervende virksomhed. Falck har da også respekteret overenskomsten i forhold til de brandmænd, der i Gentofte Kommune var overenskomstansatte.

For så vidt angår de beskrevne rettigheder i henhold til kollektiv overenskomst er der herefter ikke grundlag for at antage, at virksomhedsoverdragelsesloven ikke finder anvendelse i relation til de 22 tidligere tjenestemandsansatte brandmænd, som er omfattet af virksomhedsoverdragelsen til Falck.

Loven har som anført til formål at beskytte lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelser. Det kan således ikke føre til et andet resultat, at udbudsmaterialet vedrørende Gentofte Brandvæsen må forstås sådan, at tjenestemændene ikke skulle være omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven. Det kan heller ikke føre til et andet resultat, at de 22 brandmænd må anses for frivilligt at

have ladet sig overdrage til Falck, jf. herved også EU-domstolens dom af 26. maj 2005 i sag C-478/03, præmis 37.

Arbejdsretten tager herefter klagers påstand til følge.

Thi kendes for ret:

Falck Danmark A/S skal i forhold til de 22 medarbejdere, der tidligere var tjenestemandsansatte brandmænd ved Gentofte Brandvæsen, efterleve overenskomsten for de kommunale beredskaber indtil overenskomstens udløb den 31. marts 2011.

I sagsomkostninger for Arbejdsretten skal Dansk Arbejdsgiverforening for DIO II ved DI for Falck Danmark A/S inden 14 dage efter afsigelsen af denne dom betale 2.000 kr. til Arbejdsretten.

Poul Søgaard