

## DOM

Afsagt den 16. januar 2015

F-17-12

3f som mandat for A  
(advokat Rune Asmussen)  
mod  
1) ISS Facility Services A/S  
(advokat Annette Fæster Petersen)  
2) Claus Tingstrøm A/S  
(advokat Judy Jakobsen)

### Indledning

Sagen handler om, hvorvidt ISS Facility Services A/S overtagelse af en kantinedrift, der samtidig flyttede lokaler, er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, og om afskedigelsen af A som følge heraf er i sket i strid med lovens § 3.

### Påstande

3F som mandatar for A har nedlagt påstand om, at ISS Facility Services A/S (herefter ISS) og Claus Tingstrøm A/S (herefter Tingstrøm A/S) tilpligtes til solidarisk eller alternativt hver for sig at betale 188.479,86 kr. til sagsøger med tillæg af procesrente fra 11. april 2012.

Dansk Industri som mandatar for ISS har principalt nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært nedlagt påstand om betaling af et mindre beløb.

Tingstrøm A/S har principalt nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb.

Tingstrøm A/S har endvidere overfor ISS nedlagt påstand om, at denne skal bære og friholde Tingstrøm A/S for ethvert krav fra sagsøger.

ISS har overfor Tingstrøm A/S 'påstand nedlagt påstand om frifindelse.

## **Oplysningerne i sagen**

### Parterne og forløbet i sagen

Ved ansættelsesbevis af 5. januar 2004 blev A ansat hos Meyer og Tingstrøm Personalere-  
stauranter A/S. A havde ansættelsesanciennitet fra den 1. august 1994, og det er ubestridt, at  
A har været ansat siden anciennitetsdatoen. Af ansættelsesbeviset fremgår, at A var ansat som  
smørrebrødsjomfru, og at ansættelsesstedet var KPMG kantinen, Borups Allé 177, 2400 Kø-  
benhavn NV.

Efterfølgende delte Meyer og Tingstrøm Personalerestauranter A/S sig op i 2 selskaber,  
og A fortsatte hos Meyer, der overtog kantinedriften hos KPMG på Borups Allé. Af et tillæg  
til ansættelsesaftale af 17. marts 2010 fremgår, at driften af KPMG's kantine på Borups Allé  
pr. 1. april 2010 overgik til Tingstrøm A/S, og at As ansættelsesaftale overgik til Tingstrøm  
A/S på uændrede vilkår.

I løbet af 2011 blev KPMG's kantine på ny sendt i udbud, og KPMG valgte ISS som  
fremtidig kantineleverandør pr. 8. december 2011. KPMG's kantine flyttede samtidig lokaler  
fra Borups Allé til Flintholm.

### Korrespondance mellem ISS og Tingstrøm

Da Tingstrøm A/S blev gjort bekendt med, at KPMG havde valgt ISS som fremtidig kantine-  
leverandør, skrev Claus Tingstrøm et brev til ISS af 11. november 2011, hvori han gjorde  
opmærksom på, at det var hans opfattelse, at ISS overtagelse af kantinedriften var omfattet af  
lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Ved mail af 16. november  
2011 meddelte Claus Overbye fra ISS til Tingstrøm A/S, at ISS ikke var enige i, at overtagel-  
sen af kantinedriften var omfattet af lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsover-  
dragelse og meddelte samtidig, at ISS ikke ønskede at overtage kantine medarbejdernes an-  
sættelsesforhold. Tingstrøm A/S fastholdt sit synspunkt om virksomhedsoverdragelse i et brev  
af 17. november 2011 fra advokat Judy Jakobsen til ISS.

### Afskedigelsen og genansættelsen af A

Ved brev af den 24. november 2011 blev A opsagt fra sin stilling hos Tingstrøm A/S. Det fremgår af As lønseddel for perioden 1. november 2011 til 30. november 2011, at hun på afskedigelsestidspunktet modtog 28.819,55 kr. i månedsløn. Ved ansættelsesbevis af 10. maj 2012 blev A på ny ansat hos Tingstrøm A/S. Ansættelsesdatoen var den 1. juni 2012, men A bevarede sin anciennitet fra 1. august 1994. Hendes ansættelsessted var KU-LIFE, Dyrlægevej 7-13, 1870 Frederiksberg C, og hendes månedsløn udgjorde 26.000 kr. Af et tillæg til kontrakten fremgår endvidere, at hun ydes ret til to ugers ekstra ferie årligt.

### Andre oplysninger

Der er forud for hovedforhandlingen afsagt kendelse om, at der ikke var grundlag for en præjudiciel forelæggelse af spørgsmål for EU-Domstolen. Begæring herom var fremsat af A og Tingstrøm A/S.

### **Forklaringer**

A har forklaret, at hendes ansættelse oprindeligt startede i 1989 hos Meyer, inden denne fusionerede med Tingstrøm A/S. Der blev imidlertid først indgået en egentlig ansættelseskontrakt i 1994. I 1995 startede hun med at arbejde i kantinen hos KPMG. Fra 2007-2008 var hun ansat som leder for tjenerenheden. KPMG var et meget stort hus, hvor der var en del mødeservice. KPMG havde store arrangementer og mange klienter. Hun og en anden medarbejder var de eneste fastansatte i tjenerenheden. Der havde tidligere været ansat yderligere to medarbejdere, men man valgte fremover i stedet at have ansatte vikarer i spidsbelastningsperioder. I kantinen var der ansat en køkkenchef, to-tre kokke, en smørebrødsjomfru og en opvasker. Tjenerenheden havde deres eget lokale, hvorfra de styrede serveringen. Det var hende, der var tovholder. Hun havde direkte kontakt med receptionen og partnersekretærerne. Hun fik derfor ca. 4.000 kr. mere i løn om måneden end de andre tjenere. Det er hendes opfattelse, at tjenerenheden fortsatte i det nye KPMG hus, men måske med lidt mindre bemanning.

Da Meyer og Tingstrøm Personalerestauranter A/S blev opdelt, fortsatte hun hos Meyer. Da Tingstrøm A/S efterfølgende vandt licitation over kantinen hos KPMG blev hun virksomhedsoverdraget til Tingstrøm A/S.

I november 2011 blev hun opsagt. Det var hun meget overasket over og blev ked af det og gik hjem. Hun havde regnet med, at hun ville blive virksomhedsoverdraget til ISS. Samme

aften ringede Claus Tingstrøm og sagde, at han godt kunne forstå, hun var ked af det. Hun fik derfor lov til at gå hjemme i 14 dage med løn.

Hun tog kontakt til 3F, der rettede henvendelse til ISS. Der var herefter nogle møder mellem 3F og ISS. I opsigelsesperioden blev hun tilbudt at komme ud på KU-LIFE, hvor Tingstrøm A/S manglede en kassemedarbejder. Hun startede det nye sted sidst i december. I begyndelsen vidste hun ikke, hvor længe hun skulle være der. Hun skulle arbejde i kantinen og sidde ved kassen. Hun havde ingen ledelsesbeføjelser. Hun valgte at blive og samtidig søge væk. Der var ingen aftenarbejde hos KU-LIFE. I maj 2012 sagde hun ja til at blive fast-ansat hos KU-LIFE, da hun ikke havde fået andet arbejde. Hun forsøgte ikke at få en bedre løn, da hun ikke regnede med, at hun i så fald kunne få jobbet. Hun fik formentlig mere i løn end de øvrige kassemedarbejdere. Det var aftalt, at hun skulle holde 2 ugers ekstra ferie uden løn, da der var meget stille i kantinen i sommerperioden.

I dag er hun fortsat ansat hos Tingstrøm A/S og er beskæftiget hos ... i deres kantine på Amager. Hun får samme løn dog med den overenskomstmæssige lønstigning. I dag får hun 26.700 kr. pr. måned.

Hun var ikke klar over, at der også blev udtaget stævning i hendes navn mod Tingstrøm A/S.

Claus Tingstrøm har forklaret, at han er direktør og eneejer af Tingstrøm A/S. Han er uddannet kok og startede sit eget firma for 7 år siden. Aktiviteten i selskabet er kantinedrift, som han kalder personalerestauranter. Selskabet har årligt mellem 115 og 120 mio. kr. i omsætning. Der er ansat 171 medarbejdere, hvoraf nogle er på deltid.

For så vidt angår kantinen hos KPMG blev driften heraf sendt i udbud i foråret 2011. Han vandt ikke udbuddet, hvorfor aftalen med hans selskab blev opsagt til udløb i december 2011. Da ISS vandt udbuddet, gjorde han ISS opmærksom på virksomhedsoverdragelsesloven, da han havde en mistanke om, at ISS ville krybe uden om lønnen. ISS mente ikke, at virksomhedsoverdragelsesloven fandt anvendelse, og ISS ville derfor ikke overtage medarbejderne i KPMGs kantine. Han stod derfor med 12-13 medarbejdere fra KPMGs kantine og kaffekøkkenet, som han skulle finde arbejde til. På det tidspunkt var kantinen på den gamle KPMG-adresse halveret. Han fandt job til alt køkkenpersonalet. Han kunne dog ikke finde job til de medarbejdere, som havde været ansat i kaffekøkkenet, da Tingstrøm A/S ikke havde kaffekøkkener andre steder. Ca. 80 % af kantinens omsætning forsvandt. KPMGs kantine havde en omsætning på ca. 10 mio. kr. årligt, og der var 6-700 spisende medarbejdere. Den

anden tjener i kaffekøkkenet søgte job hos ISS til en lavere løn. Som han husker det, gik vedkommende et par tusinde kroner ned i løn. Han fik oplyst, at A var blevet ked af, at hun var blevet afskediget og derfor var gået hjem. Han ringede til A om aftenen og gav hende fri med løn. De aftalte, at hun skulle blive hjemme, til KPMG var flyttet, og hun kom herefter tilbage på arbejde. Efter et stykke tid havde han ikke mere arbejde til hende. Tingstrøm A/S havde været meget glade for A, som var meget værdsat af både kollegaer og kunder. Han ville derfor gerne finde noget arbejde til hende, indtil den rigtige stilling dukkede på. A startede hos KULIFE i begyndelsen af januar. Det var et andet arbejde, end det hun tidligere havde haft. A havde imidlertid et ønske om ikke bare at gå derhjemme, hvorfor hun var fleksibel og accepterede dette. Da fratrædelsestidspunktet nærmede sig, tilbød han hende fastansættelse til en noget lavere løn og med den særlige aftale om ekstra ferie. Da en medarbejder fratrådte hos ... kantine, tilbød de A jobbet. A har været ved ... kantine siden midten af april. Han kan bekræfte, at As nuværende løn er 26.700 kr. En kassemedarbejder hos Tingsstrøm A/S får i omegnen af 22.000-23.000 kr., som er lidt over konkurrenternes. De ville gerne holde på en god medarbejder, og derfor ville de gerne give hende lidt ekstra.

Han følte sig forurettet, da han modtog stævningen fra 3F. Han kunne ikke se, at han kunne have handlet anderledes. Han havde ingen anden mulighed end at opsigte en medarbejder, som han ikke havde arbejde til. Han kunne forstå på sin advokat, at det var praksis, at man stævnedes begge selskaber i sådan en sag som denne.

Han overvejede ikke at sikkerhedsopsige sine medarbejdere i forbindelse med udbuddet i 2011, da han var sikker på, at virksomhedsoverdragelsesloven var gældende. Han kan ikke huske, om han tidligere har været med til, at en kantine flytter i forbindelse med en licitation.

Den røremaskine, som de anvendte i køkkenet på Borups Alle, blev flyttet til KPMGs nye kantine. KPMG hentede også en fødevareautomat.

Alice Meilgaard Asmussen har forklaret, at hun er kundechef hos ISS. Hun havde ansvaret for kantinen hos KPMG, da den åbnede den 9. december 2011. ISS ansatte 8 medarbejdere til kantinens drift og kun en medarbejder til selve tjenerfunktionen. Tjenerfunktionen servicerer blandt andet mødelokaler. Hun vidste ikke, hvor mange der var ansat i KPMG's kantine på Borups Allé. Da KPMG flyttede, lavede de nogle "cafesteder", hvor der var selvbetjening. Det gik imidlertid ikke som forventet, og de måtte indse, at det var nødvendigt med yderligere personale. I første omgang ansatte de vikarer, og senere ansatte de en tjener mere, som tidli-

gere havde været på Borups Alle. Der var to, der søgte tjenerstillingen, som tidligere havde været ansat i kantinen på Borups Alle. Herefter var der ni medarbejdere i kantinefunktionen. Røremaskinen fra Borups Alle blev brugt i køkkenet. En fødevareautomat til nedkøling af sandwich og drikkevarer blev placeret på tredje sal, hvor der ikke var kantine. Der blev ikke opbevaret mad i automaten, og der gik et par måneder, før den blev taget i anvendelse. Den havde strengt taget ikke noget med kantinedriften at gøre.

### **Parternes synspunkter**

3F har i det væsentligste procederet i henhold til påstandsdokument af 3. november 2014, hvori følgende anbringender er anført:

”...

8. Til støtte for sagsøgers påstand gøres der i relation til spørgsmålet om virksomhedsoverdragelse i hovedtræk det følgende gældende.
9. Kantinedrift er utvivlsomt omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven. Ordregiver KPMG stillede køkkenfaciliteter m.m. til rådighed for den kantinedrift som Claus Tingstrøm A/S forestod for at servicere ansatte i KPMG. Der er fortsat 600-700 medarbejdere, der bespises i kantinen af KPMG, og det er fortsat KPMG, der stiller køkkenfaciliteter til rådighed.
10. Virksomhedens-identiteten ved drift af kantinen består i netop *driften* af kantinen og bespisning af de 600-700 medarbejdere.
11. Langt hover(d)formålet med kantinedriften på Borups Allé var bespisning af de 6-700 ansatte i KPMG. Formålet med kantinedriften på Flintholm var (og er) bespisning af de 6-700 ansatte i KPMG.
12. Derfor er der tale om økonomisk identitet i virksomhedsoverdragelseslovens forstand mellem kantinedriften på Borups Allé og kantinedriften på Flintholm.
13. Sagsøgte 1, ISS, har gjort gældende, at der forhold at ordregiveren, KPMG, rent fysisk er flyttet fra Borups Allé til Flintholm burde gøre en forskel i relation til spørgsmålet om virksomhedsoverdragelse.
14. Dette forhold ses imidlertid ikke at gøre nogen forskel i relation til spørgsmålet om identitet i virksomhedsoverdragelseslovens forstand. Hvis dette forhold tillægges vægt af retten, vil det konstituere en arbitrær retstilstand med omgælsesrisiko.

15. Dernæst gør sagsøgte 1 gældende, at der ikke tale om identitet i virksomhedsoverdragelseslovens forstand mellem den ydelse som Claus Tingstrøm A/S udførte for KPMG og den ydelse som ISS udfører for KPMG, idet de driftmidler som KPMG stillede til rådighed for Claus Tingstrøm A/S i al væsentlighed ikke er de samme driftmidler som KPMG stiller til rådighed for ISS.
16. I relation til denne del er det afgørende, at driftmidlerne ikke tilhører hverken Claus Tingstrøm A/S eller ISS, men derimod ordregiveren (KPMG). Det afgørende er, at rådigheden over køkkenfaciliteterne overgik fra overdrager (Claus Tingstrøm A/S) til erhverver (ISS). Det forhold at der var tale om rådighed over nye driftmidler er – i og med at der under alle omstændigheder kun er tale om rådighed og ikke ejerskab – ikke afgørende.
17. Denne pointe understreges af, at der ikke ville have været tale om virksomhedsoverdragelse, hvis køkkenfaciliteterne var blevet udskiftet på Borups Allé, men kantinedriften i øvrigt var fortsat uanfægtet på adressen på Borups Allé.
18. Sagsøgers påstand er, at der er tale om identitet i virksomhedsoverdragelseslovens forstand. Sagsøger lægger vægt på følgende momenter:
  - At der skete overdragelse af selve opgaven (en kontrakt på anslået 10 mio. i årlig værdi),
  - At der skete overdragelse af den specifikt definerede og i sagens natur faste kundekreds,
  - At ydelsen som overdrager og erhverver levererede/leverer for KPMG er den samme,
  - At ydelsen ikke eller kun ganske kortvarigt har været indstillet i forbindelse med overtagelsen, og
  - At overdrager (Claus Tingstrøm A/S) tillige er af opfattelse, at der er tale om en virksomhedsoverdragelse.
19. Til støtte for sagsøgers påstand gøres der i relation til spørgsmålet om afskedigelse i strid med virksomhedsoverdragelsesloven i hovedtræk det følgende gældende.
20. A blev opsagt den 24. november 2011. Opsigelsen var utvivlsomt begrundet i, at ISS fik licitationen af drift i af kantinen for KPMG's ansatte.

21. Denne opsigelse var ikke begrundet i økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medførte *beskæftigelsesmæssige ændringer*. Dette er åbenbart derved, at parterne er enige om, at erhverver (ISS) nyan-satte 8 personer til at varetage kantinedriften for KPMG (og at ISS i øvrigt kort tid efter opstart ansatte endnu mere personale til varetagelse af denne opgave).
22. Til støtte for sagsøgers påstand gøres der i relation til spørgsmålet om sagsøgers berettigelse til en godtgørelse i hovedtræk det følgende gældende.
23. Det er (som udgangspunkt) usagligt at opsiges en medarbejder pga. virksom-hedsoverdragelse, jf. virksomhedsoverdragelseslovens § 3, stk. 1.
24. Loven hjemler imidlertid ikke en mulighed for godtgørelse.
25. Godtgørelse kræver derfor, at sagsøger finder hjemmel til godtgørelse for usaglig afskedigelse på andet grundlag.
26. Sagsøger var omfattet af hovedaftalen, der hjemler godtgørelse for usaglig afskedigelse, hvorfor sagsøger er berettiget til en godtgørelse efter virksom-hedsoverdragelseslovens § 3, jf. hovedaftalens 4,3.
27. Til støtte for sagsøgers påstand gøres der i relation til spørgsmålet om hvor-vidt der tale om en afskedigelse eller ej i hovedtræk det følgende gældende.
28. Sagsøgte 1 og 2 har påstået, at fordi A fik tilbudt en stilling hos erhverver næsten 6 mdr. efter hendes opsigelse og hun takkede ja til denne stilling, så er hun *de facto* aldrig blevet opsagt af sagsøgte 2.
29. En opsigelses saglighed skal vurderes på opsigelsestidspunktet og ved denne vurdering spiller det ikke nogen rolle, hvorvidt man næsten 6 mdr. efter til-bydes en anden stilling hos samme arbejdsgiver. Det skal bemærkes, at alle-rede på tidspunktet for opsigelsen havde ISS gjort gældende, at loven ikke fandt anvendelse.
30. Derudover gøres det gældende, at sagsøgers stilling både i relation til den væsentlige lønnedgang og i relation til beføjelser/stillingsbetegnelse (fra ”leder af kaffekøkken” til menig ”kassemedarbejder”) er tale om væsentlige vilkårsændringer, hvorfor A reelt blev opsagt i november 2011.
31. Hvis sådanne væsentlige vilkårsændringer viser sig at være blevet iværk-sat/tilbudt på usagligt grundlag, så er det spørgsmålet om usagligheden uvedkommende, om den pågældende ansættes i anden mindre attraktiv stil-



ling, jf. fx ØLD af 8. november 1999. Dette forhold må især gøres sig gældende, når der går næsten 6 mdr. fra opsigelsen til tilbud om genansættelse på i øvrigt væsentligt ringere vilkår.

32. Det kan ikke komme A til skade i relation til at påberåbe sig usagligheden af en opsigelse, at hun næsten 6 mdr. efter denne opsigelse, accepterer et tilbud om ansættelse på ringere vilkår.
33. Hvis retten finder, at de sagsøgte er ansvarlige i relation til opsigelsen af A, kan de sagsøgte ikke få en bedre retsstilling, fordi overdrager (Claus Tingstrøm A/S) næsten 6 mdr. efter opsigelsestidspunktet tilbyder en stilling på væsentlig ringere vilkår og det viser, at den ansatte tilfældigvis tager imod dette tilbud. Dette synspunkt gøres gældende overfor begge sagsøgte, der er særligt belæg for synspunktet overfor ISS, der i hvert fald ikke kan få en bedre retsstilling, fordi Claus Tingstrøm A/S vælger at tilbyde ansættelse på væsentligt ringere vilkår til A.
34. I relation til denne problemstilling har sagsøgte 1 blandt andet anført, at sagsøger fik sin anciennitet med over i stillingen som "kassedarbejder". Det ville være lidt absurd at forestille sig, at ancienniteten ikke skulle gå med over i en sådan situation, men dette forhold har ikke relevans i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt de væsentlige ringere vilkår blev indført på usagligt grundlag næsten 6 mdr. forinden denne anciennitetsoverførsel.
35. Til støtte for spørgsmålet om solidarisk hæftelse gøres det under henvisning til fx UfR 2009.307 V gældende, at de to sagsøgte skal hæfte solidarisk. Alternativt må retten tage stilling til hvem af de to sagsøgte, der er nærmest til at være ansvarlig for afskedigelsen.
36. Til støtte for spørgsmålet om godtgørelsens størrelse gøres det overfor sagsøgte 1 og 2 gældende,

At A havde anciennitet fra 1994 ved opsigelsen, og

At den stilling A blev ansat i efter hendes opsigelse utvivlsomt var en væsentlig vilkårsændring både på baggrund af den nedsatte løn og beføjelser/stillingsbetegnelse.

37. Til støtte for spørgsmålet om godtgørelsens størrelse gøres det overfor sagsøgte 1 gældende,

At hvis retten anser ISS (sagsøgte 1) for at være ansvarlig i relation til afskedigelsen af sagsøger, så skal ISS ikke kunne opnå en bedre retsstilling,

fordi A 6 mdr. efter opsigelsen tilfældigvis ansættes på øvrigt forringede vilkår hos overdrager.

#### OPGØRELSE AF KRAVET

38. Hverken sagsøgte 1 eller sagsøgte 2 er kommet med *beregnings- eller opgørelsesmæssige* indsigelser overfor kravet.
39. Retten kan derfor lægge følgende månedsløn til grund ved opgørelse af en eventuel godtgørelse til sagsøger.
40. Sagsøgers krav udgør; 6 måneders løn á 31.413,31 kr.(månedsløn på 28.819,55 kr.+ 8 % arbejdsgiverbetalt pensionsbidrag på 2.593,76 kr.) = 188.479,86 kr. ...”

Claus Tingstrøm A/S har i det væsentligste procederet i henhold til påstandsdokument af 3. november 2014, hvori følgende anbringender er anført:

”... For så vidt angår spørgsmålet om virksomhedsoverdragelsesloven:

Det gøres gældende,

- at overdragelsen af kantinedriften for KPMG fra Tingstrøm AIS til 155 er en overdragelse omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, idet kantinedrift utvivlsomt er omfattet af loven, jfr. f.eks. afgang fra EU-domstolen fremlagt som bilag 11,
- at kundekredsen, der udgør mellem 600 — 700 personer, der er ansat i KPMG, er identiske med de kunder, der hidtil har været betjent af Tingstrøm A/S,
- at det fortsat er KPMG, der stiller alle faciliteter til rådighed for kantinedriften,
- at der de facto er overdraget enkelte driftsmidler i forbindelse med overdragelsen,
- at det er uden betydning, at KPMG som udbyder af opgaven er flyttet til en ny adresse, idet virksomheden fortsætter uændret, og idet det fortsat er KPMG, der som udbyder stiller driftsmidler og inventar m.m. til rådighed, at der er fuld identitet i mellem virksomheden med kantinedrift på Borups Alle og nu på Flintholm,
- at ISS har overtrådt virksomhedsoverdragelsesloven ved at nægte at fortsætte ansættelsesforholdet med sagsøger A samt at sagsøgte 2 (herefter Tingstrøm) i forbindelse med KPMGs udbud af kantinedriften udtrykkeligt på KPMGs forespørgsel meddelte, at virksomhedsoverdragelsesloven fandt anvendelse i sagen,

For så vidt angår opsigelsen af A gøres det gældende,

- at opsigelsen at A og en række andre medarbejdere er saglig og var nødvendig, idet den skyldtes, at 80 % af virksomhedens omsætning i KPMG kantinen forsvandt med kort varsel, efter at KPMG valgte ISS som ny leverandør til kantinedriften,
- at Tingstrøm har overholdt samtlige sine forpligtelser, herunder forpligtelsen til på forhånd at oplyse, at ansættelsesforholdet i henhold til loven overgik til ISS, såfremt A ønskede dette, og
- at opsigelsen er sket med aftalt varsel, og at samtlige krav fra A i relation til ansættelsesforholdet rettidigt er betalt, samt
- at opsigelsen må betragtes som bortfaldet! annulleret, idet A før opsigelsens udløb valgte at acceptere Tingstrøms tilbud om at fortsat ansættelse i selskabet med uændret anciennitet, og at parterne i den forbindelse forhandlede ansættelses vilkårene, herunder således at Tingstrøm accepterede hendes ønske om ekstra ferie,

Overfor ISS gøres det gældende,

- at ISS skal bære og friholde Tingstrøm A/S for ethvert krav fra sagsøger, idet ISS er eneansvarlig for sagsøgers erstatningskrav som følge af ISS's nægtelse af at videreføre ansættelsesforholdet, hvilket kan sidestilles med en ulovlig bortvisning, samt
- at ISS på forhånd var gjort opmærksom, at selskabet i henhold til virksomhedsoverdragelsesloven var forpligtet til at overtage ansættelsesaf-talen. ...”

ISS har i det væsentligste procederet i henhold til påstandsdokument af 3. november 2014, hvori følgende anbringender er anført:

”... Det gøres gældende, at sagsøgte 1, ISS Facility Services A/S (herefter ISS), skal frifindes for det første, fordi A ikke fratrådte som følge af Tingstrøm A/S' opsigelse af hende den 24. november 2011, og for det andet fordi virksomheds-overdragelsesloven ikke finder anvendelse på KPMG's overdragelse af kantine-driften fra Tingstrøm A/S til ISS.

### **Ikke fratrådt**

A blev opsagt af Tingstrøm A/S, men opsigelsen blev senere efter aftale mellem parterne annulleret, og A fortsatte sin ansættelse hos Tingstrøm A/S uden nogen form for afbrydelse. Ganske vist efter en forhandling mellem parterne i en anden stilling til en lidt lavere løn, men hvor hun fik sin anciennitet i virksomheden med i det nye ansættelsesforhold. A er således aldrig fratrådt sin stilling hos Tingstrøm A/S.

På denne baggrund gøres det gældende, at A ikke har noget krav om godtgørelse for usaglig afskedigelse, da opsigelsen efter aftale blev annulleret. Kravet kan under alle omstændigheder ikke rettes mod ISS, da de ikke har opsagt hende. A kan højst rette et krav mod Tingstrøm A/S, der opsagde hende.

Derfor gør ISS gældende, at A ikke har en retlig interesse i at få vurderet, hvorvidt der var tale om en virksomhedsoverdragelse i lovens forstand i forbindelse med overgangen af kantinedriften for KPMG fra Tingstrøm A/S til ISS.

Tingstrøm A/S har af denne årsag heller ikke en retlig interesse i at få vurderet, hvorvidt der var tale om virksomhedsoverdragelse.

Det følger desuden generelt af SØ- og Handelsrettens afgørelse af 2. april 2009 (Gate Gourmet A/S mod LSG Sky Chefs Danmark A/S) refereret i UfR 2009, side 1941 S, at en arbejdsgiver, der mister en kunde (i denne sag Tingstrøm A/S) ikke kan påberåbe sig, at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, da formålet med virksomhedsoverdragelsesloven er at sikre hensynet til arbejdstagere, ikke kontraktlige relationer mellem virksomheder.

Tingstrøm A/S vil således heller ikke kunne henvise til, at andre medarbejdere hos Tingstrøm A/S skulle have været virksomhedsoverdraget. Såfremt andre tidligere medarbejdere mener, at de skulle have været virksomhedsoverdraget, gøres det gældende, at disse medarbejdere selv skulle have rejst et krav efter virksomhedsoverdragelsesloven mod ISS. Dette er ikke muligt for Tingstrøm A/S.

### **Virksomhedsoverdragelsesloven finder ikke anvendelse**

Hvis SØ- og Handelsretten finder, at A som udgangspunkt kan gøre et krav om fratrædelsesgodtgørelse gældende over for ISS, gør ISS gældende, at EU-domstolen og de danske domstole klart har angivet, hvorledes spørgsmålet om virksomhedsoverdragelse skal afgøres.

Det er således fast EU-praksis, at det, når det skal bedømmes, om der er tale om en virksomhedsoverdragelse, i første omgang skal vurderes, om der er tale om en virksomhed, der hovedsageligt hviler på arbejdskraft (dvs. medarbejderne i virksomheden) eller driftsmidlerne (dvs. aktiverne i virksomheden).

Det gøres gældende, at det allerede er afgjort i EU-domstolens dom af 20. november 2003 i sag C-340/01 (Abler/Sodexho), om det er medarbejderne eller driftsmidlerne, der er afgørende i et storkøkken – eller som her en kantine.

Som det fremgår af dommen, er det afgørende, om aktiverne i storkøkkenet (kantin) overdrages fra den ene virksomhed til den anden.

I denne sag er der imidlertid hverken overdraget aktiver (i et relevant omfang) eller medarbejdere fra ISS til Tingstrøm A/S. Der overføres alene aktiver til en samlet anslået værdi af 50.000 kr. i form af en røremaskine på 3 liter og en vendingmaskine, og der er i kantinen ved Flintholm tale om et køkken i millionklassen med nyindkøbte aktiver. ISS har alene ansat en medarbejder, der tidligere var beskæftiget hos Tingstrøm A/S, men dette skete efter en uopfordret ansøgning fra medarbejderen, og denne startede hos ISS næsten en måned efter opstarten af kantinen ved Flintholm.

ISS er enig i, at det ikke er en betingelse for, at der kan foreligge virksomheds-overdragelse, at ejerskabet til driftsmidlerne eller den økonomiske interesse i driftsmidlerne (f.eks. et kantinekøkken) overgår fra overdrager til erhverver. Det følger af en lang række domme fra EU-domstolen. Der er dog som minimum krav om, at brugen af driftsmidlerne skal overgå fra overdrager til erhverver, når der f.eks. er tale om et kantinekøkken.

Det afgørende i denne sag er netop, at kantinen blev flyttet, og at kantinekøkkenet, der blev brugt af Tingstrøm, ikke efterfølgende blev brugt af ISS. Sø- og Handelsretten skal derfor ikke tage stilling til den hypotetiske situation, at kantinen ikke fysisk blev flyttet, da der i så fald ville foreligge en helt anden situation end i nærværende sag. Der sker netop ikke overførsel af driftsmidler i nærværende sag, fordi kantinen flyttes.

Det gøres derudover gældende, at det ligeledes fremgår af EU-domstolens praksis, at det ikke er tilstrækkeligt, at tjenesteydelsen, der udføres, er den samme.

Der er således ikke tale om overførsel af en økonomisk enhed, blot fordi den tjenesteydelse, der udføres af den gamle og den nye ordremodtager, er den samme. Overførsel af en økonomisk enhed er en betingelse for, at der overhovedet er tale om en virksomhedsoverdragelse i lovens forstand.

Det er derfor ikke, som anført af sagsøger, relevant - eller tilstrækkeligt til at udgøre virksomhedsoverdragelse - at der er tale om bispisning af de samme 6-700 medarbejdere hos KPMG (tjenesteydelsen), når der ikke samtidig overføres aktiver af relevant omfang. Værdien af kontrakten er derfor heller ikke relevant for sagen.

Derudover gør ISS gældende, at spørgsmålet i denne sag allerede er afgjort i dansk ret.

Der kan her henvises til ovennævnte SØ- og Handelsretsafgørelse (optrykt i UfR 2009, side 1941 S), hvor SØ- og Handelsretten nåede frem til, at det var ligegyldigt, at eller om ”de af LSG leverede ydelser er mere eller mindre identiske med de af Gate Gourmet leverede ydelser.”

Der henvises endvidere til SØ- og Handelsrettens kendelse af 11. november 2013 i nærværende sag.

Endelig var der ikke tale om overdragelse af hele kundemassen på Borups Alle – men udelukkende en andel svarende til 80 % af kundemassen, idet det kun var KPMG, der flyttede til Flintholm, og ikke de øvrige lejere. Det underbygges tillige af, at der fortsat var ansat en fuldtidsansat kok og en 32 timers kantineassistent i Tingstrøm A/S’ kantine på Borups Alle.

Tillige af denne grund var der ikke tale om overdragelse af en økonomisk enhed, der havde bevaret sin identitet.

Det bestrides, at ISS var forpligtet til at foretage omplacering af A – uanset om der var tale om virksomhedsoverdragelse af A eller ej. Såfremt der var tale om en situation omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, hvor ISS var forpligtet til at overtage A, skulle ISS have beskæftiget A i kantinen i Flintholm og ikke andre steder. Men da der ikke var tale om virksomhedsoverdragelse i denne sag, skal der allerede derfor ikke ske en omplacering af A i ISS-regi.

På denne baggrund gør ISS gældende, at da der ikke er tale om en situation omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, er ISS ikke ansvarlig for afskedigelsen af A – uanset om denne er saglig eller ej – foretaget af Tingstrøm A/S.

Til støtte for den subsidiære påstand om betaling af et mindre beløb gør ISS gældende, at en eventuel godtgørelse kun skal udgøre et langt mindre beløb. ...”

### **SØ- og Handelsrettens afgørelse**

Efter bevisførelsen lægger retten til grund, at ISS overtog driften af KPMG’s kantine på en ny adresse, hvor der var indrettet et helt nyt køkken til brug for driften, og hvor denne skulle ske efter et lidt ændret koncept.

Retten lægger endvidere til grund, at ISS ikke ved driftens påbegyndelse overtog medarbejdere fra Tingstrøm A/S, ligesom det lægges til grund, at der fortsat blev drevet kantine på den oprindelige adresse af Tingstrøm A/S, om end for et betydeligt færre antal medarbejdere.

Under disse omstændigheder finder retten, at der ikke er sket overførsel af en økonomisk virksomhed med uændret identitet fra Tingstrøm A/S til ISS, og at der derfor ikke er tale om en virksomhedsoverdragelse i lovens forstand.

Da sagsøgeren ikke har gjort gældende, at Tingstrøm A/S skal betale godtgørelse, såfremt virksomhedsoverdragelsesloven ikke finder anvendelse, vil begge de sagsøgte være at frifinde. Som følge heraf vil ISS ligeledes være at frifinde overfor den af Tingstrøm A/S nedlagte påstand.

Efter sagens udfald og omfang skal 3F som mandatar for A inden 14 dage betale sagsomkostninger med 50.000 kr. til ISS og med 30.000 kr. til Tingstrøm A/S. I forholdet mellem ISS og Tingstrøm A/S ophæves sagens omkostninger.

**Thi kendes for ret:**

ISS Facility Services A/S og Claus Tingstrøm A/S frifindes.

Inden 14 dage fra dato skal 3F som mandatar for A betale sagsomkostninger til ISS Facility Services A/S med 50.000 kr. og til Claus Tingstrøm A/S med 30.000 kr.

Beløbene forrentes efter rentelovens § 8 a.

I forholdet mellem ISS Facility Services A/S og Claus Tingstrøm A/S ophæves sagens omkostninger.