

Udlicitering og virksomhedsoverdragelsesloven

3F, Faglig Fælles Forbund, har et stykke tid arbejdet med problemer omkring udlicitering og forholdet til virksomhedsoverdragelsesloven.

I mellemtiden har England den 6. april 2006 vedtaget en ændring af deres virksomhedsoverdragelseslov, der i hovedsagen imødekommer de ønsker som 3F har. Ændringerne i den engelske virksomhedsoverdragelseslov kan ses i *bilag 1*.

Mange virksomheder afskediger i dag medarbejderne, når virksomheden står foran en ny udbudsrunde. Det betyder, at medarbejderne går i uvished, selvom der måske er arbejde at få hos den, der vinder den nye licitation, hvilket ofte er det samme firma, som havde opgaven før. Det er et hårdt pres og utilfredsstillende for medarbejderne. Særligt i betragtning af, at det f.eks. i rengøringsbranchen er det blevet almindeligt med 2-årige intervaller for udlicitering og i renovationsbranchen maksimalt 4-årige intervaller.

Virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, når der er tale om udlicitering jf. *bilag 3*, men der bruges megen kreativitet på at omgå den med den følge, at medarbejderne bliver bragt i en uheldig situation.

I perioden omkring afklaringen af, hvem der vinder udbudsrunderen, kommer medarbejderne ofte til at svæve i det fri, da det ikke i lovgivningen er bestemt, hvem der har ansvaret for medarbejderne, når arbejdet sættes i udbud, se *bilag 2*, eksempel 2 og 3.

Ved udlicitering som ved anden form for virksomhedsoverdragelse er der ifølge retspraksis og teori tillige en gråzone for lovens anvendelse, som særligt skaber problemer ved udlicitering. Og det er i de tilfælde, hvor erhververen/den nye virksomhedsejer ikke ønsker at overtage maskinel og/eller personale, men alligevel går ud og ansætter nyt personale i tilknytning til erhvervelsen.

Hvis der er tale om en virksomhed, hvor det arbejde, der udføres er afhængig af materiel, f.eks. busser, så vil virksomhedsoverdragelsesloven ikke finde anvendelse, hvis busserne ikke overtages af den nye virksomhed. Det gælder selvom den nye virksomhed overtager en mindre del af medarbejderne og selvom de udfører fuldstændig det samme arbejde i den nye virksomhed.

De medarbejdere vil blive betragtet som nyansatte i forhold til løn, opsigelse m.v. i den nye virksomhed og det til trods for, at de måske har beskæftiget sig med det samme arbejde gennem 20 år. Medarbejderne bliver i kraft af ansættelse på et område, hvor man kontinuerligt udliciterer, behandlet som daglejere, se *bilag 1*, eksempel 1.

Endelig skal det fremhæves, at hvis en virksomhed ulovligt afskediger medarbejderne i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, har medarbejderne kun den mulighed at forsøge at opnå en ubetydelig kompensation for usaglig opsigelse fra overdrageren - og det gælder endda ikke for alle - og ikke krav på genansættelse.

Hvad vil vi

1. Vi ønsker en retstilstand, hvor medarbejderne automatisk følger med over til erhverver ved udlicitering i Danmark. Den danske virksomhedsoverdragelseslov skal derfor ændres. Det vil ikke være i strid med virksomhedsdirektivet, idet man godt kan give medarbejderne en bedre retsstilling end minimumsbetingelserne i direktivet.

I England har man som beskrevet i april 2006 vedtaget en ændring af den engelske virksomhedsoverdragelseslov, der betyder, at medarbejderne ved udlicitering følger automatisk med over til erhververen/den nye ejer uanset, om virksomhedsoverdragelseslovens almindelige betingelser i øvrigt er opfyldt.

- Hvis medarbejderne altid gik med over ved en ny udbudsrunde ville det betyde, at dem, der overtager opgaven, har det mandskab, der skal bruges.
 - Selskabet der mister kontrakten står ikke og har en forpligtigelse over for nogle medarbejdere, som de ikke længere kan beskæftige.
 - Medarbejderne ville ikke opleve at blive afskediget bare, fordi der kommer en ny entreprenør.
 - medarbejdere der var ansat hos den "gamle arbejdsgiver" og som fortsætter umiddelbart hos den nye arbejdsgiver med samme arbejdsopgaver vil bære deres anciennitet med sig over til den nye arbejdsgiver, og derved undgås det, at erfarne medarbejdere behandles som nyansatte.
2. Vi ønsker en bestemmelse, der fastslår, at erhverver og overdrager indbyrdes er gensidigt forpligtet til henholdsvis at indhente/give information om hvilke, hvor mange medarbejdere der er ansat og på hvilke vilkår, samt at en manglende overholdelse heraf sanktioneres med markante bøder.
 3. Vi ønsker, at loven ændres, så staten, kommunerne, amtskommunerne (regionerne) og fælleskommunale selskaber ligesom private selskaber kan straffes med bøde for manglende overholdelse af informations- og forhandlingspligten overfor medarbejderne, jf. vedlagte *bilag 4*.

Anvendelsesområdet (1)

Danmark

- VOL §1
 - VOL finder anvendelse når tre betingelser er opfyldt:
 - Der skal være tale om et arbejdsgiverskifte
 - Der skal være tale om en aftalt overførelse
 - Der skal være tale om en virksomhed, der har bevaret sin identitet
 - Afgøres fra sag til sag om de tre betingelser er opfyldt
 - Forsøg på omgåelse er ikke ualmindeligt
 - Usikkerhed for de ansatte

Anvendelsesområdet (2)

England

- TUPE §3
 - TUPE finder altid anvendelse ved:
 - Udlicitering (first stage contracting out)
 - 2. gangs udlicitering /genudbud (second stage contracting out)
 - Hjemtagelse af opgave (taking services back in-house)
 - Betingelser
 - Organiseret gruppe af lønmodtagere med det formål at levere en ydelse for klienten (f.eks. for en kommune)
 - En person er også en organiseret gruppe af lønmodtagere
 - Ydelsen skal vedrøre en tjenesteydelse (ikke en vare)
 - Muligheden for omgåelse er stærkt begrænset
 - Sikkerhed for de ansatte

Sammenfatning

- Lønmodtagerne er bedre stillet i England end i Danmark

Afskedigelser (1)

Danmark

- VOL §3
 - Indholdet af bestemmelsen
 - Hovedregel
 - Afskedigelser pga. overdragelsen i sig selv er ikke en rimelig begrundelse
 - » Konsekvens: Ulovlige afskedigelser
 - Undtagelse
 - Afskedigelse pga. økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer er en rimelig begrundelse
 - » Konsekvens: Lovlige afskedigelser
 - Muligt for den gamle/ nye arbejdsgiver at retfærdiggøre en faktisk ulovlig afsked i en økonomisk, teknisk eller organisatorisk årsag og dermed gøre afskedigelsen lovlig
 - Falsk beskyttelse for de ansatte

Afskedigelser (2)

England

- TUPE §7
 - Indholdet af bestemmelsen
 - Hovedregel
 - Afskedigelser pga. overdragelsen i sig selv er ikke en rimelig begrundelse
 - Afskedigelser i andre årsager end en økonomisk, teknisk eller organisatorisk årsag er heller ikke en rimelig begrundelse
 - » Konsekvens: Ulovlig afskedigelse
 - Undtagelse
 - Afskedigelse pga. økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer er en rimelig begrundelse
 - » Konsekvens: Lovlig afskedigelse
 - Ikke muligt for den gamle/ nye arbejdsgiver at retfærdiggøre en faktisk ulovlig afsked i en økonomisk, teknisk eller organisatorisk årsag og dermed gøre afskedigelsen lovlig
 - 'Automatically unfair' → betales ved kasse 1!
 - Signalværdi til arbejdsgiverne: Vær varsom med at afskedige
- Sammenfatning
 - Lønmodtagerne er bedre stillet i England end i Danmark

Informationspligt (1)

Danmark

- VOL

- Ingen pligt for den gamle arbejdsgiver til, inden overdragelsen, at give den nye arbejdsgiver information om:
 - Medarbejdernes antal
 - Medarbejdernes løn – og ansættelsesvilkår
- Ingen sikkerhed for, at den nye arbejdsgiver kender arbejdstagernes 'identitet'
- Utryghed for de ansatte

Informationspligt (2)

England

- TUPE §§11 og 12
 - Pligt for den gamle arbejdsgiver til at give den nye arbejdsgiver information om de ansatte ('employee liability information')
 - Hvad skal den nye arbejdsgiver informeres om?
 - De ansattes identitet
 - De ansattes alder
 - Indholdet af de ansattes ansættelsesbeviser
 - » Løn, arbejdstid, ferie mv.
 - Enhver kollektiv overenskomst, der regulerer de ansattes ansættelsesforhold
 - Hvornår skal informationen gives?
 - Senest 14 dage før den faktiske overdragelse
 - Hvordan skal informationen gives?
 - Skriftligt, digitalt (ikke mundtligt)
 - Sanktioner
 - Manglende overholdelse af informationspligten sanktioneres med markante bøder (op til £75.000)

Sammenfatning

- Lønmodtagerne er bedre stillet i England end i Danmark

Sanktioner (1)

- **Danmark**
 - VOL §7
 - De overdragne ansatte skal informeres og høres om en virksomhedsoverdragelse
 - Brud på informations og høringspligten straffes med bøde
 - To problemer
 - Kun hjemmel til at straffe et aktieselskab, anpartsselskab, andelselskab e.l. som sådant
 - » Ikke hjemmel til at straffe staten, kommunerne, fælleskommunale selskaber eller de nye regioner som sådant (U1986.183H)
 - » Eneste sanktionsmulighed er en advarsel, jf. Rpl §937
 - Bødebestemmelsen har ingen praktisk betydning

Sanktioner (2)

- **England**
 - TUPE §§13 og 15
 - De overdragne ansatte skal informeres og høres om en virksomhedsoverdragelse
 - Brud på informations og høringspligten straffes med bøde
 - Ingen problemer
 - Hjemmel til at straffe offentlige myndigheder, herunder kommuner mv.
 - Bødestemmelser anvendes
 - Bødeniveauet er markant (op til 13 ugers løn)
- **Sammenfatning**
 - Lønmodtagerne er bedre stillet i England end i Danmark

Konklusion

- TUPE gælder altid ved udlicitering/ gennudbud/ hjemtagelse af opgaven
- TUPE beskytter de ansatte bedre mod afskedigelse
- TUPE indeholder en informationspligt
- TUPE indeholder en bedre sanktionsbestemmelse

Mere information

- TUPE:
 - www.opsi.gov.uk/si/si2006/20060246.htm
- Guide til fortolkning af TUPE:
 - www.dti.gov.uk/er/individual/tupeguide2006regs.pdf
- Arbejdsretlige domme i England:
 - www.employmentappeals.gov.uk
- Spørgsmål:
 - tbl@lexico.dk / + 6167 1169

EKSEMPLER**Eksempel 1:****Arbejdsrettens dom af 25. maj 2005**

Arbejdsretten har i en sag anlagt af SiD (nu 3F) behandlet spørgsmålet om virksomhedsoverdragelse i forbindelse med udlicitering på renovationsområdet. Arbejdsretten konkluderede følgende:

"I EF-domstolens dom i Liikenne-sagen (dom af 25. januar 2001 i sag C-172/99) udtales det udtrykkeligt, at virksomhedsoverdragelsesdirektivet ikke finder anvendelse i en situation som i den forelagte sag, når der ikke er sket overførsel af væsentlige fysiske elementer mellem de to pågældende virksomheder. Det fremgår af dommen, at faktum i den forelagte sag var følgende: Et selskab havde i 3 år drevet et antal busruter efter udbud for vedkommende myndighed. Da selskabet mistede opgaven, afskedigedes 45 buschauffører. Af disse blev alle, der ansøgte (33 chauffører) ansat af det selskab, der havde overtaget busdriften. Dette selskab ansatte herudover endvidere 18 andre chauffører. Overdragelsen af opgaven var ikke ledsaget af overdragelsen af køretøjer eller andre aktiver, der havde forbindelse med driften af de pågældende busruter. Mens det nye selskab afventede leveringen af 22 nye busser, som selskabet havde bestilt, lejede det to af det to af den tidligere virksomheds busser i 2 eller 3 måneder. Det nye selskab købte endvidere af det tidligere selskab uniformer, som nogle af chaufførerne havde anvendt hos sidstnævnte selskab.

Arbejdsretten finder, at renovationsbilerne i den foreliggende sag må anses som væsentlige fysiske elementer i forbindelse med udførelsen af den omhandlede opgave på samme måde som busserne i Liikenne-sagen. Den omstændighed, at den indklagede virksomhed muligt i et vist omfang har benyttet sig af driftsmidler, som den tidligere virksomhed også benyttede sig af, må være uden betydning, jf. herved oplysningerne i EF-domstolens dom i Liikenne-sagen, hvorefter det nye selskab lejede to busser og købte uniformer af den tidligere virksomhed.

Arbejdsretten finder herefter, at de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag - i det omfang det er relevant i relation til virksomhedsoverdragelsesproblematikken - svarer nøje til de faktiske omstændigheder i den sag, der blev afgjort ved EF-domstolens dom Liikenne-sagen. Den foreliggende sag findes derfor ikke omfattet af direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 (virksomhedsoverdragelsesdirektivet) og dermed heller ikke af lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse."

(SiD, nu 3F, fik derfor ikke medhold i, at forbundets medlemmer skulle aflønnes med den anciennitet, som de havde optjent hos den tidligere arbejdsgiver, selvom de fortsatte med det samme arbejde hos den nye arbejdsgiver).

Eksempel 2:**Rengøring på TDC**

TDC indgik pr. 1. marts 2006 en 5-årig kontrakt med et rengørings-selskab. TDC skrev i deres udbudsmateriale, at VOL ikke skulle være gældende. Altså skulle

rengøringselskabet ikke være forpligtet til at overtage de medarbejdere, som arbejdede på TDC. Forenede Rengøring, som havde kontrakten indtil 1. marts 2006 opsagde alle rengøringsassistenterne d. 14.12.05 med fratræden 28.02.06. I dette tidsrum vidste medarbejderne ikke, om de havde mulighed for at blive, for rengøringselskabet tilkendegav ikke, om de havde deres egne medarbejdere, eller om de ville ansætte de medarbejdere, der var ansat ved TDC. 3F Storkøbenhavn gik ind i sagen og "tvang" rengøringselskabet til at tilkendegive, om de ville tilbyde medarbejderne job efter d. 1. marts. I uge 4 tilbød rengøringselskabet så medarbejderne, at de kunne komme til at arbejde for rengøringselskabet og blive på arbejdspladsen. Nogle medarbejdere sagde ja med det samme, andre var meget usikre på om deres arbejdstid ville blive nedsat, og om de skulle møde på andre tider. Alt i alt en meget uklar og usikker periode for medarbejdere, hvis job kom i udbud.

Eksempel 3:

Rengøring på Novo i Bagsværd

Et rengøringselskab havde igennem rigtig mange år stået for noget af rengøringen på Novo Nordisk i Bagsværd. I efteråret 2005 kom rengøringen i udbud. Rengøringselskabet bød ind på opgaven sammen med en del andre rengøringsvirksomheder. Rengøringen havde flere gange tidligere været i udbud.

Rengøringselskabet valgte at opsigte samtlige ca. 40 medarbejdere, da rengøringselskabet ikke kunne være sikre på at få kontrakten, og ikke havde mulighed for at placere så mange medarbejdere et andet sted. Nogle havde været ansat i over 15 år. Rengøringselskabet gjorde dog i opsigelsen opmærksom på, at medarbejderne kunne beholde deres arbejde, hvis rengøringselskabet vandt kontrakten igen, hvilket rengøringselskabet gjorde.

Inden det blev afklaret, om rengøringselskabet ville generhverve aftalen på Novo valgte 3F at køre en sag om usaglige afskedigelser i Afskedigelsesnævnet. Den blev dog tilbagekaldt, da medarbejderne blev genansat. Det blev derfor ikke - denne gang - afgjort om, hvorvidt det er berettiget at opsigte medarbejdere på forventning om, at virksomheden vil miste en kontrakt.

JURIDISK BAGGRUNDSNOTAT Virksomhedsoverdragelsesloven og udlicitering

Indholdsfortegnelse:

1. Virksomhedsoverdragelsesloven og udlicitering
2. Kriteriet overdragelse af en økonomisk enhed eller en del heraf
3. Kan man tale om en grænse for, hvornår virksomhedsoverdragelsesloven ikke finder anvendelse, og kan overdrager opsige de ansatte for at bringe sig uden for lovens anvendelsesområde?
4. Hvis overdrager afskediger
5. Tidsbegrænset udlicitering
6. Anden gangs udliciteringer
7. Både private og offentlige virksomheder er omfattet

1. Virksomhedsoverdragelsesloven og udlicitering

Den 1. april 1979 trådte "Lov om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse i kraft, som en implementering af et EU-direktiv. EU-direktivet og dermed loven har til formål at beskytte lønmodtagernes ansættelsesretlige stilling i tilfælde af, at de får en ny arbejdsgiver ved virksomhedsoverdragelse og sikre at de i ansættelsesforholdet bliver stillet på samme måde i forhold til den nye arbejdsgiver som før overdragelsen.

Formen for overførslen (salg, licitation, forpagtning, leje o.s.v.) er ikke afgørende, ligesom det ikke er afgørende, om den nye arbejdsgiver er ejer, lejer, forpagter etc. Overførsel kan ske via aftale direkte mellem de to arbejdsgivere, men kan også ske i kraft af tredjemands dispositioner, f.eks. ved fornyet udlicitering.¹

Der kan derfor ikke være tvivl om, at alle konstellationer i forbindelse med udlicitering og outsourcing kan falde ind under virksomhedsoverdragelse.²

2. Kriteriet overdragelse af en økonomisk enhed eller en del heraf

Afgørende for at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, vil være, om der er tale om overdragelse af en virksomhed eller en del heraf. Virksomhedsoverdragelse er statueret ved udlicitering af rengøring, hjemmehjælp, bevogtning af bygninger, kantinedrift, vejvedligeholdelse, renovation, ambulancekørsel, catering og bybusdrift. I alle ovennævnte sager har det været afgørende at fastslå, om udliciteringen kunne betegnes som udlicitering af en virksomhed eller en del heraf.³

¹ Svenning Andersen, "Lov om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse", 4. udgave, side 31.

² Erik Werlauff, "Udlicitering og medarbejdere", 2. udgave, side 28.

³ Svenning Andersen, "Lov om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse", 4. udgave, side 46.

Der skal altid foretages en konkret vurdering af, om der er tale om en "økonomisk enhed der har bevaret sin identitet".

Ved bedømmelsen af, om betingelserne for, at der er tale om en overførsel af en sådan enhed, er opfyldt, må der tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder omkring overførslen. Den omstændighed, at det vedligeholdelsesarbejde, som først er blevet udført af rengøringsselskabet, dernæst af den virksomhed som ejer lokalerne, er det samme, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at der er tale om overførsel af en økonomisk enhed fra den første virksomhed til den anden. En sådan enhed kan ikke begrænses til den aktivitet, den udfører. Den identitet består også af andre forhold, som f.eks. det personale, der er ansat i enheden, dens ydre rammer, tilrettelæggelsen af dens arbejde, dens driftsmåde og i givet fald også de driftsmidler enheden råder over.

Afvejningen af, hvilken vægt der skal tillægges de forskellige kriterier for, om der i henhold til direktivet/loven er tale om en overførsel, afhænger nødvendigvis af, hvilken type aktivitet der udføres, og hvilke produktions- eller driftsmåder der anvendes i virksomheden, bedriften eller den pågældende del af bedriften.

En økonomisk enhed kan således navnlig i visse brancher fungere uden materielle eller immaterielle aktiver af betydning. Det kan således ikke være afgørende for, om enheden opretholdes efter den pågældende transaktion, at der overdrages sådanne aktiver. I visse brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed. En sådan enhed vil kunne opretholde sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængerens specielt udførte denne opgave.⁴

3. Kan man tale om en grænse for, hvornår virksomhedsoverdragelsesloven ikke finder anvendelse, og kan overdrager opsige de ansatte for at bringe sig uden for lovens anvendelsesområde?
Af Ayse Süzen-dommen⁵ kan man udlede, at hvis der er tale om en ren aktivitetsoverdragelse, der hverken omfatter materiel eller (betydelige dele af) arbejdsstyrken, er forholdet som altovervejende hovedregel ikke omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

Peter Gjørtler⁶ anser Süzen-dommen for at være udtryk for en væsentlig nuancering af domstolens hidtidige praksis. Han lægger vægt på Süzendommens bemærkninger om, at der i arbejdsintensive brancher som rengøring ofte vil være netop personalegruppen, der udgør virksomhedens aktiv, og at der dermed netop i tilfælde af genansættelse vil foreligge virksomhedsoverdragelse. **Den negative side af denne fortolkning er, at det vil kunne tilskynde en ny entreprenør til netop at undlade at genansætte den tidligere entreprenørs personale for derved at undgå en virksomhedsoverdragelse og de heraf følgende forpligtelser.**⁷

Colin Bourn⁸ synes at tage afstand fra den radikale fortolkning, idet han stiller spørgsmålet, hvor langt en erhverver kan styre anvendelsen af direktivet ved at nægte at overtage lønmodtagere og aktiver, og angiver at svaret herpå ikke er helt enkelt.

⁴ Erik Werlauff, "Udlicitering og medarbejdere", 2. udgave, side 34.

⁵ Dom af 11. marts 1997 fra EF-domstolen (Ayse Süzen, C-13/95)

⁶ Lov & Ret 1997, nr. 4, side 33

⁷ Erik Werlauff, "Udlicitering og medarbejdere", 2. udgave, side 63.

⁸ "The Transfer of Undertakings in the Public Sector, Ashgate", 1999, p. 50

Der er tvivl om undergrænsen for direktivet anvendelse. Det eneste punkt, hvorom alle er enige er, at såfremt der ikke er lønmodtagere ansat i virksomheden. I sådanne tilfælde har direktivet og loven ingen interesse. Werlauff's med fleres fortolkning af Süzen-dommen om, at loven ikke finder anvendelse, hvor man undlader at tage medarbejdere og maskiner med over er ganske radikal ifølge Svenning Andersen. I forarbejderne til ændringsloven hedder det, at nogle af de spørgsmål, som har givet anledning til tvivl, har været spørgsmålet om, hvor lidt eller hvor meget der skulle til, for at man kunne tale om (en del af) en virksomhed, og om hvad der gjaldt i tilfælde af 2. gangs udbud, hvor en ny tilbudsgiver fik entreprisen. Mange af disse spørgsmål har fundet en principiel løsning ved EF-domstolen. Men det giver anledning til tvivlsspørgsmål, hvorledes disse principielle afgørelser skal anvendes i praksis. Der er et stadigt behov for mere afklaring.

Når en opgave overdrages i entreprise, vil erhververen i en række tilfælde konstatere, at der ikke er behov for at overtage lønmodtagere, idet den bestående mandskabsstyrke kan klare opgaverne. Denne konstatering fører ikke nødvendigvis til, at overførslen falder uden for loven. Det vil dog være tilfældet, hvor overførslen vedrører en aktivitet, der i det væsentligste er baseret på arbejdskraft. Konstateringen af, at der ikke er behov for at overtage lønmodtagere, bevirker i alle tilfælde, at opsigelse af de lønmodtagere, der har været beskæftiget med den pågældende arbejdsopgave, vil kunne gennemføres under overholdelse af bestemmelserne i Virksomhedsoverdragelseslovens § 3.⁹

I Ford Motorsdommen¹⁰ udtalte EF-domstolen følgende (i præmis 26): "Den omstændighed, at størstedelen af personalet blev afskediget i forbindelse med overførselen, kan herefter ikke være tilstrækkelig til, at direktivet ikke kan finde anvendelse. For det første kan en del afskedigelser således være sket af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, under overholdelse af artikel 4, stk. 1. For det andet gælder det under alle omstændigheder, at en eventuel tilsidesættelse af denne bestemmelse ikke kan indebære, at der ikke foreligger en overførsel i den i direktivet forudsatte betydning."

Med præmisserne i sidste punktum har Domstolen tilkendegivet, at den er fuldt opmærksom på, at visse erhververe kan være fristet af at forsøge at omgå direktivet ved at afvise at overtage lønmodtagere, og at sådanne forsøg, hvor de opdages, angiveligt vil blive tilsidesat.

Det er ikke første gang, at EF-domstolen har beskæftiget sig med omgåelsesproblematikken i forbindelse med direktivet. Svenning Andersen anfører, at skal erhververen have et antal nye medarbejdere til at udføre den pågældende opgave, må erhverver være forpligtet til at fortsætte med det bestående personale.¹¹

Det må forventes at retsstillingen ligger et sted mellem Svenning Andersens synspunkt og synspunktet om, at hvis der ikke overtages personale (og materiel), så er der ikke tale om virksomhedsoverdragelse, men således at der fra domstolens side vil stilles betydelige krav til

⁹ Svenning Andersen, "Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse", 4. udgave, side 96.

¹⁰ Dom af 7. marts 1996 fra EF-domstolen (C-171/94 og C-172/94, Ford Motor Compagny, Belgium, SA.

¹¹ Svenning Andersen, "Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse", 4. udgave, side 105 – 106).

beviset for omgåelse. Omgåelse kan særligt tænkes at foreligge, hvor det godtgøres, at afskedigelserne forud for overdragelsen er gennemført efter krav fra erhverver.

4. Hvis overdrager afskediger

Hvis man bliver afskediget af overdrager, men burde have været virksomhedsoverdraget, kan man rejse et krav om usaglig afskedigelse. Det er dog en forudsætning, at man i sit ansættelsesforhold hos overdrageren er omfattet af bestemmelser om godtgørelse ved usaglig afskedigelse. Er man ikke omfattet af sådan bestemmelser i kraft af hovedaftale, overenskomst, funktionærlov, eller individuel aftale, har man ikke mulighed for at opnå godtgørelse.

5. Tidsbegrænset udlicitering

Den omstændighed, at udliciteringer oftest er tidsbegrænsede, er ikke i sig selv afgørende ved vurderingen af, om virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse. Det fremgår direkte af EFTA-domstolens konklusion i en rådgivende udtalelse af 19. december 1996: "Røiseng-sagen" samt af Højesterets dom U 2001/1993 H. EFTA-domstolen udtalte endvidere, at det forhold, at en serviceaftale m.v. er blevet tildelt under en udbudsprocedure, som ikke er omfattet af EØS-udbudsreglerne, udelukker ikke i sig selv direktivets anvendelse.¹²

6. Anden gangs udliciteringer

EF-domstolen har klart taget stilling til den situation, der opstår ved andengangsudliciteringen, hvor behovet for beskyttelse af lønmodtageren er det samme som ved førstegangsudliciteringen. Det skete i Ayse Süzen-sagen (dom af 11. marts 1997 i sag C-13/95), der vedrørte outsourcing af rengøring. EF-domstolen fastslog, at det ikke er en forudsætning for direktivets anvendelse, at der består et direkte kontraktforhold mellem overdrageren og erhververen. Overdragelsen vil kunne finde sted i to trin via tredjemand, f.eks. ejeren eller lejer. At der ikke er nogen direkte kontraktmæssig forbindelse mellem to serviceenheder udelukker ikke, at der foreligger virksomhedsoverdragelse.

7. Både private og offentlige virksomheder er omfattet

I art. 1, stk. 3, i den nye version af virksomhedsoverdragelsesdirektivet hedder det: "Nærværende direktiv finder anvendelse på virksomheder, offentlige såvel som private, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de operer med gevinst for øje eller ej."

¹² Svenning Andersen, "Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse", 4. udgave, side 46.

Sanktionsbestemmelsen i virksomhedsoverdragelsesloven

Den danske implementering af virksomhedsoverdragelsesdirektivet¹ indeholder et område, der kan give anledning til diskussion. Det drejer sig om direktivets sanktionsbestemmelse. I henhold til praksis fra Domstolen skal sanktionen ved overtrædelse af informations- og forhandlingspligten være effektiv, stå i rimeligt forhold til overtrædelse (proportionalitet) og have en afskrækkende virkning.²

Spørgsmålet er, om den danske implementering opfylder disse krav.

Virksomhedsoverdragelsesloven fastsætter, at overdrageren eller erhververen kan straffes med bøde, hvis han ikke overholder sin informations- og forhandlingspligt.³ Er en overtrædelse begået af et A/S, ApS, Andelselskab e.l., kan bødeansvaret pålægges selskabet som sådan.⁴ Dette betyder, at der ikke er hjemmel til at pålægge staten, (amts)kommuner eller fælleskommunale selskaber bødestraf i de tilfælde, hvor disse optræder som overdrager eller erhverver af en virksomhed og ikke overholder informations- og forhandlingspligten, jf. UfR 1986.183H. Ved denne afgørelse blev det i relation til bøde efter kildeskattelovens § 77 fastslået, at kommuner ikke kunne pålægges bøde, når der i bestemmelsen var henvist til aktieselskaber, andelselskaber e.l.⁵

Den formentlig eneste måde, hvorpå staten, (amts)kommunen og fælleskommunale selskaber kan straffes er derfor formentlig med hjemmel i retsplejeloven. I henhold til denne lov kan en sag om overtrædelse af virksomhedsoverdragelseslovens informationspligt afgøres ved en advarsel.⁶

Det er dog formentlig tvivlsomt, hvorvidt en advarsel opfylder EU-rettens krav om effektiv sanktion. På dette område er den danske implementering formentlig utilstrækkelig.⁷ Når dette er sagt, synes der at være to mulige EU-medholdelige løsninger på det omtalte problem.

Den ene løsning er at fortolke den danske lov i overensstemmelse med direktivet, såkaldt direktivkonform fortolkning. Såfremt en sådan fortolkning ligger inden for det mulige, er medlemsstaterne forpligtet til at vælge netop denne løsning.⁸

Den anden løsning er at konstatere at loven ikke gennemfører direktivet korrekt på dette punkt. I så fald må loven ændres. En ændring af virksomhedsoverdragelseslovens sanktionsbestemmelse kunne være følgende: "Der kan pålægges selskaber mv. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel". Denne formulering ville medføre, at (amts)kommuner og statslige myndigheder kunne pålægges bøder, og ville desuden modsvare formuleringen i varslingsloven. Ændres loven, finder den nuværende lov – og ikke direktivet – dog anvendelse, indtil den nye lov

¹ Dir. 77/187.

² Sag C-382/92, *Kommissionen mod Storbritanien*.

³ § 7

⁴ § 7, stk. 2

⁵ Mette Klingsten, "Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse", DJØF 2002

⁶ § 937

⁷ Mette Klingsten, "Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse", DJØF 2002, p. 300, sml. Lars Svenning Andersen m.fl. "Lov om lønmodtagernes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse", DJØF 2002, p. 285.

⁸ Ibid.

træder i kraft. Personer, der har lidt et tab som følge af den mangelfulde implementering, kan kræve erstatning efter Domstolens praksis herom. 9

⁹ Sag C-46/83, *Brasserie de Pecheur*.