

Bilag 1

Afrapportering fra arbejdsgruppen
vedrørende medarbejderforhold

Udvalgte problemstillinger vedrørende medarbejderforhold

INDHOLDSFORTEGNELSE

Pkt. A - Virksomhedsoverdragelsesloven og tjenestemandslvgivningen

1.	Virksomhedsoverdragelseslovens anvendelsesområde	4
1.1.	Fastlæggelse af overdragelsesbegrebets indhold	4
1.1.1.	Fire overdragelsesformer, der er omfattet af loven.....	5
	- <i>Sædvanlige aftalemæssige dispositioner</i>	5
	- <i>Trekantssituationen</i>	7
	- <i>Overdragelse og udlicitering</i>	9
	- <i>Overdragels tilbagetagelse af opgaver fra erhverver</i>	10
1.1.1.1.	Sammenfatning	12
1.1.2.	Bruttoliste over "overdragelsesrelevante" forhold, der skal indgå i vurderingen af, hvorvidt der kan antages at være sket en overdragelse af en virksomhed	12
1.1.3.	Administrative og lovmæssige overførsler	13
1.1.4.	Lovens geografiske udstrækning	15
1.2.	Lønmodtagerens stilling i forbindelse med overdragelse	15
1.2.1.	Overdragels informationspligt i forbindelse med overdragelse.....	15
1.2.2.	Erhververs forpligtelser overfor "overtagne" medarbejdere	15
1.2.3.	Erhververs undersøgelsespligt	16
1.2.4.	Overdragels ansatte er omfattet af kollektiv overenskomst.....	17
1.2.5.	Opsigelse af kollektive overenskomster - individuelle varsler	18
1.2.6.	Aftaler og forhold som erhverver i øvrigt skal være opmærksom på ved overdragelsen	19
1.2.6.1.	Hovedaftale	19
1.2.6.2.	Lokalaftaler	20
1.2.6.3.	Kutymmer	20
1.2.7.	Erhververs indtræden i kollektiv overenskomst grundet passivitet	20
1.2.8.	Ny forbedret overenskomst i kontraktperioden - hvordan stiller det "overdragne" medarbejdere	22
1.2.9.	Erhververs forpligtelser overfor ikke-overtagne medarbejdere	22
1.3.	Lovens tidsmæssige udstrækning og muligheden for at afskedige medarbejdere	22
1.4.	Forholdet mellem overdrager og erhverver	23
1.4.1.	Spørgsmålet om regres.....	23
1.4.2.	Overvejelser omkring den kommende erhververs adgang til oplysninger om "overdragne" medarbejdere.....	24
1.4.3.	Personalereduktion i forbindelse med overdragelse	25
1.4.4.	Erhververs misligholdelse af sine kontraktsretlige forpligtelser	26
1.5.	Repræsentanter for lønmodtagerne	27
1.5.1.	Tillidsmandsrettigheder	27
1.5.2.	Sikkerhedsrepræsentant	27
1.5.3.	Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer	27
2.	VOL og gældende ret i øvrigt	27
2.1.	ILO-konvention 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter	27
3.	VOL og underleverandører	28

4.	Tjenestemænds retsstilling ved overdragelse.....	28
4.1.	Retlige overvejelser	29
4.2.	Udlånte tjenestemænds retsstilling	31
4.2.1.	Selskabsbestyrelser	31
4.2.2.	Samarbejdsudvalg og tillidsrepræsentanter	31
4.2.3.	Sikkerheds- og sundhedsarbejde	32
4.2.4.	Eksempler på konkrete ordninger	32
4.3.	Senere advancementsmuligheder m.v.....	32

Pkt. B - Mulighed for at kræve ikke-lovgivningsmæssige forpligtelser iagttaget

1.	Kommuners adgang til ved indgåelse af aftaler om udførelse af serviceydelser for kommunerne at stille krav om eller lægge vægt på løn- og ansættelsesforhold for leverandørernes medarbejdere, ud over hvad der gælder efter lovgivningen	33
2.	Aftale mellem parterne om at VOL skal finde anvendelse, uagtet at overdragelsen ellers ikke ville være omfattet af VOL	34
3.	Supplerende krav og forholdet til EU-retten.....	34

Bilagsliste:

- Bilag A: Aftale vedrørende tjenestemænd ansat ved Kolding områdets Energiselskab
 Bilag B: Udlånsaftale for Completa A/S
 Bilag C: Medlemsliste for arbejdsgruppen vedrørende medarbejderforhold

Pkt. A - Virksomhedsoverdragelsesloven og tjenestemandslvgivningen

1. Virksomhedsoverdragelseslovens anvendelsesområde

Af lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse¹ § 1, stk. 1, fremgår: "Loven finder anvendelse ved overdragelse af en virksomhed eller en del heraf, der ligger inden for det område, hvor traktaten om oprettelse af Det Økonomiske Fællesskab finder anvendelse. Stk. 2: Loven finder ikke anvendelse på søgående skibe."

Overdrages en virksomhed, indtræder erhververen umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, overdrageren havde overfor lønmodtageren. Ved vurderingen af hvorvidt loven finder anvendelse, skal der være sket en overdragelse² af en virksomhed eller en del heraf.³ Disse to begreber er imidlertid ikke defineret i loven. Direktivet kan hjælpe lidt til for så vidt angår forståelsen af en overdragelse, idet direktivet indeholder en definition på en "overdrager" og en "erhverver", som henholdsvis defineres som den, der ophører med at være, og den der bliver indehaver af virksomheden ved overførslen. Der stilles altså krav om, at overførslen indebærer, at en anden fysisk eller juridisk person bliver arbejdsgiver for lønmodtagerne.

1.1. Fastlæggelse af overdragelsesbegrebets indhold

Overdragelsessituationerne vil i det følgende blive behandlet ud fra følgende 5 synsvinkler:

- Sædvanlige aftalemæssige dispositioner
- Trekantssituationen
- Overdragelse i forbindelse med udlicitering
- Overdragelsens tilbagetagelse af opgaver fra erhverver
- Administrativ og lovmæssig overførsel af forvaltningsmæssige opgaver

De første 4 "bomber" vil blive behandlet i afsnit 1.1.1. Disse belyser hver for sig væsentlige problemstillinger, men er også tildels overlappende i forhold til hinanden. Derfor vil bl.a. de domsafgørelser, der henvises til i et afsnit, være relevante i et eller flere af de andre afsnit.

Den 5. og sidste "bombe": Administrativ og lovmæssig overførsel af forvaltningsmæssige opgaver, falder p.t. uden for VOL og vil derfor blive behandlet selvstændigt i afsnit 1.1.3.

Afgørende for, om VOL finder anvendelse, er, at der er sket en overdragelse af en virksomhed eller en del heraf. I den forbindelse skal det bemærkes, at parternes efterfølgende justeringer af overdragelsesaftalen - afhængig af omfanget - også vil kunne anses for at være en overdragelse i VOL's forstand. Såfremt der ikke er tale om en overdragelse, må evt. uoverensstemmelser mellem parterne

¹ Virksomhedsoverdragelsesloven implementerer Rådets direktiv af 14. februar 1977 om tilnærmelse af lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter. Der er vedtaget et ændringsdirektiv 98/50/EF af 29. juni 1998. Direktivet skal være implementeret senest 17. juli 2001. Det ventes ikke at medføre store ændringer i retspraksis.

² Direktivet anvender begrebet overførsel, mens VOL anvender begrebet overdragelse. Der antages ikke at være nogen materiel forskel på de to begrebs indhold.

³ Direktivet anvender begrebet virksomhed eller bedrift eller en del af en virksomhed eller bedrift. VOL anvender ikke den samme terminologi, men i stedet formuleringen virksomhed eller en del heraf. Materielt har det ingen betydning.

afklares ud fra de almindelige aftaleretlige principper sammenholdt med evt. relevante bestemmelser i den kollektive overenskomst.

Overdragelsesbegrebet skal fortolkes bredt og omfatter derfor bl.a. overdragelse ved: købekontrakt, fusion, lejeaftale, forpagtningsaftale, privatisering og udlicitering.⁴

Med henblik på - i så vid udstrækning som muligt - at afgrænse overdragelsesbegrebet vil EF-Domstolens væsentligste domme om dette emne blive gennemgået. For at undgå at notatet bliver for omfattende, er det kun den aktuelle sags nye præmisser, der citeres. Denne opbygning er valgt for dels at begrænse notatets omfang, dels fordi denne fremgangsmåde også illustrerer, hvordan Domstolen løbende har nuanceret og tilpasset overdragelsesbegrebet afhængig af situationen.

På baggrund af Domstolens præmisser i nedenstående principielle afgørelser vil der blive opstillet en "bruttoliste" over hvilke forhold, der skal tillægges vægt ved vurderingen af, hvorvidt der er tale om en overdragelse af en virksomhed eller en del heraf i lovens forstand, jf. afsnit 1.1.2.

1.1.1. Fire overdragelsesformer, der er omfattet af loven

Sædvanlige aftalemæssige dispositioner

Lovens typiske anvendelsesområde er overdragelse ved aftale mellem *A* og *B*.

I den såkaldte Spijkers-sag⁵ var situationen den, at Spijkers var ansat hos Gebroeders Colaris Abattoir BV. Virksomheden blev den 27. december 1982 solgt til Gebroeders Benedik, som overtog lokaler, materiel m.v., men ikke kundekredsen. På salgstidspunktet var virksomhedens drift indstillet. Det fremgår endvidere af sagen, at Gebroeders Benedik BV i hvert fald siden den 7. februar drev virksomheden. Bortset fra Spijkers og én uarbejdsdygtig sygemeldt kollega blev alle Spijkers kollegaer ansat hos Benedik BV. Den 3. marts 1983 blev Colaris BV erklæret konkurs. Spijkers lagde på den baggrund sag an mod Benedik BV med krav om udbetaling af løn og erstatning under henvisning til direktivet om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse.

EF-domstolen udtalte i den anledning: "Det afgørende ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, er, om den pågældende enhed har bevaret sin identitet." (Præmis 11 i uddrag).

"Et forhold, er således ikke omfattet af begrebet overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, blot fordi den pågældende virksomheds aktiviteter overdrages. I et tilfælde som det i sagen omhandlede må der således ske en nærmere vurdering af, om der er tale om en endnu bestående økonomisk enhed, som afhændes, hvilket navnlig må lægges til grund, såfremt den nye indehaver rent faktisk fortsætter eller genoptager driften i form af de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter." (Præmis 12).

"Ved afgørelsen af om dette må anses for tilfældet, må der tages hensyn til samtlige omstændigheder omkring afhændelsen, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift, der er tale om, hvorvidt der er sket en overdragelse af de fysiske aktiviteter, som for eksempel bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overdragelsen, hvorvidt den nye indehaver

⁴ Om virksomhedsoverdragelseslovens anvendelighed i forbindelse med udlicitering, se side 9.

⁵ C-24/85 Jozef Maria Spijkers mod Gebroeders Benedik Abattoir CV og Alfred Benedik en Zonen BV af 18. marts 1985, samling 1986, s. 1124.

overtager størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overtages, samt i hvor høj grad de økonomiske aktiviteter før og efter overdragelsen er de samme, og hvor længe virksomhedens drift eventuelt har været indstillet. Det bemærkes dog i denne forbindelse, at alle disse omstændigheder kun kan indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og at de derfor ikke kan vurderes isoleret." (Præmis 13).

På baggrund af ovennævnte konkluderede Domstolen, at: "Et forhold er omfattet af begrebet overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter til en anden indehaver, såfremt den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet. Ved afgørelsen af hvorvidt der foreligger en overførsel i nævnte forstand i et tilfælde som det i hovedsagen omhandlede, skal der foretages en vurdering af, om der henset til samtlige omstændigheder omkring afhændelsen er tale om en fortsat bestående økonomisk enhed, som overdrages, hvilket navnlig må lægges til grund, såfremt den nye indehaver rent faktisk fortsætter eller genoptager driften i form af de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter." (Præmis 15).

Med Spijkers-sagen kan EF-domstolen siges at have opstillet de grundlæggende principper for, hvornår der er tale om en overdragelse i direktivets forstand.

Som det vil fremgå nedenfor, har Domstolen efterfølgende nuanceret afgrænsningen af Domstolens begreb "den økonomiske enhed" og kravene til denne.

Christel Schmidt-sagen⁶ fra 1994 var ligesom Spijkers-sagen en "almindelig" aftalt overdragelse mellem 2 parter. Sagen drejede sig om følgende: Christel Schmidt var ansat på deltid til at gøre rent i en bankfilial, og hun var den eneste af bankens ansatte, der gjorde rent. Bankfilialen indgik imidlertid en aftale med et rengøringsfirma om, at dette fremover skulle sørge for rengøringen af bankens lokaler herunder andre filialer. Christel Schmidt blev tilbudt ansættelse af erhverver. Hun afslod imidlertid tilbuddet under henvisning til, at hendes arbejdsbetingelser ville blive så væsentligt forringet, at det reelt havde den virkning, at hun gik ned i løn. Under henvisning til direktivet påstod hun sig derfor uberettiget afskediget.

Domstolen henviste indledningsvis til *Watson Rask og Christensen-afgørelsens præmis 15*,⁷ i hvilken det blev fastslået, at "direktivet finder anvendelse i alle de tilfælde, hvor der som led i en aftale sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som af den grund påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser overfor arbejdstagerne i virksomheden, og det har ingen betydning, om der er sket en overførsel af ejendomsretten til virksomheden." (Uddrag af præmis 12).

Og Domstolen fortsatte sin argumentation på følgende vis: "Når en virksomhed ved aftale overdrager ansvaret for en servicefunktion inden for virksomheden, såsom udførelsen af rengøringsarbejde, til en anden virksomhed, som herved påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser overfor de arbejdstagere, der er tilknyttet den pågældende servicefunktion, kan denne transaktion falde ind under direktivets anvendelsesområde. Som Domstolen allerede har fastslået i *præmis 17 i Watson Rask og Christensen-afgørelsen*, kan den omstændighed, at den overførte aktivitet kun er af sekundær betydning for den overdragende virksomhed og ikke er nødvendig i forhold til virksomhedens formål,

⁶ C-392/92 Christel Schmidt mod Spar und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen af 14. april 1994, samling 1994, s. 1-1311.

⁷ C-209/91 Watson Rask og Kirsten Christensen mod ISS Kantineservice A/S af 12. november 1992, samling 1992 I, s. 5755.

ikke medføre, at transaktionen falder uden for direktivets anvendelsesområde." (Præmis 14).

Den omstændighed, at den pågældende aktivitet før overførslen blev varetaget af en enkelt ansat, er heller ikke tilstrækkelig til at afskære anvendelsen af direktivets bestemmelser, idet direktivets anvendelse ikke afhænger af antallet af arbejdstagere, der er ansat i den del af virksomheden, der er genstand for overførslen. Det bemærkes, at direktivet særlig har til formål - hvilket fremgår af den anden betragtning dertil - at beskytte arbejdstagerne i tilfælde af en ny indehaver især for at sikre varetagelsen af deres rettigheder. Denne beskyttelse omfatter alle arbejdstagere og skal derfor sikres, selv når overførslen kun berører en enkelt arbejdstager." (Præmis 15).

"At der ikke er sket overdragelse af aktiver, tillader ikke den slutning, at der ikke kan foreligge en overførsel, når disse elementer ikke er til stede. Varetagelse af arbejdstagernes rettigheder kan ikke afhænge af én faktor, som Domstolen i øvrigt allerede har fastslået ikke i sig selv er afgørende." (Uddrag af præmis 16).

Domstolen fastslog herefter, at: "Direktivet omfatter den situation, hvor en virksomhed ved aftale overdrager en anden virksomhed ansvaret for udførelsen af rengøringsarbejde, der tidligere blev varetaget direkte, selvom dette arbejde før overførslen blev udført af en enkelt arbejdstager." (Uddrag af præmis 20).

I afgørelsen henviste Domstolen bl.a. til *Spijkers- og Redmond Stichting-sagernes*⁸ præmis 18. I sidstnævnte sag fastslog Domstolen, at direktivet også omfatter overdragelse af virksomhed, der ikke drives med økonomisk gevinst for øje, idet direktivets formål er at beskytte arbejdstagerne i forbindelse med overdragelse. Virksomhedens formål som sådant er derfor irrelevant.

Christel Schmidt-afgørelsen er blevet kritiseret for at være for vidtgående, dels fordi virksomhedsbegrebet - en del af en bedrift - udstrækkes til at bestå af en enkelt medarbejder, jf. præmis 15, dels fordi det i dommen slås fast, at det ikke er en forudsætning for direktivets anvendelighed, at der overdrages aktiver. Det afgørende for direktivets anvendelighed er, at der overdrages en økonomisk selvstændig enhed.

Spijkers- og Christel Schmidt-afgørelserne vedrørte begge aftalte overdragelser mellem 2 parter. En anden form for overdragelse er den såkaldte trekantssituation, som involverer 3 parter.

Trekantssituationen

Ved trekantssituationen forstås følgende: A overdrager en opgave til B. Efter en periode overdrages opgaven i stedet til C fra A, men uden at den i mellemtiden har været varetaget af A.

Det særegne for trekantssituationen er, at der ikke behøver at være en kontakt mellem B og C.

Domstolen har behandlet trekantssituationen i *Süzen-sagen*,⁹ hvor sagens faktiske omstændigheder var følgende: Virksomheden Zehnacher havde ansat Süzen til at gøre rent hos virksomhedens kunder. Zehnacher havde indgået aftale med Alosiuskollegiet om at sørge for rengøringen af dette. Alosiuskollegiet opsagde sin aftale med Zehnacher og indgik en ny aftale med Lefahrt GmbH. Süzen samt hendes 7 kollegaer, der udførte rengøringen på kollegiet, blev herefter opsagt af Zehnacher.

⁸ C-29/91 Redmond Stichting af 19. maj 1992, samling 1992 I, s. 1-3189.

⁹ C-13/95 Ayse Süzen mod Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice af 11. marts 1997, samling 1997, s. 1-1259.

Süzen krævede i stedet ansættelse hos Lefahrt GmbH under henvisning til, at overdragelsen af rengøringsopgaven måtte anses som en virksomhedsoverdragelse, hvor hun var blevet overdraget til den nye erhverver - Lefahrt GmbH.

Domstolen fastslog: "Selvom den omstændighed, at der ikke foreligger et kontraktforhold mellem overdrageren og erhververen eller som i dette tilfælde mellem de to entreprenører, hvor først den ene og derefter den anden har fået overdraget rengøringsarbejdet på en skole, kan pege i retning af, at der ikke i henhold til direktivet foreligger en overførsel, er det imidlertid ikke afgørende i denne forbindelse." (Præmis 11).

I forlængelse heraf henviste Domstolen til *Merckx- og Neuhuys-sagernes præmis 28*,¹⁰ hvor Domstolen slog fast, at: "Direktivet finder anvendelse i alle de tilfælde, hvor der som led i et kontraktforhold sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser overfor arbejdstagerne i virksomheden." Og tilføjede: "Det er således ikke en forudsætning for, at direktivet finder anvendelse, at der består et direkte kontraktforhold mellem overdrageren og erhververen, og overdragelse vil kunne finde sted i to trin via en tredjemand, f.eks. ejeren eller lejeren." (Præmis 12).

Domstolen fortsatte sin argumentation under henvisning til *Rygaard-sagens præmis 20*¹¹: "Det er imidlertid en forudsætning for, at direktivet finder anvendelse, at overførslen vedrører en økonomisk enhed, der er organiseret på en stabil måde, og hvis aktiviteter ikke er begrænset til udførelsen af en nærmere bestemt entreprise." Begrebet enhed omfatter således en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål. (Præmis 13).

Domstolen bemærkede endvidere: "Som anført af parterne, som har givet indlæg, er den omstændighed, at den tjenesteydelse, som udføres af den gamle og den nye ordremodtager, er den samme, ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at der er tale om overførsel af en økonomisk enhed. En enhed kan ikke begrænses til den aktivitet, den udfører. Dens 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." (Præmis 15).

Det forhold, at en virksomhed må afgive udførelsen af en tjenesteydelse til en konkurrent, er således ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at der i henhold til direktivet er tale om en overførsel. Selvom den virksomhed, som hidtil har udført tjenesteydelsen, mister en kunde, består den fortsat fuldt ud, og der er ikke grundlag for at antage, at virksomhedens bedrifter eller dele af bedrifter er overdraget til den nye ordremodtager." (Præmis 16).

Domstolen henviste herefter til *Spijkers-dommens præmis 13* og nuancerede denne på følgende vis: "Ved vurderingen af de faktiske omstændigheder omkring overførslen skal der bl.a. tages hensyn til hvilken form for virksomhed eller bedrift, der er tale om. Heraf følger, at afvejningen af, hvilken vægt der skal tillægges de forskellige kriterier for, om der i henhold til direktivet er tale om en overførsel, nødvendigvis afhænger af, hvilken type aktivitet, der udføres, og hvilke produktions- eller

¹⁰ C-171/94 og C-172/94 Albert Merckx og Patrick Neuhuys mod Ford Motors Company Belgium SA af 7. marts 1996, samling 1996, s. 1253. Dommens præmis 28.

¹¹ C-48/95 Ledernes Hovedorganisation som mandatar for Ole Rygaard mod Dansk Arbejdsgiverforening som mandatar for Strø Mølle Akustik A/S af 19. september 1995, samling 1995 I, s. 2745.

driftsmåder, der anvendes i virksomheden, bedriften eller den pågældende del af bedriften. En økonomisk enhed kan således navnlig i visse brancher fungere uden væsentlige materielle eller immaterielle aktiver, og det kan i så fald ikke være afgørende for, om enheden opretholdes efter den pågældende transaktion, at der overdrages sådanne aktiver." (Præmis 18).

Afslutningsvis udtalte Domstolen, at: "I visse brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed, og 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 forgængeren specielt udførte denne opgave. I så fald vil den nye indehaver overtage en organiseret helhed af elementer, der gør det muligt på stabil måde at forsætte den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle af disse." (Præmis 21).

Domstolen konkluderede på baggrund af ovenstående: "At direktivet ikke finder anvendelse i en situation, hvor en ordregiver, som har overdraget rengøringen af sine lokaler til én entreprenør, opsig aftalen med denne og indgår en ny aftale med en anden entreprenør vedrørende udførelsen af tilsvarende arbejde, hvis der i denne forbindelse hverken overdrages materielle eller immaterielle aktiver af betydning fra den ene entreprenør til den anden, eller af den nye entreprenør overtages en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængeren udførte det af aftalen omfattede arbejde." (Præmis 23).

Suzen-afgørelsen nuancerer/udbygger Domstolens tidligere afgørelser ved bl.a. at fastslå, at afgørende for, om direktivet finder anvendelse, er, at der overdrages en selvstændig økonomisk enhed. Hvis der i forbindelse med en overdragelse hverken overdrages materielle eller immaterielle aktiver af betydning fra den ene entreprenør til den anden, eller der ikke overtages en efter antal og kvalifikationer betydelig del af arbejdsstyrken, som udførte arbejdet hos forgængeren, udgør det overførte ikke en økonomisk selvstændig enhed, hvorfor overdragelsen ikke er omfattet af direktivet/loven.

Overdragelse og udlicitering

Domstolen har i de 2 forenede sager, Hildago- og Ziemann-sagerne,¹² specifikt taget stilling til spørgsmålet om direktivets anvendelighed i forbindelse med overførsel på baggrund af udbudsforretninger - udlicitation.

Sagernes faktiske omstændigheder var følgende:

En kommune havde udliciteret hjemmehjælpen til virksomheden Minerva (udbudshaver 1). Minerva beskæftigede Hildago og 4 andre som hjemmehjælpere. Efter at aftalen med udbudshaver 1 var udløbet, overdrog kommunen ved ny udlicitering udførelsen af arbejdet til Aser (udbudshaver 2). Denne virksomhed indgik nye kontrakter med Hildago og hendes 4 kollegaer, men anerkendte ikke den anciennitet, som de 5 lønmodtagere havde oparbejdet i Minerva.

Hildago nedlagde påstand om, at Aser var indtrådt i Minervas rettigheder og forpligtelser.

I Ziemann-sagen havde Horst Ziemann fra 1979-1995 arbejdet uden afbrydelse som vagtmænd i det tyske forsvars sanitetsdepot i Efringen-Kirchen. I denne periode arbejdede han successivt for de fem

¹² C-173/96 og C-247/96 Hildago og Ziemann af 24. september 1998. Endnu ikke optrykt i samlingen.

selskaber, som forsvaret havde udliciteret bevogtningen af depotet til, senest fra 1990 til 1995 hos Ziemann GmbH (udbudshaver 1). Efter ny udbudsforretning fik Horst Bohn (udbudshaver 2) kontrakten.

Horst Bohn overtog det vagtpersonale, der var beskæftiget på depotet på nær 3 personer, herunder Horst Ziemann. Ziemann GmbH opsagde derfor Horst Ziemann pr. overtagelsesdatoen.

Horst Ziemann påstod herefter, at opsigelsen var ugyldig, idet han var blevet opsagt p.g.a. en virksomhedsoverdragelse.

Indledningsvis skal det bemærkes, at Domstolen i et meget vidt omfang henviser til *Spijkers- og Sützen-afgørelserne*.

Domstolen fastslog indledningsvis følgende: "Den omstændighed, at den pågældende tjenesteydelse er udliciteret af en offentlig myndighed, kan heller ikke udelukke anvendelsen af direktiv 77/187, for så vidt som der hverken med hensyn til hjemmehjælpen til personer med behov herfor eller bevogtningsopgaver er tale om udøvelse af offentlig myndighed." (Uddrag af præmis 24).

Domstolen bemærkede endvidere: "Selvom enheden skal være tilstrækkeligt struktureret og selvstændig, indebærer dette ikke nødvendigvis, at der til denne er knyttet materielle eller immaterielle aktiver af betydning. I visse brancher som f.eks. rengøring og bevogtning er disse aktiver ofte begrænset til det mest elementære, og den aktivitet, der udøves, er hovedsageligt baseret på arbejdskraften. Derfor kan en organiseret helhed af lønmodtagere, som specielt og i længere tid udfører opgaver i fællesskab, når der ikke er tale om andre produktionsfaktorer, udgøre en økonomisk enhed." (Præmis 26).

"Der kan i princippet i den virksomhed, som har fået tildelt kontrakten, være en tilstrækkeligt struktureret og selvstændig enhed, selvom virksomheden - som det i øvrigt ofte er tilfældet - skal overholde bestemte forpligtelser, som er pålagt den af en ordregivende myndighed. Selvom sidstnævnte kan have en stor indflydelse på den ydelse, som tjenesteyderen leverer, har denne ikke desto mindre normalt en vis, om end begrænset, frihed ved tilrettelæggelsen og udførelsen af tjenesteydelsen, uden at den kan udlægges således, at hans opgave blot består i at stille sit personale til rådighed overfor den ordregivende myndighed." (Præmis 27).

På baggrund af ovenstående fastslår Domstolen, at direktivet finder anvendelse i en situation, hvor en offentlig myndighed, der har udliciteret hjemmehjælpen eller bevogtningen af nogle bygninger til en virksomhed ved udløbet af eller efter opsigelse af kontrakten, beslutter at udlicitere tjenesteydelsen til en anden virksomhed, såfremt der *samtidigt* hermed overføres en selvstændig økonomisk enhed. Den omstændighed at tjenesteydelsen, som først udføres hos den gamle dernæst hos den nye ordremodtager, er den samme, er ikke tilstrækkeligt til, at der er tale om en overførsel af en sådan enhed.

Med dommen slås det fast, at direktivet også gælder for det offentliges udlicitering, blot der ikke er tale om offentlig myndighedsudøvelse, jf. også afsnit 1.1.3.

Overdragere tilbagetagelse af opgaver fra erhverver

Endelig har Domstolen behandlet spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en overdragelse, når overdrager beslutter at tilbagetage det overdragne fra erhverver, samtidig med at det besluttes, at

personalet ikke skal "gå med over", og erhverver heller ikke ønsker at opretholde ansættelsesforholdet, nu hvor forretningsgrundlaget er blevet reduceret. Der er blevet indgivet 3 præjudicielle søgsmål til Domstolen, der vedrører dette spørgsmål. Sagerne er blevet forenet i én sag.

De faktiske omstændigheder i de 3 sager var følgende:

I den første sag, Francisco Hernández Vidal-sagen,¹³ ønskede Hernández Vidal at opsige rengøringskontrakten med det firma, Contratas y Limpiezas, der havde gjort rent på virksomheden i et par år, for selv at overtage opgaven. Hernández ønskede ikke at ansætte to af Contratas y Limpiezas ansatte, når opgaven overgik til dem. Contratas y Limpiezas ønskede heller ikke at bevare ansættelsesforholdet. De to kvinder anlagde derfor sag mod virksomhederne for uberettiget afskedigelse.

I den anden sag var situationen den, at Friedrich Santner fra 1980 var ansat til at gøre rent hos Dörhoffer + Schmitt GMBH og dernæst hos B + S. Sidstnævnte var opstået ved en deling af Dörhoffer + Schmitt.

Friedrich Santners arbejde bestod i at gøre rent i en del af baderummet hos Hoechst. Hoechst havde oprindeligt indgået kontrakt med Dörhoffer + Schmitt, men efter delingen af virksomheden overtog B + S opgaven.

Hoechst besluttede imidlertid at reorganisere rengøringen, hvorfor kontrakten med B + S blev opsagt. Rengøringen af baderummet skulle i stedet udføres med egne ansatte og i samarbejde med andre udenforstående virksomheder.

Friedrich Santner nedlagde påstand om, at der var tale om en overførsel af en virksomhed, og at hans ansættelsesforhold derfor var overført til Hoechst.

I den tredje sag havde Renfe overdraget rengøring og vedligeholdelse af banegården i Pontevedra til Clara Sol.

Clara Sol havde ansat Mercedes Gómez Montana til at gøre rent på banegården. Forinden Clara Sol fik opgaven, havde Mercedes Gómez Montana gjort rent dér i adskillige år for andre selskaber.

Ved kontraktens udløb besluttede Renfe ikke at forny Clara Sols kontrakt. Renfe ville fremover selv varetage opgaven. Clara Sol afskedigede herefter Mercedes Gómez Montana.

Mercedes Gómez Montana anlagde herefter sag om uberettiget afskedigelse mod Clara Sol og Renfe.

Dommens præmisser dækker alle 3 afgørelser og henviser i et *meget stort* omfang til de allerede citerede afgørelser.

Indledningsvist fastslår Domstolen, at : "Direktiv 77/187 bør ligeledes¹⁴ kunne finde anvendelse i et

¹³ De forenede sager C-127/96 Francisco Hernández Vidal SA mod Prudencia Gómez Pérez af 10. december 1998, C-229/96 Friedrich Santner mod Hoechst AG af 10. december 1998 samt C-74/97 Mercedes Gómez Montana mod Clara Sol SA og Red Nacional de Ferrocarriles Espanoles (Renfe) af 10. december 1998. Endnu ikke optrykt i samlingen.

¹⁴ "Ligeledes" henviser til, at direktivet har fundet anvendelse i situationer som beskrevet i Schmidt- og Süzen-afgørelserne.

tilfælde som det, der foreligger i hovedsagerne, hvor en virksomhed, som har benyttet en anden virksomhed til rengøringen af sine lokaler eller en del af dem, beslutter at bringe kontrakten med denne virksomhed til ophør og fremover selv varetage rengøringen." (Præmis 25).

Domstolen konkluderer på baggrund af ovenstående: "At direktivet finder anvendelse i en situation, hvor en virksomhed, der tidligere har fået udført rengøringen af en anden virksomhed, nu tager opgaven tilbage for selv at varetage denne, såfremt overtagelsen medfører, at der overtages en økonomisk selvstændig enhed. Ved økonomisk selvstændig enhed forstås en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål. Det, at rengøringsarbejdet udføres af et selskab for herefter at blive tilbageført til den virksomhed, der ejer lokalerne, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at der er tale om en overførsel." (Præmis 35).

1.1.1.1. Sammenfatning

Spørgsmålet, der nu rejser sig, er, hvorvidt der gælder noget forskelligt for aftalt overdragelse, overdragelse i forbindelse med udlicitering og tilbageførsel af overdragne opgaver.

Süzen-afgørelsens præmisser kan beskrives som snævrere end Christel Schmidt-afgørelsens. Det kan bero på 2 forhold, dels at der ikke kan forudsættes et kontraktsforhold mellem erhverver 1 og erhverver 2, hvorfor det kunne anføres at være ekstra byrdefuldt for erhverver 2, hvis denne skulle overtage medarbejdere fra erhverver 1 efter at have indgået en aftale med overdrager om udførelsen af opgaven, dels kunne præmisserne ses som Domstolens forsøg på at "trække i land" i forhold til Schmidt-afgørelsen, idet konsekvenserne af denne ville være - hvis dens præmisser overførtes til trekantssituationen - at erhverver 2 oftere ville skulle acceptere, at VOL fandt anvendelse i forhold til erhverver 1's medarbejdere. Der er formentlig tale om en kombination af begge forhold, idet Domstolen i de forenede sager Hernández-afgørelsen m.fl., der vedrører tilbageførsel, og som, uanset at overdragelsen reelt var en overdragelse mellem A og B, der kun implicerer to parter og ikke en trekantssituation, ikke desto mindre henviser til Süzen-afgørelsens præmisser.

For så vidt angår udlicitering har Domstolen slået fast, at direktivet kan finde anvendelse i disse situationer. Der skal dog erindres om, at der gælder særlige regler for overførsel af forvaltningsopgaver, jf. afsnit. 1.1.3.

1.1.2. Bruttoliste over "overdragelsesrelevante" forhold, der skal indgå i vurderingen af, hvorvidt der kan antages at være sket en overdragelse af en virksomhed

Efter at have gennemgået ovennævnte domme er det nærliggende at opstille en slags "bruttoliste" over de forhold, man skal være opmærksom på ved vurderingen af, hvorvidt der er tale om en overdragelse i lovens forstand.

Ved vurderingen af hvorvidt der er sket en overdragelse, kan nedenstående bruges som tjekpunkter:

- Afgørende for, om der er sket en overdragelse, er, at det "overdragne" udgør en økonomisk selvstændig enhed, der har bevaret sin identitet. Enheden skal være organiseret på en stabil måde, der gør det muligt at fortsætte den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle af disse. Dens aktiviteter må ikke være begrænset til udførelsen af én nærmere bestemt entreprise. (Spijkers præmis 11, Rygaard præmis 20, Süzen præmis 21).
- En enhed kan ikke begrænses til den aktivitet, den udfører. Med andre ord er det ikke givet, at der er tale om en overdragelse af en økonomisk enhed, fordi den "overdragne" opgave overføres

til erhverver, der fortsætter med at udføre opgaven. Identiteten består også af andre forhold som f.eks. det personale, der er ansat i enheden, dens ydre rammer, dens driftsmåde og evt. driftsmidler, den råder over. Opgaven forgår, men virksomheden består! (Süzen præmis 15 og 16).

Omstændigheder der skal indgå i vurderingen af, om det overdragne f.eks. en tjenesteydelse kan karakteriseres som en økonomisk selvstændig enhed, og som dermed har afgørende betydning for, om der er sket en overdragelse i direktivets/lovens forstand:

1. Virksomhedens art/branche. (Spijkers præmis 13).
 2. Overdrages der bygninger, materielle og/eller immaterielle aktiver og/eller personale, jf. nr. 3 nedenfor. Der skal erindres om, at overdragelse ikke er betinget af, at der overdrages aktiver. Idet disses tilstedeværelse og væsentlighed også afhænger af hvilken type virksomhed, der overdrages. Der kan således godt være tale om en overdragelse uagtet, at der ikke overdrages aktiver, hvis virksomheden til gengæld består af en organiseret helhed af medarbejdere, der i længere tid har udført arbejde i fællesskab uden andre produktionsfaktorer end deres egen arbejdskraft. (Spijkers præmis 13, Christel Schmidt præmis 16, Süzen præmis 18 og 23, Hildago og Ziemann præmis 26).
 3. Overdrages størstedelen af arbejdsstyrken og materielle og/eller immaterielle aktiver, jf. nr. 2 ovenfor. Dette kriteriums væsentlighed afhænger ligeledes af, inden for hvilken branche overdragelsen sker, idet nogle virksomheder er karakteriseret ved at være arbejdskraftstunge og mindre udstyrskrævende som f.eks. rengøringsvirksomhed, mens det i andre brancher forholder sig modsat. Der erindres om, at en arbejdsstyrke kan bestå af en enkelt medarbejder. (Spijkers præmis 13, Christel Schmidt præmis 15, Süzen præmis 18 og 23).
 4. Overdrages kundekredsen.
 5. I hvor høj grad er de økonomiske aktiviteter før og efter overdragelsen de samme. Dvs. spørgsmålet om hvorvidt der er identitet mellem overdragere og erhververs virksomhed. (Spijkers præmis 11 og 12, Süzen præmis 10).
 6. Hvor længe har virksomhedens drift været indstillet.
- Det er uden betydning, at det "overdragne" kun er af sekundær betydning for virksomheden. (Watson Rask præmis 14).
 - Overdragelse forudsætter ikke, at der består et direkte kontraktsforhold mellem overdrager og erhverver. Overdragelse kan således ske via 3. mand. Det afgørende for direktivets anvendelighed er, at erhververen i forbindelse med udskiftningen af den fysiske eller juridiske person påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser overfor lønmodtagerne. (Süzen præmis 12).

1.1.3. Administrative og lovmæssige overførsler

Som nævnt indledningsvis finder loven anvendelse ved overdragelse. En sproglig fortolkning af dette begreb begrænser direktivets anvendelsesområde til aftalemæssige overførsler, hvorfor forvaltningens administrative beslutninger om overførsel af *forvaltningsopgaver* ikke er omfattet af loven.

Domstolens afgørelse i den såkaldte Henke-sag¹⁵ er helt i tråd med denne opfattelse, hvor situationen var følgende: Henke var ansat som borgmestersekretær i en kommune, da kommunen i samarbejde med andre kommuner med lovhjemmel oprettede et kommunalt forvaltningsselskab. I forlængelse heraf blev det ved en offentligretlig beslutning vedtaget at overflytte opgaver inden for kommunernes eget kompetenceområde til forvaltningsselskabet. Henke blev herefter opsagt. Spørgsmålet var nu, om der var sket en overførsel i direktivets forstand, hvorfor Henke i henhold til tysk ret havde krav på ansættelse i forvaltningsselskabet.

Domstolen udtalte følgende: "Direktivets begreb "overførsel af virksomheder" omfatter således ikke en reorganisering af den offentlige forvaltning eller en overførsel af forvaltningsopgaver mellem offentlige myndigheder." (Præmis 14).

"I det af hovedsagen omhandlede tilfælde synes overførslen af opgaver mellem kommunen og forvaltningsselskabet kun at have drejet sig om opgaver i forbindelse med udøvelse af offentlig myndighed. Selvom det måtte lægges til grund, at der også har været tale om opgaver i forbindelse med økonomisk virksomhed, kan disse kun have haft sekundær betydning." (Præmis 17).

"Begrebet overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter omfatter ikke overførsel af forvaltningsopgaver fra en kommune til et kommunalt forvaltningsselskab, som det i hovedsagen omhandlede." (Præmis 18).

For så vidt angår overførsel ved lov har Arbejdsministeriets tidligere opfattelse været, at disse falder uden for lovens anvendelsesområde, da en overførsel ved lov ikke har et aftalemoment. Arbejdsministeriet har dog tilføjet, at hvis der i loven eller dens forarbejder eller i øvrigt var elementer, som forudsatte, enten at loven fandt anvendelse, eller at overførslen forudsatte supplerende aftalemæssige dispositioner, fandt VOL dog alligevel anvendelse.

Med det nye ændringsdirektiv er det imidlertid spørgsmålet, om denne fortolkning kan fastholdes, idet det af ændringsdirektivets art. 1, stk. 1, litra c, eksplicit fremgår, at: "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."

Afgrænsningen af overførselsbegrebet til specifikt at undtage den administrative omorganisering alene gør, at den lovmæssige overførsel formentlig ikke per automatik bør undtages fra lovens anvendelsesområde. Der skal derfor foretages en vurdering af karakteren af den opgave, som overføres, fremfor at fokusere på retsgrundlaget, og hvem den udføres af.

Konsekvensen af en ændring af praksis vil altså være, at der skal foretages en vurdering af den opgave, der overføres, i stedet for at lægge vægt på at overførslen sker ved lov. I øvrigt vil ændringen i praksis formentlig have begrænsede konsekvenser, idet lovbemærkningerne til "overførselslove" ofte udtaler, at lønmodtagerne efter overdragelsen skal kunne opretholde deres ansættelsesvilkår eller deres rettigheder - bemærkninger som fortolkes således, at VOL anses for at finde anvendelse. Andre gange kan det fremgå eksplicit af lovbemærkningerne, at VOL skal finde anvendelse.

P.t. behandler EF-domstolen et præjudicielt søgsmål fra Italien,¹⁶ hvor situationen er den, at den ita-

¹⁵ C-298/94 Anette Henke mod Gemeinde Schierke Verwaltungsgemeinschaft "Brocken" af 15. oktober 1996, samling 1986 I, s. 5013.

¹⁶ C-343/98 Renato Collino e Luisa Chippero mod Telecom Italia Spa.

lienske stat ved lov overdrager det italienske telefonvæsen til en privat operatør, der efterfølgende overdrager det til en ny privat operatør. Spørgsmålet, der rejses, er, hvorvidt den første overdragelse er en overførsel i direktivets forstand.

1.1.4. Lovens geografiske udstrækning

Afgørende for hvilke retsregler, der finder anvendelse på et ansættelsesforhold, er, til hvilket land arbejdsaftalen har nærmest tilknytning, jf. Romkonventionens art. 6.

Udgangspunktet i vurderingen heraf vil være arbejdsstedets placering.

En arbejdstager, der bor og arbejder i Danmark, og som arbejder for en udenlandsk arbejdsgiver, vil derfor som udgangspunkt være omfattet af de danske arbejdsretlige regler. Sælges eller overdrages på anden vis en virksomhed i Danmark, vil loven finde anvendelse, uanset om arbejdsgiveren kommer fra et EØS-land.

Loven kan dog også finde anvendelse på overdragelse af virksomheder i udlandet, i det omfang dansk ret i øvrigt skal anvendes på arbejdsforholdet. Hvorvidt dette er tilfældet, afgøres efter de almindelige international-privatretnlige regler. Således vil en dansk lønmodtager, der midlertidigt arbejder i udlandet, ofte være omfattet af dansk ret. Dette udgangspunkt indskrænkes nu tildels af EU's udstationeringsdirektiv om bl.a. ret til minimumsløn og ferie efter værtslandets regler, men virksomhedsoverdragelsesreglerne er ikke omfattet af dette direktiv.

1.2. Lønmodtagerens stilling i forbindelse med overdragelse

1.2.1. Overdragers informationspligt i forbindelse med overdragelse

Af lovens § 5 og § 6 fremgår, at en overdrager af en virksomhed er forpligtet til, i rimelig tid inden overdragelsen finder sted, at underrette lønmodtagernes repræsentanter eller, hvis sådanne ikke er valgt eller udpeget, de berørte lønmodtagere om overdragelsen, herunder årsagen, de juridiske og økonomiske konsekvenser af overdragelsen og eventuelle foranstaltninger overfor lønmodtagerne.

Informationspligten gælder for alle typer virksomhed uanset størrelse. Underretningen skal ske i rimelig tid og altid inden den faktiske overtagelsesdato.

Af forarbejderne fremgår, at der ved rimelig tid forstås, at lønmodtagerne bør informeres om overdragelsen m.v. på et sådant tidspunkt før overdragelsen, at de får en reel mulighed for at foretage en selvstændig vurdering af, hvilke konsekvenser overdragelsen indebærer for dem, idet der herved skal tages hensyn til overdragers og erhververs forhold.

Såfremt der skal iværksættes foranstaltninger overfor lønmodtagerne i anledning af overdragelsen, skal lønmodtagerne underrettes om disse i rimelig tid inden overdragelsen.

Manglende iagttagelse af informationspligten er sanktioneret i § 7.

Ovenstående oplysnings- og forhandlingspligt gælder også i forhold til erhververens ansatte, der evt. kunne blive berørt af overdragelsen.

1.2.2. Erhververs forpligtelser overfor "overtagne" medarbejdere

Det første, der skal fastlægges i forbindelse med overdragelsen, er, fra hvornår overdragelsen har

virkning, og dermed fra hvornår erhverver indtræder i forpligtelserne overfor de "overtagne" medarbejdere. Spørgsmålet er ikke entydigt afklaret i VOL, jf. lovens § 2, stk. 1, af hvilken det fremgår: "Overdrages en virksomhed eller en del heraf, indtræder erhververen umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overdragelsestidspunktet i henhold til: 1) kollektiv overenskomst eller aftale, 2) bestemmelser om løn- og arbejdsforhold, der er fastsat eller godkendt af offentlig myndighed og 3) individuel aftale om løn- og arbejdsforhold."

Højesteretsdommer Spleth har formuleret skæringstidspunktet for overdragelse således: Det er den faktiske overdragelse af virksomheden, hvorved erhververen får rådighed over denne og indtræder i rettigheder og forpligtelser i forhold til de tilknyttede arbejdstagere, der er afgørende for overdragelsestidspunktet.¹⁷

Erhververs forpligtelser overfor overtagne medarbejdere fremgår af lovens § 2. Beskyttelsen går ud på, at arbejdstagerens ansættelsesforhold ikke umiddelbart kan ændres, fordi dennes arbejdsplads er blevet overdraget. Erhververen indtræder umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, som overdrageren af virksomheden havde overfor de nu overtagne medarbejdere - altså også for forfaldne krav opstået, før overdragelse fandt sted 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, jf. § 2, stk. 1.

I teorien og retspraksis har der dels været uenighed om, hvorvidt konsekvensen af overdragelse i henhold til VOL var, at erhververen indtrådte som part i overenskomsten, dels om erhververens manglende meddelelse (passivitetsvirkning) til overenskomstparten om, hvorvidt han ønsker at indtræde som part i overenskomsten inden overdragelsen, gjorde ham til overenskomstpart.

Forinden spørgsmålet om indtræden i kollektiv overenskomst, hovedaftale, kutymer m.v. som følge af overdragelsen behandles, er det nærliggende at behandle erhververens undersøgelsespligt i forbindelse med overdragelsen.

1.2.3. Erhververs undersøgelsespligt

Af retspraksis fremgår, at erhverver, afhængig af inden for hvilken branche overdragelsen finder sted, kan have pligt til at undersøge, om de berørte medarbejdere er omfattet af en kollektiv overenskomst.

Spørgsmålet om erhververs undersøgelsespligt i forbindelse med virksomhedsoverdragelse er berørt i Arbejdsrettens kendelse af 1. august 1938, K 2481, hvor situationen var den, at erhverver overtog en landbrugsvirksomhed. I forbindelse med overtagelsen spurgte erhverver, om de ansatte ville fortsætte med at arbejde på de hidtidige vilkår, hvad alle på nær én indvilligede i. Erhverver undersøgte ikke, om der var nogen overenskomst gældende på virksomheden. Nogen tid efter overdragelsen blev lønnen reduceret. De ansatte krævede, at overenskomsten skulle følges. Erhverver afviste dette, da han ikke i forbindelse med overdragelsen var blevet informeret om overenskomsten.

Arbejdsretten udtalte i den anledning, at en erhverver i forbindelse med overtagelsen af en virksomhed særligt inden for visse brancher må være forberedt på, at der er overenskomst. Erhververen burde have haft eller søgt kendskab til, at der eksisterede et kollektivt overenskomstforhold om gær-

¹⁷ Lønmodtagernes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer af Lars Svenning Andersen, p. 53, jf. UfR 82B.443.

den. Ved uden forbehold at aflønne de ansatte i henhold til gårdens tidligere overenskomst var erhverver at anse for stiltiende at have tiltrådt overenskomsten. Erhververen har således en undersøgelsespligt; opfyldes denne ikke, indtræder erhverver i den kollektive overenskomst ud fra passivitetshensynet.

Spørgsmålet er endvidere berørt i Arbejdsrettens dom 96.415, Metax Benzin af 23. oktober 1997. Her var situationen følgende:

Ejeren af en benzintank indgik i sommeren 1993 en tiltrædelsesoverenskomst med HK. Han solgte benzintanken efteråret 1993. Overdrageren gjorde ikke erhververen af benzintanken bekendt med, at han tidligere på året havde indgået en tiltrædelsesoverenskomst med HK. Først i december 1994 skrev HK til virksomheden for at gøre opmærksom på VOL. Erhververen reagerede imidlertid ikke på HK's henvendelse. På baggrund af en forespørgsel fra en af benzintankens ansatte genoptog HK sagen i juni 1995 og kontaktede i den anledning erhververen af benzintanken og gjorde opmærksom på, at de overtagne medarbejdere var omfattet af overenskomsten. Erhververen afviste at være bundet af overenskomsten.

I Arbejdsretten gjorde arbejdstagersiden gældende, at overenskomsten følger med - særligt når erhververen ikke har en overenskomst - idet andet vil være en væsentlig forringelse af de ansattes ansættelsesforhold. Endvidere blev det anført, at det må påhvile erhverver af en virksomhed at undersøge overenskomstforholdene på virksomheden.

I sin afgørelse henviste Arbejdsretten bl.a. til, at hverken direktivet eller loven giver holdepunkter for at antage, at det forhold, at erhververen ikke er part i en konkurrerende overenskomst med samme faglige gyldighedsområde, skulle bevirke, at erhververen bliver bundet af overenskomsten.

Spørgsmålet om, hvorvidt en erhverver indtræder i overenskomsten som sådan, skal derfor afgøres efter arbejdsretlige normer, som de er udformet i arbejdsretlig praksis. Praksis må forstås således, at en erhverver af en virksomhed af en sådan art, at det kan forventes, at den er omfattet af en kollektiv overenskomst, må være forberedt på, at der er overenskomst. Erhverver har derfor en undersøgelsespligt, og manglende opfyldelse af denne bevirker, at han selv bærer risikoen for at blive bundet af overenskomsten ved passivitet. Og når det er kommet til erhververens kundskab, at virksomhedens ansatte er overenskomstdækkede, har han krav på en rimelig frist til stillingstagen til, om han ønsker at blive bundet af overenskomsten, jf. Superfos-voldgiftskendelsen i punkt 1.2.7.

Arbejdsretten fandt på baggrund af ovennævnte særlige omstændigheder, at der ikke var tilstrækkeligt grundlag for at pålægge erhververen risikoen i den forstand, at han skulle blive bundet af overenskomsten. Herefter blev Metax Benzin frifundet.

1.2.4. Overdragere ansatte er omfattet af kollektiv overenskomst

Såfremt de overtagne arbejdstagere er omfattet af en kollektiv overenskomst, kan erhververen tage stilling til, om han ønsker at indtræde som part i overenskomstforholdet.

Vælger erhververen umiddelbart at indtræde i overenskomstforholdet, er konsekvensen, at ansættelsesforholdet fortsætter på uændrede vilkår - de ansatte stilles altså, som om intet var hændt.

Erhverver kan også vælge at undlade at indtræde i overenskomsten, fordi han ønsker, at de overtagne medarbejdere skal dækkes af hans "egen" overenskomst. Ved udløb af den gamle overens-

komst vil de overtagne medarbejdere herefter blive omfattet af erhververens evt. overenskomst. Det er i retspraksis ikke afklaret i hvilket omfang erhververens beslutning om ikke at indtræde i overenskomsten skal varsles individuelt overfor den enkelte medarbejder.

En anden mulighed er, at erhverver undlader at indtræde i overenskomsten, uden at en anden overenskomst træder i stedet. I denne situation skal erhverver indgå en individuel aftale omhandlende løn- og ansættelsesvilkår med hver enkelt medarbejder.

Uanset hvilken løsning der vælges, er konsekvensen af manglende indtræden den samme, nemlig at erhververen indtil overenskomstens udløb skal respektere de kollektive rettigheder, hvoraf medarbejderne kan udlede deres individuelle rettigheder.

En beslutning om ikke at indtræde i en kollektiv overenskomst rejser adskillige selvstændige problemer herunder om de "overtagne" medarbejdere kan kræve en vis minimumsbeskyttelsesperiode, hvor de kan henholde sig til deres "gamle overenskomst", se nærmere herom i afsnit 1.2.5. Endvidere kan det være vanskeligt at afgrænse omfanget af de "overtagne" medarbejders individuelle rettigheder, der kan udledes af den kollektive overenskomst (kollektive rettigheder), jf. afsnit 1.2.6.1.

1.2.5. Opsigelse af kollektive overenskomster - individuelle varsler

En kollektiv overenskomst er en *aftale*, der er indgået mellem 2 parter. Såfremt erhverver ikke ønsker at indtræde i overenskomsten, kan han meddele dette til overenskomstparten.¹⁸ Muligheden for at opsiges overenskomsten afhænger derfor også af, hvad der er aftalt mellem parterne.

I kollektive overenskomster er det som oftest aftalt, hvorledes og med hvilket varsel overenskomsten kan opsiges. I Hovedaftalen mellem LO og DA er der taget stilling til spørgsmålet i aftalens § 7, stk. 1, som bestemmer følgende: "Opsigelsesfristen for overenskomster angående priskuranter og øvrige arbejdsforhold er 3 måneder, med mindre andet er aftalt." I praksis har et varsel på 3 måneder udviklet sig til en almindelig arbejdsretlig regel, der finder anvendelse, med mindre parterne har aftalt andet, og overenskomsten ikke er indgået mellem parter, der er omfattet af Hovedaftalen mellem LO og DA.¹⁹

Lignende bestemmelser finder anvendelse på KTO-området - disse har dog kortere opsigelsesvarsler.

Opsigelsesadgangen kan generelt gøres gældende med virkning per 1. marts i året for overenskomstperiodens udløb.

I forbindelse med en virksomhedsoverdragelse hvor erhverver *meddeler*, at han ikke ønsker at indtræde i overenskomsten, er situationen en anden, idet erhverver ikke er part i overenskomsten. Erhverver skal derfor heller ikke respektere de varsler og opsigelsesregler, som overenskomsten opererer med, jf. Superfos-kendelsen,²⁰ hvor Voldgiftens medlemmer udtaler: "I et tilfælde som det foreliggende hvor erhververen ikke var og heller ikke som følge af reglerne i virksomhedsoverdragelsesloven automatisk er blevet part i dette overenskomstforhold, kan erhververen imidlertid ikke være forpligtet til at iagttage opsigelsesreglerne i overenskomsten og hovedaftalen. Kravene til en op-

¹⁸ Meddeler erhverver ikke, at han ikke ønsker at indtræde i overenskomsten, opstår spørgsmålet, om han er bundet af denne p.g.a. passivitet, jf. herom afsnit 1.2.7.

¹⁹ Per Jakobsen, Kollektiv Arbejdsret, side 76, 5. reviderede udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994.

²⁰ For en fylldig gennemgang af kendelsen, se afsnit 1.2.7.

sigelse må i sådant tilfælde være opfyldt ved en simpel meddelelse...."

Som nævnt i afsnit 1.2.4. skal erhverver indtil overenskomstens udløb respektere de kollektive rettigheder, hvoraf medarbejderen kan udlede deres kollektive rettigheder. Spørgsmålet, der herefter rejser sig, er, hvorvidt der kan antages at være krav om en vis varslingsperiode eller krav om, at de berørte medarbejdere har ret til at være omfattet af deres gamle overenskomst i en vis periode, før end de nye ansættelsesvilkår bliver gældende. Spørgsmålet er blevet sat på spidsen, fordi erhverver i samme kendelse indrømmer en rimelig frist for stillingtagen til, om han ønsker at indtræde i overenskomsten. Når disse to præmisser sammenholdes, kan lovens beskyttelse af overdragne medarbejdere i praksis vise sig at være meget begrænset. I værste fald kan tænkes den situation, hvor virksomheden 2 måneder forinden overenskomstens udløb overdrages. Kan erhverver efter 2 ugers overvejelser vælge at undlade at indtræde i overenskomsten således, at varslet reelt kun er 6 uger?

Spørgsmålet er ikke afklaret i praksis.

1.2.6. Aftaler og forhold som erhverver i øvrigt skal være opmærksom på ved overdragelsen

1.2.6.1. Hovedaftale

En hovedaftale må karakteriseres som en kollektiv overenskomst af en særegen karakter. Typisk er aftalen indgået mellem hovedorganisationer. Hovedaftalen indeholder de overordnede regler f.eks. om retten til at iværksætte konflikt og arbejdsgivers ret til at lede og fordele arbejdet og ikke mindst beskyttelsen mod usaglig afskedigelse. Disse regler gælder, *uanset* om overenskomsten er opsagt.²¹

Ud over den indholdsmæssige forskel adskiller hovedaftalerne sig fra de kollektive overenskomster ved ofte at have en længere gyldighedsperiode og et længere opsigelsesvarsel. I hovedaftalen af 1992 mellem LO og DA er det om en opsagt hovedaftale i § 12, stk. 2, bestemt: "Er forhandlingerne om en fornyelse af Hovedaftalen efter stedfunden opsigelse ikke afsluttet til den pågældende 1. januar, gælder Hovedaftalen, uanset at opsigelsestidspunktet overskrides, indtil de ikraftværende kollektive overenskomster afløses af nye, og den bortfalder da ved de nye kollektive overenskomsters ikrafttræden."

VOL indebærer, at de rettigheder, der kan udledes af hovedaftalen, og som kan gøres gældende af den enkelte lønmodtager f.eks. beskyttelse mod usaglig afskedigelse, går med over. Derimod overføres de rettigheder, som kun ville gøres gældende af den ene overenskomstspart mod den anden, ikke, f.eks. reglerne for varsel af kollektive kampskridt.

Det er ikke afklaret, om der som en konsekvens af, at en erhverver undlader at indtræde i en overenskomst skal afgives et selvstændigt opsigelsesvarsel i forhold til hovedaftalen. I Superfoss-kendelsen blev det imidlertid slået fast, at: "I et tilfælde som det foreliggende.... kan erhververen ikke være forpligtet til at iagttage opsigelsesreglerne i overenskomsten og hovedaftalen. Kravene til en opsigelse må i et sådant tilfælde være opfyldt ved en simpel meddelelse til overenskomstens arbejdstagerpart om, at de hidtidige overenskomstmæssige løn- og arbejdsvilkår for de overtagne medarbejdere ved overenskomstens udløb afløses af de løn og arbejdsvilkår, som er gældende for virksomhedens øvrige medarbejdere med tilsvarende opgaver."

²¹ Per Jakobsen, Kollektiv arbejdsret, side 85, 5. reviderede udgave.

1.2.6.2. Lokalaftaler

En lokalaftale er en aftale indgået mellem parterne, som supplerer overenskomsten enten ved at udfylde og fortolke eller ved at fravige den. Da lokalaftalen er en del af aftalegrundlaget (overenskomsten) mellem arbejdsgiver og arbejdstager, indtræder erhverver derfor i de rettigheder og pligter, som lønmodtagerne kan udlede heraf. Såfremt erhverver vælger at indtræde i overenskomsten, fortsætter lokalaftalerne uforandret. Erhververen har imidlertid også mulighed for at bestemme, at han ikke ønsker at indtræde. Ønskes aftalen opsagt, gælder tilsvarende som for kutymen, dvs. der skal anlægges en vurdering af, hvorvidt lokalaftalen er af fortolkende/supplerende eller fravigende karakter i forhold til overenskomsten, jf. nedenfor.

1.2.6.3. Kutymen

Uanset at parterne ved aftale kan fastlægge, hvorpå ansættelsesforholdet beror, er det meget almindeligt, at der på virksomhederne gælder nogle "uskrevne regler", som de ansatte ikke desto mindre ofte kan udlede rettigheder eller pligter af. De uskrevne regler kan have karakter af en kutyme og skal respekteres af erhverver.

Per Jakobsen anfører, at hovedbetingelserne for at kunne fastslå, at der er opstået en bindende kutyme, er, at en praksis har varet i et længere tidsrum, som oftest flere år, at indholdet af den er klart og entydigt, at den inden for det område, hvor den gøres gældende, har været fulgt i en så almindelig grad, at der ikke er tale om væsentlige afvigelser herfra, og endelig at parterne har fulgt den, fordi de har følt sig retligt forpligtet hertil, eller at en part med føje har haft indtryk af, at modparten handlede ud fra en retlig forpligtelse.²²

I den arbejdsretlige litteratur arbejdes med 2 forskellige former for kutymen: 1) Kutymen, som supplerer (fortolker) overenskomsten, hvor denne er tavs, og 2) kutymen, der fraviger overenskomsten. Kutymen kan dække hele overenskomstens fagområde eller blot være af lokal karakter og dække den pågældende virksomhed.

Kutymen, som supplerer (fortolker) overenskomsten, er at sidestille med en overenskomstbestemmelse - bare uskrevet. Kutymen skal derfor opsiges sammen med den overenskomst, som den er blevet en del af.

Kutymen, der fraviger overenskomsten eller indskrænker ledelsesretten, kan som hovedregel opsiges med et passende varsel uafhængigt af overenskomsten - med mindre den må antages at være blevet en del af overenskomsten. Da kan opsigelse først ske ved udløb af denne. Såfremt kutymen har været gældende i længere tid og har væsentlig betydning for de ansatte, men altså ikke kan antages at være blevet en del af overenskomsten (lønberegning, mulighed for tillæg), antages det ikke desto mindre, at opsigelse først kan ske til overenskomstens udløb.

Såfremt kutymen ønskes opsagt, gælder det samme opsigelsesvarsel for denne, som gælder for opsigelse af den pågældende overenskomst.

1.2.7. Erhververs indtræden i kollektiv overenskomst grundet passivitet

I 1996 blev der afsagt en principiel kendelse af tre højesteretsdommere,²³ som tog stilling til overenskomstsspørgsmålet mellem erhverver og overdragere overenskomstansatte medarbejdere, som er

²² Per Jakobsen, Kollektiv arbejdsret, side 63, 5. reviderede udgave.

²³ Voldgiftskendelse af 7. februar 1996 - Superfos A/S.

blevet overført til erhverver i medfør af VOL.

Sagens faktiske omstændigheder var følgende: Ringkjøbing Amt havde bl.a. udliciteret vejvedligeholdelse til Superfos A/S. Amtet var medlem af Amtsrådsforeningen, som havde overenskomst med FOA. Superfos var medlem af Entreprenørforeningen, som havde overenskomst med SID. Af overdragelsesaftalen fremgik det ikke, hvorvidt Superfos A/S ønskede at indtræde i FOA's overenskomst. Det fremgik blot, at der var enighed om, at VOL fandt anvendelse. Medarbejderne overgik til Superfos A/S den 1. november 1994. Mellem parterne var der enighed om, at overenskomsterne havde samme gyldighedsområde.

Spørgsmålet, som voldgiften nu skulle tage stilling til, var, om Superfos A/S var part i FOA's overenskomst p.g.a. VOL, eller om partsstatus var en realitet grundet manglende meddelelse til erhverver inden overdragelsen - dvs. spørgsmålet om, hvorvidt erhverver bliver part i overenskomstforholdet i kraft af en passivitetsvirkning.

Af kendelsen fremgik det bl.a., at:

- erhverver ikke automatisk blev overenskomstpart i kraft af overdragelsen i henhold til VOL,
- det var tilstrækkeligt, at der gives meddelelse om, at virksomhedens almindelige lønvilkår m.v. vil være gældende efter overenskomsten udløb,
- det var naturligt, at erhververen blev indrømmet en rimelig frist til at tage stilling til overenskomstspørgsmålet.

Erhverver meddelte den 8. december 1994, altså ca. en måned efter overdragelsen, at han ikke ønskede at indtræde i overenskomsten. Voldgiftens medlemmer fandt ikke, at erhververs meddelelse til medarbejderne om, at han ikke ønskede at indtræde i overenskomsten en måned efter overdragelsen havde fundet sted, kunne danne grundlag for at antage, at han var bundet ud fra passivitetssynspunktet. I den forbindelse blev det understreget, at de passivitetsbetragtninger, som efter den arbejdsretlige teori og praksis kunne føre til, at erhververen forpligtes, ikke kunne tillægges samme vægt efter VOL's ikrafttræden, fordi VOL, uanset hvad der måtte blive aftalt, forpligter en erhverver til at opretholde overenskomstens løn- og ansættelsesvilkår m.v. - indtil overenskomstens udløb.

Voldgiften udtaler endvidere, at denne nye beskyttelse af lønmodtagerne også omvendt må betyde, at der ikke længere kan siges at være samme behov for en hurtig afklaring af overenskomstforholdet. På den baggrund er det naturligt, at erhververen har en rimelig frist til at vurdere, hvorvidt han ønsker at indtræde i overenskomsten.

Kendelsen gør op med den hurtigt indtrædende passivitetsvirkning. Kendelsen indfører til gengæld et nyt begreb: "rimelig frist". Spørgsmålet er imidlertid fra hvornår, den rimelige frist skal beregnes. Skal den rimelige frist regnes fra det faktiske overdragelsestidspunkt eller fra det tidspunkt, hvor erhverver bliver bekendt med eller burde være blevet bekendt med overenskomsten? Dette spørgsmål afventer fortsat Domstolens stillingtagen.

Endelig kan der rejses spørgsmål om, hvad kendelsen vil betyde i den situation, hvor erhverver ikke har overenskomst. I disse situationer kunne der være behov for, at erhverver senest ved den faktiske overdragelse skulle tage stilling til overenskomstdækning, idet de "overdragne" lønmodtagere ellers i en periode vil opleve usikkerhed omkring deres ansættelsesforhold. Det er altså et spørgsmål om "rimelig frist" her ville være kortere.

Det skal dog bemærkes, at erhververs manglende stillingtagen også kan skyldes, at han simpelthen ikke er i besiddelse af de nødvendige oplysninger. Se afsnit 1.2.3. og den deri nævnte Metax-dom.

1.2.8. Ny forbedret overenskomst i kontraktperioden - hvordan stiller det "overdragne" medarbejdere

Endelig kan man stille det spørgsmål, om "overdragne" medarbejdere i en virksomhed i henhold til VOL, hvor erhververen ikke er indtrådt i deres gamle overenskomst, kan påberåbe sig forbedringer i deres ansættelsesforhold under henvisning til, at deres gamle overenskomst er blevet forbedret. Svaret er ligetil: Lønmodtagerne har ingen mulighed for at gøre sådanne krav gældende. De kan kun gøre de rettigheder gældende, som gjaldt ved overdragelsen, jf. § 2, stk. 1, samt afsnit C, 1.

1.2.9. Erhververs forpligtelser overfor ikke-overtagne medarbejdere

I ovenstående er erhververs forpligtelser overfor overtagne medarbejdere beskrevet. Det er herefter nærliggende at spørge, hvorvidt erhverver har nogle forpligtelser overfor ikke-overtagne medarbejdere. Svaret fremgår indirekte af loven, idet § 2, stk. 1, bestemmer, at erhververen i forhold til overtagne medarbejdere indtræder i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overdragelsestidspunktet i henhold til kollektiv overenskomst, aftale m.v. Modsætningsvis kan der derfor slutes, at erhverver ikke har nogle forpligtelser overfor ikke-overtagne medarbejdere.

Erhverver kan dog tænkes at blive forpligtet overfor endnu ikke-overtagne medarbejdere, hvis han forinden overdragelsen har fundet sted har givet overdragere medarbejder(e) en klar utvetydig meddelelse om, at dennes ansættelsesvilkår, så snart overdragelsen er en realitet, vil blive ændret væsentligt. Jf. i øvrigt afsnit 1.4.3.

1.3. Lovens tidsmæssige udstrækning og muligheden for at afskedige medarbejdere

Det skal understreges, at en lønmodtager altid vil være beskyttet mod afskedigelse *på grund af overdragelse*, jf. lovens § 3, stk. 1, af hvilken det fremgår, at: "Afskedigelse på grund af overdragelse af en virksomhed eller en del heraf anses ikke rimeligt begrundet i virksomhedens forhold, medmindre afskedigelsen skyldes økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer."

Ud over at beskytte lønmodtageren mod usaglig afskedigelse indeholder loven skærpede bevisbyreregler, idet arbejdsgiveren pålægges at løfte bevisbyrden for, at afskedigelsen ikke er usaglig.

I praksis er spørgsmålet, hvor lang tid forinden overdragelsen en arbejdsgiver kan afskedige ansatte, uden at VOL's beskyttelse træder i kraft, og hvor lang tid efter overdragelsen VOL's beskyttelse er gældende.

Så snart der foreligger konkrete holdepunkter for, at overdragelse af virksomheden vil finde sted f.eks. i form af udarbejdelse af udbudsmateriale eller forhandlinger mellem parterne af en vis seriositet - overvejelser omkring salg er formentlig ikke nok - må beskyttelsen af lønmodtagere i lovens § 3 antages at træde i kraft, uagtet at der endnu ikke er indgået en bindende aftale om overdragelse. En mere præcis angivelse end ovennævnte eksempler på holdepunkter, fra hvornår lovens beskyttelse kan antages at indtræde, er vanskelig at fastlægge.

Uanset at loven indeholder et ikke-tidsbegrænset forbud mod afskedigelse p.g.a. overdragelse, er

der ingen tvivl om, at den forgange tid i sig selv har betydning for hvor let/svært, det er at løfte bevisbyrden for, at afskedigelsen ikke skyldes overdragelse men andre udefra kommende forhold. Konsekvensen af den usaglige afskedigelse vil være, at lønmodtageren afhængigt af det retsgrundlag, der regulerer ansættelsesforholdet, vil kunne kræve compensation herfor eller evt. genansættelse.

1.4. Forholdet mellem overdrager og erhverver

VOL regulerer ikke forholdet mellem overdrager og erhverver, men alene forholdet mellem lønmodtager - overdrager og lønmodtager - erhverver.

1.4.1. Spørgsmålet om regres

Isoleret set antages VOL at indebære et fuldstændigt debitorskifte. Konsekvensen af et debitorskifte er, at overdrageren frigøres for sine rettigheder og forpligtelser overfor sine ansatte mod, at erhververen indtræder i ovennævnte for alle de lønmodtagere, hvis arbejdsforhold bestod ved overdragelsen. Der indtrædes i alle krav, uanset om de vedrører tiden før eller efter overdragelse. Den overtagne lønmodtager skal holde sig til én person - sin aktuelle arbejdsgiver.

For overdrager og erhverver bevirker debitorskiftet, at parterne i overdragelsesaftalen enten skal aftale, at gældende praksis for refusion finder anvendelse, eller aftale en specifik fordeling af byrderne. Hvis overdragelsesaftalen ikke tager stilling til spørgsmålet om fordelingen af forpligtelserne, antages det, at refusionsreglerne finder anvendelse.

For overdragelser i henhold til VOL betyder refusionsreglerne, at overdrager i det indbyrdes forhold hæfter for krav, der er opstået inden overdragelsen, men som først forfalder efter denne, mens erhververen hæfter for "nye" krav.

Et eksempel på en forpligtelse, der som udgangspunkt påhviler overdrager med mindre andet fremgår af overdragelsesaftalen, er udbetaling af optjent løn.

Hvis gældende praksis for refusion følges, vil resultatet i nedenstående situationer være følgende:

1) Virksomheden overdrages den 1. i måneden. Lønnen er udbetalt den 31. i forrige måned.

Refusion af løn er ikke relevant, idet denne er udbetalt af overdrager dagen forinden overdragelsen. Såfremt overdrager ikke havde opfyldt sine forpligtelser overfor medarbejderne, skulle erhverver udbetale løn, men ville herefter kunne kræve udlægget tilbagebetalt af overdrager i henhold til reglerne om erstatning inden for kontrakt, idet den manglende betaling er i strid med aftalen mellem overdrager og erhverver.

2) Virksomheden overdrages den 31. i måneden, og lønnen udbetales ligeledes den 31. Erhverver udbetaler lønnen.

Erhverver kan kræve refusion for lønnen hos overdrager til og med den 30., idet lønkravet er opstået, før overdragelsen har fundet sted.

3) Virksomheden overdrages den 15. i måneden, og lønudbetalingen sker den 31. Erhverver betaler derfor lønnen for hele måneden.

Erhverver kan kræve refusion hos overdrager for den del af lønudgifterne, der vedrører de 2 første uger, idet denne del af lønkravet er opstået hos overdrageren, inden overdragelsen fandt sted.

4) Forinden overdragelsen finder sted, afskediger overdrageren én eller flere medarbejdere. Disse medarbejdere overgår herefter til erhverver dog kun til udløbet af deres opsigelsesperiode.

Indtil fratræden skal erhverver ud over løn udbetale godtgørelse, "efterløn" eller lignende, såfremt medarbejderne måtte være berettiget til sådanne ydelser. Erhververen kan ikke gøre regres for så vidt angår lønnen, idet han har modtaget arbejdstagerens arbejdsydelse. Han kan imidlertid heller ikke gøre regres for fratrædelsesgodtgørelse eller lignende, idet han i det indbyrdes forhold med overdrager hæfter for de krav, der forfalder efter overdragelsen, medmindre andet er aftalt. Det gælder også byrdefulde vilkår som fratrædelsesgodtgørelse, "efterløn" m.m. dog under forudsætning af, at overdrager har meddelt de oplysninger om anciennitet, der muliggør erhververs kendskab til kravene. Hvis overdrager ikke loyalt har oplyst om virksomhedens forhold, vil erhverver i henhold til gældende regler om erstatning inden for kontrakt kunne rejse krav om erstatning for de tab, han har lidt på grund af overdragets ansvarspådragende adfærd.

Uanset at refusionsreglerne er enkle at operere med, kan de økonomiske konsekvenser af reglens anvendelse være voldsomme, dels hvis erhverver overser en post, dels hvis overdrager ikke kan honorere sin del af aftalen. Derfor anbefales det, at parterne i forbindelse med en overdragelse aktivt tager stilling til, hvordan det økonomiske mellemværende skal afklares.

Afslutningsvis skal det bemærkes, at erhverver - ud over at kunne have en pligt til at undersøge overenskomstspørgsmålet - har et ansvar for at gøre sig bekendt med sine kommende forpligtelser herudover.

Ud fra virksomhedens regnskaber, kontrakter og referater af væsentlige møder kan erhverver afdekke virksomhedens økonomiske situation og dermed også evt. forpligtelser, der overgår til ham. Undersøgelsespligten betyder, dels at erhverver ikke kan holde sig i uvidenhed om virksomhedens forhold, dels at overdrager bliver erstatningsansvarlig for udlæg, som erhverver ikke burde kunne udlede af det materiale, som overdrager har stillet til rådighed for erhverver.

1.4.2. Overvejelser omkring den kommende erhververs adgang til oplysninger om "overdragne" medarbejdere

I forbindelse med overdragelser og særligt ved udlicitering har det i praksis vist sig, at det er anbefalelsesværdigt, at det som et vilkår i overdragelsesaftalen aftales, at erhverver 1 skal udarbejde et datablad eller lignende for hver ansat *samt* en oversigt over, hvilke overenskomster og væsentlige aftaler, der i øvrigt er gældende på virksomheden, således at erhverver 2 dels har mulighed for at danne sig et overblik over de forpligtelser og rettigheder, han indtræder i i kraft af overdragelsen, dels får et overblik over hvor mange organisationer, der har en aftalerelation til virksomheden, og som der derfor kan blive tale om at samarbejde med.

Særligt i trekantssituationen kan dette have stor betydning, idet erhverver kun kan indtræde i overdragerens (reelt erhverver 1) rettigheder og pligter overfor de ansatte, hvis erhverver 2 har overblik over disse forhold.

Uanset at erhverver kun vil være bundet af overenskomsterne indtil disses udløb, og aftaler, som den tidligere ledelse har indgået med personalet, kan opsiges, er det ikke desto mindre hensigts-

mæssigt at udarbejde disse oversigter, idet erhververen derved bliver klar over det hidtidige omfang af forpligtelser overfor medarbejderne.

Til illustration af vigtigheden af ovenstående skal den såkaldte Scandic-dom U 97.937 SH nævnes (dommen er anket). Situationen var følgende: Scandic havde ansat virksomheden Falke til at forestå rengøringen af hotellet. Falkes manglende ledelse og svigtende økonomi bevirkede, at Scandic kunne forudse problemer med rengøringens udførelse. Scandic kontaktede derfor ISS. ISS overtog nu rengøringsopgaven samt en stor del af personalet herunder 4 oldfruer. De 4 oldfruers ansættelsesforhold ændredes herefter. Ledernes Hovedorganisation, som repræsenterede oldfruerne, nedlagde påstand om, at der var tale om en virksomhedsoverdragelse, hvorfor oldfruerne skulle stilles som i deres oprindelige ansættelsesforhold.

Domstolen udtalte, at der var tale om en virksomhedsoverdragelse, hvorfor oldfruernes oprindelige ansættelsesvilkår skulle genetableres. Herefter fastslog Domstolen, at i det interne forhold mellem Scandic og ISS var Scandic nærmest til at afholde disse ekstraomkostninger, idet Scandic som overdrager havde en omfattende pligt til at oplyse om rettigheder og pligter. Skete det ikke, må risikoen som udgangspunkt bæres af samme. For dette talte i øvrigt, at Scandic havde haft en væsentlig økonomisk interesse i aftalens indgåelse, idet det var uvist, om hotellet ville blive rengjort p.g.a. Falkes problemer.

1.4.3. Personalereduktion i forbindelse med overdragelse

Såfremt der er indgået aftale om en virksomhedsoverdragelse mellem A og B, og der i henhold hertil skal afskediges medarbejdere, vil det efter omstændighederne være overdrager, der skal varsle afskedigelserne, jf. § 5 og § 6.

Muligheden for at afskedige medarbejdere og de eventuelle konsekvenser forbundet hermed er reguleret i lovens § 3. Af § 3, stk. 1, fremgår, at: "Afskedigelse på grund af overdragelse af en virksomhed eller en del heraf anses ikke for rimeligt begrundet i virksomhedens forhold, medmindre disse er begrundet i økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager."

Mange afskedigelser vil derfor blive anset for saglige og efter det oplyste når sagen kun sjældent frem til en egentlig afgørelse, men afskedigelser, der sker alene under henvisning til, at en overdragelse vil finde sted, er usaglige og kan afhængigt af lønmodtagerens ansættelsesgrundlag udløse krav om godtgørelse og genansættelse.

Som illustration af ovenstående skal nævnes en kendelse fra afskedigelsesnævnet fra 1994.

Situationen var følgende: En kvinde krævede godtgørelse for usaglig afskedigelse, idet hendes tidligere arbejdsgiver havde afskediget alle hendes kollegaer og hende selv, da hans forpagtningskontrakt var blevet opsagt. Bortforpagter ville herefter selv drive virksomheden. I forbindelse med afskedigelserne lovede forpagteren at holde medarbejderne orienteret om forholdene, udviklingen og forløbet af forhandlingerne med den nye driftsherre, da det ifølge forpagteren var sandsynligt, at han ville overtage det eksisterende personale. Det var imidlertid ikke tilfældet. De afskedigede medarbejders forbund protesterede derfor over opsigelserne og anførte, at de var usaglige, da de alene var begrundet i virksomhedsoverdragelsen, jf. VOL's § 3.

Opmanden udtalte på baggrund af ovenstående, at det ikke var godtgjort, at der forelå de fornødne økonomiske, tekniske eller organisatoriske grunde, der kunne begrunde afskedigelse af medarbej-

derne. Derudover bemærkede opmanden, at kvinden aktivt havde forsøgt at blive ansat på sin gamle arbejdsplads, hvilket ikke blev imødekommet, ligesom hun ikke modtog en ordentlig begrundelse herfor. På den baggrund tildelte opmanden hende en godtgørelse for usaglig afskedigelse på 70.000 kr.

Uanset at det af loven og sagens natur i øvrigt fremgår, at det er overdrager (de berørte lønmodtageres aktuelle arbejdsgiver), som kan afskedige medarbejderne, hvis betingelserne herfor er opfyldt, sker det i praksis, at overdrager og erhverver aftaler, at nogle medarbejdere skal afskediges. Denne fremgangsmåde er økonomisk bekvem for erhverver, idet han undgår at overtage de pågældende medarbejdere og dermed at betale løn i opsigelsesperioden.

Erhverver skal imidlertid være opmærksom på, at hvis han, efter overdragelse har fundet sted, ansætter personale til at udfylde de jobfunktioner, som de afskedigede lønmodtagere bestred før overdragelsen, vil afskedigelserne kunne anses for at være omfattet af lovens forbud mod usaglig afskedigelse.

I forholdet mellem overdrager og erhverver kan overdragets afskedigelse af medarbejdere efter erhververs anvisning medføre, at der opstår spørgsmål om, hvem der hæfter for evt. krav, som rejses af den afskedigede medarbejder. Medarbejderen vil rejse kravet overfor overdrager, som har handlet på baggrund af erhververs instrukser. Overdrageren vil formentlig ikke synes, at det er rimeligt, at han skal dække evt. krav, idet han foretog afskedigelserne efter ønske fra erhverver. Med henblik på at undgå tvivl om forpligtelserne bør spørgsmålet derfor reguleres i overdragelsesaftalen.

I forbindelse med afskedigelse kan afslutningsvis nævnes den situation, hvor erhverver, forinden overdragelsen har fundet sted, får kontakt til de lønmodtagere, som han skal overtage som led i virksomhedsoverdragelsen, og i den forbindelse gør det klart, at han ikke ønsker de pågældende personer ansat i virksomheden, eller meddeler, at ansættelsesvilkårene vil blive ændret væsentligt. Et eksempel på væsentlige ændringer kunne være en arbejdstidsnedsættelse uden lønkompensation eller flytning af arbejdspladsen fra København til Esbjerg.

I sådanne situationer hvor det er åbenbart, at erhverver vil misligholde ansættelsesforholdet, kan lønmodtageren hæve ansættelsesforholdet uagtet at ansættelsesforholdet til hans nye arbejdsgiver ikke er påbegyndt. Lønmodtageren kan rejse sit evt. krav om usaglig afskedigelse p.g.a. af erhververs anticiperede misligholdelse af ansættelsesforholdet, jf. Lars Svenning Andersen, p. 141-142.

1.4.4. Erhververs misligholdelse af sine kontraktsretlige forpligtelser

Uanset at overdragelsen er veloverstået, kan der ikke desto mindre opstå den situation, at overdrager skal tilbageføre virksomheden til sig selv p.g.a. erhververs misligholdelse af sin del af overdragelsesaftalen. Denne situation bør der tages højde for i overdragelsesaftalen, idet overdrager, uanset at han ikke selv vil fortsætte driften af den tilbagetagne virksomhed, men straks overfører den til en ny erhverver, indtræder i medarbejdernes krav overfor overdrager - også i denne situation er der tale om en overførsel i lovens forstand. Overdrager bør derfor i forbindelse med aftalens indgåelse overveje behovet for at sikre sig mod økonomiske overraskelser ved i aftalen at stille krav om f.eks. bankgaranti for de forpligtelser, der kan opstå i forbindelse med opgavens tilbagetagelse.

1.5. Repræsentanter for lønmodtagerne

1.5.1. Tillidsmandsrettigheder

Af lovens § 4 fremgår: "Repræsentanter for lønmodtagere, der berøres af overdragelse af en virksomhed eller en del heraf, bevarer efter overdragelsen deres hidtidige retsstilling og funktion.

Medfører overdragelsen, at grundlaget for deres repræsentation ophører, er lønmodtagerrepræsentanten fortsat omfattet af beskyttelsesreglerne, der gælder på det pågældende område. Beskyttelsen gælder dog kun i en periode, der regnet fra funktionens ophør svarer til det overenskomsts- eller aftalemæssigt fastsatte varsel for opsigelse af lønmodtagerrepræsentanter."

Beskyttelsen af tillidsmanden betyder imidlertid ikke, at denne er uopsigelig - VOL gælder også for tillidsrepræsentanter, men tillidsmandsreglerne om afskedigelse, som findes i overenskomsterne, skal naturligvis overholdes.

1.5.2. Sikkerhedsrepræsentant

Ligesom tillidsrepræsentanten nyder virksomhedens sikkerhedsrepræsentant en udvidet beskyttelse mod afskedigelse i forbindelse med overdragelsen.

Såfremt virksomheden ikke er omfattet af en kollektiv overenskomst om spørgsmålet, er sikkerhedsrepræsentanten omfattet af Arbejds miljølovens § 10, stk. 2, og dermed beskyttet mod afskedigelse på samme måde, som tillidsmænd inden for vedkommende eller tilsvarende faglige arbejdsområde.

1.5.3. Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer

Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer er eksplicit undtaget fra begrebet "repræsentanter for de lønmodtagere", jf. direktivets art. 2, litra c. Konsekvensen er derfor, at den medarbejdervalgte lønmodtager i forbindelse med overdragelsen stilles på nøjagtig samme vis som virksomhedens øvrige ansatte.

I henhold til aktie- og anpartsselskabslovene har ansatte imidlertid krav på repræsentation i selskabets bestyrelse, såfremt dette i 3 år har beskæftiget mere end 35 medarbejdere. I forbindelse med en overdragelse er spørgsmålet, om man kan overflytte denne "anciennitet" fra overdrageren til erhververen. Vestre Landsret har i U 85.965 besvaret dette spørgsmål bekræftende under henvisning til, at der ikke i lovens forarbejder er noget grundlag for at antage, at lønmodtagerne skulle miste den ret til repræsentation i bestyrelsen, som de havde haft i det hidtidige selskab.

2. VOL og gældende ret i øvrigt

Det skal indledningsvis understreges, at en erhverver ikke under henvisning til VOL kan undslå sig for at iagttage f.eks. gældende regler for et sundt arbejdsmiljø, blot fordi overdrager ikke har indrettet virksomheden forskriftsmæssigt. Gældende ret, herunder EU-retlige forpligtelser og ILO-forpligtelser, skal iagttages sideløbende med VOL.

2.1. ILO konvention 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter

ILO-konvention 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter blev vedtaget af den Internationale Arbejdskonference i 1949 og ratificeret af Danmark i 1955.

Konventionen er gennemført ved Arbejdsministeriets cirkulærer af 18. maj 1966 og 27. juni 1990.

Efter konventionen skal der i kontrakter, der indgås med offentlige myndigheder, indsættes klausuler om, at vedkommende arbejdere skal sikres løn- og arbejdsvilkår, der ikke er mindre gunstige end dem, der gælder på den egn, hvor arbejdet udføres i henhold til: 1) Kollektiv overenskomst eller anden anerkendt forhandlingsform mellem arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, der repræsenterer en væsentlig del af henholdsvis arbejdsgiverne og arbejdstagerne i vedkommende fag eller industri eller 2) i henhold til voldgiftskendelse eller 3) i henhold til nationale love eller administrative forskrifter. Konventionen gælder fuldt ud på statens område, og ved cirkulæret af 1990 har man henstillet til kommunerne og amterne at anvende konventionen for så vidt angår bygge- og anlægsarbejde.

Brugen af klausuler kan begrænses til kontrakter, der har en værdi af over p.t. 40 millioner kr.

Formålet med konventionen er således, at det gøres tydeligt, at den lokale løn og andre arbejdsvilkår som minimum skal sikres alle lønmodtagere, at lønmodtagerne bliver oplyst om deres rettigheder i henhold til konventionen, og at manglende overholdelse af konventionen sanktioneres med en passende straffebestemmelse.

Ansvarlig for klausulens overholdelse er virksomhedens leder. Såfremt erhververen overdrager opgaver til udførelse af underentreprenører, er det fortsat erhververen og ikke underentreprenøren, der overfor myndigheden er ansvarlig for konventionens overholdelse.

I tilfælde, hvor VOL også finder anvendelse, har konventionen nok kun begrænset betydning. Lønmodtagerne vil altid skulle have den bedste beskyttelse, og der kan måske forekomme tilfælde - navnlig hvis geografiske forhold spiller ind - hvor de ansatte får krav på en højere løn, end de havde hos overdrageren.

3. VOL og underleverandører

Inden for nogle brancher er det almindeligt, at en virksomhed vælger at lade en underleverandør udføre en del af det færdige produkt. I relation til VOL rejser brugen af underleverandører ingen specifikke problemer. Den vurdering, der skal anlægges, når en erhverver efter at have vundet en statslig licitation vælger at lade en del af opgaven udføre af underleverandører, er den samme som gælder i den almindelige overdragelsessituation.

Spørgsmålet om brugen af underleverandører, dvs. inddragelse af en tredje part i forholdet mellem A og B efter aftalens indgåelse, skal afgøres i henhold til obligationsrettens regler herom og selvfølgelig under iagttagelse af kontrakten, hvis spørgsmålet er nævnt i denne.

4. Tjenestemænds retsstilling ved overdragelse

Ved udbud eller udlicitering af tjenesteydelser er der grund til at være særlig opmærksom, hvis der i den overdragende virksomhed er ansat tjenestemænd. Tjenestemænds ansættelsesforhold er karakteriseret ved, at løn- og ansættelsesvilkårene er fastsat ved lov - for statstjenestemænd i tjenestemandsløven og for kommunale tjenestemænd i tjenestemandregulativet. Desuden er tjenestemænd særligt beskyttede i forbindelse med uansøgt afskedigelse ved en særlig afskedigelsesprocedure og ret til rådighedsløn i 3 år efter fratrædelsen. Yderligere er der til tjenestemandsansættelsen knyttet særlige tjenestemandspensionsrettigheder, der er reguleret ved lov/regulativ.

De i afsnittet anvendte eksempler er hovedsageligt eksempler, hvor der er tale om hel eller delvis frasalg af en offentlig virksomhed. Det må dog antages, at de retlige overvejelser om tjenestemænds retsstilling i forbindelse hermed kan anvendes analogt på situationer, hvor staten eller kommuner udbyder/udliciterer en tjenesteydelse.

4.1. Retlige overvejelser

Ved statens eller kommuners udbud af tjenesteydelser til en virksomhed i privatretlig form skal tjenestemænds ansættelsesretlige situation afklares. Desuden er det spørgsmålet, om en tjenestemand har pligt til fortsat at gøre tjeneste i den overdragede virksomhed.

Efter § 2 i virksomhedsoverdragelsesloven indtræder erhververen af en virksomhed i de rettigheder og pligter, der består på overdragelsestidspunktet - herunder bestemmelser om løn- og arbejdsforhold, der er fastsat eller godkendt af offentlig myndighed. Men for tjenestemænd gælder, at erhververen ikke kan indtræde i de tjenstemandsretlige rettigheder og pligter, jf. tjenstemandsloven og tjenstemandsregulativet.

Det er derfor ved udlicitering eller anden form for overdragelse af statslige eller kommunale opgaver i praksis nødvendigt at træffe særskilt aftale om tjenestemændenes ansættelsesmæssige retsstilling - enten ved aftale om fortsat statslig/kommunal tjenstemandsansættelse kombineret med en udlånsordning til erhververen eller ved afskedigelse med rådighedsløn/ventepenge eller overførsel til anden passende stilling.

For tjenstemandsansatte er der i praksis opereret med 3 forskellige valgmuligheder ved overdragelse:

Den statslige eller kommunale virksomhed tilbyder tjenstemændene ansættelse i selskabet på overenskomstmæssige vilkår. Hvis tjenstemanden accepterer dette, fratræder pågældende som tjenstemand med opsat tjenstemandspension og ansættes på overenskomstvilkår med sin nuværende løn.

Tjenstemænd, der ikke ønsker at overgå til overenskomstansættelse, kan i stedet vælge at gøre tjeneste i den overdragede virksomhed via en udlånsordning og dermed bevare ansættelsesforholdet til staten/kommunen. Det kan efter nærmere aftale præciseres, at virksomheden herefter refunderer staten/kommunen lønninger, pensioner og evt. rådighedsløn i de tilfælde, hvor de af staten/kommunen til selskabet udlånte tjenstemænd senere må afskediges, fordi det ikke har været muligt at tilbyde anden passende beskæftigelse.

Afviser tjenstemanden begge de ovennævnte muligheder, og er han berettiget hertil, må han enten overføres til anden passende stilling eller afskediges med ret til rådighedsløn/ventepenge.

Eks. GiroBank A/S:

Ved Lov om GiroBank A/S²⁴ blev det bestemt, at det tjenstemandsansatte personale dels kunne vælge at overgå til overenskomstansættelse ved GiroBank A/S, dels kunne bevare ansættelsesforholdet til staten og lade sig udlåne til GiroBank A/S. Desuden fremgik det af lovforslaget, at de tjenstemænd, der ikke ønskede at acceptere et af ovennævnte tilbud, eller som ikke inden en vis frist reagerede på tilbuddene, bevarede deres ansættelse i staten, idet de i overensstemmelse med §§ 12

²⁴ Lov nr. 322 af 31. maj 1991.

og 13 i tjenestemandsløven søges anvist en anden passende stilling eller afskediges med krav på rådighedsløn/ventepenge.

Med hensyn tjenestemændenes pligt til at gøre tjeneste i den overdragede virksomhed skal dette spørgsmål vurderes i relation til de retsregler, der følger tjenestemandsløvens (tjenestemandregulativets²⁵) §§ 12 og 13.

Desuden vil kongeligt udnævnte tjenestemænd være yderligere beskyttet af Grundlovens § 27, stk. 3, som fastslår, at de af kongen udnævnte tjenestemænd kun kan forflyttes uden deres samtykke, når de ikke derved lider tab i de med tjenestemandsstillingen forbundne indtægter, og der gives dem valget mellem sådan forflyttelse og afsked med pension efter de almindelige regler.

Tjenestemandsløvens §§ 12 og 13²⁶ indeholder en række bestemmelser, der forpligter tjenestemænd til at lade sig omflytte til andre tjenestemandsstillinger, uden at de pågældende af den grund kan påberåbe sig ret til afsked med pension eller rådighedsløn.

Efter tjenestemandsløvens § 12 har en tjenestemand inden for sit ansættelsesområde pligt til at tåle sådanne forandringer i arten og omfanget af sine arbejdsopgaver, som ikke ændrer tjenestens karakter, og som ikke medfører, at arbejdsopgaverne ikke længere kan anses for passende.

I praksis må tjenestemænd finde sig i selv ganske betydelige omlægninger i deres arbejdsforhold, når disse ændringer udløses af generelle omlægninger af opgaver i den offentlige sektor - enten ved overførsel af opgaver mellem statslige myndigheder eller ved opgaveomlægninger mellem stat og kommune.

Omdannelse/udlægning af en stats-/kommunalvirksomhed til et i privatretlige former stiftet aktieselskab giver derimod betydelig tvivl med hensyn til spørgsmålet om forflyttelsesgrænsen.

For statstjenestemænds vedkommende har Justitsministeriet udtalt,²⁷ at "...det går formentlig an at forpligte en statstjenestemand til at gøre tjeneste i et fuldstændigt statsejet aktieselskab. Justitsministeriet har herved navnlig lagt vægt på, at tjenestemændene i de aktuelle tilfælde skal bevare nøjagtig de samme funktioner i nøjagtig de samme stillingstyper som før omdannelsen."

Det betyder, at der vil være tale om forflyttelse, hvis ansættelsesstrukturen ændres og medarbejderne placeres på nye poster eller generelt lader de, der går over på overenskomstvilkår, være overordnede i forhold til tjenestemændene.

Justitsministeriet har ligeledes udtalt, at der vil være tale om forflyttelse, hvis staten sælger større dele af aktiebeholdningen (mere end 10 til 25 %) for at sikre privat indflydelse på selskabets drift.

²⁵ Herefter nævnes kun tjenestemandsløven, når bestemmelserne er identiske.

²⁶ §§ 12 og 13 gælder kun for tjenestemænd, der er ansat eller udnævnt som tjenestemænd efter den 1. juli 1969. Tjenestemænd ansat eller udnævnt før 1. juli 1969 er fortsat omfattet af bestemmelserne i Lønnings- og Pensionslovens §§ 4 og 59.

²⁷ Notat af 21. november 1990 om statstjenestemændenes retsstilling i forbindelse med oprettelsen af Giro-Bank.

En vurdering af, om en ændring i tjenestemandens tjenesteforhold er en forflyttelse i tjenstemandslovens forstand, vil desuden bero på en række faktiske forhold i tjenesten, herunder arbejdets art, arbejdets omfang, lønforhold, forudseelige ændringer m.v.

Eks. Københavns Lufthavne A/S:

Som eksempel på overdragelse af en statsvirksomhed, hvor statstjenestemændene enten kunne vælge mellem at overgå til overenskomstansættelse eller blive udlånt til statsvirksomheden, kan nævnes dannelsen af Københavns Lufthavne A/S i 1990.

I juni 1990 blev lov om Københavns Lufthavne A/S vedtaget.²⁸ Ved dannelsen af aktieselskabet var det regeringens hensigt at sælge op til 25 % af aktierne i selskabet på det private kapitalmarked. Det blev i loven vedtaget, at tjenestemændene var **forpligtet** til at gøre tjeneste ved lufthavnene. Det betød, at det tjenestemandsansatte personale fik valget mellem enten at overgå til overenskomstansættelse eller at bevare ansættelsesforholdet til staten kombineret med en udlånsordning til det nydannede selskab. Der var således **ikke** mulighed for at lade sig afskedige med ret til rådighedsløn/ventepenge.

I en række andre tilfælde har oprettelse af et statsejet aktieselskab betydet så væsentlige organisatoriske ændringer, at det tjenestemandsansatte personale har fået mulighed for som en tredje mulighed at kunne fratræde med ret til rådighedsløn/ventepenge.

4.2. Udlånte tjenestemænds retsstilling

Det antages, at udlånte tjenestemænd, der udfører tjenesten i et privatretligt organiseret selskab, ikke kan anses for at være ansat i selskabet, da de netop er udlånt af kommunen/staten til selskabet. De lov- og aftalebaserede regler, der regulerer ansattes rettigheder i relation til tillidsrepræsentantordninger og repræsentation i SU- og SI-regi samt bestyrelser m.v. i sådanne selskaber, gælder derfor ikke umiddelbart udlånte tjenestemænd. Det drejer sig om følgende regelsæt:

4.2.1. Selskabsbestyrelser

Ansatte i selskaber, der i de sidste 3 år har beskæftiget gennemsnitligt mindst 35 medarbejdere, har ret til heriblandt at vælge et antal medlemmer til bestyrelsen (og suppleanter for disse), der svarer til halvdelen af det antal bestyrelsesmedlemmer, der i øvrigt er i selskabet, dog mindst 2 medlemmer, jf. aktieselskabslovens § 49, stk. 2, og anpartsselskabslovens § 22, stk. 1. Det kan dog i vedtægten fastsættes, at medarbejderne har ret til at vælge 2 eller flere bestyrelsesmedlemmer, uanset at selskabet ikke har bestået i 3 år.

Udlånte tjenestemænds medbestemmelse sikres, enten ved at der indgås aftale herom, eller ved at det bestemmes i A/S-vedtægten m.v., at disse har ret til at udpege et eller flere medlemmer af bestyrelsen²⁹.

4.2.2. Samarbejdsudvalg og tillidsrepræsentanter

Samarbejdsudvalgs- og tillidsrepræsentantordninger gælder på overenskomstområdet og omfatter derfor ikke udlånte tjenestemænd umiddelbart.

²⁸ Lov nr. 428 af 13. juni 1990.

²⁹ Der er i dag tvivl om, om der er hjemmel i aktieselskabslovgivningen til, at disse aftaler kan træffes.

Det præciseres derfor i udlånsaftalen, at de udlånte tjenestemænd på tilsvarende måde som de øvrige ansatte deltager i samarbejdsudvalg, eventuelle underudvalg heraf, valg af tillidsrepræsentant og opstilling til sådanne valg. Der gælder særlige regler navnlig for proceduren i forbindelse med afskedigelse af tjenestemænd, hvilket bør indgå i SU-udvalgets arbejde, jf. bestemmelserne i tjenestemandensregulativerne.

4.2.3. Sikkerheds- og sundhedsarbejde

Det fremgår af arbejdsmiljølovens §§ 6-12, at der skal oprettes en sikkerheds- og sundhedsordning i virksomheder med 10 ansatte eller derover, og at de ansatte i denne forbindelse har ret til at vælge sikkerhedsrepræsentanter til at repræsentere sig i spørgsmål om de ansattes sikkerhed og sundhed. Det er først og fremmest afgørende for, om man som medarbejder har ret til at deltage i valg af sikkerhedsrepræsentant eller at lade sig vælge til et sådant hverv, at man ikke varetager funktioner af ledelsesmæssig karakter.

Det er derfor muligvis mindre end for de under 4.2.1. og 4.2.2. nævnte ordninger tvivlsomt, hvorvidt også udlånte tjenestemænd, som ikke varetager ledelsesmæssige opgaver, umiddelbart er omfattet af reglerne. Dette spørgsmål løses ved, at der indgås aftale herom.

4.2.4. Eksempler på konkrete ordninger

Til illustration af, hvorledes en løsning på nogle af de ovenfor skitserede problemstillinger kan søges opnået, kan fra statens område nævnes, at man i forbindelse med oprettelsen af et særligt aktieselskab for DSB's rederivirksomhed ved lov fastlagde, at de tjenestemænd, der udlåntes til selskabet, fik ret til at deltage på lige fod med selskabets medarbejdere ved valg af medarbejderrepræsentanter til selskabets bestyrelse og på tilsvarende måde blev valgbare til denne.

Fra det kommunale område kan der f.eks. peges på følgende eksempel: Den selvejende institution Kolding Områdets Energiselskab - KOE blev oprettet i 1994 som en sammenslutning af Kolding Kommunes forsyningsforvaltnings el-, gas- og varmforsyning og Kolding Oplands Højspændingsforsyning. Som led i udlånsordningerne for de tjenestemænd, der hidtil havde været ansat ved kommunens forsyningsforvaltning, og som overgik til at være som udlånte tjenestemænd i selskabet, blev det bl.a. aftalt, at de udlånte tjenestemænd er ligeværdige med de øvrige medarbejdere og kan vælges som tillidsrepræsentanter, SI- og SU-repræsentanter samt til bestyrelsen. Aftalen er vedlagt som bilag A.

Endvidere kan det etablerede offentligt-private selskab Completa A/S, som er oprettet af Fyns Amt og Partena, og som overtager en del af amtets sygehusopgaver, nævnes. Af udlånsaftalen mellem amtet og de forhandlingsberettigede organisationer fremgår det bl.a., at udlånte tjenestemænd i udlånsperioden kan vælges som tillids-, sikkerheds- og samarbejdsudvalgsrepræsentanter. Aftalen er vedlagt som bilag B.

4.3. Senere advancementsmuligheder m.v.

Tjenestemandsansættelse ved udlån i et selskab vil almindeligvis ikke være en hindring for advancement til en stilling med større ledelsesmæssig kompetence end den, som tjenestemanden udlåntes til, men spørgsmålet kan med fordel afklares ved aftalens indgåelse.

Pkt. B - Mulighed for at kræve ikke-lovgivningsmæssige forpligtelser iagttaget

1. Kommuners adgang til ved indgåelse af aftaler om udførelse af serviceydelser for kommunerne at stille krav om eller lægge vægt på løn- og ansættelsesforhold for leverandørernes medarbejdere, ud over hvad der gælder efter lovgivningen

Der er ikke i lovgivningen fastsat regler, som generelt regulerer kommuners indgåelse af aftaler med private om udførelse af serviceopgaver for kommunerne.

En kommunes indgåelse af sådanne aftaler er dog ikke ubundet af retsregler. Ud over regler i den skrevne lovgivning, som er af betydning i sådanne tilfælde, såsom især EU-udbudsdirektiverne, er en kommune også ved indgåelse af sådanne aftaler bundet af almindelige offentligretlige retsgrundsætninger, herunder kravet om saglighed i forvaltningen, lighedsgrundsætningen og almindelige ulovbestemte grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse (de såkaldte kommunalfuldmagtsregler).

Dette indebærer, at en kommune ved indgåelse af sådanne aftaler med private alene kan varetage hensyn, som er saglige. Hensyn kan være saglige, fordi de er relevante og velbegrundede i varetagelsen af de opgaver, som den pågældende aftale vedrører. De kan også være saglige, fordi de er relevante i forbindelse med udførelsen af andre opgaver, som kommunen lovligt kan varetage. Det skal i den forbindelse dog bemærkes, at et hensyn, som en kommune lovligt kan varetage i forbindelse med udførelsen af én kommunal opgave, ikke altid er sagligt og dermed lovligt kan varetages af kommunen i forbindelse med udførelsen af en anden kommunal opgave.

I det omfang dette må anses at være sagligt begrundet i kommunens varetagelse af hensynet til udførelsen af den opgave, som aftalen vedrører eller i et vist omfang andre opgaver, som kommunen lovligt kan varetage, kan en kommune således ved indgåelse af en aftale med en privat om udførelse af opgaver for kommunen lægge vægt på, hvilke løn- og ansættelsesvilkår den privates ansatte har under udførelsen af opgaver for kommunen.

Fagforenings- og organisationsmæssige interesser og hensyn til løn- og ansættelsesvilkår for ansatte hos kommunernes leverandører af varer og tjenesteydelser er imidlertid ikke lovlige hensyn, som kommunerne kan varetage.

Der kan ikke af de ovennævnte offentligretlige retsgrundsætninger eller kommunalfuldmagtsreglerne generelt udledes noget præcist om, i hvilken udstrækning en kommune ved indgåelse af aftaler med private om udførelse af opgaver for kommunen lovligt kan lægge vægt på løn- og ansættelsesvilkår for de ansatte hos kommunens leverandører.

Der kan som eksempler på hensyn, som kan være saglige, anføres, at en kommune - med henblik på at sikre at den private leverandør faktisk vil være i stand til at udføre den pågældende opgave i overensstemmelse med de krav til bl.a. kvaliteten i f.eks. borgerbetjeningen, pris og frister, som kommunen har fastsat - må antages lovligt at kunne lægge vægt på forhold som f.eks. arbejdsmiljø

og personale- og ledelsesmæssige forhold hos leverandøren. Det må derfor ofte anses at være sagligt for kommunen at lægge vægt på forhold, som (også) vedrører løn- og arbejdsvilkår for kontraktspartens ansatte. Sådanne forhold kan *eksempelvis* vedrøre løn, informationsprocedurer i forhold til medarbejderne, arbejdets tilrettelæggelse, etablering af samarbejdsorganer og procedurer på personaleområdet, medarbejdernes kvalifikationer og efteruddannelse.

Hvorvidt det i det enkelte tilfælde er sagligt, at kommunen i forbindelse med en aftale stiller et bestemt krav eller ved valget af leverandør lægger vægt på et bestemt kriterium vedrørende medarbejderforhold, afhænger imidlertid, som det fremgår af ovenstående, af en konkret vurdering af, hvorvidt hensynet til varetagelsen af den kommunale opgave - eller efter omstændighederne andre opgaver, som kommunen lovligt kan varetage - kan begrunde kravet eller kriteriet.

Det kan hertil føjes, at kommuner i medfør af den skrevne lovgivning lovligt kan og ofte skal varetage opgaver af mere generel social- eller arbejdsmarkedspolitisk karakter. Dette kan eksempelvis vedrøre opgaver vedrørende ansættelse af en bestemt kategori arbejdstagere, som f.eks. personer med behov for særlige arbejdsvilkår.

Det er antaget, at en kommune ved indgåelse af aftaler med private om udførelse af opgaver for kommunen generelt kan stille krav om, at den private bidrager til at løse sådanne sociale og arbejdsmarkedspolitiske opgaver, som kommunen selv lovligt kan eller skal løse f.eks. gennem sin egen ansættelsespolitik. Det må dog bero på en konkret vurdering af det enkelte lovgivningsområde, hvilke krav kommuner lovligt kan stille til en privat leverandør, ligesom det er en forudsætning, at sådanne krav fastsættes i overensstemmelse med anden lovgivning, herunder særligt konkurrence- og udbudslovgivningen.

Tilsvarende sagligheds- og lighedsgrundsætninger må antages at gælde for det statslige område.

2. Aftale mellem parterne om at VOL skal finde anvendelse, uagtet at overdragelsen ellers ikke ville være omfattet af VOL

I forbindelse med overdragelsesaftaler, hvor der enten er tvivl om, hvorvidt der i den aktuelle situation er tale om en overdragelse i VOL's forstand, eller hvor der mellem parterne er enighed om, at den netop indgåede aftale ikke er omfattet af VOL, sker det, at parterne aftaler, at VOL skal finde anvendelse. Et sådant aftalevilkår vil blot være ét blandt mange aftalevilkår i overdragelsesaftalen, og det skal naturligvis respekteres. Der skal i den forbindelse erindres om, at henvisningen til VOL også kan gøre overdragelsen lettere for erhververen, idet VOL giver svar på mange spørgsmål, som ellers skulle specificeres i en kontrakt.

3. Supplerende krav og forholdet til EU-retten

EF-domstolen har i Beentjes-sagen taget stilling til spørgsmålet om sociale klausuler i udbudsmateriale. Den konkrete sag drejede sig bl.a. om, hvorvidt der i udbudsmateriale kunne indsættes en klausul om, at en vis andel af arbejdstagerne skulle være langtidslidende.

Domstolen udtalte i den anledning følgende: "En sådan betingelse skal for at være forenelig med direktivet være i overensstemmelse med alle fællesskabsrettens relevante bestemmelser, navnlig de forbud der følger af de i Traktaten fastslåede principper om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser. Kravet om at beskæftige langtidslidende kunne bl.a. være i strid med forbudet mod forskelsbehandling p.g.a. nationalitet i traktatens artikel 7, stk. 2, såfremt det skulle kunne vise

sig, at en sådan betingelse kun kunne opfyldes af indenlandske bydende, og at den var vanskeligere at opfylde for bydende fra andre medlemsstater. Det tilkommer den nationale ret under hensyntagen til alle foreliggende omstændigheder at tage stilling til, om en sådan betingelse har en direkte eller en indirekte diskriminerende betydning."

Domstolen er altså som udgangspunkt åben overfor brugen af sociale klausuler under forudsætning af, at klausulen ikke har diskriminerende virkning hverken direkte eller indirekte. Når Domstolen skal vurdere sidstnævnte, skal der imidlertid erindres om, at Domstolen er restriktiv i sin vurdering - hensynet til den frie konkurrence har afgørende betydning.