

HRJURA
MAGASINET
2. NUMMER
EFTERÅR 12
WWW.HRJURA.IN
KØBENHAVN Ø

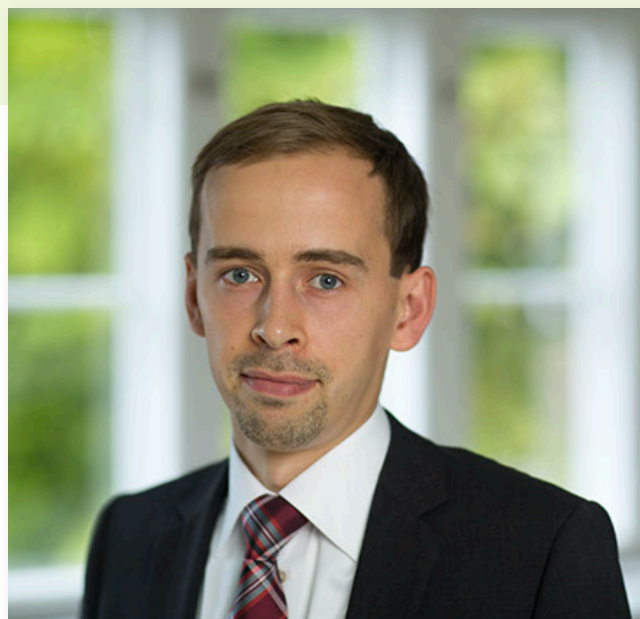
HRJURA

PERSONALEJURA - ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET

SÆRUDGAVE



VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSER
OG PERSONALE



VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSER OG PERSONALE

UNDER REDAKTION AF
ANTON KRAEV

HR JURA Magasinet udgives hermed for anden gang. Det første nummer udkom i april 2012, og blev læst af ca. 1300 unikke læsere.

Jeg har siden udgivelsen i april arbejdet på det andet nummer, der udgives som en særudgave. Dette nummer omhandler nemlig primært virksomheds- overdragelser og de personalejuridiske udfordringer, forbundet med virksomhedsoverdragelser.

På lige fod med det første nummer, indeholder det andet nummer en række artikler skrevet af advokater og professorer, jurister og økonomer, såvel teoretiker som praktiker. Derudover har jeg medtaget en række af henvisninger og anbefalinger, således at dette nummer af HR JURA Magasinet kan bruges som et praktisk arbejdsredskab, når der måtte opstå spørgsmål inden for virksomhedsoverdragelser af personale.

Formål med det andet nummer er først og fremmest at give personaleansvarlige, faglige medarbejdere, ledere, jurister og advokater teoretisk baggrund, praktiske råd og indblik i en række af personalejuridiske, HR og økonomiske udfordringer, som man kan møde i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse.

Virksomhedsoverdragelser har efterhånden udviklet sig til en slags selvstændig juridisk disciplin, der udmærker sig ved at inddrage flere juridiske problemstillinger.

Reguleringen af lønmodtagers retstilling ved en virksomhedsoverdragelse er et kompleks område. Emnet kompliceres af mange omfattende retskilde indenfor EU-ret og national ret. Retskilderne kræver en forståelse for de mange begreber og fortolkninger, som i gennem årene er opstået.

Det er min hensigt, at denne nummer skal fungere som et detaljeret, men overskueligt redskab til forståelsen af de mange forskellige forhold, der bør tages i betragtning, når man håndterer spørgsmål om overdragelse af personale.

Det er derimod ikke hensigten bredt at behandle samtlige regler og aspekter, der er forbundet med virksomhedsoverdragelser. Herom henvises til de mere omfattende fremstillinger, der mere generelt behandler emnet.

Det er med stor fornøjelse at kunne præsentere det andet nummer af HR JURA Magasinet.

Rigtig god læselyst.

Anton Kraev
Redaktør

“I HAVE WORKED WITH THEM ALL...

...BUT I LIKE HORTEN BECAUSE IT IS
MORE PERSONAL”

(IFLR1000)

HORTEN

Om Horten

Horten rådgiver dansk og internationalt erhvervsliv og den offentlige sektor inden for alle juridiske specialer. Med klart klient- og forretningsfokus og et dybt engagement i vores rolle som betroede rådgivere løser vi juridiske problemstillinger i alle afskygninger.

Ansættelsesret i Horten

Horten huser en af landets bedste ansættelsesretlige afdelinger. Her har vi samlet en række specialister inden for området, og de leverer dagligt skræddersyet rådgivning i øjenhøjde. Hortens afdeling for ansættelsesret er en afdeling med stærke kompetencer, skarpe ambitioner og højt til loftet.

Kontakt

Horten
Philip Heymans Allé 7
2900 Hellerup, København
Tlf. 3334 4000
info@horten.dk

www.horten.dk

INDHOLDET AF HR JURA MAGASINET KAN IKKE SIDESTILLES ELLER ERSTATTES MED JURIDISK RÅDGIVNING, HR JURA TILSTRÆBER, AT INDHOLDET ER KORREKT OG UDTRYK FOR GÆLDENDE RET, MEN EVENTUELLE FEJL KAN IKKE MEDFØRE ANSVAR FOR HR JURA

ENHVER GENGIVELSE ELLER KOPIERING AF INDHOLD FRA HR JURA MAGASINET ER BETINGET AF FORUDGÅENDE SKRIFTLIG TILLADELSE FRA HR JURA OG/ ELLER ANDRE RETTIGHEDSHAVERE

INDHOLD



HR JURA MAGASINET

ISSN 2245-3989

ROSENDALSGADE 15, 1. SAL
2100 KØBENHAVN Ø

CONTACT@HRJURA.IN
+45 31 18 11 38

M&A PROCESSEN.....	6
AF PARTNER, ADVOKAT, MBA SØREN ELMANN INGERSLEV OG ADVOKAT SIMON JØRGENSEN	
ANSÆTTELSESRETTLIG DUE DILIGENCE.....	16
AF PARTNER, ADVOKAT NICOLAI HESGAARD	
VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSES- LOVENS BAGGRUND OG RETSKILDEMATERIALET.....	22
AF PROFESSOR, JUR. DR. OLE HASSELBALCH	
HVORNÅR FORELIGGER DER EN VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSE?.....	28
AF PARTNER, ADVOKAT HELENE AMSINCK	
DEN "NEDRE" GRÆNSE OG OMGÅELSESHENSYN. RENGØRINGSVIRKSOMHEDER.....	34
AF CAND.MERC.JUR ANTON KRAEV	
PERSONDATALOVEN I VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSES- SITUATION.....	42
AF PARTNER, ADVOKAT ELSEBETH AES-JØRGENSEN OG ADVOKAT JENS HARKOV HANSEN	

ERHVERVERENS INDTRÆDELSE I BESTÅENDE RETTIGHEDER OG FORPLIGTELSE.....	46	INFORMATION OG FORHANDLING VED VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSE.....	92
AF PARTNER, ADVOKAT ERIK WENDELBOE CHRISTIANSEN OG ASS. PARTNER, ADVOKAT JONAS ENKEGAARD		AF CHEFKONSULENT, ADVOKAT JANNIE MERETE PEDERSEN	
TILDELING AF INCITAMENTS KONTRAKTER TIL LEDERNE MEDARBEJDERE.....	52	INTERVIEW OM VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSES- PROCESSEN.....	96
AF PROFESSOR, PH.D. CASPAR ROSE		LITTERATUR OM VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSER.....	102
HÅNDTERING AF LEDENDE MEDARBEJDERE - DE JURIDISKE ASPEKTER.....	59	FORFATTERLISTE.....	106
AF PARTNER, ADVOKAT ANJA STAUGAARD JENSEN			
AFSKEDIGELSES BESKYTTELSEN VED VIRKSOMHEDS- OVERDRAGELSER.....	68		
AF PARTNER, ADVOKAT SØREN NARV PEDERSEN			
VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSES- LOVENS §§ 2 OG 3 - SÆRLIGT OM ELEVER.....	76		
AF CAND.MERC.JUR ANTON KRAEV			
SKAL MAN FRASKRIVE SIG SÆLGERS OVERENSKOMST VED EN VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSE?.....	80		
AF PARTNER, ADVOKAT HENRIK KARL NIELSEN			
OPSIGELSE AF OVERENSKOMSTER UDEN FOR VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSESLOVENS ANVENDELSESOMRÅDE.....	84		
AF CAND.MERC.JUR ANTON KRAEV			



M&A PROCESSEN

AF PARTNER, ADVOKAT, MBA
SØREN ELMANN INGERSLEV

OG ADVOKAT
SIMON JØRGENSEN

Denne artikel beskriver overordnet udvalgte juridiske aspekter ved processen i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse.

Ved en virksomhedsoverdragelse forstås en transaktion, hvorved en funktionel enhed overdrages fra en ejer til en anden. Både sælger- og købersiden kan bestå af en eller flere fysiske og juridiske personer. Overdragelsens genstand består typisk af grupper af aktiver og passiver, som kan overdrages enten direkte i form af en substansoverdragelse eller indirekte i form af et salg af kapitalandelene i virksomheden.

Generelt taler man alene om en virksomhedsoverdragelse, når overdragelsen medfører en ændring i kontrollen i den overdragede virksomhed, "Targetvirksomheden", dvs. i tilfælde hvor køber overtager kontrollen i virksomheden, eller hvor køber og sælger efter overdragelsen har fælles kontrol over virksomheden. Overdragelse af minoritetskapitalandele vil derfor generelt falde uden for begrebet virksomhedsoverdragelse, men de samme overvejelser vil i større eller mindre grad gøre sig gældende ved begge former for overdragelser.

En virksomhedsoverdragelse vil som oftest berøre en lang række forskellige juridiske forhold, herunder kontraktkoncipering, ansættelsesretlige, konkurrence-retlige og skatteretlige forhold, såvel som finansielle og kommercielle forhold. Det vil derfor inden for rammerne af denne artikel alene være muligt at omtale

udvalgte aspekter i forbindelse med en virksomheds-overdragelse.

1. Overordnede overvejelser i forhold til overdragelsen

1.1 Aktieoverdragelse eller substansoverdragelse

Ved en virksomhedsoverdragelse skal det grundlæggende overvejes, om virksomheden ønskes overdraget ved et salg af kapitalandele, en såkaldt aktieoverdragelse, eller i form af en substansoverdragelse. Et salg i form af en aktieoverdragelse består af, at kapitalandelene i Targetvirksomheden sælges, mens substansoverdragelsen indebærer en overdragelse af aktiverne i Targetvirksomheden, med eller uden samtidig overdragelse af passiverne. Ved en substansoverdragelse bliver køberen således alene ejer af aktiverne, og eventuelt passiverne, mens køberen ved en aktieoverdragelse opnår ejerskab til selve Targetvirksomheden og herigennem også til aktiver og passiver.

Der er en række faktorer, som er afgørende for, om overdragelsen bør foretages som en aktieoverdragelse eller som en substansoverdragelse.

1.2 Aktieoverdragelse

I en aktieoverdragelse indtræder køber i sælgers retsstilling som ejer af Targetvirksomheden, og køberen opnår derfor den fordel, at virksomheden som

udgangspunkt kan videreføre sine nuværende kontrakter. Dette skyldes, at Targetvirksomheden efter overdragelsen stadig er kontraktspart, og der sker således ikke et kreditor- eller debitorskifte i forhold til virksomhedens medkontrahenter. I praksis vil virksomhedens større kontrakter dog i vidt omfang indeholde en såkaldt "Change of control-klausul", som indebærer, at medkontrahenten kan ophæve eller kræve genforhandling af kontrakten, såfremt der sker et skifte i den bestemmende indflydelse i Targetvirksomheden. Selv om overdragelsen sker i form af en aktieoverdragelse, er det derfor vigtigt, at købers rådgiver er særligt opmærksom på eventuelle Change of control-klausuler ved gennemførelsen af due diligence, jf. nærmere herom nedenfor i afsnit 4.

Ulempen ved en aktieoverdragelse er, at køber som ny ejer af Targetvirksomheden overtager samtlige risici ved virksomhedens hidtidige drift, herunder pligten til at opfylde virksomhedens forpligtelser overfor virksomhedens medkontrahenter. Køberen vil derfor ved en aktieoverdragelse have en særlig interesse i, at risiciene ved Targetvirksomhedens hidtidige drift bliver afdækket ved due diligence undersøgelsen. Samtidig vil køberen ofte have et særligt behov for, at sælger stiller en række garantier og erklæringer, hvilket ofte kan føre til svære forhandlinger mellem parterne. Overvejelserne omkring garantier og erklæringer er nærmeste beskrevet nedenfor i afsnit 5.

1.3 Substansoverdragelse

I forhold til en aktieoverdragelse opnår køberen ved en substansoverdragelse den fordel, at han ikke overtager risici forbundet med Targetvirksomhedens hidtidige drift, idet køber kan vælge alene at overtage udvalgte aktiver og passiver. På trods heraf vil køberen dog alligevel kunne blive forpligtet til at overtage enkelte af virksomhedens forpligtelser. Det vigtigste eksempel er i praksis forpligtelserne overfor Targetvirksomhedens medarbejdere. Dette skyldes, at Virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse ved substansoverdragelser, hvorefter køber ifølge lovens § 2 indtræder i de rettigheder og forpligtelser, der bestod overfor de ansatte i virksomheden på tidspunktet for overdragelsen.

I forhold til Targetvirksomhedens medkontrahenter medfører en substansoverdragelse den ulempe, at køberen skal indhente samtykke fra Targetvirksomhedens medkontrahenter for at kunne videreføre virksomhedens eksisterende kontrakter.

Som beskrevet ovenfor opstår dette problem dog også ofte ved en aktieoverdragelse pga. anvendelsen af Change of control-klausuler.

1.4 Betaling af købesummen

Også med hensyn til betalingen af købesummen er der forskelle på aktieoverdragelsen og substansoverdragelsen. Ved en substansoverdragelse tilgår købesummen det sælgende selskab, idet det er selskabet, som sælger sine aktiver. For at selskabets ejere kan få købesummen udbetalt, skal de derfor efterfølgende trække pengene ud af selskabet, hvilket kan ske ved udlodning af udbytte, kapitalnedsættelse eller ved likvidation, såfremt selskabet skal ophøre. Ved en aktieoverdragelse vil købesummen derimod tilfalde selskabets ejere direkte, idet det er selve selskabet, som sælges af ejerne.

Som det fremgår ovenfor vil det afhænge af parternes konkrete forhold, om overdragelsen mest fordelagtigt kan gennemføres som en aktieoverdragelse eller som en substansoverdragelse. Andre forhold end de ovenfor gennemgåede vil også kunne have betydning for parternes valg af overdragelsesform, herunder særligt skatteretlige overvejelser.

2. Aftalen – generelle overvejelser

Ved indgåelsen af en virksomhedsoverdragelsesaftale er der som udgangspunkt aftalefrihed mellem køber og sælger, og det er således i vidt omfang overladt til parterne selv at fastsætte deres respektive rettigheder og pligter.

2.1 Konkiperingen

Et af de første punkter, der skal tages stilling til ved aftaleindgåelsen, er selve konkiperingen. Udgangspunktet vil ofte være, at det er købers advokat, der udarbejder første udkast. I de tilfælde hvor sælgers advokat også er advokat for Targetvirksomheden, vil sælgers advokat dog kunne have særlige forudsætninger for at koncipere aftalen, ligesom det kan være naturligt, at sælgers advokat konciperer aftalen, hvis sælgers advokat har været involveret i salgsprocessen i en periode, før købers advokat bliver involveret.

Overvejelsen omkring hvilken part der skal udarbejde første udkast til overdragelsesaftalen er som følge af IT-udviklingen kommet til at spille en mindre rolle end tidligere, idet parternes rådgivere i dag i højere grad har mulighed for at koncipere aftalen i fællesskab. På

trods heraf skal fordelene ved at kunne påvirke aftalen igennem udarbejdelsen af første udkast ikke undervurderes.

Selv om partens rådgiver selvfølgelig skal varetage sin klients interesser, bør koncipisten være opmærksom på, at aftalen også bør formuleres under hensyntagen til modpartens interesser. Såfremt aftalen formuleres for ensidigt, vil det ofte blive problematisk at nå til enighed mellem parterne.

På trods af at første udkast bør være til koncipistens fordel, bør det udarbejdes, så det danner et fair udgangspunkt og et godt forhandlingsklima for de videre og ofte længerevarende forhandlinger mellem parterne.

2.2 Aftalens indhold

Virksomhedsoverdragelsesaftalen skal udarbejdes specifikt under hensyn til Targetvirksomhedens forhold, parternes ønsker og deres forhandlingsposition.

Herudover vil aftalens indhold ofte afhænge af transaktionens størrelse og kompleksitet. Ved store og komplekse transaktioner vil det oftest være nødvendigt med mere omfangsrige aftaler indeholdende bl.a. detaljerede garantikatalog og købesumsreguleringer, mens mindre omfattende aftaler ofte vil være tilstrækkelige i mindre transaktioner. I begge tilfælde skal man selvsagt som rådgiver være opmærksom på, at klientens interesser bliver tilstrækkeligt varetaget.

Aftalens indhold vil også afhænge af, om der er tale om en aktieoverdragelse eller en substansoverdragelse. Særligt er der forskel vedrørende beskrivelsen af overdragelsens genstand. Ved en aktieoverdragelse er det enkelt at identificere overdragelsens genstand, kapitalandelene, hvorimod aktiver og passiver i den overdragende virksomhed skal identificeres og beskrives ved en substansoverdragelse, hvilket kan volde problemer i virksomheder af en vis størrelse. En anden væsentlig forskel er, at der ved en aktieoverdragelse ofte vil være behov for mere omfattende garantier fra sælger, i og med at køber overtager samtlige risici ved virksomhedens hidtidige drift.

Særligt hvis overdragelsesaftalen er konciperet af rådgivere for eksempelvis amerikanske eller engelske købere eller sælgere, vil aftalen oftest være meget omfattende med detaljerede beskrivelser af alle

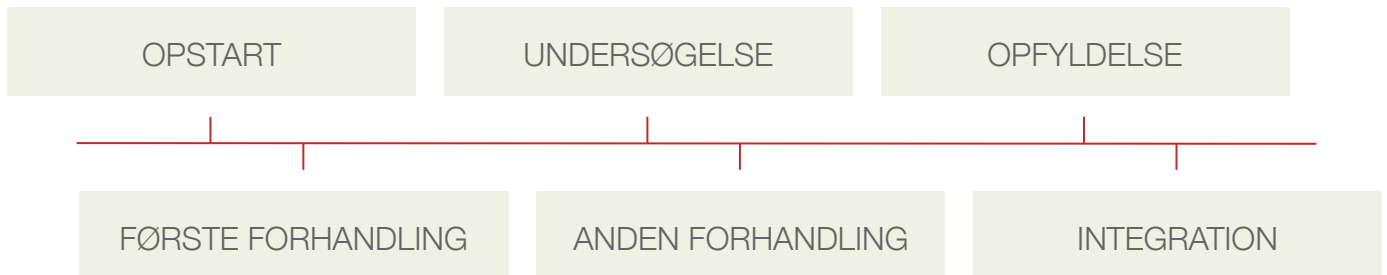
forhold, idet aftalens ordlyd oftest er eneste fortolkningsbidrag efter amerikansk og engelsk ret. Såfremt aftalen er underlagt dansk ret, skal man som rådgiver være opmærksom på, at en dansk domstol ved fortolkningen af en sådan detailreguleret aftale i mindre grad vil have mulighed for at søge at finde parternes fælles forståelse af aftalen gennem formålsfortolkning, samt vil have mindre mulighed for at udfylde aftalen med deklatoriske retsregler og principper, som vi ellers er vant til efter dansk ret.

Nedenfor er oplistet de punkter, som en overdragelsesaftale standardmæssigt indeholder. Der vil selvsagt være behov for tilpasning heraf som følge af parternes og Targetvirksomhedens konkrete forhold.

1. Aftalens parter
2. Præambel/baggrund
3. Definitioner
4. Overdragelsens genstand og overtagelsestidspunkt
5. Købesummen (evt. købesumsregulering m.v.)
6. Købers due diligence
7. Selskabets drift frem til Closing
8. Betingelser for gennemførelsen (Conditions Precedent)
9. Gennemførelse (Closing)
10. Sælgers garantier og erklæringer
11. Købers garantier og erklæringer
12. Begrænsninger og ophør af garantier
13. Konkurrencebegrænsende bestemmelser
14. Hemmeligholdelse
15. Aftaleændringer
16. Meddelelser
17. Lovvalg og værneting
18. Omkostninger
19. Antal kontraktseksemplarer

3. Salgsprocessen

Der findes ingen lovregler eller faste normer, der bestemmer, hvorledes en virksomhedsoverdragelse skal forløbe. I oversigtsform vil en virksomhedsoverdragelse dog typisk forløbe således:



Den tidsmæssige udstrækning af en virksomhedsoverdragelse kan variere meget bl.a. afhængigt af parternes undersøgelser og forhandlinger samt typen af Targetvirksomhed, herunder behovet for myndighedsgodkendelser og lignende.

3.1 Opstart

Som nævnt er der ingen eksakt rettesnor for, hvordan en virksomhedsoverdragelse forløber. Det kan både være køber og sælger, der tager kontakt til den anden part med henblik på en overdragelse. Ikke sjældent vil sælger tage kontakt til en investeringsbank eller en virksomhedsmægler, der kan formidle kontakten til mulige købere.

I opstartsfasen vil de kommercielle overvejelser ofte være i højsædet. For købers vedkommende vil der skulle foretages undersøgelser af eventuelle finansieringsformer, herunder under hvilke betingelser køber eventuelt kan opnå fremmedfinansiering f.eks. via et banklån eller inddragelse af andre investorer.

Sælgers opgave i opstartsfasen vil være at gøre Targetvirksomheden moden til et salg. Sælger kan her overveje, hvorvidt væsentlige aftaler skal opretholdes eller opsiges, om påtænkte investeringer skal udføres, om evt. manglende offentlige godkendelser skal indhentes, samt evt. implementering af nye systemer osv.

En særlig overvejelse sælger kan gøre sig er, hvorvidt det vil være fordelagtigt at indgå bonusaftaler med Targetvirksomhedens ledelse og nøglemedarbejdere, såfremt de loyalt medvirker til overdragelsen.

3.2 Første forhandling

Efter at parterne er blevet introduceret for hinanden, starter den første forhandlingsfase. I denne fase vil parterne typisk indgå forskellige foreløbige aftaler, såsom hensigtserklæringer, fortrolighedsaftaler og eksklusivtetsaftaler. Særligt indgåelsen af en

fortrolighedsaftale er af afgørende betydning for sælger, så sælger sikrer sig, at fortrolige oplysninger ikke gives videre i tilfælde af, at overdragelsen ikke måtte blive gennemført.

Såfremt overdragelsen vil skulle godkendes af offentlige myndigheder, f.eks. konkurrencemyndighederne, vil det ofte være fordelagtigt allerede på dette tidspunkt at rette henvendelse til disse myndigheder for en udtalelse.

3.3 Undersøgelserfasen

Som udgangspunkt vil køber kun have adgang til oplysninger, der i forvejen er offentligt tilgængelige.

I et forsøg på at skabe to ligeværdige parter med det samme vidensgrundlag vedr. Targetvirksomheden, vil parterne som regel aftale, at køber iværksætter en mere eller mindre grundig undersøgelse af Targetvirksomheden. Denne såkaldte due diligence undersøgelse vil blive nærmere gennemgået nedenfor i afsnit 4.

Det kan være meget forskelligt, hvornår denne undersøgelse foretages, f.eks. tidligt på baggrund af en underskrevet hensigtserklæring og fortrolighedsaftale, eller senere på baggrund af en underskrevet overdragelsesaftale, som er betinget af, at de oplysninger, der kommer frem under due diligence undersøgelsen ikke giver køber anledning til indsigelser.

3.4 Anden forhandling

Har forhandlingerne og undersøgelserne indtil denne fase alene været baseret på en hensigtserklæring, er det efter undersøgelsesfasen, at parterne skal forhandle selve overdragelsesaftalen på plads, idet hensigtserklæringen kun udstikker de overordnede rammer for den endelige aftale.

Såfremt due diligence undersøgelsen derimod har været baseret på en allerede underskrevet betinget aftale, vil en due diligence undersøgelse, som ikke frembringer for køber uacceptable oplysninger, medføre, at den betingede aftale vil være ubetinget og gældende. Der kan dog være behov for ændringer, f.eks. justering af købesummen på baggrund af oplysninger, der er fremkommet under due diligence undersøgelsen.

3.5 Opfyldelse

Efter overdragelsesaftalen er indgået, vil parterne hver især skulle opfylde deres del af aftalen.

Den primære forpligtelse for køber vil være betaling af købesummen, mod at sælger overdrager de købte kapitalandele eller aktiver.

Parterne vil dog ofte ligeledes være pålagt at opfylde diverse yderligere betingelser, hvilke betingelser populært kaldes "Conditions Precedent". Opfyldelsen af disse yderligere betingelser, der kan være mere eller mindre omfattende afhængig af den enkelte overdragelse, skal ske inden et i aftalen fastlagt tidspunkt, inden overdragelsen kan gennemføres endeligt.

Når alle betingelser er opfyldt, afholdes "Closing", hvor opfyldelsen af forpligtelserne dokumenteres i et såkaldt "Closing Memorandum". Ved gennemførelsen af Closing overgår ejerskabet til Targetvirksomheden endeligt til køber.

3.6 Integration

Efter gennemførelsen af overdragelsen vil der stadig ofte foreligge store opgaver for køber (og dennes eventuelle rådgivere), såfremt køber vil sikre, at køber når de mål, han har sat sig med hensyn til overtagelsen af Targetvirksomheden.

For netop at sikre opnåelsen af de fremsatte mål for overtagelsen af Targetvirksomheden bør køberen allerede inden Closing have lagt en detaljeret plan for

integrationen af Targetvirksomheden i købers organisation.

Af emner, der bør være overvejet allerede på et tidligt tidspunkt i overdragelsesprocessen kan nævnes; ledelsesmæssige forhold, herunder om sælger skal bidrage til virksomhedens drift i en efterfølgende periode, personaleforhold, sikring og ensretning af finansielle rapporter samt kommercielle forhold, herunder udnyttelses- og udviklingsplaner for Targetvirksomhedens produkter og teknologier mv.

4. Kort om due diligence

Ved en virksomhedsoverdragelse vil både den sælgende og den købende part søge, så vidt det er muligt, at afdække eventuelle risici ved overdragelsen. Køber vil derfor oftest foretage en mere eller mindre omfattende undersøgelse af Targetvirksomheden, en såkaldt due diligence, tilpasset Targetvirksomhedens forhold. Formålet med denne due diligence er at afdække potentielle risici ved overdragelsen, der ellers ikke er offentligt tilgængelige.

Købers rådgiver fremsender en såkaldt "Request List" indeholdende de dokumenter mv., som ønskes fremlagt. Disse dokumenter indeholder ofte fortrolige oplysninger, og udover at køber ofte må påtage sig strenge fortrolighedsforpligtelser, kan sælger vælge, at dokumenterne skal fremlægges i et såkaldt datarum, hvorfra der ikke må fjernes eller kopieres dokumenter, således at det sikres, at de fortrolige oplysninger kun forevises til en nærmere afgrænset personkreds.

Det antages, at begrebet due diligence i dag udgør en retlig standard, hvorfor der er tale om et begreb som domstolene antageligt vil tillægge et bestemt forventningsindhold, hvor der dog er plads til konkrete vurderinger. Advokatsamfundet har i 2002 udgivet bogen "Vejledning i gennemførelse af juridisk due diligence".¹

4.1 Den juridiske due diligence

Udover den juridiske due diligence kan en due diligence omhandle andre undersøgelser af forskellig karakter vedr. Targetvirksomheden, f.eks. tekniske undersøgelser af varer og produktionsmetoder eller mere finansielle undersøgelser.

Denne artikel vil fokusere på den juridiske due diligence, hvor følgende emner som udgangspunkt vil blive undersøgt af købers juridiske rådgiver:²

1. Selskabsretlige forhold; herunder Targetvirksomhedens vedtægter, bestyrelsens forretningsorden, bestyrelses- revisions og generalforsamlingsprotokollater, ejerbog og registreringer hos Erhvervsstyrelsen;
2. Kapitalejerforhold; herunder ejeraftaler og aftaler mellem Targetvirksomheden og dens ejere;
3. Ledelsesforhold; herunder ansættelseskontrakter, incitamentsordninger, opsigelsesforhold, etc.;
4. Medarbejderforhold; herunder ansættelseskontrakter, personalehåndbøger, incitamentsprogrammer, evt. tvister med medarbejdere eller faglige organisationer, undersøgelser af ansættelsesvilkår contra kvalifikationsniveau, etc.;
5. Immaterielle rettigheder; herunder evt. igangværende eller potentielle tvister vedr. disse;
6. Speciallovgivning; herunder f.eks. miljølovgivning som Targetvirksomheden er underlagt;
7. Fast ejendom; herunder ejerforhold og rettigheder samt Targetvirksomhedens lejekontrakter;
8. Kontraktforhold i bred forstand; herunder forhandleraftaler og leverandøraftaler. Særligt undersøges, hvorvidt disse aftaler indeholder Change of control-klausuler, der tillader medkontrahenten at ophæve kontrakten i tilfælde af ændrede ejerforhold i Targetvirksomheden;
9. Miljøforhold; afdækning af Targetvirksomhedens miljømæssige risici;
10. Retssager og tvister; herunder også potentielle retssager og tvister;
11. Finansieringsforhold;
12. Forsikringer;
13. Tilladelser og certificeringer; herunder miljøgodkendelser, ISO-certificeringer, etc.;
14. Skatter og afgifter; herunder gennemgang af selvangivelser og dokumentation vedr. koncerninterne transaktioner etc.

4.2 Betydning af due diligence

Købelovens § 47 vil som udgangspunkt føre til, at køberen som udgangspunkt ikke kan rejse krav for forhold, som korrekt og fyldestgørende er fremlagt under due diligence undersøgelsen, eller evt. som køberen burde have foretaget yderligere undersøgelser af.

Sælger kan herudover søge at få indført i den endelige overdragelsesaftale, at køber ikke skal kunne rejse erstatningskrav i henhold til de i overdragelsesaftalen indeholdte garantier og erklæringer, for forhold som køber er eller burde være blevet bekendt med under due diligence undersøgelsen. Det hænder, at parterne indgår et kompromis, hvorefter visse forhold garanteres af sælger uanset købers viden, mens andre garanteres med forbehold for købers viden.

Uanset om køber og sælger har indgået en fortrolighedsaftale, jf. ovenfor, vil køber være begrænset i sin anvendelse af de oplysninger, som køber er blevet forelagt under due diligence undersøgelsen, jf. Markedsføringslovens § 10, samt de almindelige loyalitetsforpligtelser over for medkontrahenter. I det tilfælde hvor Targetvirksomheden er et børsnoteret selskab, skal køber være opmærksom på, hvorvidt det fremlagte materiale indeholder intern viden som defineret i Værdipapirhandelsloven.

4.3 Fordele og ulemper ved due diligence

Fordelen ved en due diligence er, at køberen på en effektiv måde gives mulighed for at afdække risiciene vedr. Targetvirksomheden, og at sælgeren i vidt omfang friholdes for et senere ansvar på baggrund af de oplysninger, som køberen har fået forelagt.

Den væsentligste ulempe for køberen synes at være omkostningerne. Afhængig af de konkrete forhold ved overdragelsen kan en due diligence være meget omfattende, og køberen kan have behov for flere forskellige rådgivere med deraf følgende høje omkostninger.

Det er af afgørende betydning for køber, at undersøgelserne foretages tilfredsstillende, idet køber, som nævnt ovenfor, som udgangspunkt vil miste retten til at gøre krav gældende for forhold, der er fremlagt under den foretagne due diligence, eller for forhold som køberen burde have søgt nærmere belyst. Køberen er derfor afhængig af sine rådgiveres evne til at stille de rigtige spørgsmål og til at vurdere de fremlagte oplysninger.

Ulempen for sælger og for Targetvirksomheden er, at der ved en due diligence gives udefrakommende adgang til ellers fortrolige oplysninger om Targetvirksomheden. Dette søges som nævnt

imødekommet gennem mere eller mindre restriktive fortrolighedsaftaler.

5. Overvejelser om garantier og erklæringer

Som nævnt ovenfor vil Købelovens § 47 som udgangspunkt medføre, at køberen ikke kan rejse krav vedr. forhold, som korrekt og fyldestgørende er fremlagt under due diligence undersøgelsen. Køberen vil derfor som en yderligere risikoafdækning have en fordel i, at sælger afgiver forskellige garantier eller erklæringer i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen.

Da en væsentlig del af virksomhedsoverdragelser har udenlandske parter som deltagere, synes tendensen at være den, at flere og flere garantier og erklæringer finder vej til danske overdragelsesaftaler, som det er kendt fra lande som især England og USA.

Der sondres begrebsmæssigt mellem garantier og erklæringer. En garanti bevirker, at den afgivende part på et objektivt grundlag indestår for, at et bestemt forhold består. Anderledes forholder det sig med en erklæring, der afgives på baggrund af partens faktiske viden, og evt. burde-viden. En sælger, der har afgivet en erklæring, vil derfor kun kunne ifalde ansvar, såfremt erklæringen er brudt, og såfremt sælgeren har handlet culpøst. I modsætning til en garanti, afgives en erklæring således på subjektiv basis.

Hvor omfattende et garantikatalog der er behov for, og i hvilket omfang der alene skal afgives erklæringer, afhænger af forholdene ved Targetvirksomheden samt parternes forhandlingspositioner, og garantikataloget i den enkelte overdragelsesaftale kan derfor udformes vidt forskelligt.

Der kan være særlig anledning til at tage stilling til følgende forhold ved afgivelse af garantier og erklæringer:³

1. Det bør overvejes, på hvilket tidspunkt garantier og erklæringer skal være opfyldt. Det vil f.eks. være til købers fordel, såfremt garantierne/erklæringerne skal være opfyldt ved aftalens opfyldelse, "Closing", og ikke blot ved aftalens indgåelse, "Signing", idet sælger således i en længere periode bærer risikoen for, at der indtræder forhold, som udgør et garantibrud.

2. Det ses, at garantier/erklæringer afgives som værende kvalificeret af købers viden. Således kan et

forhold være garanteret "som fremlagt for køber". Sådanne garantier/erklæringer er kendt som "Disclosures". Sælger vil se en fordel i at få inddraget hele due diligence materialet under sådanne Disclosures, mens køber vil kunne drage fordel af, at så få garantier som muligt er omfattet af Disclosures.

3. Der kan opstå tvivl om, hvorvidt et forhold har været oplyst for køber i forbindelse med en Disclosure, jf. ovenfor. Såfremt der i due diligence materialet har været antydninger af et problem, om end indirekte, som ikke er beskrevet detaljeret, kan risikoen for at foretage yderligere undersøgelser påhvile køber.⁴

4. Når der tales om erklæringer, der som nævnt afgives på baggrund af sælgers viden, er det væsentligt at have for øje præcis hvilke personers viden, som sælger skal identificeres med. Det er således væsentligt, at der netop er tale om de personer, der har kendskab til selskabets daglige ledelse og andre vigtige emner, der er relevante for den pågældende overdragelse. I mangel på aftale herom, må det ved en substansoverdragelse antages, at "sælgers viden" omfatter sælgers direktion og bestyrelse.

5. Idet virksomhedsoverdragelser antages at være omfattet af Købeloven, vil der som ved andre køb være en reklamationsfrist på 2 år, såfremt der ikke er aftalt andet mellem parterne. Sædvanligvis vil parterne dog have taget stilling til dette i overdragelsesaftalen, og det er normalt, at det aftales, at en sådan frist skal være på 1 - 3 år fra opfyldelsen af aftalen. Det vurderes, at køber minimum bør kræve, at garantierne er gældende i en så lang en periode, at Targetvirksomheden kan nå at aflægge ét årsregnskab, da udarbejdelse af et sådan vil indebære (endnu) en revisionsmæssig undersøgelse af Targetvirksomhedens forhold. Revisionen er en oplagt mulighed til at undersøge, om garantierne og erklæringerne er overholdt. Vedrørende krav, som parterne ikke kan påvirke tidspunktet for hvornår rejses, f.eks. skatte- og miljøforhold, kan det aftales, at garantier og erklæringer omhandlende disse forhold forældes efter lovgivningens almindelige forældelsesregler. Det anbefales i øvrigt, at der i overdragelsesaftalen tages stilling til, hvorledes en sådan forældelse afbrydes. Det normale vil være, at køber skal afgive et skriftligt, specificeret påkrav til sælger inden forældelsesfristens udløb.

6. Regulering af købesummen

Det vel nok vigtigste punkt i en virksomhedsoverdragelse er fastsættelse af købesummen, der som udgangspunkt fastsættes på baggrund af værdien af Targetvirksomhedens aktiver og/eller forventningerne til den fremtidige drift og indtjeningspotentiale.

Købesummen kan grundlæggende fastsættes på to måder; købesummen kan opgøres endeligt på en på forhånd aftalt dato, eller købesummen kan aftales som en performancebaseret købesum, hvor købesummens størrelse gøres helt eller delvist afhængig af Targetvirksomhedens omsætning efter Closing.

6.1 Fastsat købesum uden regulering

Ved denne metode kan parterne vælge endeligt at opgøre købesummen på en fastsat dato forud for eller pr. datoen for overdragelsen. Metoden kaldes for en "Locked Box", idet købesummen allerede pr. den aftalte dato er låst fast af parterne. Hvis den fastlåste købesum er aftalt pr. en dato, der ligger lang tid forud for Closing, vil købesummen dog ofte blive forrentet frem til Closing.

Fordelen ved denne metode er, at parterne på et tidligt tidspunkt kender den endelige købesum og derfor ikke skal bekymre sig om usikkerheden og omkostningerne ved en efterfølgende regulering. Særligt kan denne opgørelsesmetode være i sælgers interesse, idet sælger således er sikker på at modtage den aftale købesum og kan disponere i henhold til denne.

Ulempen ved anvendelsen af Locked Box er, at køber bærer risikoen ved Targetvirksomhedens drift frem til Closing, hvor sælger stadig er ejer virksomheden men ikke har noget incitament til en optimering af driften. Denne ulempe kan afbødes ved, at sælger i overdragelsesaftalen forpligtes til at drive virksomheden efter nogle specifikt fastsatte rammer frem til Closing, hvorunder en række beslutninger alene kan træffes med købers samtykke, eventuelt suppleret med bestemmelser der giver køber ret til at træde tilbage fra handlen i tilfælde af, at sælger overtræder sine beføjelser.

6.2 Regulering af købesummen

I praksis vil parterne oftest aftale en fastsættelse af købesummen, som helt eller delvist gøres afhængig af Targetvirksomhedens fremtidige resultater, hvorved købesummen helt eller delvist først erlægges efter

Closing. Denne fastsættelsesmetode er særligt anvendelig, hvis parterne ikke kan blive enige om en fastsat købesum, hvilket kan være tilfældet, hvis køber er tvivlende overfor, at virksomheden vil have en fremtidig indtjeningssevne i den størrelsesorden, som sælger gør gældende.

En sådan resultatafhængig købesum, som betegnes "Earn Out", vil ofte være udformet således, at købesummen eller en del heraf afhænger af, om Targetvirksomheden opnår en række nærmere definerede "Milestones" indenfor fastsatte datoer efter Closing. De definerede Milestones vil ofte være finansielle, hvorved betaling af Earn Out afhænger af, at Targetvirksomheden opnår et aftalt driftsresultat eller omsætning inden de fastsatte datoer. Købesummen kan også bestå af operationelle Milestones, som kan være afhængige af Targetvirksomhedens indgåelse af særlige aftaler mv. Earn Out kan fastsættes som en procentdel af det opnåede resultat eller som et i forvejen fastsat beløb.

Fordelen ved at anvende Earn Out er, at sælger gives et incitament til at drive Targetvirksomheden optimalt frem til Closing samt i en evt. efterfølgende periode, hvor sælger skal stå for driften. Samtidig vil købesummen afspejle den faktiske indtjening som Targetvirksomheden genererer efter overdragelsen.

Ulempen er herimod, at sælger bærer risikoen ved Targetvirksomhedens drift efter Closing, hvor køber kontrollerer virksomheden, og at parterne i Earn Out perioden vil have modsatrettede interesser. Sælger vil have en interesse i en kortsigtet indtjening for opfyldelse af de aftalte Milestones, idet sælger alene vil få del i indtjeningen i Earn Out perioden. Køber vil derimod have en interesse i, at der foretages mere langsigtede investeringer, både af hensyn til at begrænse betalingen af Earn Out, men også af hensyn til Targetvirksomhedens fremtidige udvikling.

Det er derfor af afgørende betydning for at undgå efterfølgende tvister, at der findes en afvejning af på den ene side sælgers interesse i at bevare en vis indflydelse på driften i Earn Out perioden, enten i form af at sælger helt eller delvist står for driften af virksomheden, eller ved at sælger skal samtykke til ændringer i driften i forhold til driften forud for overdragelsen, og på den anden side købers behov for en vis manørefrihed til at kunne drive den erhvervede virksomhed.

7. Konklusion

Ved en virksomhedsoverdragelse skal det som det første overvejes, om overdragelsen mest fordelagtigt kan gennemføres som en aktieoverdragelse eller som en substansoverdragelse, hvilket vil afhænge af parternes konkrete forhold. Begrænsningen af købers risici kan tale for en substansoverdragelse, mens behovet for indtrædelse i sælgers kontrakter omvendt kan tale for en aktieoverdragelse. Både selve overdragelsesaftalen samt processen ved en virksomhedsoverdragelse vil som oftest bestå af en række mere eller mindre standardmæssige punkter men skal selvsagt konkret tilpasses efter Targetvirksomhedens forhold samt parternes ønsker og forhandlingsposition.

Et vigtigt og ofte afgørende punkt for virksomhedsoverdragelsens gennemførelse er due diligence undersøgelsen, hvor køberen får mulighed for at afdække risiciene ved Targetvirksomheden, og hvor sælgeren i vidt omfang friholdes for et senere ansvar på baggrund af de oplysninger, som køberen har fået forelagt. Køberen vil dog som en yderligere risikoafdækning ofte kræve, at sælgeren afgiver en række garantier, hvor sælger på et objektivt grundlag indestår for, at et bestemt forhold består, eller en række erklæringer, som afgives på subjektiv basis, dvs. på baggrund af partens faktiske viden, og evt. burde-viden.

Købesummen kan enten aftales som en fast købesum eller, som det ofte er tilfældet, på baggrund af

efterfølgende regulering. Ved anvendelsen af efterfølgende regulering er det vigtigt, at der foretages en afvejning af parternes modsatrettede interesser. Sælger vil have en interesse i at bevare en vis indflydelse på driften i virksomheden i Earn Out perioden for at sikre opfyldelsen af de aftalte Milestones, mens køberen modsat vil have en interesse i, at Milestones først bliver opfyldt på et senere tidspunkt for derved at reducere købesummen.

Som det fremgår af denne artikel, er en virksomhedsoverdragelse en kompleks proces, hvor mange forhold skal identificeres og reguleres, og der er som oftest tale om en transaktion med betydelige konsekvenser for parterne. Det anbefales derfor, at parterne sikrer sig bistand ved rådgivere, der har erfaring med denne type af opgaver.

¹ Advokatsamfundet, Vejledning i gennemførelse af juridisk due diligence, 2002

² Hansen, Johannus Egholm, m.fl., Køb og salg af virksomheder, 4. udgave, 2009, s. 250 – 251

³ Hansen, Johannus Egholm, m.fl., Køb og salg af virksomheder, 4. udgave, 2009, s. 262 - 264

⁴ UfR 1994.698/2 H

ER DU OPDATERET I HR JURA?

DELTAG I JUC SYMPOSIUM I

Rom

24. februar - 3. marts 2013
(4 undervisningsdage)

Ansættelses- og arbejdsret

På JUC Symposium i ansættelses- og arbejdsret har du en unik mulighed for faglig fordybelse. I Rom modtager du undervisning svarende til 40 lektioner (32 timer) fordelt over 4 dage.

Underviserne stiler efter praktisk anvendelighed og ikke mindst fordybning i helt aktuelle emner. Undervisningsformen er varieret med det formål, at du får det størst mulige udbytte.

Mulige emner på linjen er bl.a. en workshop med udgangspunkt i seneste højesteretspraksis men også emner som:

- sidste nyt på lovgivningsfronten - herunder vikarloven
- fleksible ansættelsesforhold
- vikarer
- den kommende ændring af ligebehandlingsloven og den del af fleksjobordningen som har betydning for ansættelse i virksomheder
- sygdom og refusion
- sociale medier og medarbejderne – herunder loyalitet/decorum
- kontrolforanstaltninger i ansættelsesretten herunder med gennemgang af praksis
- ny EU-dom om handicapbegrebet
- saglige kriterier ved større afskedigelser - herunder omplaceringspligt

- diskrimination
- virksomhedsoverdragelse – herunder den seneste udvikling
- seneste praksis vedrørende incitamentsaf-lønning
- konkurrencebegrænsninger – aftalte som ikke-aftalt
- markedsføringslov og loyalitet

Den endelig undervisningsplan offentliggøres først senere, således at det sikres, at alt relevant aktuelt stof indgår. Følg med på www.juc.dk for udvikling af programmet.

Målgruppe

Advokater, fuldmægtige, jurister, konsulenter, HR-professionals, beslutningstagere samt andre, som beskæftiger sig med det ansættelses- og arbejdsretslige område.

Pris

Kursist kr. 19.950 ekskl. moms

Ledsager kr. 7.500 inkl. moms

Tilmeld dig nu på www.juc.dk eller ring til os på telefonnummer 39 17 97 90. Du kan også sende en e-mail til juc@juc.dk.

Tid og sted

24. februar til 3. marts 2013

(7 overnatninger - 4 undervisningsdage)

Ergife Palace Hotel ★★★★★ i Rom

(Roms største kongrescenter), Italien

OPFYLDER KRAVENE TIL OBLIGATORISK EFTERUDDANNELSE FOR

40

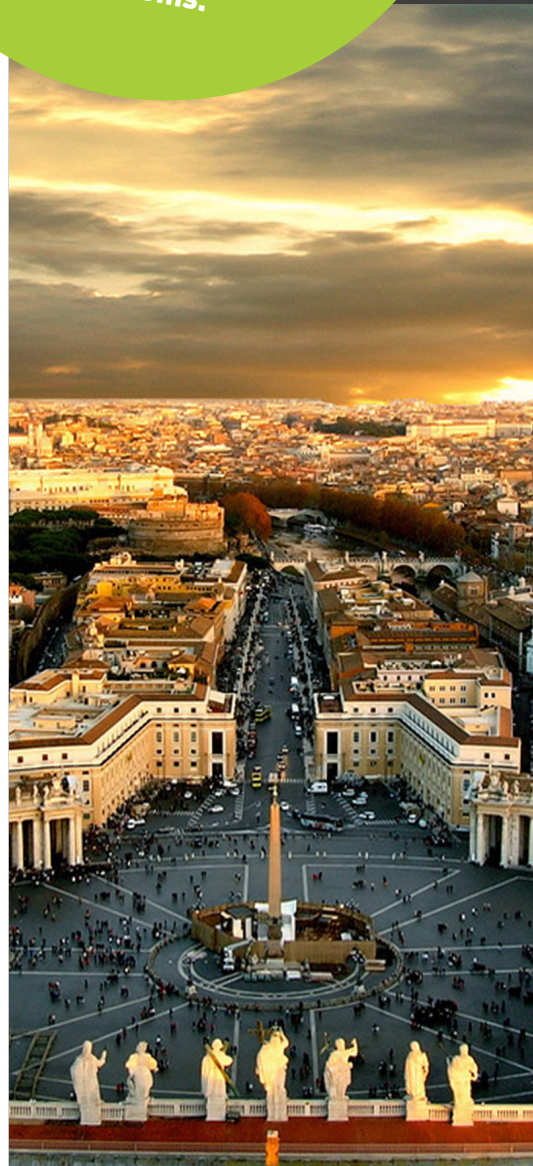
Lektioner

Kr. 19.950

ekskl. moms.

Ledsager kr. 7.500

inkl. moms.



Anerkendte undervisere



JACOB GOLDSCHMIDT
Advokat og Partner, Elmer & Partnere, formand for Danske Ansættelsesadvokater



CHARLOTTE VESTER
Underdirektør, Ansættelseschef, Dansk Erhverv



NIELS WAAGE
Dommer, Næstformand i arbejdsretten



MORTEN LANGER
Advokat og Partner
Norrborn Vinding

JUC

VIDEN → VÆRDI → VÆKST →

FRUEBJERGVEJ 3 · 2100 KØBENHAVN

T: +45 39 17 97 90 · F: +45 39 17 97 91

JUC@JUC.DK · WWW.JUC.DK



ANSÆTTELSESRETLLIG DUE DILIGENCE

AF ADVOKAT OG PARTNER
NICOLAI HESGAARD

Formål

Formålet med due diligencen er, at giver køberen af en virksomhed (herefter "erhververen") et indblik i de rettigheder og forpligtelser, som påhviler den overtagne virksomhed (herefter "target"), og at afdække hvilke risici, der er forbundet med at overtagelsen. Herudover vil due diligencen kunne afdække forhold af betydning for den fremtidige drift og integration af target i erhververens egen virksomhed.

Generelt påhviler der en sælger af en virksomhed inden indgåelsen af en aftale om salg af virksomheden, en pligt til loyalt at give køber oplysninger om forhold, der har betydning for købers bedømmelse af target, og som sælger kender eller burde kende til. Modstykket til sælgers loyale oplysningspligt er erhververens undersøgelsespligt. Uden at komme nærmere ind på under hvilke betingelser, erhververens undersøgelsespligt udløses, kan det konstateres, at så godt som alle erhververe gennemfører en form for due diligence af target forud for erhvervelsen¹.

Den ansættelsesretlige del af due diligencen er sædvanligvis højt prioriteret, da medarbejderne udover at være en betydelig driftsomkostning også ofte er af væsentlig betydning for targets (fortsatte) succes.

Fokus for denne artikel er de ansættelsesretlige overvejelser i forbindelse med en juridiske due diligence, men det skal nævnes, at det er blevet mere almindeligt, at der også gennemføres en HR due diligence, hvis formål det er at afdække kompetencer, kultur mv. hos medarbejderne i target, så erhververen kan forberede de nødvendige tiltag for at sikre en succesfuld overtagelse og/eller integration af target.

Rapporteringsformater

Imens resultatet af en due diligence tidligere var lange og deskriptive rapporter, har tendensen de senere år været, at erhververen alene ønsker en "red flag report", hvorved forstås en rapport, hvor kun de væsentligste findings fra den gennemførte due diligence rapporteres. Typisk vil der blive fastsat en beløbsgrænse for, hvad der kan anses for en red flag finding. Beløbsgrænsen vil ofte være relateret til de minimis-grænsen² i overdragelsesaftalen³.

Denne ændrede rapporteringsform stiller store krav til kompetencen hos den, der gennemfører due diligencen. Der ses derfor også en tendens til, at den ansættelsesretlige due diligence forestås af mere seniore medarbejdere.

Den ændrede rapporteringsform stiller også øgede krav til forberedelserne til due diligencen, idet man

inden undersøgelsen påbegyndes bør få uddybet erhververens tanker og bevæggrunde for erhvervelsen, da det vil sikre relevansen af rapporteringen. Det er endvidere relevant at få kendskab til erhververens forudsætninger, herunder eksempelvis om erhververen har kendskab til danske arbejdsmarkedsforhold eller ej. Har erhververen ikke kendskab til danske arbejdsmarkedsforhold, vil det ofte være en god idé at give erhververen et baggrundsnotat om dansk ansættelsesret, således at rapporteringen fortsat kan holdes på "red flag" niveau.

Indeks og request liste

Indekset er den samlede liste over de dokumenter og information, som stilles til rådighed om targetet i datarummet med henblik på at kunne gennemføre due diligence-undersøgelsen. Indekset er ofte baseret på en request liste, som den potentielle erhverver, har sendt til sælgeren. Såfremt targetet tilkendegiver, at dele af de efterspurgte informationer ikke er relevante eller ikke eksisterer, giver dette i sig selv værdifuld information om targetet.

Overordnet kan man inddele de efterspurgte ansættelsesretlige dokumenter og oplysninger i følgende kategorier, idet enhver request liste/indeks selvsagt bør tilpasses targetets virksomhed.

Individuelle aftaler

Dokumenter mv. som bør fremlægges er bl.a. ansættelsesaftaler for ledende medarbejdere og nøglemedarbejdere, standard ansættelsesaftaler, alle ansættelsesaftaler som indeholder change of control bestemmelser, konsulentaftaler, incitaments- og bonusprogrammer og fratrædelsesaftaler indgået med ledende medarbejdere og nøglemedarbejdere de sidste tre år. Derudover bør der fremlægges oplysninger om opsigelser og varslede opsigelser fra ledende- og nøglemedarbejdere inden for de sidste tre år.

Særlig exit-/transaktionsbonusaftaler er relevante, da disse ofte er indgået med sælgeren (og ikke targetet) forud for transaktionen. Hvis der ikke tages højde herfor i overdragelsesaftalen, udsætter targetet sig for risiko, idet medarbejderne, som er ansatte i targetet, må antages at kunne rette kravet på betaling af exit-/transaktionsbonussen mod targetet i det omfang, at sælger ikke opfylder exit-/transaktionsbonusaftalen. Fra et HR-perspektiv er sådanne aftaler også vigtige, da størrelsen af dem kan have indflydelse på

medarbejderens (fortsatte) motivation for at arbejde i targetet efter salget.

Kollektive forhold

Oplysninger om medlemskab af arbejdsgiverforeninger, kollektive overenskomster som targetet virksomheden er omfattet af herunder lokal aftaler er væsentlige at få indsigt i for en erhverver, idet overenskomster indeholder forpligtelser, som det som udgangspunkt er vanskeligt at blive frigjort for.

Samarbejdsaftaler og referater af samarbejdsudvalgsmøder for de senest 3 år giver et godt indblik i samarbejdsklimaet i targetet, og hvilke udfordringer, som targetet har eller har haft. Ofte vil referaterne tillige indeholde sygefraværs og anden – statistik.

Arbejds miljø

Det bør undersøges, hvorvidt targetet har etableret den lovpligtige arbejdsmiljøorganisation og i bekræftende fald bør kopi af referater fra møder i arbejdsmiljøudvalget/-gruppen gennemgås, da sådanne referater ofte giver et indblik i targetets arbejdsmiljø.

Endvidere vil det være sædvanligt at udbede sig oplysninger om arbejdsskader, herunder statistik. Også påbud mv. fra Arbejdstilsynet vil være relevante at få fremlagt i datarummet, da sådanne påbud (i det omfang de ikke allerede er opfyldte) kan indebære, at targetet skal afholde betydelige omkostninger til at opfylde påbuddene.

Pension

Henset til at langt de fleste pensionsordninger i Danmark enten er bidragsbaserede eller i øvrigt er afdækkede⁴, er den pensionsretlige due diligence som ofte ikke særlig kompliceret. Dog er det ikke et krav, at et pensionsløfte til en direktør er afdækket, hvorfor det er vigtigt at få undersøgt, om targetet har afgivet et pensionsløfte over for direktøren. Tilsvarende er det vigtigt at få afklaret, om targetet har opfyldt sin pligt til at indbetale pensionsbidrag. Erhververen indtræder således ikke alene i den fremtidige pligt til at betale pensionsbidrag, men også i sælgerens/targetets eventuelle manglende betalinger af pensionsbidrag⁵.

Tvister

Alle verserende retssager og faglige sager samt tvister med nuværende eller tidligere medarbejdere inden for de sidste 3 år bør gennemgås, da omfanget og karakteren af disse giver et godt indblik i targetets måde at drive virksomhed på, herunder i hvorledes medarbejderne behandles hos target. Endvidere kan enkeltstående tvister have vidtrækkende konsekvenser, hvis der er flere medarbejdere, der kan have det samme eller tilsvarende krav, som det den konkrete tvist angår.

Gennemgangen af materiale

Udover det i datarummet fremlagte materiale mv., kan man også selv via offentligt tilgængelige kilder skaffe sig relevant information om target virksomheden. Eksempelvis kan man på arbejdstilsynets hjemmeside se, hvilken smiley target har fået.

Det ses stadig oftere, at der af sælger forud for transaktionen er udarbejdet en såkaldt vendor due diligence rapport⁶, som udleveres til den potentielle erhverver. Formålet med at fremlægge vendor due diligence rapporten er, at afkorte due diligence processen, og reducere antallet af requests.

Et vigtigt led i afdækningen af relevante forhold, er at stille spørgsmål og/eller udbede sig yderligere dokumenter af sælgeren og/eller targetets ledelse (såkaldte requests). Behovet herfor opstår ofte fordi materialet i datarummet er ufuldstændigt, uklart eller i øvrigt giver anledning til supplerende spørgsmål. Udover muligheden for at stille requests er det sædvanligt, at der arrangeres en Q&A session med targetets ledelse og relevante HR-personer. Sådanne Q&A sessions er ganske værdifulde, da man derved kan få et godt indtryk af, hvor godt target har styr på tingene, ligesom der under disse sessions ofte fremkommer oplysninger, som ikke er fremlagt i datarummet.

Findings

Da der som nævnt ovenfor som oftest rapporteres på "red flag" basis, vil ikke enhver ansættelsesretlig problematik skulle rapporteres. Selvom det ikke – som udgangspunkt – kan kaldes en finding, er det dog almindeligt at udarbejde et skema hvoraf de væsentligste ansættelsesvilkår for ledelsen og nøglemedarbejdere fremgår. Et sådant skema er også brugbart, hvis erhververen overvejer, at skifte ud i

ledelsen, ligesom det giver et godt overblik, over hvilke vilkår targetets ledelse og nøglemedarbejdere har.

Ved rapportering af findings, bør der altid knyttes et forslag til (en såkaldt recommendation), hvordan findingen som led i transaktionen skal håndteres og om muligt sætte en værdi på findingen. Hvis det f.eks. viser sig, at konkurrenceklausulen for en nøglemedarbejder er ugyldig, kan det være relevant at betinge transaktionen af, at der inden signering er aftalt en gyldig konkurrenceklausul med medarbejderen. Tilsvarende bør erhververen forud for transaktionens gennemførelse have forholdt sig til en eventuel change of control bestemmelse hos medarbejdere, som indebærer, at de pågældende som følge af transaktionen vil kunne betragte sig som opsagte og/eller fratræde på særligt fordelagtige vilkår. Det ses også at target indgår i en koncern, og at eksempelvis pensionsaftalen er indgået for koncernen som helhed. I den situation er det vigtigt at få afklaret om target vil kunne opnå samme (fordelagtige) vilkår hos pensionselskabet, når target ikke længere er en del af koncernen.

Hvis gennemgangen afdækker, nogle potentielle krav, eksempelvis krav i medfør af ligelønsloven eller forskelsbehandlingsloven, bør recommendation være, at sælger i overdragelsesaftalen påtager sig at skadesløsholde (indemnify) erhververen i tilfælde af, at erhververen måtte blive mødt med krav. Hvis der allerede er rejst krav ved domstolene, kan det være relevant at kræve, at target hensætter det fornødne beløb til dækning af det pågældende krav (inklusive omkostninger).

Ved rapporteringen bør man også have in mente, hvorvidt den pågældende transaktion skal ske i form af en aktie- eller aktivitetsoverdragelse. Dette har bl.a. betydning for muligheden for at frasige sig en kollektiv overenskomst i medfør af virksomheds- overdragelsesloven, erhververens informations- forpligtelser, og for hvilke medarbejdere der går med over i medfør af virksomhedsoverdragelsesloven.

Opfølgning

Mange har en opfattelse af at en due diligence rapport ofte vil blive stillet op på hylden, når transaktionen er gennemført, for så kun at blive fundet frem, hvis der efterfølgende måtte dukke ubehagelige overraskelser op i target.

Henset til omkostningerne forbundet med en due diligence bør man som rådgiver hjælpe erhververen med at nyttiggøre de forhold, som man som rådgiver har afdækket. Derfor er det en god idé efter transaktionens gennemførelse at give erhververen en oversigt over forhold, der bør løses, og som ikke allerede som led i transaktionen er blevet løst (eller blev vurderet som ikke-væsentlige for transaktionens gennemførelse). Dette kunne eksempelvis være ajourføring af personalehåndbogen, herunder mail- og internetpolitik. Tilsvarende kan der være afdækket forhold, som blot fremadrettet bør håndteres anderledes, eks. udarbejdelse af en bedre standardansættelsesaftale.

¹ For en gennemgang af sælgers oplysningspligt og købers undersøgelsespligt i virksomhedsoverdragelser henvises til advokat Thomas Gjør-Trønning og advokat Anders Rubinsteins artikel i INSPI, nr. 10, 2012.

² Ved de minimis forstås den værdi et krav mindst skal have før, at det kan gøres gældende mod sælger. Ofte

vil de minimis være kombineret med en såkaldt basket, dvs. at først når værdien af alle de minimis krav samlet overstiger basket-værdien, vil erhververen kunne gøre krav mod sælger.

³ Det er dog primært i auktionsprocesser, at udkast til overdragelsesaftale allerede er udarbejdet på tidspunktet for due diligencen-undersøgelses gennemførelse.

⁴ Firmapensionskasselovens § 1, stk. 1. Undtagelserne til afdækning fremgår af firmapensionskasselovens § 1, stk. 2.

⁵ Erhververen vil dog som udgangspunkt have et refusionskrav mod sælgeren for manglende indbetalinger af pensionsbidrag.

⁶ Sælgers formål med at udarbejde en vendor due diligence rapport kan bl.a. være at få ryddet op i target, således at target fremstår mere attraktiv. En vendor due diligence report kan også forberede sælger på relevante problemstillinger, som en potentiel erhverver af target vil inddrage i forhandlingerne.

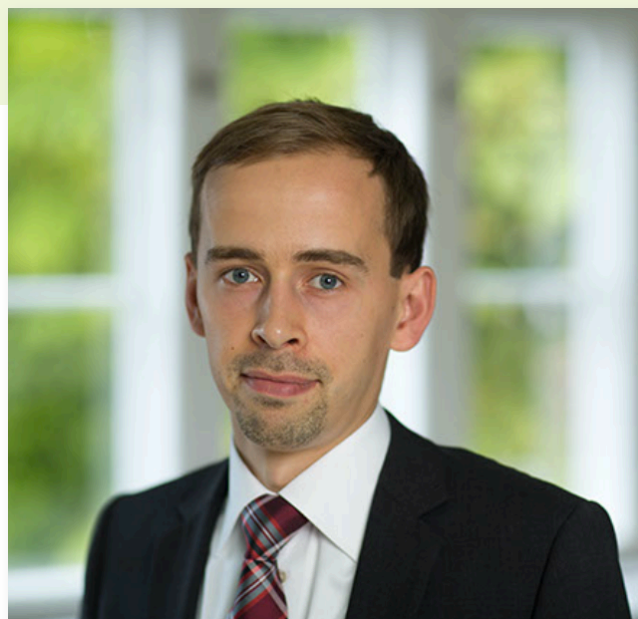


SÆLGERS OPLYSNINGSPLIGT OG KØBERS UNDERSØGELSESP LIGT I VIRKSOMHEDS- OVERDRAGELSER

ARTIKEL AF
ADVOKAT THOMAS GJØL-TRØNNING, OG
ADVOKAT ANDERS RUBINSTEIN,
BECH-BRUUN

I DET NYE NUMMER INSPI, 10 - 2012
WWW.REVIFORA.DK

ARTIKLEN KAN DOWNLOADES PÅ
WWW.BECHBRUUN.COM



DUE DILIGENCE REQUEST LISTE PERSONALEFORHOLD

AF REDAKTØR, CAND.MERC.JUR
ANTON KRAEV

Due diligence Request Liste

Følgende spørgsmål kan man overveje at tage med i forbindelse med en ansættelsesretlig Due Diligence:

Kilde:

www.advokatnet.dk,
"Køb og salg af virksomheder" af Johannus Egholm
Hansen mf., 4. udgave 2009,
samt egen bearbejdning.

Organisationsdiagram

- Liste over medarbejdere med angivelse af anciennitet, ansættelsesform, løn og anden gage, tilsagn om fratrædelsesgodtgørelse og oplysning om fri bil, computer, telefon, aviser mv. (navn, titel og funktion)
- Beskrivelse af nøglepersoner og ledere (navn, titel og funktion)

Oplysninger om overenskomstforhold, lokalaftaler mv.

- Oplysninger om tidligere og nuværende medlemskab af arbejdsgiverforening
- Hovedaftale
- Overenskomster med funktionærer, fuldtidsmedarbejdere og timelønnede ikke-funktionærer, mv.

- Tryghedsaftale
- Tillidsmandsaftale
- Lokalaftaler, samarbejdsaftaler, mv.
- Redegørelse for lokale kutymmer
- Lederaftalen

Individuelle aftalegrundlag

- Individuelle ansættelseskontrakter
- Direktørkontrakter
- Eksempel på standardkontrakter
- Kontrakter, som afviger fra standardkontrakter

Personalepolitikker, cirkulærer og lign.

- Diverse personalepolitikker, cirkulærer og lign.
- Rygepolitik
- Policies

Pensionsforhold

- Generelle såvel som individuelle aftaler om pension
- Redegørelse for evt. uafdækkede pensionstilsagn

Oplysning om særligt beskyttede medarbejdere

- Medarbejdere som er på barsel, har anmodet om barsel, har oplyst om graviditet, eller har afholdt barsel inden for de seneste 6 måneder

- Tillids- og sikkerhedsrepræsentanter
- Oplysning om medarbejderrepræsentation i bestyrelsen
- Elever
- Oplysning om hvilke medarbejdere er ansat som fleksjobansatte eller på lign. skånevilkår

Verserende eller varslede sager

- Sager ved Arbejdsretten – processkrifter samt korrespondance
- Voldgiftssager – processkrifter samt korrespondance
- Afskedigelsesnævns sager – processkrifter samt korrespondance
- Civile domstole – processkrifter samt korrespondance
- Ligebehandlingsnævnet, ligelønsnævnet, tvistighedsnævnet – processkrifter samt korrespondance
- Påtænkte afskedigelser – korrespondance
- Hvis virksomheden er blevet mødt med et krav om overenskomst fra organisationer, ønskes korrespondance herom
- Korrespondance vedrørende varslede sager af ovennævnte karakter
- Liste over medarbejdere afskediget inden for de seneste 6 måneder, indeholdende oplysninger om anciennitet og begrundelse for afskedigelse

Arbejdsmiljø

- Oversigt over arbejdsskader det løbende og de seneste [xx] kalenderår
- Tilladelser, forbud og påbud samt dertil knyttet korrespondance
- Verserende arbejdsmiljø sager
- Oplysning om arbejdsmiljøorganisationen, herunder om arbejdsmiljørepræsentanter fra henholdsvis medarbejdernes og ledelsens side
- Rapporter fra Arbejdstilsynet for det løbende og de seneste [XX] kalenderår
- Oplysninger om påtænkte investeringer med henblik på at forbedre arbejdsmiljøet

Bonus, provisionsaftaler og lignende

- Oplysning om optjent, uafregnet bonus/provision
- Oplysning om acontoudbetalt bonus/provision
- Medarbejderaktie- eller overskudsdelingsordninger
- Warrants og optioner

Konkurrencebegrænsende aftaler

- Konkurrenceklausuler, jobklausuler, medarbejderklausuler og lign.

Konsulent aftaler og lignende

Oplysning om skatteforhold

- Al korrespondance vedrørende skattemæssige forhold mellem revisor, skattemyndighederne og virksomheden for det løbende og de seneste [XX] kalenderår
- Oplysning om aftale om bruttolønsordninger

Oplysning om ferieforhold

- Ferie med løn eller feriegodtgørelse
- Ferietillæg og udbetalingstidspunktet
- Ret til feriefridage

Oplysning om sygdom

- Oversigt over sygefravær, statistisk
- Oversigt over medarbejdere, som har haft sygefravær i over [XX] dage for det løbende og de seneste [XX] kalenderår

Oplysning om immaterielle rettigheder, som tilhører virksomhedernes medarbejdere

Referater

- Diverse referater fra diverse udvalg, herunder samarbejdsudvalg, sikkerhedsudvalg, trivselsudvalg mv.



VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSES- LOVENS BAGGRUND OG RETSKILDEMATERIALET

AF PROFESSOR, JUR. DR.
OLE HASSELBALCH

Den 1. april 1979 trådte den særlige lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse i kraft (lov 111 21/3 1979). Anledningen var direktiv 77/87/EØF ("virksomhedsoverdragelsesdirektivet").

Ved fremsættelsen af lovforslaget (Folketingstidende 1978-79, tillæg A sp. 2753 ff) sammenfattede arbejdsminister Svend Auken hovedindholdet i de nye regler på den måde, at loven skulle sikre lønmodtagerne, således at den, der køber eller på anden måde får en virksomhed overdraget, umiddelbart indtræder i den tidligere ejers rettigheder og forpligtelser mht. de løn- og arbejdsvilkår, som består forud for overdragelsen, herunder uanset om der er tale om offentligt ejede eller private virksomheder. Hertil kom bestemmelser, der indebar, at afskedigelse på grund af overdragelse af en virksomhed ikke skulle anses for rimeligt begrundet, medmindre afskedigelsen skyldes økonomiske, tekniske eller organisatoriske hensyn, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer. Endelig foresloges regler om, at overdrageren og erhververen skal informere de berørte lønmodtagere om en række forhold, og om arbejdsgiverens pligt til at optage forhandlinger med dem om eventuelle foranstaltninger i forbindelse med overdragelsen.

Det retlige udgangspunkt var på daværende tidspunkt, at en ny ejer ingen forpligtelse havde til at overtage de ansatte, og ejerskiftesituationen var i det hele taget blot dækket af et par specialregler i hhv. medhjælperloven, lærlingeloven og funktionærloven. Anliggendet gav i øvrigt ikke anledning til de store arbejdsretlige problemer.

De dengang (få) fremstillinger inden for dette fagområde omtaler derfor kun emnet perifert, og fokus var her mestendels på de konsekvenser, identitetsændringen kunne have for lønmodtageren med en mulig ret for pågældende til at ophæve kontrakten til følge. Se f.eks. undertegnede *Ansættelsesret* (1975), s. 179 ff, og for funktionærers vedkommende H.G. Carlsens *Dansk Funktionærret* (2. udg. 1974), der s. 300 ff også er inde på spørgsmålet om ejerskiftets betydning for funktionærens anciennitet og den særlige regel herom i funktionærlovens § 2, stk. 8. Denne var blevet indført i konsekvens af funktionærlovsbetænkningen af 1947 og fastslog – og fastslår stadigvæk – at "*såfremt en funktionær fortsætter i en virksomhed, efter at den har skiftet ejer, skal den tid, funktionæren har haft ansættelse i virksomheden som funktionær før ejerskiftet, medregnes ved beregningen af ansættelsestiden*".

Ingen af de to værker klarificerer i øvrigt stillingen derhen, at problemet (naturligvis) kun er aktuelt, såfremt der ikke reelt foreligger identitet mellem den nye og den gamle "ejer", i hvilket tilfælde både ancienniteten og de øvrige ansættelsesvilkår i og dermed følger med. Carlsen konstaterer blot, at funktionærlovens regel var nødvendig, fordi lovens anciennitetsprincip bevirkede, at ansættelsesforholdets ophør ved et ejerskifte i mangel af § 2, stk. 8, ville medføre, at ancienniteten i forhold til den tidligere arbejdsgiver gik tabt, uanset at funktionæren faktisk fortsatte det nye sted.

Om denne forudsætning holder stik, er vel et spørgsmål. En fortsættelse i nøjagtig samme stilling kunne nok i mangel af anden aftale mellem funktionæren og den nye arbejdsgiver hævdes at have som klar forudsætning, at funktionæren bevarede ancienniteten. Men med lovens ufravigelige regel blev problemet løst definitivt og var ikke længere underkastet parternes mulige anderledes aftale eller uklare, uudtrykte forudsætninger for fortsættelsen.

På de kollektive overenskomsters område var retsstillingen også enkel - se f.eks. Per Jacobsen, *Kollektiv Arbejdsret*, 2. udg. 1975, s. 146 ff: Hvis ikke der var tale om overdragelse i omgængelseshensigt, eller den fortsatte forpligtelse fulgte af, at der reelt forelå identitet mellem den nye og den gamle ejer, havde overtageren ingen forpligtelse til at indtræde i overdragerens kollektive overenskomstforhold.

Direktiv 77/87/EØF indebar imidlertid at EF-landene nu skulle indføre regler om, at en ny arbejdsgiver ikke mere bare skulle kunne lade være med at indtræde i den gamles forpligtelser over for de ansatte.

I pagt med sædvanen blev arbejdsmarkedets parter inddraget i forhandlingerne om direktivets udformning, ligesom de deltog i et efterfølgende udvalgsarbejde på dansk grund om udarbejdelse af forslaget til den nødvendige gennemførelseslovgivning. Dette afkastede en rapport på 92 sider (maj 1979) fra udvalget. Stort set var der enighed i dette, og lovforslaget kom i pagt med denne enighed til at svare til rapportens forslag blot med tilføjelse af en speciel regel for lærlinge m. v., samt en ikrafttrædelsesbestemmelse.

Udvalget havde fået i opdrag blot at omskrive direktivets tekst til dansk ret, hvorfor man fortrinsvis

opfattede sit arbejde som værende af rent teknisk karakter, herunder mht. afklaringen af en række af direktivets begreber. Et af problemerne var således, at direktivet flere steder var formuleret med særlige forhold i andre EF-lande for øje, og at sprogbrugen derfor ikke overalt var umiddelbart anvendelig i en dansk referenceramme.

Udvalget overvejede imidlertid i sammenhængen et par spørgsmål, som siden har fået ganske stor betydning i forbindelse med andre implementeringslove. Først og fremmest drøftede man således, om implementeringen også skulle kunne finde sted ved kollektiv overenskomst. Og dernæst diskuterede man, om lovreguleringen skulle have form af en selvstændig lov, eller ej.

Under hensyn især til, at de af direktivet omfattede emner faldt uden for, hvad der reguleredes ved danske kollektive overenskomster, mente udvalget, at det var bedst at gennemføre direktivets forskrifter ved lov. Hertil kom, at Justitsministeriets principielle indstilling var, at EF-direktiver så vidt muligt bør implementeres på denne måde og i uændret form. Herved ville man nemlig, mente ministeriet, dels opnå størst mulig sikkerhed for korrekt implementering, og dels ville man opnå sikkerhed for, at EF-domstolens fortolkninger af uklarheder i direktivteksten umiddelbart ville være anvendelige som fortolkninger af den danske lovtæst. Denne opfattelse tilsluttede udvalget sig.

I relation til spørgsmålet om, hvorvidt der burde gennemføres en *selvstændig* lov, var udvalget snævert fokuseret på den konkrete foreliggende opgave og tog ikke højde for fremtidsperspektivet på implementeringsområdet. Man diskuterede således blot muligheden for at indføje reglerne i *selskabslovgivningen*. Hvad dette angår, fandt Handelsministeriet imidlertid, at selskabslovene alene burde rumme bestemmelser om *selskabsretlige* forhold, og at et arbejdsretligt direktiv derfor ikke hørte hjemme i dér. Hertil kom, gjorde ministeriet opmærksom på, at direktivet også omfattede ulovregulerede selskabsformer og personligt ejede virksomheder, hvis forhold ikke reguleredes af denne lovgivning.

Det er bemærkelsesværdigt, at udvalgets kommissorium var så snævert, at deltagerne ikke kom ind på – men tilsyneladende heller ikke var opmærksom på - at man stod over for et nogle

ganske centrale problemstillinger af mere principiel karakter:

Der er således et principielt problem mht. mulighederne for *overhovedet* at implementere et direktiv via en kollektiv overenskomst efter dansk model. Hverken en dansk overenskomst, enkelte overenskomstklausuler eller overenskomsttolkningen behøver som bekendt have et skriftligt fundament, hvorfor det kan være uhyre vanskeligt for udenforstående at vide, hvad der egentlig ligger i overenskomsten. En dansk overenskomst *kan* derfor teknisk EU-retligt set slet ikke være gyldigt implementeringsredskab.

Denne problematik var også ladet ude af synsfeltet i forbindelse med udarbejdelsen af den tidligere implementeringslovgivning. Ved udfærdigelsen af ligelønsloven og ligebehandlingsloven blev det således blot slået fast, at hvor ligestillingen var indført ved kollektiv overenskomst, skulle det have sit forblivende herved. Og ej heller i forbindelse med gennemførelsen af reglerne om kollektive afskedigelser – som blev indføjet i lov om i arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring – var emnet fremme. Det skulle ikke desto mindre i konsekvens af udviklingen i antallet af direktiver vise sig at blive særdeles påtrykkende i de følgende årtier.

Et andet principielt problem var, hvorvidt der burde etableres en (selvstændig) lov om virksomhedsoverdragelse eller en *samlende* lov om ansættelsesforhold som sådan, hvori virksomhedsoverdragelsesreglerne så blev indføjet. Sidstnævnte mulighed var slet ikke oppe i udvalget.

Det var ikke mindst efter vor indtræden i EF forudseeligt, at det ville komme til en EF-retlig regulering af arbejdsretlige anliggender, lovgiver ikke førhen havde beskæftiget sig med. Et internationalt økonomisk fællesskab af den art, der her var tale om, lader sig nu engang ikke praktisere, *medmindre* løn- og arbejdsvilkårene i medlemsstaterne underkastes en vis koordinering. Dette aspekt lodes imidlertid konsekvent ude såvel i diskussionerne om vor indtræden i EF som i årene efter, hvor mantraet tværtimod var, jf. DA's og LO's tilkendegivelser til vælgerne, at "*vore nødder knækker vi selv*". Som det også hedder i Arbejdsgiverforeningens pjece "Arbejdsgiverne og EF" fra 1972. "*VORE OVERENSKOMSTER indeholder en lang række.*

bestemmelser, der regulerer forholdene på arbejdspladsen, herunder, pauser, opsigelsesvarsler, tillidsmandsregler, regler for behandling af stridsspørgsmål m.v. Medlemskab af EF vil ikke indebære forpligtelse til at ændre på disse forhold."

Som bekendt gik det anderledes, og det kan vel i dag siges, at det på tidspunktet for virksomhedsoverdragelseslovens givelse var omtrent sidste udkald, hvis man skulle nå at få indpasset den danske ansættelseslovgivning i en samlende ramme, som på en hensigtsmæssig måde kunne absorbere de fællesskabsretlige regler, der senere måtte komme, i et velordnet system. Et forsøg i denne retning strandede da også under et udvalgsarbejde i Arbejdsministeriets regi i begyndelsen af 1990-erne – givetvis ikke mindst på grund af den uoverskuelighed, der allerede dengang var oparbejdet, og som gjorde det uoverkommeligt for udvalgets medlemmer at overskue det, de stod over for.

Så vidt ses var ingen af organisationerne endsige aktørerne på den folketingspolitiske scene imidlertid interesseret i at tage dette spørgsmål op. Det berørtes således vel i forelæsningen, som knyttede sig til den afhandling, der konstituerede ansættelsesretten som juridisk disciplin, nemlig ovennævnte fremstilling *Ansættelsesret* fra 1975. Og det bragtes i forlængelse heraf internt på banen i DA. Men der kom ikke noget ud af det, givetvis fordi fremtidsperspektivet i problemstillingen var uoverkommeligt på et tidspunkt, hvor næsten alle var fuldt og helt fokuseret på, at løn- og arbejdsvilkårene *skulle* reguleres af de kollektive parter *selv*. Lovgivningens tekniske indretning bortdefineredes derfor som et underordnet teknisk/juridisk anliggende.

Endelig repræsenterer loven en tendens, som senere skulle blive meget markant, og som efterhånden er blevet en ganske stor belastning for det ansættelsesretlige systems funktionalitet: I stedet for at ophæve eksisterende regler, som overlappede den nye lov, *opretholdt* man den hidtidige bestemmelse i funktionærlovens § 2, stk. 8. Gevinsten herved var kun den beskedne, at også visse situationer, som ikke er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, for funktionærers vedkommende opsamles af funktionærloven. Reglen heri favner i parentes bemærket *også* et ejerskifte, der ikke beror på "overdragelse" i virksomhedsoverdragelseslovens forstand - således retsforfølgning herunder

tvangsauktion, ekspropriation samt dødsboers og konkursboers indtræden i ejerens sted (hvor konkurslovgivningen dog hjemler særlige indtrædelsesregler).

Det er let at se, at der ved en sådan blot byggen oven på åbnes for uklarhed om finesser, som let kan føre til omfattende og kostbare retssager. Ulysten til at røre ved det eksisterende har desuagtet været markant, når der senere er lovgivet på det ansættelsesretlige område. Man har i sådanne forbindelser heller ikke på noget tidspunkt diskuteret de mere overordnede konsekvenser af denne laden-stå-til linje, som har bidraget stærkt til, at det danske ansættelsesretlige system i dag har nået en i international sammenhæng sjælden grad af uoverskuelighed for ikke at sige et niveau af rent roderi.

Der var med andre ord hos de toneangivende aktører på tidspunktet for virksomhedsoverdragelseslovens givelse ingen fremadrettet interesse og intet perspektiv, som kunne bære længere end til en så nøgen omsætning af direktivet til dansk ret som vel mulig.

Lovens *tekniske* afsæt inden for den hermed afstukne ramme var imidlertid optimalt. Man inficerede således ikke, som det er sket i senere implementeringslove, lovteksten med komplicerede forsøg på at tildele de kollektive overenskomster en rolle som gennemførelsesredskaber. Og man holdt sig snævrere muligt til de regler, direktivet opstillede. Det er f.eks. karakteristisk, at man definerede afskedigelser med begrundelse i virksomhedsoverdragelse blot som usaglige i henhold de til enhver tid om usaglig afskedigelse gældende regler i stedet for at indrette et selvstændigt sanktionssystem.

De problemstillinger, regelsættet regulerede, var imidlertid komplicerede, og der opstod da også i de følgende år en række sager om anvendelsen af bestemmelserne, herunder ved EF-Domstolen.

God lovgivningsteknik tilsiger, at en regeltekst opjusteres hen ad vejen, så at den bliver retvisende i forhold til, hvad der til enhver tid faktisk gælder. Ved direktiv 98/50/EF ændredes det underliggende direktiv derfor med henblik på præcisering af retstilstanden ud fra EF-Domstolens afgørelser om direktivets tolkning (jf. nu det kompilerede direktiv 2001/23/EF). Dette førte til en justering af den danske virksomhedsoverdragelseslov i pagt hermed, i hvilken

forbindelse der blev lejlighed til indføje et par supplerende bestemmelser (lov 441 af 7/6 2001).

Reglerne havde i de mellemliggende år givet anledning til bemærkelsesværdigt mange retssager på dansk grund samt en omfattende diskussion i den juridiske teori. Lovforberedelsen gik derfor ikke så gnidningsfrit for sig som ved den oprindelige lovs vedtagelse. Se lovforslag L 190, Folketingstidende 2001, tillæg A 5655, betænkning, ændringsforslag uden for betænkningen samt tillægsbetænkning og de op mod 30 spørgsmål til ministeren.

Ud over en teknisk præcisering af reglerne iht. det, der lå i det nye direktiv, søgte man ved lovrevisionen også at få afklaret på et par af de mest brændende problemer, der var opstået på dansk grund i de forløbne år, nemlig omkring erhververs eventuelle indtræden i den kollektive overenskomst, den overtagne virksomhed måtte være tilsluttet, samt spørgsmålet om det fagretlige systems anvendelse og forhandlingsretten i de af loven omfattede situationer. Man bevægede sig med sidstnævnte ind i et af de mere komplicerede problemer i dansk arbejdsret, og det var da også især her, det under behandlingen af lovforslaget kom til en del diskussion.

Den vedtagne lov konkretiserede, hvilke virksomheder og overdragelser, der er omfattet af reglerne, sidestillede lønmodtageres ophævelse af ansættelsen pga. ændringer i forbindelse med overdragelsen med afskedigelse (hvad der strengt taget ikke var nødvendigt, fordi dette følger allerede af sagens natur), indførte en regel, som giver overtageren af en virksomhed mulighed for inden 5 uger at frasige sig en bestående overenskomst, bestemte hvor tvister om de berørte lønmodtagers rettigheder og pligter i så fald skulle afgøres (næmlig efter begæring ved fagretlige behandling og Arbejdsretten), samt sikrede de lønmodtagere, der måtte miste deres overenskomst ved overdragelsen, en forhandlingsret iht. samme princip som det efter funktionærlovens § 10 gældende. Endelig konkretiseredes indholdet af arbejdsgivers underretnings- og øvrige forhandlingspligt i situationen.

Den kompilerede lov foreligger nu som lov 710 af 20/8 2002.

Forventningen ved den oprindelige lovs ikrafttræden om, at der ikke ville opstå de store vanskeligheder

med de nye regler, holdt altså ikke stik. Loven rakte da også ind i problemstillinger, der har relation til andre retsområder end det rent arbejdsretlige, med juridiske komplikationer til følge. Herunder rakte den ind i felter, hvor praktiserende advokater rutinemæssigt opererer.

Loven regulerede således forhold, der ligger indenfor den almindelige obligationsrets kerneområde, nemlig principperne for overdragelse af aktiver. Også f.eks. reglerne om bobehandling og skifte er i referencefeltet. Der kan rent praktisk heller ikke foregå ret mange transaktioner, som implicerer organisationsforandringer i en virksomhed, uden at man gør klogt i at efterse loven. Oven i kommer, at der i flere henseender er tale om ret komplicerede afvejninger af, hvad der overhovedet falder under denne. Hvad er f.eks. en sådan selvstændig "del" af en virksomhed, at aktivet ved overdragelse er omfattet af reglerne? Og hvilke typer transaktioner falder under overdragelsesbegrebet? Hertil kommer, at en del problemer omkring de kollektive overenskomsters anvendelse ikke var (klart) reguleret ved direktivet, men i praksis voldte en del vanskeligheder. Det gjaldt især spørgsmålet om, hvorvidt overførelsesprincippet gjaldt ikke blot for individuelle aftaler, men også for de kollektive overenskomster, en overdraget virksomhed (eller virksomhedsdel) måtte være tilsluttet. Dette spørgsmåls besvarelse blev først klarificeret for lovens mere forudsætningsløse læsere ved lovrevisionen i 2002.

Konsekvensen var at der hurtigt efter den første lovgivelse opstod et væld af sager. I skrivende stund er der i registranten *ArbejdsRet Online* anført ikke mindre end 210 i en eller anden grad principielle afgørelser. Heraf hidrører de 3 fra DA/LO-afskedigelsesnævnet, 52 fra Arbejdsretten og 50 fra hhv. EU- og EF-Domstolen samt EFTA-Domstolen. 17 er truffet af faglige voldgiftsretter, 8 af Tvistighedsnævnet og resten af de almindelige domstole. Kun en del af dette materiale er trykt.

Uden tilgang til den fond af viden, disse afgørelser repræsenterer, skal man være forsigtig med at bevæge sig for langt ud i de mere intrikate dele af virksomhedsoverdragelsesproblematikken. Det gælder også afgørelserne fra de fagretlige afgørelsesinstanser. Når en del af sagerne således, uagtet de principielt vedrører lovfortolkning, alligevel er afgjort i fagretligt regi, skyldes det, at forskellige problemstillinger omkring lovens anvendelse er dukket op som


sideproblemer i sager med et fagretligt hovedindhold. Ligeledes kan parterne naturligvis acceptere at lade et af de fagretlige organer afgøre det opståede problem for at opnå en hurtig og billig afklaring. Eftersom disse organer normalt beklædes af højeste- eller landsretsdommere, og eftersom fagretlige sager uden principielt indhold normalt stoppes under det forudgående forhandlingsforløb, kan denne retspraksis ikke bare negligeres.


Endvidere opstod en mildt sagt svulmende litteratur om virksomhedsoverdragelse i forskellige afskygninger. I nævnte registrant er således pr. 2012 anført ikke mindre end 101 titler. En del af disse er blot artikler eller kortere indlæg i værker med andet hovedindhold. Andet er pjecer af mere orienterende art – såvel DA som LO har således udgivet udmærkede sådanne. Men ganske mange indeholder en substantiel stillingtagen, som den, der skal anvende loven, er nødt til at konsultere. Ud over standardfremstillingen af problemet i *Den Danske Arbejdsret*, afsnit XVI, kan især nævnes Lars Svenning Andersen m.fl.'s *Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse*, kommenteret udgave (5. udg. 2009), Mette Klingsteens *Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse* (2002), Bo Lauritzen *Lønmodtageres retsstilling ved insolvente virksomhedsophør* (2. udg. 2007) samt Peer Schaumburg-Müllers og Erik Werlaufs *Udllicitering og medarbejdere* (5. udg. 2001).

Over-dragelse, en. [-,dra? əlsə] vbs. til overdrage; især:

1) til -drage 2.

1.1) (*nu næppe br.*) til -drage 2.1. Overdragelse fra Journalen til Hovedbogen. *KiøbmSyst. 1.105. jf.:* foruden ved Samleje gives flere [Overdragelsesmaader](#) (dvs.: for venerisk smitte). *Æskulap. (overs.1799).23.*

1.2) (især  ell. jur.) til -drage 2.2. *Holb. DH.II.200. Slange. ChrIV.420.* Overdragelsen (dvs.: af ejendom) er gyldig uden Hensyn til Forudsætningens Urigtighed eller Bristen. *Lassen. AO.104.* Overdragelse . . af Risiko. *ForsikrO. jf. Forretningsoverdragelse. Ludv. hertil Overdragelses - afgift, -brev (Thurah. B. 172), -dokument, -erklæring, -retshandel, -sum, -traktat ofl.*

1.3)  til -drage 2.3. *vAph. (1759).* Overdragelse af Agentur. *Ludv.*

2) † til -drage 3. *vAph. (1759).*



HVORNÅR FORELIGGER DER EN VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSE?

AF PARTNER, ADVOKAT
HELENE AMSINCK

Overdragelse af virksomhed eller del af virksomhed

Få bestemmelser har givet anledning til så meget hovedbrud, som definitionen af en virksomheds-overdragelse i § 1 i virksomhedsoverdragelsesloven¹ og artikel 1 i det bagvedliggende rådsdirektiv². Selv om det nu er mere end 35 år siden, at rådsdirektivet blev vedtaget, og selv om vi i den mellemliggende periode har fået en lang række afgørelser fra EU-domstolen³ og de nationale retsinstanter, der fastlægger grænserne for Direktivets og VOL's anvendelse, er det stadig her, mange tvivlsspørgsmål opstår.

De klassiske virksomhedsoverdragelser, hvor der sker en samlet overdragelse af alle aktiver - bygninger, driftsmidler, immaterielle rettigheder, kundekreds osv. - i et selskab med henblik på, at erhververen kan drive præcis samme aktivitet videre som overdrageren, volder ikke de store problemer.

Vanskelighederne opstår, når det kun er en del af virksomhedens aktiviteter, der overføres, måske endda en accessorisk aktivitet, og/eller når overførslen af aktiviteten ikke sker ved en traditionel overdragelse mellem to parter.

Anvendelsesområdet for Direktivet beskrives således i Direktivets artikel 1, stk. 1:

- a) Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en virksomhed eller bedrift til en anden indehaver som følge af en overdragelse eller fusion.
- b) Som overførsel i henhold til dette direktiv **anses overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, forstået som en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk, jf. dog litra a) og de følgende bestemmelser i denne artikel.**
- c) Dette direktiv finder anvendelse på offentligretlige og privatretlige virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de opererer med gevinst for øje. En administrativ omorganisering af offentlige administrative myndigheder eller en overførsel af administrative funktioner mellem offentlige administrative myndigheder er ikke en overførsel i dette direktivs forstand.

Ordlyden af artikel 1 giver os således en vis vejledning, når vi skal finde ud af, om vi står med en virksomheds-overdragelse, men forståelsen af især den fremhævede del af bestemmelsen volder fortsat vanskeligheder og vil derfor være omdrejningspunktet for denne artikel⁴.

Arbejdsgiverskifte

Det ligger fast, at der skal foreligge et arbejdsgiverskifte, for at Direktivet og VOL finder anvendelse⁵. Det betyder, at der skal være tale om en overførsel mellem to forskellige retssubjekter. Hvis arbejdsgivers identitet ikke ændres ved en given overførsel eller transaktion, er der ikke grundlag for anvendelse af loven, da lønmodtagernes ansættelsesforhold ikke berøres.

Overdragelse af kapitalandele i et aktie- eller anparts-selskab indebærer således ikke en virksomhedsoverdragelse i Direktivets og VOL's forstand, heller ikke selv om alle kapitalandele overdrages, da lønmodtagerne efter overdragelsen fortsat er ansat i det samme selskab.

Det er derfor vigtigt tidligt i processen at få afklaret, om transaktionen forventes struktureret som en substans-overdragelse eller en overdragelse af kapitalandele. Hvis det sidste er tilfældet, forbliver ansættelsesforholdene upåvirkede af overdragelsen. Til gengæld er der ingen mulighed for frasigelse af kollektive overenskomster efter VOL's § 4a. I visse tilfælde er adgangen til frasigelse af de kollektive overenskomster så væsentlig, at det får afgørende betydning for, hvordan transaktionen struktureres.

Omvendt vil en overførsel af en virksomhed mellem to forskellige selskaber inden for samme koncern, være omfattet af Direktivet og VOL, selv om de to selskaber ultimativt har samme ejer, da lønmodtagerne her overgår til ansættelse hos en anden juridisk person. Koncerninterne virksomhedsoverdragelser giver imidlertid anledning til særlige overvejelser, når det gælder muligheden for at frasige sig overdragerens kollektive overenskomster efter VOL § 4a på grund af risikoen for identitets- eller omgåelsesbetragtninger.

Overførselsbegrebet

Direktivet taler om "overførsel...som følge af en overdragelse eller fusion". Omfattet er således den klassiske overdragelsesaftale mellem en sælger og en køber, men også fusioner og spaltninger, aftaler om opløsning af interessentskaber osv. er omfattet.

Retspraksis viser imidlertid, at overførselsbegrebet er væsentligt bredere end som så, og at der ikke stilles noget krav om et direkte kontraktsforhold mellem overdrager og erhverver⁶. Udlicitering, outsourcing, bortforpagtning, leje, leasing m.v. kan således også være omfattet af Direktivet og VOL, hvis der herved sker en overførsel af (en del af) en virksomhed fra en arbejdsgiver til en anden. Det gælder ikke blot ved første udlicitering eller outsourcing fra kunden til leverandør A, men også ved kundens udskiftning af leverandør A med leverandør B, uden at der er noget kontraktsforhold mellem leverandør A og leverandør B, de såkaldte trepartsforhold.

Alle de nævnte overførselsformer kan således rummes inden for overførselsbegrebet i Direktivet og VOL. Heraf kan imidlertid ikke udledes, at enhver udlicitering, outsourcing, bortforpagtning osv. også konkret vil indebære en virksomhedsoverdragelse. For at kunne afgøre, om det er tilfældet, må der foretages en grundig undersøgelse af, om der sker en overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet efter overførslen. Undertiden er der for megen automatik i antagelsen af, at VOL finder anvendelse. Eksempelvis kan man møde det argument, at hvis den første outsourcing er en virksomhedsoverdragelse omfattet af VOL, vil det også gælde, når aktiviteterne outsources på ny efter udløbet af den første kontrakt, hvilket ikke behøver at være tilfældet.

Eksemplerne med bortforpagtning, leje og leasing viser, at det ikke er afgørende for spørgsmålet om virksomhedsoverdragelse, at der sker en overgang af ejendomsretten til de fysiske og immaterielle aktiver, der er nødvendige for at drive virksomheden. Det er tilstrækkeligt, at aktiverne stilles til rådighed for erhververen, og at denne samtidig indtager rollen som arbejdsgiver over for de medarbejdere, der er beskæftiget med aktiviteten.

Overførsel af økonomisk enhed, som bevarer sin identitet

Direktivet definerer økonomisk enhed som "en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk".

I denne formulering ligger ikke, at der skal være tale om en aktivitet, som drives med økonomisk fortjeneste for øje. Der stilles heller ikke krav om en vis mindstestørrelse eller en bestemt juridisk struktur.

Det er ikke noget krav, at overførslen af aktiviteten omfatter overførsel af ejendomsret eller brugsret til materielle eller immaterielle aktiver, da en gruppe af medarbejdere også kan udgøre en økonomisk enhed.

Endelig er det ikke noget krav, at aktiviteten er (en del af) virksomhedens primære formål, da også overførsel af rent accessoriske aktiviteter som eksempelvis en virksomheds kantinedrift eller IT-afdeling kan være omfattet af Direktivet og VOL.

Omvendt ligger det fast, at den rene opgaveovergang ikke er tilstrækkelig til at statuere virksomhedsoverdragelse. Hvis der ikke overgår hverken ejendomsret eller brugsret til fysiske eller immaterielle aktiver, og der heller ikke overgår medarbejdere, men alene overføres en opgave, foreligger der ingen virksomhedsoverdragelse, selv om aktiviteterne er de samme, jf. herom nedenfor.

Kriterierne for, om virksomheden har bevaret sin identitet

Det vanskeligste element i vurderingen ligger i at fastslå, om virksomheden har bevaret sin identitet efter overførslen. I sin dom af 18. marts 1986 i den såkaldte Spijkers-sag⁷ redegjorde EU-Domstolen for en række af de kriterier, som indgår i denne vurdering, nemlig følgende:

- hvilken art af virksomhed er der tale om,
- er der sket en overtagelse af de fysiske aktiviteter som for eksempel bygninger og løsøre,
- hvad er værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overdragelsen,
- overtager den nye indehaver størstedelen af arbejdsstyrken,
- overtager den nye indehaver kundekredsen,
- i hvor høj grad er de økonomiske aktiviteter de samme før og efter overdragelsen,
- har virksomhedens drift været indstillet og i givet fald hvor længe.

EU-Domstolen understregede i dommen, at der ved bedømmelsen skal tages hensyn til samtlige omstændigheder, og at hvert af de opregnede kriterier kun indgår som delelementer i den samlede bedømmelse. Spijkers-dommen er siden blevet flittigt citeret i mange af de afgørelser fra EU-domstolen, der omhandler virksomhedsbegrebet i Direktivet.

Aktiviteter, der i høj grad er baseret på materielle aktiver

Når det gælder virksomhedens art, viser efterfølgende praksis, at det har væsentlig betydning for vurderingen af virksomhedsbegrebet, om der er tale om aktiviteter, som i høj grad er baseret på fysiske driftsmidler, eller om der er tale om aktiviteter, som udelukkende eller i hovedsagen er baseret på arbejdskraft.

Traditionel industriproduktion, bustransport, renovationskørsel, anlæg af minegange og drift af storkøkkener er eksempler på aktiviteter, der i høj grad er baseret på fysiske driftsmidler. En af de væsentlige domme om aktiviteter baseret på fysiske driftsmidler er Liikenne-dommen fra 2001⁸.

Sagen handlede om et udbud af driften af 7 busruter, som hidtil havde været drevet af A med 26 busser, men som nu blev vundet af B. A opsagde i den anledning 45 chauffører, hvorefter B ansatte 33 af disse (det vil sige alle, der selv søgte) og 18 andre. B overtog ingen busser fra A, men lejede 2 busser af A i en overgangsperiode på 2-3 måneder, mens B ventede på nye busser. Desuden købte B nogle uniformer af A. 2 af de opsagte chauffører, som havde fået ansættelse hos B, gjorde gældende, at der forelå virksomhedsoverdragelse.

EU-Domstolen fastslog for det første, at overtagelse af offentlig transport ved et udbud, kan være omfattet af Direktivet, og at dette gælder uanset den manglende direkte aftalemæssige forbindelse mellem den hidtidige og den nye leverandør.

Dernæst fastslog EU-Domstolen, at regulær offentlig bustransport er en aktivitet baseret på væsentlige fysiske elementer (busserne), og at der ikke finder en virksomhedsoverdragelse sted i Direktivets forstand, når der ikke sker en overførsel af disse væsentlige fysiske elementer.

Selv om det kunne lægges til grund, at B automatisk overtog kundekredsen ved at overtage busruterne, og selv om B overtog 33 ud af 45 medarbejdere, vejede det således tungere i den samlede bedømmelse, at ingen af busserne blev overtaget af B.

Et helt tilsvarende resultat kom Arbejdsretten til i sin dom af 25. maj 2005⁹ om dagrenovation. B vandt et udbud af dagrenovation i en kommune, hvor dagrenovationen hidtil havde været varetaget af A. B

ansatte de medarbejdere, som hidtil havde stået for dagrenovationen hos A, men overtog ingen renovationsbiler.

Med udtrykkelig henvisning til Liikenne-sagen konkluderede Arbejdsretten, at der ikke forelå en virksomhedsoverdragelse, eftersom renovationsbilerne måtte anses som væsentlige fysiske elementer på samme måde som busserne i Liikenne-sagen. At B benyttede sig af samme affaldsbeholdere, affaldsstation og standpladser var ikke tilstrækkeligt.

Disse to afgørelser viser, at det langt fra er tilstrækkeligt til at statuere virksomhedsoverdragelse, at der tale om samme aktiviteter.

I Allen-dommen¹⁰ fra 1999, der omhandler anlæg af minegange, og Abler-dommen¹¹ fra 2003, der omhandler drift af et hospitalsstorkøkken slog EU-Domstolen fast, at sådanne aktiviteter ikke kan betragtes som i hovedsagen baseret på arbejdskraft, da de kræver væsentlige materielle aktiver. Det kunne ikke tillægges betydning, at der ikke skete nogen overførsel af ejendomsretten til de materielle aktiver, eftersom de materielle aktiver blev stillet til rådighed for den nye leverandør af mineejeren hhv. hospitalet. Dette var tilstrækkeligt til, at der forelå overførsel af en virksomhed.

Aktiviteter, der udelukkende eller i hovedsagen er baseret på arbejdskraft

Når vi taler aktiviteter, som udelukkende eller i hovedsagen er baseret på arbejdskraft, som eksempelvis rengøring, hjemmehjælp eller vagttjeneste, er vurderingen og vægtningen en helt anden. Den skelsættende dom fra EU-Domstolen er her Süzen-dommen fra 1997¹².

Süzen og 7 andre gjorde rent på et gymnasium, men blev opsagt, da gymnasiet opsagde rengøringsaftalen med A, som de arbejdede for, og entrerede med B i stedet.

EU-Domstolen fastslog, at anvendelse af Direktivet forudsætter en overførsel af en økonomisk enhed, der er organiseret på stabil måde, og hvis aktiviteter ikke er begrænset til udførelsen af en nærmere bestemt entreprise. Det er ikke tilstrækkeligt, at der er tale om samme tjenesteydelse. En virksomheds tab af en kunde til en konkurrent er heller ikke i sig selv tilstrækkeligt til at statuere virksomhedsoverdragelse.

Hvis arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, kan en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet kunne udgøre en økonomisk enhed, som bevarer sin identitet ved overførslen, men det kræver, at den nye indehaver overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hidtil har udført opgaven.

Da der i den konkrete sag hverken blev overdraget materielle eller immaterielle aktiver fra A til B, og da B heller ikke overtog en efter antal og kvalifikationer betydelig del af de medarbejdere, der hidtil havde varetaget opgaven, forelå der ikke virksomhedsoverdragelse.

Linjen i denne dom er blevet fulgt op i senere domme, bl.a. Valor-dommen fra 2011¹³. Her opsagde en kommune kontrakten med sit rengøringsfirma for selv at varetage rengøringen fremadrettet. Rengøringsfirmaet meddelte fru Valor, at hun fremover kunne anse sig ansat hos kommunen, da kommunen havde overtaget rengøringen, men fru Valor blev afvist af kommunen, der i stedet ansatte 5 medarbejdere til at gøre rent via en arbejdsformidling.

EU-domstolen konkluderede med henvisning til bl.a. Süzen-dommen, at der ikke forelå en virksomhedsoverdragelse, da kommunen hverken havde overtaget nogen af de medarbejdere, der hidtil havde varetaget arbejdet, eller havde overtaget materielle eller immaterielle aktiver fra den hidtidige rengøringsvirksomhed. At aktiviteten var den samme, nemlig rengøring af kommunens lokaler, var ikke tilstrækkeligt.

Omvendt nåede Højesteret i U2001/1993H frem til, at VOL fandt anvendelse i forbindelse med en ny leverandørs overtagelse af rengøringen på et hotel, da personalet på ca. 100 medarbejdere fortsatte hos den nye leverandør med de samme aktiviteter og uden afbrydelse af driften. Dette er helt i overensstemmelse med præmisserne i Süzen-dommen.

Spørgsmålet om, hvorvidt en overførsel af en given aktivitet er en virksomhedsoverdragelse i Direktivets eller VOL's forstand, stilles typisk for at afklare, om erhververen er forpligtet til at overtage de medarbejdere, der har været beskæftiget med den omhandlede aktivitet. Det kan derfor forekomme cirkulært, når afgørelsen i relation til aktiviteter, der udelukkende eller hovedsageligt er baseret på arbejdskraft, i meget høj grad afhænger af, om

erhververen rent faktisk overtager medarbejdere. Alligevel giver det en vis mening, eftersom der i sådanne sager ikke er andre elementer, der kan understøtte, at der foreligger overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet.

I sager om aktiviteter baseret på arbejdskraft er man således henvist til at foretage vurderingen på grundlag af en antagelse om, hvad der kommer til at ske, også selv om det ligger uden for éns egen kontrol, som det eksempelvis er tilfældet for den hidtidige leverandør, der ikke har sikret sig en aftale med kunden om, at kunden eller den nye leverandør skal være forpligtet til at overtage medarbejderne, hvis den hidtidige leverandør mister opgaven ved outsourcing-kontraktens udløb.

Der er ingen domme, der fastslår, hvad der ligger i en "efter antal og kvalifikationer betydelig del af arbejdsstyrken". Der kan næppe indlæses noget krav om, at der skal være tale om mindst 50% af medarbejderne, når blot de overtagne medarbejdere udgør en enhed, som gør det muligt at fortsætte aktiviteterne på stabil måde. Her vil det bl.a. spille ind, om nøglemedarbejderne overtages.

Samlet bedømmelse

I alle de tilfælde, hvor en aktivitet ikke udelukkende eller hovedsageligt er baseret på arbejdskraft, men hvor der også indgår en lang række andre elementer i aktiviteten, må man være påpasselig med ikke at overvurdere betydningen af, at der ikke overgår medarbejdere eller kun overgår medarbejdere i beskedent omfang, da overførsel af de andre elementer kan være tilstrækkelig. Det er væsentligt at foretage en samlet bedømmelse af alle foreliggende omstændigheder.

Overførsel af værdifulde immaterielle aktiver kombineret med en overtagelse af kundekreds kan eksempelvis være tilstrækkeligt til at statuere virksomhedsoverdragelse.

I Ford-dommen¹⁴ fra 1996 havde virksomhed A forhandlet Ford-biler i et område i en årrække. Ford, der var hovedaktionær i A, besluttede i 1987 at tildele forhandlingen af Ford-biler i området til en uafhængig forhandler B, som overtog 14 af de 64 medarbejdere, der havde været beskæftiget med forhandlingen af Ford-biler hos A. Der forelå ingen aftaler mellem A og B, og B overtog ikke nogen aktiver fra A.

Domstolen fastslog, at Direktivet finder anvendelse, når et selskab, der er indehaver af en ret til at forhandle biler i et bestemt område, indstiller sin virksomhed, hvorefter forhandlerretten overdrages til et andet selskab, der viderefører virksomheden, overtager en del af medarbejderne og drager fordel af en anbefaling fra den hidtidige forhandler til kundekredsen om at bruge den nye forhandler.

Indstilling af driften

Som det fremgik af Spijkers-dommen tillægges det betydning, om virksomhedens drift har været indstillet.

En helt midlertidig standsning af driften eller en afbrydelse af driften, der skyldes sæsonlukning eller industriferie, vil ikke hindre anvendelsen af Direktivet og VOL.

Omvendt vil et definitivt ophør af virksomheden, hvor medarbejderne er opsagt og fritstillet, og/eller opsigelsesperioden er udløbet, indebære, at der ikke kan anses at foreligge en virksomhedsoverdragelse. Hvis der er tætte forbindelser mellem overdrager og erhverver, og alt tyder på, at der er tale om en tilrettelagt lukning, hvor det har været hensigten, at driften skulle genoptages, kan der imidlertid blive statueret virksomhedsoverdragelse på trods af lukningen.

Vigtige overvejelser og gode råd

Inden man tager stilling til, om der i en konkret situation foreligger en virksomhedsoverdragelse, bør det relevante faktum søges oplyst bedst muligt, så der kan foretages en tilbundsående prøvelse på basis af de kriterier, der er fastslået i retspraksis. Det forekommer, at det relativt tidligt i processen antages, at der vil være tale om en virksomhedsoverdragelse i VOL's forstand, uden at nogen har foretaget en nærmere analyse. Det hænder også, at omstændighederne ændrer sig afgangende undervejs, således at der må foretages en fornyet vurdering af spørgsmålet.

Den aftalemæssige regulering bør overvejes nøje. Er der tale om en outsourcing, er der ikke noget til hinder for, at udbyderen pålægger leverandøren at (tilbyde at) overtage de medarbejdere, der har været knyttet til den pågældende aktivitet, efter VOL's regler, uanset om VOL ville finde anvendelse uden en sådan aftale.

I tilfælde af udlicitering outsourcing, bortforpagtning og lignende, hvor erhververen kun driver aktiviteterne i en periode, bør det overvejes, hvad der skal gælde ved aftalens ophør. Skal der være pligt for udbyderen/bortforpagteren til selv at overtage eller forpligte en ny leverandør/forpagter til at overtage medarbejderne ved kontraktens ophør? Og hvordan skal det i givet fald afgøres, hvilke medarbejdere forpligtelsen skal omfatte - skal der aftales en procentgrænse? Skal der overtages medarbejdere svarende til antal årsværk, der er medgået til aktiviteten?

Eller skal det omvendt aftales, at udbyderen/den nye leverandør ikke skal overtage medarbejdere? Eller foretrækker parterne blot at henvise til, at der skal overtages medarbejdere, hvis og i det omfang VOL finder anvendelse uden yderligere regulering?

Parterne kan ikke ved deres indbyrdes aftale forpligte medarbejdere til at lade sig overdrage efter VOL, hvis VOL ikke finder anvendelse, eller hvis de konkrete medarbejdere ikke er omfattet af virksomheds-overdragelsen, men de kan aftale pligt til at tilbyde overgang efter VOL og træffe aftaler om, hvem der skal bære den økonomiske risiko, hvis der ikke overtages det antal, som parterne har forudsat. Tilsvarende kan de træffe aftaler om, hvem der skal bære den økonomiske risiko, hvis der er medarbejdere, som kan kræve sig overført efter VOL, selv om det ikke var parternes hensigt.

Til brug for udbyderens/bortforpagterens vurdering af, hvad der vil gælde ved kontraktens ophør, bør der indarbejdes en pligt for leverandøren/forpagteren til at give oplysninger om medarbejderforholdene en passende tid før kontraktens ophør.

¹ Lov nr. 111 af 21. marts 1979 som ændret ved lov nr. 441 af 7. juni 2001 om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, nu sammenskrevet i lovbekendtgørelse nr. 710 af 20. august 2002, i artiklen benævnt "VOL".

² Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller dele af virksomheder eller bedrifter som ændret ved Rådets

direktiv 98/50/EF, nu sammenskrevet i direktiv 2001/23/EF, i artiklen benævnt "Direktivet".

³ I artiklen anvendes betegnelsen "EU-Domstolen" generelt, selv om Domstolen først i 2009 ændrede betegnelse fra EF-Domstolen til EU-Domstolen.

⁴ Artiklen omhandler således ikke afgrænsningen af begrebet virksomhed over for myndighedsudøvelse, VOL's anvendelse i forbindelse med konkurs, VOL's manglende anvendelse på søgående skibe og VOL's territoriale anvendelse.

⁵ Se C-51/00, Temco Service Industries, EF-domstolens dom af 24. januar 2002, præmis 21.

⁶ Se sag C-172/99, Liikenne, EF-domstolens dom af 25. januar 2001.

⁷ Sag 24/85, Spijkers, EF-domstolens dom af 18. marts 1986.

⁸ Sag C-172/99, Liikenne, EF-domstolens dom af 25. januar 2001.

⁹ Arbejdsrettens dom af 25. maj 2005 i sag A2004.244.

¹⁰ Sag C-234/98, Allen, EF-domstolens dom af 2. december 1999.

¹¹ Sag C-340/01 Abler, EF-domstolens dom af 19. juni 2003.

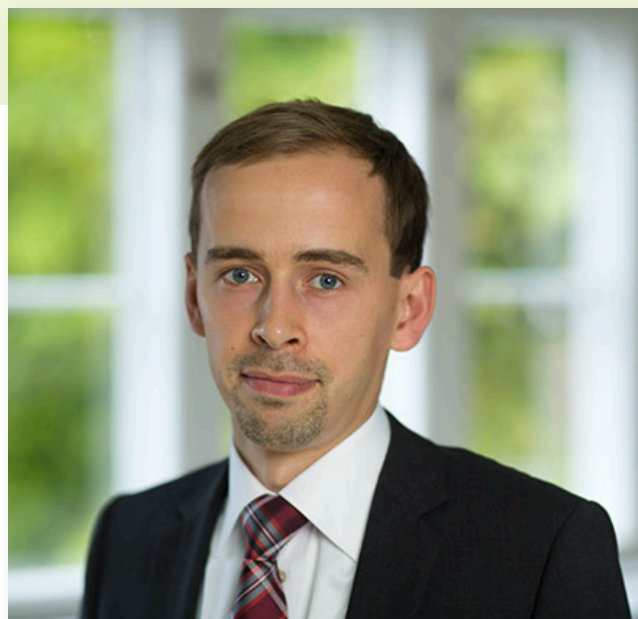
¹² Sag C-13/95, Süzen, EF-domstolens dom af 11. marts 1997.

¹³ Sag C-463/09, Valor, af 20. januar 2011.

¹⁴ C-171 og C-172/94, Ford, EF-domstolens dom af 7. marts 1996.

DEN “NEDRE” GRÆNSE OG OMGÅELSESHENSYN. RENGØRINGSVIRKSOMHEDER

AF REDAKTØR, CAND.MERC.JUR
ANTON KRAEV



I en vurdering af, om en bestemt transaktion er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, er rengøringsydelse særligt interessante. Der er nemlig tale om et område, hvor materielle eller immaterielle aktiver ofte er begrænset til det mest elementære, og aktiviteterne hovedsagligt er baseret på arbejdskraften. Der vil som udgangspunkt ikke være tale om andre produktionsfaktorer, som kunne udgøre en økonomisk enhed, end en organiseret enhed af arbejdstagere.

Selvom der er flere relevante domme, er der dog to, der er særligt interessante. Det er dommene om Ayze Süzen og María Martín Valor, som Helene Amsinck kort nævnte i sin artikel “Hvornår foreligger er en virksomhedsoverdragelse?” på side 31-32. Begge domme behandler spørgsmålet om undergrænsen for det opstillede begreb “en økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet” ved vurdering af in- og outsourcing af rengøringsopgaver.

Efter Valor-dommens afsigelse blev der rejst en stor debat, om in- eller outsourcing af rengøringsopgaver altid indebærer en virksomhedsoverdragelse, og om arbejdstagerens ansættelser og ansættelsesvilkår i givent fald er beskyttet af direktiv 2001/23/EF.

Følgende artikel har til formål at afklare, om der findes en “nedre” grænse, hvor in- og outsourcing af rengøringsopgaver ikke er omfattet af direktivet.

Sag C-13/95, Ayze Süzen

Som Helene Amsinck nævnte ovenfor, tog EF-Domstolen i sagen stilling til, om hvornår ophør, tilbagetagelse og videregivelse af en udliciteret rengøringsfunktion kan indebære en virksomhedsoverdragelse.

Ayze Süzen var ansat som rengøringsmedhjælper i et rengøringsfirma Zehnacker, hvor hun med syv andre medarbejdere varetog rengøring af et gymnasium Aloisiuskolleg, som udliciterede opgaven til rengøringsfirmaet.

Den 30. juni 1994 opsagde gymnasiet kontrakten med Zehnacker og indgik en ny kontrakt om udførelse af tilsvarende rengøringsopgaver med et andet firma, Lifarth GmbH. Der blev hverken overdraget materielle eller immaterielle aktiver eller driftsmidler. Ayze Süzen og hendes 7 kollegaer blev afskediget af Zehnacker.

Spørgsmålet var herefter, om der forelå en virksomhedsoverdragelse i relation til det nye rengøringsfirma, og om Zehnacker's opsigelse havde bragt Ayze Süzens ansættelsesforhold til ophør.

EF-Domstolen besvarede de af den tyske arbejdsdomstols forelagte spørgsmål, at direktivets artikel 1, stk. 1, skal fortolkes således, at direktivet ikke finder anvendelse i en situation, hvor en ordregiver,

som har overdraget rengøringen af sine lokaler til én entreprenør, opsiges 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 forgængerens udførte det af aftalen omfattende arbejde.¹

I sin begrundelse gentager EF-Domstolen på ny, at det ikke er afgørende, at der ikke foreligger et kontraktforhold mellem overdrageren og erhververen.² Det kan imidlertid pege imod, at der foreligger en virksomhedsoverdragelse. Det fastholdes dog i præmis 14, at det beror på en samlet bedømmelse af alle faktiske omstændigheder omkring overførslen, om der foreligger en af direktivet omfattet transaktion.

EF-Domstolen anfører herefter i præmis 15, at den omstændighed, at den tjenesteydelse, som udføres af den gamle og den nye ordremodtager, er den samme, ikke i sig selv er tilstrækkelig til, at der er tale om overførsel af en økonomisk enhed. En enhed kan ikke begrænses til den aktivitet, den udfører.

Som noget nyt var der imidlertid formuleringen i præmis 21, hvor EF-Domstolen bemærkede, at i bestemte branche, hvor arbejdskraften udgør en væsentlig del af en virksomheds aktivitet, vil en gruppe af arbejdstagere, som varigt er forbundet gennem en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed. En sådan enhed vil kunne opretholde sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af arbejdsstyrken. I så fald erhverver den nye virksomhed en organiseret helhed af faktorer, der muliggør fortsættelsen af den overdragende virksomheds aktiviteter.

Retslitteratur om sag C-13/95, Ayse Süzen

Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff bemærker i "Udlisitering og medarbejdere", at EF-Domstolen i nogen grad tilslutter sig, at "den rene aktivitetsoverdragelse, der hverken omfatter aktiver eller betydelige dele af arbejdsstyrken, ikke længere skal være omfattet af direktivet."³

Ruth Nielsen kommenterer i U.1997B.218 også afgørelsen og bemærker, der er sket en væsentlig

præcisering af grænserne direktivets anvendelighed. Der er herefter tale om "en opbremsning i forhold til udviklingstendensen i hidtidig praksis, hvor direktivet er blevet under givet en stadig videre fortolkning."⁴

Kåre Mønsted og Nils Kjellegaard Jensen gennemgår i U.1997B.429 afgørelsen, hvor der sættes forholdsvis snæver grænse for direktivets anvendelsesområde. Forfatterne lægger vægt på, at ved aktiviteter, hvor frembringelse eller produktion i høj grad beror på indsatsen af arbejdskraft, som det er tilfældet ved rengøring, må et kendetegn som overførsel af materielle aktiver tillægges relativt mindre vægt end det forhold, om nogle eller alle medarbejdere går med over til eller tilbydes ansættelse hos "den nye kontrakt-haver". Forfatterne understreger her, at overførsel, "hvor blot en enkelt lønmodtager bliver tilbudt at fortsætte hos den nye servicevirksomhed", også kan være omfattet af direktivet.⁵

De påpeger samtidigt, at principielt set kan en hvilken som helst økonomisk aktivitet med et selvstændigt formål udgøre en virksomhed eller en bedrift. I forhold til EF-Domstolens udtalelser om "kvalifikationer og evner" bemærker forfatterne, at en afgørelse af, om undergrænsen for virksomhedsoverdragelse er nået, må formentlig bero på en vurdering af, om den pågældende aktivitet kan eller sædvanligvis bliver udført af for eksempel akademikere, faglærte eller ufaglærte. Det er dog efter forfatternes opfattelse næppe tilstrækkeligt med en nøgtern konstatering af, om der objektivt set blot er tale om en kort oplæringsperiode uden behov for egentlige "kvalifikationer og evner", da det netop er sådanne (ufaglærte) medarbejderens interesser, som direktivet – ud fra en formålsbetragtning (beskyttelseshensyn) - skal varetage. Overtagelsen af kun en del af medarbejderne, hvis arbejdsopgaver kan klares af enhver, kan derfor ikke uden videre medføre, at der ikke foreligger virksomhedsoverdragelse.

Sammenfattende bemærker forfatterne, at det efter Ayse Süzen-afgørelsen kan slås fast, "at der ikke foreligger en "virksomhedsoverdragelse" ved en overførsel af en funktion eller aktivitet fra en ansvarlig arbejdsgiver til en anden, når denne transaktion hverken ledsages af overdragelse af materielle eller immaterielle aktiver af betydning eller en efter antal, kvalifikationer og evner væsentlig del af de tidligere medarbejdere."

Det er herefter særdeles interessant, om der kan med en vis sikkerhed fastlægges en "nedre" grænse, hvor under direktivet ikke finde anvendelse. Ved en gennemgang af teorien kommer man hurtigt frem til, at der er tale om divergerende opfattelser af retstilstanden.

Lars Svenning Andersen, Bjarke Vejby og Jeppe Høyer Jørgensen⁶ anfører dog, at "det eneste punkt, hvorom alle er enige, er, at såfremt der ikke er lønmodtagere ansat i virksomheden, har direktivet ingen interesse."

På linje hermed udtaler Philip Bramhall i Public Procurement Law Review, at "the conclusion from the Süzen decision is that an incoming contractor in a labour only contract can refuse to take on any of the workforce of the outgoing contractor and thus avoid the application of the regulations and the inheritance of the outgoing contractors employment liabilities."⁷

I overensstemmelse hermed anfører Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff, at "der godt kan gives en model for, hvordan man med garanti kommer "uden om" direktivet. [...] Hvis erhververen vil være fuldstændig sikker på ikke at blive omfattet af loven, må han ikke overtage noget som helst eller nogen som helst fra overdragerens virksomhed".⁸

Sag C-463/09, María Martín Valor

Dommen er nok udtryk for cementering af retstilstanden efter Ayse Süzen-dommen og en række andre domme. I sagen skulle EU-Domstolen besvare de af spanske domstole forelagte spørgsmål, om direktivet finder anvendelse, når en kommune beslutter at varetage rengøringen af sine lokaler med eget personale, hvor denne aktivitet tidligere blev udført af en rengøringsvirksomhed i henhold til en kontrakt, der er nu opsagt, når den nævnte ordregivende virksomhed har ansat nyt personale til udførelsen af rengøringsarbejdet.

María Martín Valor var ansat som en rengøringsdame i CLECE, der var en virksomhed, som leverede rengøringsydelserne til en kommune vedrørende rengøring af skoler og kommunale lokaler. Der har ikke været tale om tjenesteydelser, der krævede anvendelse af "særlige materialer".

Med virkning fra den 31. december 2007 opsagde kommunen kontrakten med CLECE, og ansatte

gennem en arbejdsformidling fem assistenter til rengøring af sine egne lokaler.

Spørgsmålet var herefter igen, om der forelå en virksomhedsoverdragelse. I sin afgørelse af 20. januar 2011 fandt EU-Domstolen, at direktivet ikke finder anvendelse på sådan en situation, men bemærkede dog i præmis 32, at det ikke kan "på forhånd udelukkes, at direktivet finder anvendelse under de i sagen foreliggende omstændigheder".

I sin begrundelse gentog EU-Domstolen i store træk sine argumenter fra de tidligere afgørelser, herunder fra Ayze Süzen-sagen. Det bemærkes således i præmis 39, at en rengøringsaktivitet kan anses for en aktivitet, hvor arbejdskraften er den væsentligste del, og følgelig vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles rengøringsaktivitet, i fravær af andre produktionsfaktorer kunne udgøre en økonomisk enhed. Det er imidlertid nødvendigt, at sidstnævntes identitet opretholdes efter den pågældende transaktion.

Det blev hurtigt konstateret, at det eneste element, der etablerer forbindelse mellem de aktiviteter, som blev udført af CLECE, og dem, der er overtaget af kommunen, udgør den omhandlede aktivitet, dvs. rengøring af lokaler.

EU-Domstolen præciserede til sidst i præmis 41, at den omstændighed, at de omhandlede aktiviteter ligner hinanden eller endog identiske, er ikke tilstrækkelig til, at der foreligger opretholdelse af en økonomisk enheds identitet. En enhed kan nemlig ikke begrænses til den aktivitet, den udfører. Dens identitet består af flere uadskilleligt sammenhængende elementer, for eksempel 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.

Afskedigelsesforbud og omgåelseshensyn

Den helt grundlæggende rettighed, der tilkommer de overførte lønmodtagere, er retten til at fortsætte beskæftigelsen i virksomheden også efter overdragelsen. Den hermed sammenhængende ret er retten til ikke at blive afskediget på grund af overdragelsen.

Hovedreglen i direktivet, artikel 4, stk. 1, bestemmer således, at en overførsel ikke i sig selv giver

overdrageren eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser, om end bestemmelsen ikke er til hindrer for, at der kan ske afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer.

EU-Domstolen har gentagende gange fastslået, at hvis arbejdstagere i en virksomhed i strid med direktivet afskediges alene på grund af overførslen, betragtes disse arbejdstagere, som om de stadig var ansat i virksomheden, hvilket bevirker, at arbejdsgiverens forpligtelser over for arbejdstagerne uden videre overgår fra overdrageren til erhververen i medfør af direktivets artikel 3, stk. 1. For at kunne afgøre, om afskedigelsen alene er begrundet i overførslen, må det tages i betragtning, under hvilke objektive omstændigheder afskedigelsen er sket, og navnlig om den har virkning fra et tidspunkt, der ligger tæt på overførselstidspunktet, og om de pågældende arbejdstagere er blevet genansat af erhververen.

EU-Domstolen har endvidere fastslået, at arbejdstagere, som retsstridigt er blevet afskediget af overdrageren kort tid før overførslen af virksomheden, og som ikke overtages af erhververen, over for erhververen kan påberåbe sig, at afskedigelsen er retsstridig.

Såfremt man kommer frem, at direktivet finder anvendelse, og at afskedigelser af arbejdstagere ikke er rimelig, kan der opstå tvivl om, hvem et godtgørelseskrav skal rettes mod. Som nævnt finder direktivets artikel 4 anvendelse alene på de afskedigelser, som er sket i forbindelse med overdragelsen.

Lars Svenning Andersen, Bjarke Vejby og Jeppe Høyer Jørgensen⁹ bemærker, at siden det er opsigelsens rimelighed, der skal bedømmes, "må den opsigende arbejdsgiver kunne begrunde rimelighed af denne. Kravet må derfor som udgangspunkt rettes mod overdrager, uanset at denne opsiges efter aftale med erhverver."

EF-Domstolen udtalte imidlertid i sag C-319/94¹⁰, at "arbejdstagere, som retsstridigt er blevet afskediget af overdrageren kort tid før overførslen af virksomheden, og som ikke overtages af erhververen, kan over for erhververen påberåbe sig, at afskedigelsen er retsstridig." Der kan således i visse tilfælde foreligge solidarisk hæftelse.

En kort gennemgang af afskedigelsesforbuddet i direktivets artikel 4 rejser særlige problemer i henseende til omgåelse af bestemmelsen. Afskedigelsesforbuddet er nemlig betinget af, at direktivet som sådan er anvendelig efter artikel 1. Finder man frem til, at direktivet ikke finder anvendelse, fordi in- eller outsourcing af rengøringsydelser ikke kan anses for en virksomhedsoverdragelse i direktivets forstand, er der ingen særlige begrænsninger i erhverves eller overdragers adgang til at opsiges arbejdstagerne.

Denne betragtning kan friste til, at parterne indbyrdes aftaler, at erhverver ikke skal overtage personalet. Her ved vil direktivet efter omstændighederne ikke finde anvendelse, og reglen i artikel 4 kan derved ikke umiddelbart påberåbes af de afskedigede arbejdstagere.

Omgåelseshensyn

Efter gennemgang af afgørelserne C-13/95 og C-463/09 kan man konkludere, at en overtagelse af personalet er en faktisk omstændighed, som den nationale ret skal tage hensyn til ved bedømmelsen af den pågældende transaktion. I denne forbindelse er der dog to problemer, som hænger nøje sammen. Direktivet har nemlig til formål »at sikre, at arbejdstagernes rettigheder opretholdes, når virksomheden skifter indehaver, idet arbejdstagerne ifølge direktivet kan forblive ansat i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der var aftalt med overdrageren«.

I ovenfor nævnte afgørelser antages det imidlertid, at der foreligger en virksomhedsoverførsel, når en væsentlig del af personalet overtages. Det kan herefter opstå risiko for manglende overensstemmelse mellem lovgivning og retspraksis. I forbindelse med en virksomhedsoverførsel spiller arbejdstagerne ikke blot en subjektiv rolle som indehavere af rettigheder og forpligtelser, men derimod også en objektiv rolle, nemlig som »driftsmidler«, der kan overdrages. Dette medfører, at arbejdstagerne i deres egenskab af »driftsmidler« kan have afgørende betydning for spørgsmålet, om der foreligger en overførsel, og dermed for, om deres egne rettigheder opretholdes.

Det andet problem er den mulighed for misbrug, som generaladvokat V. Trstenjak har påpeget. Han anfører¹¹ nemlig, at det i sidste ende i realiteten overlades udelukkende til den nye arbejdsgivers skøn, om direktivet

kan anvendes. V. Trstenjak bemærker, at "arbejdsgivere netop i arbejdsintensive brancher kan omgå de unionsretlige bestemmelser vedrørende virksomheds-overførsel ved simpelt hen at undlade at overtage den gamle arbejdsgiveres personale. Det burde være indlysende, at dette er i strid med unionslovgivers ønske om at beskytte arbejdstagerne, når en virksomhed skifter ejer, og giver derudover - helt ulogisk - den overtagende arbejdsgiver incitament til på denne måde at frigøre sig fra så mange arbejdstagere som muligt, hvis ikke ligefrem fra dem alle."

EU-Domstolen tager umiddelbart ikke direkte stilling til omgåelsehensynet i dommernes præmisser, bortset fra et par enkelte kommentarer i afgørelsen C-463/09, præmisserne 37 og 38:

"Det er [...] uden betydning, at overtagelsen af en betydning del af arbejdsstyrken foretages i forbindelse med en forhandlet overdragelse mellem overdrager og erhverver, eller at den finder sted efter en ensidig beslutning af den tidligere indehaver [...]." Hvis en overførsel i tilfælde af overtagelse af størstedelen af arbejdsstyrken alene afhang af det kontraktmæssige grundlag for overtagelsen, "ville beskyttelsen af arbejdstagerne, som tilsigtes med dette direktiv, nemlig blive overladt til virksomhedens skøn [...]."

Tilsvarende forklarer Paul Davies i *Industrial Law Journal*¹², at "where the business is 'based essentially on manpower', the application of the Directive can be avoided by the new employer not offering jobs to the former employer's workforce. [...] It is precisely workers who are not skilled and who might be thought to be most in need of the protection of the law (such as cleaners) whom the new employer is most likely to be able to replace by going into the labour market and thereby avoid the application of the Directive".

Der skal imidlertid påpeges, at en arbejdsgiver ifølge direktivet på ingen er forpligtet til i alle tilfælde at overtage arbejdstagerne. Dette ville være i strid med principperne om fri konkurrence og hensynet til privates autonomi, som er bærende principper i Unionens retsorden. Hvis man har overdraget det til en ny virksomhed at drive en rengøringshverv, for eksempel fordi man ikke var tilfreds med den service, som den gamle virksomheds personale ydede, så bliver den nye modtager nemlig konfronteret med det personale, som ordregiver var utilfreds med.¹³

En alt for bred fortolkning af begrebet "økonomisk enhed", for eksempel ved udelukkende at se på antallet af de arbejdstagere, der konkret er blevet overtaget i det enkelte tilfælde, kan føre til en uforholdsmæssig indskrænkning af arbejdsgiverens privatautonomi, hvis denne hindres i at udforme sine kontraktforhold i overensstemmelse med sine berettigede interesser.

Der skal derfor tages hensyn til objektive kriterier ved bedømmelsen af, om virksomhedens eller bedriftens identitet er opretholdt. I denne forbindelse kan overtagelsen af arbejdstagere ikke være nogen »forudsætning« for virksomhedsoverførslen, da overtagelsen af disse er den logiske konsekvens, såfremt direktivet anses for at skulle anvendes.¹⁴ Sagt med andre ord, hvis en væsentlig del af personalet i forbindelse med en virksomhedsoverførsel kun overtages, såfremt en væsentlig del af personalet allerede forinden er overtaget, er det i realiteten tale om en ond cirkel-slutning, som næppe kan svare til unionslovgivers hensigt.¹⁵

Retslitteratur om omgåelse

Lars Svenning Andersen¹⁶ giver udtryk for, at Aysen Süzen-afgørelsen giver anledning til usikkerhed om direktivets rækkevidde. Han definerer dommen som "uheldig", hvilket først og fremmest skyldes, at "den kunne efterlade indtrykket af, at overdrager og erhverver kan "styre" beskyttelsen af lønmodtagerne ved virksomhedsoverdragelse ved at afgøre, om der skal medfølge lønmodtagere."

Det er hans opfattelse, at EF-Domstolen burde forholde sig til direktivets artikel 4, som fastslår, at overdragelsen ikke i sig selv giver overdragen eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser. Bestemmelsen kan ikke omgås ved parternes kontrahering. Forfatteren bemærker endvidere¹⁷, at man heller ikke kan "via en allerede fordislutning bruge den manglende overtagelse af personale som begrundelse for, at der ikke foreligger virksomhedsoverdragelse." Man må derimod anvende artikel 4, stk. 1, 2. pkt. i en analyse af, om afskedigelserne er begrundet i "økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer". Den rigtig fremgangsmåde ville være i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis at lade antallet af fortsættende lønmodtagere indgå i den samlede bedømmelse af, om der foreligger identitet mellem de to virksomheder.

Lars Svenning Andersen, Bjarke Vejby og Jeppe Høyer Jørgensen¹⁸ bemærker, at den fortolkning, som Aysen Süzen-afgørelsen lægger op til, kan udhule beskyttelsen af lønmodtagerne og stride mod hele formålet med direktivet. De fremhæver samtidigt, at det må forventes, "at retsstillingen ligger et sted mellem Mønsted og Kjellerup Jensens fortolkning på den ene side og Svenning Andersens fortolkning på den anden, men således at der fra domstolens side vil blive stillet betydelige krav til beviset for omgåelse. Omgåelse kan særligt tænkes at foreligge, hvor det godtgøres, at afskedigelserne forud for overdragelsen er gennemført efter krav fra erhverver."

Konklusion

Efter gennemgang af direktivets bestemmelser, praksis og faglitteratur er det muligt at konkludere på artiklens problem.

Som det er omtalt ovenfor, har direktivet til formål at sikre kontinuiteten i arbejdsforholdene inden for en økonomisk enhed, uafhængigt af, at der skiftes indehaver, således at det afgørende kriterium for svaret på spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en overførsel i direktivets forstand, er, om den omhandlede enhed har bevaret sin identitet. Begrebet "enhed" omfatter en organiseret helhed af personer, materielle og immaterielle aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål.

Der blev antaget, at på rengøringsområdet, hvor materielle aktiver ofte er begrænset til det mest elementære, er aktiviteterne hovedsageligt baseret på arbejdskraften. Det er herefter udelukkende en gruppe af rengøringsmedarbejdere, der er genstand for undersøgelsen.

EU-Domstolen har slået fast i en række afgørelser, at en rengøringsaktivitet kan anses for en aktivitet, hvor arbejdskraften er den væsentligste del, og følgelig vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles rengøringsaktivitet, i fravær af andre produktionsfaktorer kunne udgøre en økonomisk enhed. Det er imidlertid nødvendigt, at sidstnævntes identitet opretholdes efter den pågældende transaktion.

I Aysen Süzen-sagen tog EU-Domstolen stilling til den situation, hvor en virksomhed afgiver udførelsen af en rengøringsydelse til en konkurrent, hvorimod i María Martín Valor-sagen valgte en virksomhed at foretage

rengøringen selv. I begge tilfælde overtog virksomhederne ikke noget som helst eller nogen som helst. Her udgjorde det eneste element, der etablerede en forbindelse mellem aktiviteter, som erhververen og overdrageren udførte, de omhandlede aktiviteter, det vil sige rengøring.

Selv under disse særlige omstændigheder skulle der tages hensyn til visse aspekter, såsom identiteten af det personale, der er ansat i en enhed, dens ledere, tilrettelæggelsen af dens arbejde og dens driftsmåde, som efter EU-Domstolens opfattelse giver en bedrift eller en del heraf dens karakter af økonomiske enhed. Planlægning og organisation såvel som faglige kvalifikationer og viden vil spille en stor rolle i vurdering af, om der er tale om en økonomisk enhed. Der må dog antages, at der i de fleste tilfælde ikke vil kræves nogen særlige færdigheder eller arbejdsmetoder for at udføre rengøringsarbejde. Der vil derfor ikke være tale om en overtagelse af immaterielle aktiver.

Der må imidlertid fastslås, at kriteriet overtagelse af personale ikke kan udgøre den afgørende faktor. Skulle retspraksis omvendt forstås således, at det er af afgørende betydning, at der sker en overtagelse af "en væsentlig del af personalet", overlades det nemlig i den sidste ende i realiteten udelukkende til den nye arbejdsgivers skøn, om direktivet kan anvendes.

Der skal derfor tages hensyn til objektive kriterier ved bedømmelsen af, om virksomhedens eller bedriftens identitet er opretholdt. I denne forbindelse kan overtagelsen af arbejdstagere ikke være nogen »forudsætning« for virksomhedsoverførslen, da overtagelsen af disse er den logiske konsekvens, såfremt direktivet anses for at skulle anvendes. Hvis en væsentlig del af personalet i forbindelse med en virksomhedsoverførsel kun overtages, såfremt en væsentlig del af personalet allerede forinden er overtaget, er det i realiteten tale om en cirkelslutning, som næppe kan svare til unionslovgivers hensigt.

Der er imidlertid en helt grundlæggende rettighed, der tilkommer de overførte lønmodtagere, er retten til at fortsætte beskæftigelsen i virksomheden også efter overdragelsen. Den hermed sammenhængende ret er retten til ikke at blive afskediget på grund af overdragelsen.

Nationale domstole burde derfor ved fortolkning af EU-retten forholde sig til direktivets artikel 4, som fastslår,

at overdragelsen ikke i sig selv giver overdragen eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser. Bestemmelsen kan ikke omgås ved parternes kontrahering.

Artiklens problemstilling må herefter besvares således, at den "nedre" grænse ikke kan fastlægges som en bestemt grænse for alle in- og outsourcings transaktioner af rengøringsydelser. Der kan således ikke gives en model for, hvordan man med garanti kommer "uden om" direktivet. Der vil under alle omstændigheder tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder.

Det må samtidig formodes, at EU-domstolene vil være særligt kritiske og opmærksomme på forsøg på omgåelse af direktivets bestemmelser ved vurdering af afskedigelser, foretaget i forbindelse med en transaktion. Taget i betragtning direktivets formål, vil dets bestemmelser formentlig kunne påberåbes i de tilfælde, hvor arbejdstagerne godtgør eller måske endog blot sandsynliggør, at afskedigelsen af den væsentligste del af arbejdstagerne er sket med det formål, at undgå reglerne i direktivet.¹⁹

¹ Sag C-13/95, præmis 23.

² Sag C-13/95, præmis 11.

³ "Udlicitering og medarbejdere" af Erik Werlauff, 2011, s. 16.

⁴ UfR 1997B, s. 220.

⁵ UfR 1997B, s. 433.

⁶ "Lov om Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommenter" af Lars Svenning Andersen, Bjarke Vejby og Jeppe Høyer Jørgensen, 2009, s. 121.

⁷ Philip Bramhall i Public Procurement Law Review, 1997, s. 181.

⁸ "Udlicitering og medarbejdere" af Erik Werlauff, 2011, s. 41-42.

⁹ "Lov om Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommenter" af Lars

Svenning Andersen, Bjarke Vejby og Jeppe Høyer Jørgensen, 2009, s. 263.

¹⁰ Dom af 12. marts 1998 i sag C-319/94, Jules Dethier Équipement SA mod Jules Dassy og Sovam SPRL.

¹¹ Forslag til afgørelse i sag C-463/09 fra generaladvokat V. Trstenjak af 26. oktober 2010, præmis 63.

¹² Paul Davies i Industrial Law Journal, juni 2001, s. 234.

¹³ Forslag til afgørelse i sag C-340/01 fra generaladvokat L.A. Geelhoed af 19. juni 2003, præmis 81.

¹⁴ Forslag til afgørelse i sag C-463/09 fra generaladvokat V. Trstenjak af 26. oktober 2010, præmis 65, og forslag til afgørelse i sag C-340/01 fra generaladvokat L.A. Geelhoed af 19. juni 2003, præmis 83.

¹⁵ Forslag til afgørelse i sag C-127/96 fra generaladvokat Sr. Georges Cosmas af 24. september 1998, præmis 80:
"Cabría asimismo sostener que ese resultado absurdo, ese círculo vicioso es manifiestamente opuesto a la voluntad del legislador comunitario, que perseguía proteger a los trabajadores en caso de cambio del titular de la empresa, centro de actividad o parte de centro de actividad como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión."

¹⁶ "Funktionærret" af Lars Svenning Andersen m.fl., 2011, s. 531.

¹⁷ "Funktionærret" af Lars Svenning Andersen m.fl., 2011, s. 532.

¹⁸ "Lov om Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommenter" af Lars Svenning Andersen, Bjarke Vejby og Jeppe Høyer Jørgensen, 2009, s. 123.

¹⁹ "Lov om Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommenter" af Lars Svenning Andersen, Bjarke Vejby og Jeppe Høyer Jørgensen, 2009, s. 253.

omgaa, v. [ˈʊmˌɡåˀ] *præt.* **omgik**; *part.* **omgaaet** *ell.* (nu næppe br.) **omgangen** (se *ndf. sp.* 511⁴⁴). *vbs.* **-else** (især i bet. 2, se u. bet. 2.2; ogs. (*dial.*) i bet. 5-6, se *Feilb.*)

[...]

2.2) forsætlig undvige, søge at slippe fri for, gaa uden om en vanskelighed, et paabud olgn. Det hjælper ikke, du omgaaer det. Der er Noget, du kan og skal forklare. *Kofoed-Hansen. KA.I.116.* saa stor Sainte-Beuve end er som Forsker, er der dog en Hovedvanskelighed, med hvilken Kritikerer har at kæmpe, som bestandig bliver omgaaet af ham. *Brandes. VI.291.* tvinges Du til at tale, da overvej først . . om Sandheden eller en lille Omgaaelse af den vil tjene det Gode bedst. *Nans. M. 39.* Agnete havde . . forsøgt at fritte ham ud . . men bestandig havde han forstaaet at omgaa hendes Spørgsmaal. *Pont. S.98. spec. (især jur.) m. h. t. lov(bud), forbud olgn.* de catholske Lærere . . havde omgaaet Regjeringens Befalinger. *StBille. Gal. III.63.* denne Fremgangsmaade skønnes at være brugt for at omgaa Loven. *LovNr. 75^{7/4} 1899. §25.* Tonen i Instruksen giver Haab om, at der vil blive gaaet haardt frem mod eventuelle Omgaaelser. *Pol. 20/8 1918.4.*



PERSONDALOVEN I VIRKSOMHEDS- OVERDRAGELSESSITUATIONEN

AF PARTNER, ADVOKAT
ELSEBETH AES-JØRGENSEN

OG ADVOKAT
JENS HARKOV HANSEN

Når et ejerskifte involverer medarbejdere, involverer det også medarbejdernes personalesager – og dermed en række personoplysninger. Personoplysningerne kan i persondataretlig terminologi være almindelige, følsomme eller semi-følsomme. Persondataloven sætter en række begrænsninger for behandling, herunder videregivelse, af personoplysninger. Datatilsynets praksis viser, at i den situation, hvor et selskab skifter ejer, vil der som udgangspunkt være tale om en succession – også i persondataretlig forstand. Men sker der en virksomhedsoverdragelse omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven (overdragelse af aktiver eller aktiviteter), betragter Datatilsynet den overladelse af oplysninger om medarbejderne, der i den forbindelse er naturlig, som en videregivelse i persondataretlig forstand. I artiklen argumenteres der for, at i og med at virksomhedsoverdragelseslovens udgangspunkt er, at der er tale om ét ubrudt ansættelsesforhold, som videreføres hos erhververen på uændrede vilkår, bør overladelse af personoplysninger til erhververen kunne ske uden medarbejdernes samtykke – også for så vidt angår følsomme og semi-følsomme oplysninger.

Indledning

Persondataloven regulerer "behandling" af personoplysninger, der er undergivet "elektronisk databehandling", eller personoplysninger, der behandles i et "register". For private virksomheder har loven et udvidet anvendelsesområde, idet loven tillige regulerer personoplysninger, der behandles "systematisk".

På det private område vil det altovervejende udgangspunkt i forbindelse med et ejerskifte være, at hvis der indgår personoplysninger i forbindelse med ejerskiftet, er der enten tale om oplysninger, der er undergivet elektronisk databehandling, eller

oplysninger, der er undergivet anden systematisk behandling. Det vil med andre ord sige, at udgangspunktet vil være, at selve karakteren af personoplysningerne falder inden for lovens anvendelsesområde. Men det er ikke nødvendigvis det samme som, at der er tale om en behandling af personoplysninger, der er omfattet af persondataloven, jf. straks nedenfor.

Et ejerskifte kan have flere former. Ikke alle ejerskiftesituationer omfattes af virksomhedsoverdragelsesloven. Og på det persondataretlige plan gælder tilsvarende, at ikke alle ejerskiftesituationer behandles ens – også her er overvejelserne forskellige,

alt efter om der er tale om en virksomheds-overdragelse i virksomhedsoverdragelseslovens forstand, eller om der på anden vis sker et ejerskifte.

Behandling af personoplysninger

Selvom der er tale om personoplysninger, der er registreret elektronisk eller systematisk, må der være tale om "behandling" af disse oplysninger, før loven finder anvendelse. En "behandling" i persondatalovens forstand omfatter enhver operation eller række af operationer med eller uden brug af elektronisk databehandling, som oplysninger gøres til genstand for.

Det har givet anledning til overvejelser, i hvilket omfang der ved et ejerskifte kan siges at være tale om en "behandling" af personoplysninger. Er der ikke tale om en "behandling", vil forholdet nemlig falde uden for persondataloven.

Er der derimod tale om en "behandling", skal denne have hjemmel i persondatalovens behandlingsregler i lovens kapitel 4. Det vil sige, at de grundlæggende principper i lovens § 5 samt reglerne om behandling af henholdsvis almindelige personoplysninger (lovens § 6) og følsomme oplysninger (lovens §§ 7 og 8) skal respekteres.

Helt eller delvist ejerskifte

Datatilsynet har taget stilling til en række spørgsmål om overladelse af personoplysninger i ejerskiftesituationen.

Før persondatalovens ikrafttræden i 2000 blev den overladelse af oplysninger, der i en eller anden forstand sker i forbindelse med et ejerskifte, ikke anset som videregivelse af oplysninger. Dette skyldtes, at oplysningerne blev betragtet som "blivende" i virksomheden, også selvom virksomheden overgik til en ny ejer. Den tidligere ejer havde efter overdragelsen ikke længere adgang til oplysningerne, og overdragelsen i form af ejerskifte blev betragtet som en succession. Den nye ejer indtrådte således i den tidligere ejers rettigheder og forpligtelser i forhold til registerloven, som dengang regulerede forholdet.

Efter persondataloven trådte i kraft, har Datatilsynet i flere udtalelser fulgt den hidtidige praksis, og succession anses således heller ikke efter persondataloven som en behandling. Men det skal understreges, at det ifølge praksis alene er ved et

"fuldstændigt" ejerskifte, det kan være relevant at tale om succession – fx hvor alle aktierne i et selskab overdrages, og virksomheden herefter videreføres af den nye ejer. Datatilsynet har i disse tilfælde udtrykt, at der ikke er tale om "behandling" af personoplysninger. Dette passer i øvrigt fint med det forhold, at en aktieoverdragelse ikke anses for en virksomheds-overdragelse i virksomhedsoverdragelseslovens forstand.

Konsekvensen heraf er, at overladelse af personoplysninger til den nye ejer ved succession falder uden for persondatalovens anvendelsesområde. Det samme vil formentlig også være tilfældet, hvis der alene sker et delvist ejerskifte. Selvom der ikke foreligger tilgængelige afgørelser herom, har Datatilsynet i en vejledende udtalelse antaget, at tilsynet formentlig vil vælge samme løsning som beskrevet ovenfor, hvis der sker et delvist ejerskifte – fx ved salg af kun en del af aktierne, eller hvis en interessent i et interessentskab skiftes ud. Dette vil ifølge Datatilsynet formentlig heller ikke blive betragtet som en videregivelse af oplysningerne i virksomheden.

Denne opfattelse synes være velfunderet i det praktiske livs behov. I dagligdagen vil de færreste formentlig få den tanke, at der i forhold til medarbejdernes personalesager skulle være en persondataretlig problematik forbundet med, at en del af aktierne i et selskab overdrages.

Overdragelse af aktiver – almindelige personoplysninger

Hvis en virksomhed derimod sælger eller overdrager sine aktiver (fx en kundedatabase, produktionsmaskiner eller fast ejendom med videre) med dertil knyttede personoplysninger, har Datatilsynet antaget, at overdragelsen som udgangspunkt skal betragtes som en videregivelse – og altså dermed som en "behandling" af personoplysninger. Dette passer også fint med det forhold, at en aktivoverdragelse er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

En sådan videregivelse skal have hjemmel i persondataloven. Er der tale om almindelige personoplysninger, vil videregivelsen efter en konkret vurdering blandt andet kunne ske med hjemmel i interesseafvejningsreglen i lovens § 6, stk. 1, nr. 7.

Er der tilknyttet medarbejderoplysninger til de aktiver, der overføres (hvilket nærmest undtagelsesfrit må være

tilfældet, hvis der overføres medarbejdere), må Datatilsynets praksis formentlig læses således, at en sådan situation må vurderes i lyset af reglerne i virksomhedsoverdragelsesloven. Det følger som bekendt heraf, at hvis en virksomhed eller en del heraf overdrages, indtræder erhververen umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på ansættelsestidspunktet.

I en konkret sag om videregivelse af medarbejderoplysninger har Datatilsynet således fastslået, at videregivelsen var sket i overensstemmelse med interesseafvejningsreglen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, idet videregivelsen var sket i såvel lønmodtagernes som virksomhedernes interesse, og idet medarbejdernes ansættelse i de omfattede virksomheder efter principperne i virksomhedsoverdragelsesloven skulle betragtes som ét ansættelsesforhold.

Almindelige (ikke-følsomme) oplysninger om medarbejdere må således – i tilfælde, hvor situationen falder inden for virksomhedsoverdragelsesloven – kunne videregives/overdrages til den nye arbejdsgiver, uden at dette bør give anledning til en omfattende persondataretlig analyse.

Overdragelse af aktiver – følsomme personoplysninger

I forhold til de følsomme oplysninger reguleret af persondatalovens § 7 kan interesseafvejningsreglen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, naturligvis ikke anvendes. Og persondatalovens § 7 indeholder ikke en tilsvarende interesseafvejningsregel. Anlægges en persondataretlig indfaldsvinkel, kan det derfor være nærliggende at konkludere, at videregivelse/overdragelse af følsomme oplysninger kræver medarbejderens samtykke i henhold til persondatalovens § 7, stk. 1, nr. 1, som efter sin ordlyd oven i købet kræver, at samtykket skal være "udtrykkeligt".

Men ud fra en ansættelsesretlig indfaldsvinkel vil en sådan konklusion være uholdbar. Virksomhedsoverdragelsesloven er båret af et helt grundlæggende princip om, at en medarbejder må finde sig i, at arbejdsgivers identitet ændrer sig. Der er med andre ord tale om en fravigelse af det almindelige juridiske princip om, at man som medkontrahent ikke er forpligtet til at tåle et debtorskifte.

Når virksomhedsoverdragelsesloven fraviger dette udgangspunkt, sker det samtidig under en grundlæggende forudsætning om, at medarbejderen i udgangspunktet får alle rettigheder og forpligtelser med sig over til ansættelsesforholdet hos erhververen.

Denne forudsætning synes imidlertid kun vanskeligt at kunne realiseres, hvis ikke erhververen i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen får hele personale-sagen med over – også selvom der måtte være følsomme oplysninger heri.

I den forbindelse må det selvsagt lægges til grund, at overdrageren har overholdt persondataloven. Dels naturligvis de generelle saglighedskrav i henhold til persondatalovens § 5, dels at det i henhold til persondatalovens § 7 har været lovligt at behandle de følsomme oplysninger.

Men er dette tilfældet – og er situationen på virksomhedsoverdragelsestidspunktet ikke den, at de følsomme oplysninger ikke længere er relevante og derfor skal slettes i henhold til persondatalovens § 5, stk. 5 – vil det stille erhververen som ny arbejdsgiver i en underlig, amputeret situation, hvis ikke erhververen får adgang til også de følsomme oplysninger, som måtte ligge på personalesagen.

Et typisk eksempel i forhold til persondatalovens § 7 kunne være oplysninger om medarbejderens helbred. Det kunne være helbredsoplysninger i forbindelse med en aftale om, at medarbejderen som følge af sine helbredsmæssige forhold skulle friholdes fra bestemte arbejdsopgaver. I den situation kan man selvfølgelig indvende, at medarbejderen formentlig ikke vil have noget imod at give samtykke til, at erhververen får de pågældende oplysninger.

Men det kunne også være helbredsoplysninger, som den overdragende arbejdsgiver har modtaget i forbindelse med opfølgning på en medarbejders sygefravær. I den situation er det ikke så oplagt, at indhentelse af medarbejderens samtykke vil være en formssag. Men det vil stille den erhvervende arbejdsgiver i en akavet situation, hvis ikke erhververen får samme indsigt og vidensniveau, som den overdragende arbejdsgiver. Og en sådan situation vil være vanskelig at få til at stemme med virksomhedsoverdragelseslovens udgangspunkt om, at virksomhedsoverdragelsen indebærer, at erhververen

umiddelbart indtræder i alle rettigheder og forpligtelser i ansættelsesforholdet.

Spørgsmålet er naturligvis, hvordan man får dette til at stemme med de persondataretlige rammer, som følger af persondatalovens § 7. Men man kan efter vores opfattelse med vægt argumentere for, at hjemmelen til videregivelse til erhverver må kunne findes i persondatalovens § 7, stk. 2, nr. 4, som giver mulighed for at behandle – og herunder videregive – følsomme oplysninger, hvis det er nødvendigt for, at et retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares.

Et centralt led i argumentationen vil naturligvis her være, at medarbejdernes databeskyttelsesmæssige situation er uændret (selvfølgelig under forudsætning af, at den nye arbejdsgiver overholder de persondataretlige forpligtelser som dataansvarlig), hvorefter det heller ikke af denne grund bør give anledning til databeskyttelsesretlige betænkeligheder at videregive/overføre de omhandlede medarbejderoplysninger.

Overdragelse af aktiver – semi-følsomme personoplysninger

En tilsvarende problemstilling rejser sig i forhold til de semi-følsomme oplysninger reguleret i persondatalovens § 8. De semi-følsomme oplysninger er oplysninger om straffbare forhold, væsentlige sociale problemer og andre rent private forhold. Også sådanne oplysninger kan man nærliggende forestille sig vil være at finde på en personalesag.

Private arbejdsgiveres behandling af semi-følsomme personoplysninger reguleres af persondatalovens § 8, stk. 4. Videregivelsessituationen er specifikt reguleret i persondatalovens § 8, stk. 5. I persondatalovens § 8, stk. 5, angives den registreredes (medarbejderens) udtrykkelige samtykke som den primære hjemmel for behandling. Det følger dog også af persondatalovens § 8, stk. 5, at videregivelse kan ske uden samtykke, når det sker til varetagelse af offentlige eller private interesser, herunder hensynet til den pågældende selv, der klart oversiger hensynet til de interesser, der begrunder hemmeligholdelse.

De ansættelsesretlige overvejelser i forhold til erhververens behov for adgang til de semi-følsomme oplysninger er selvsagt de samme som i forhold til de følsomme oplysninger. Derfor bør også de semi-

følsomme oplysninger kunne videregives til erhverver i henhold til ovenfor anførte betragtninger. Og i forhold til de semi-følsomme oplysninger må man så kunne argumentere for, at persondatalovens § 8, stk. 5, 2. punktum, udgør hjemmelen til videregivelsen. Under alle omstændigheder må oplysningerne kunne behandles i medfør af lovens § 8, stk. 6, der henviser til betingelserne i lovens § 7 – og dermed altså også til lovens § 7, stk. 2, nr. 4, jf. ovenfor.

Succession også i virksomhedsoverdragelsessituationen?

Ovenstående betragtninger skal naturligvis læses i lyset af, at Datatilsynet i sin hidtidige praksis har valgt det udgangspunkt, at der i en situation omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven er tale om en videregivelse. Ud fra en ansættelsesretlig betragtning kunne man imidlertid efter vores opfattelse nærliggende overveje, om det – i lyset af hele den grundlæggende retlige basis i virksomhedsoverdragelsessituationen – ikke ville være mere nærliggende at følge successionstanken også ved en virksomhedsoverdragelse.

Nye regler i horisonten

Det skal afslutningsvis bemærkes, at nye databeskyttelsesregler er på vej, da det er tanken, at persondataloven på sigt vil blive erstattet af en EU-forordning.

Forordningen – der på nuværende tidspunkt alene foreligger i udkastform – vil indebære en række væsentlige ændringer i forhold til gældende ret.

En af de ændringer, der er lagt op til, er, at et samtykke givet af en medarbejder ikke længere vil blive anset som gyldigt på grund af det ulige styrkeforhold mellem arbejdsgiver og medarbejder. Også af den grund forekommer det nærliggende, at en arbejdsgiver, der har et legitimt ansættelsesretligt behov for relevante oplysninger om en medarbejder, skal kunne få adgang hertil uden medarbejderens samtykke – også i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse.



ERHVERVERENS INDTRÆDELSE I BESTÅENDE RETTIGHEDER OG FORPLIGTELSE

AF PARTNER, ADVOKAT
ERIK WENDELBOE CHRISTIANSEN

OG ASS. PARTNER, ADVOKAT
JONAS ENKEGAARD

Virksomhedsoverdragelseslovens § 2, der indeholder en af lovens centrale rettigheder, foreskriver, at erhververen af en virksomhed umiddelbart indtræder i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overtagelsestidspunktet i henhold til kollektiv overenskomst og aftale, myndighedsfastsatte bestemmelser om løn- og arbejdsforhold samt individuel aftale om løn og arbejdsforhold. Denne artikel fokuserer på, hvad det betyder, at umiddelbar indtræden sker i rettigheder og forpligtelser, "der bestod på overtagelsestidspunktet" samt på hvilke rettigheder og forpligtelser der indtrædes i.

Rettigheder og forpligtelser der bestod på overtagelsestidspunktet

Ved ældre retspraksis fra EU-domstolen og de danske domstole er der fastlagt et grundlæggende princip om, at erhververen indtræder i hæftelsen for lønmodtagerrettigheder, der er opstået både før og efter overtagelsesdagen, og uanset om de er forfaldne på overtagelsestidspunktet eller ej. Overdrageren frigøres samtidig for hæftelsen for sådanne krav.

Af denne årsag er det af væsentlig betydning at kunne fastlægge, hvilke lønmodtagere erhververen overtager hæftelsen for. Og på det praktiske plan er det vigtigt at få planlagt, hvad der skal ske med de lønmodtagere – opsagte såvel som uopsagte – som berøres af en virksomhedsoverdragelse.

Lovens § 2 betinger erhververens overtagelse af rettigheder og forpligtelser af, at disse, dvs.

ansættelsesforholdet for den pågældende lønmodtager, bestod på overtagelsestidspunktet.

Det er i retspraksis¹ slået fast, at det er den faktiske overtagelse af virksomheden, som er det relevante skæringstidspunkt for ansættelsesforholdets beståen. Den faktiske overtagelse er det tidspunkt, hvor erhververen får den fysiske rådighed over virksomheden, eksempelvis adgang til virksomheden, dens aktiver eller lønmodtagere. Det er derimod uden betydning, at overdrageren og erhververen ved aftale fastsætter et andet formelt overdragelsestidspunkt. Det må antages, at selv kort tids arbejde for erhververen - eksempelvis på overtagelsesdagen - vil kunne føre til, at lønmodtageren kan rette sit krav mod denne.

Indtrædelsen sker, som anført i lovtæksten, umiddelbart og kræver ikke, at der fra erhververen er givet

meddelelse herom². En de facto overtagelse af en virksomhed uden samtidig orientering af lønmodtagerne vil derfor også føre til erhververens indtræden i rettigheder og forpligtelser.

Erhververens umiddelbare indtræden omfatter alle lønmodtagere, hvis ansættelsesforhold er bestående, uanset om de måtte være fraværende på overtagelsestidspunktet, eksempelvis på grund af suspension, orlov, ferie og fridage, sygdom eller hjemsendelse på grund af vejrliget, og uanset om fraværet er med eller uden løn. Det samme gælder hjemsendte sæsonarbejdere, hvis overdrageren var forpligtet til at genansætte dem.

Spørgsmålet, om ansættelsesforholdet bestod på overtagelsestidspunktet, skal afgøres efter national ret³, hvilket er naturligt, da reglerne om ansættelsesforholdets ophør, fritstilling mv., er meget forskellige EU/EØS landene imellem. Eksempelvis er fritstilling sjældent en mulighed i Sverige og Norge, hvor lønmodtageren har ret til at blive i stillingen, mens en retslig afgørelse om opsigelsens berettigelse afventes.

Lønmodtagere, der er endeligt fratrukket, fordi opsigelsesvarslet er udløbet forinden overtagelsestidspunktet, og som aldrig kommer til at arbejde for erhververen, vil skulle rette deres krav imod overdrageren.

Lønmodtagere, hvis opsigelsesvarsel udløber forud for overtagelsesdagen, men som i umiddelbar forlængelse heraf påbegynder arbejde for erhververen, kan derimod efter omstændighederne blive anset for at have fortsat ansættelsesforholdet med den virkning, at erhververen har overtaget de bestående forpligtelser⁴. Det er ikke klart, hvor langt et afbrud der skal til, for at erhververen ikke overtager rettigheder og forpligtelser for sådanne lønmodtagere. Det afgørende i denne henseende vil formentlig primært være, om aflydelsen har en realitet, eksempelvis hvis det kan dokumenteres, at der ikke forud for overtagelsestidspunktet er indgået aftale mellem lønmodtageren og erhververen om den fortsatte ansættelse.

Erhververen overtager rettigheder og forpligtelser over for alle lønmodtagere, som på overtagelsestidspunktet er under opsigelse – egen såvel som arbejdsgivers – hvis de ikke er definitivt fritstillet. Er det derimod tilkendegivet over for lønmodtageren, at lønmodtageren er fritstillet - enten direkte eller på en

måde, som må sidestilles hermed – vil erhververen ikke overtage rettigheder og forpligtelser. Det samme gælder, hvis lønmodtageren er bortvist forud for overtagelsestidspunktet.

En undtagelse til erhververens manglende overtagelse af rettigheder og forpligtelser ved definitiv fritstilling og bortvisning forud for overtagelsestidspunktet er det særlige, men naturlige forhold, at lønmodtagere, som opsiges i tilknytning til en virksomhedsoverdragelse, kan rette deres eventuelle krav om godtgørelse for urimelig opsigelse støttet på virksomhedsoverdragelseslovens § 3 imod såvel overdrageren som erhververen.

De ovenfor skitserede regler gør, at klar og konsekvent kommunikation til lønmodtagerne om deres fortsatte ansættelse eller om ansættelsesforholdets afbrydelse er meget væsentlig for alle involverede parter.

Hvad enten der er tale om et regulært køb af en virksomhed, en outsourcing, et genudbud, en hjemtagelse eller en anden form for virksomhedsoverdragelse, er det vigtigt, at der i forholdet mellem overdrageren og erhververen - eksempelvis ved aftaler mellem disse eller i et udbudsmateriale – klarlægges en række forhold vedrørende lønmodtagerne. De forhold, som bør klarlægges, kan bl.a. være, om virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, hvilke rettigheder og forpligtelser lønmodtagerne har, hvilke lønmodtagere der overgår til erhververen, eventuelle foranstaltninger, der skal i værksættes af overdrageren overfor lønmodtagerne forud for overdragelsen, samt – udover en bestemmelse om sædvanlig refusion – fastlæggelse af, hvem der skal bære omkostningen vedrørende lønmodtagere, som rejser krav i anledning af opsigelse eller overdragelsen generelt.

De enkelte rettigheder og forpligtelser

Begreberne rettigheder og forpligtelser er fortolket bredt, og de indeholder enhver rettighed og forpligtelse, der bestod på overdragelsestidspunktet i henhold til en ansættelseskontrakt eller et ansættelsesforhold, uanset om denne rettighed eller forpligtelse er optjent forud for overdragelsestidspunktet eller ej.

Kollektive rettigheder

For at erhververen skal være forpligtet af overdragerens kollektive overenskomster, forudsætter det,

at en eller flere af de overdragne lønmodtagere er bundet af de pågældende kollektive overenskomster. En erhverver bliver ikke omfattet af en overenskomst, med mindre der i forbindelse med overdragelsen overtages lønmodtagere, der er omfattet af denne overenskomst.

Virksomhedsoverdragelsesloven sikrer, at erhververen skal overholde de for den overdragende virksomhed gældende overenskomstmæssige fastsatte bestemmelser.

Det følger af artikel 3 i det EU-direktiv⁵, som ligger til grund for virksomhedsoverdragelsesloven, at erhververen skal opretholde de løn- og arbejdsvilkår, som ifølge en kollektiv overenskomst gælder for de overdragne lønmodtagere, indtil den kollektive overenskomst opsiges eller udløber, eller en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning. Direktivet indeholder således ikke en bestemmelse om, at erhververen automatisk bliver part i de kollektive overenskomster.

Virksomhedsoverdragelsesdirektivet er et minimums-direktiv, og det er derfor muligt for de enkelte medlemsstater at vedtage lovgivning, der giver både lønmodtagerne og organisationerne en større beskyttelse, end den der følger af direktivet.

Det følger af virksomhedsoverdragelsesloven § 4a, at erhververen anses for at have tiltrådt de overenskomster, som de overdragne lønmodtagere var omfattet af, medmindre erhververen inden for en nærmere bestemt frist meddeler det pågældende fagforbund, at virksomheden ikke ønsker at være part overenskomsten. Spørgsmålet om frasigelse af overenskomster er behandlet andet sted.

Hvis erhververen af en virksomhed ikke meddeler de relevante fagforbund, at virksomheden ikke ønsker at være part overenskomsten, bliver erhverver automatisk part i overenskomsten, og erhverver skal både respektere overenskomstens kollektive og individuelle rettigheder. Hvis erhverver ikke er medlem af en arbejdsgiverorganisation, indebærer den erhvervede partsstatus blandt andet, at virksomheden selv skal forhandle overenskomstfornyelser med de respektive fagforbund.

Hvis erhververen frasiger sig de kollektive overenskomster, indebærer dette, at erhververen ikke bliver

part i overenskomsten, og som sådan ikke er omfattet af overenskomstens kollektive rettigheder og forpligtelser. Som nævnt ovenfor følger det dog af virksomhedsoverdragelsesdirektivet, at erhververen skal respektere de individuelle rettigheder og forpligtelser, som lønmodtageren har i henhold til de kollektive overenskomster, indtil de kollektive overenskomster opsiges eller udløber i henhold til de bestemmelser, der følger af overenskomsten. Det betyder blandt andet, at erhverver skal opretholde de løn- og arbejdsvilkår, der følger af overenskomsten som individuelle vilkår mindst indtil overenskomstperiodens udløb. Erhverver kan derfor først varsle ændringer af de individuelle rettigheder, der følger af overenskomsten, med virkning fra det tidspunkt, hvor overenskomstperioden udløber i henhold til de opsigelsesbestemmelser, der følger af overenskomsten.

Lønmodtagernes individuelle rettigheder i henhold til de overenskomster, som lønmodtagerne var omfattet af hos overdrager, er således beskyttet af virksomhedsoverdragelsesloven. Derimod medfører erhververs mulighed for at frasige sig de overdragne lønmodtageres overenskomster, at de organisationer, der er part i de pågældende overenskomster, ikke bevarer status som aftalepart. Dette er i overensstemmelse med det underliggende EU-direktiv.

For en erhverver er det meget vigtigt at være opmærksom på, om de overdragne lønmodtagere er omfattet af overenskomster, og om der i givet fald er overenskomster, der skal frasiges. Hvis erhverver i forvejen er omfattet af kollektive overenskomster, der har et fagligt gyldighedsområde, der dækker de arbejdsopgaver, som de overdragne lønmodtagere udfører, og hvis erhverver ikke frasiger sig de overenskomster, som de overdragne lønmodtagere er omfattet af, vil erhverver være omfattet af et dobbelt-overenskomstgrundlag. I denne situation vil samtlige lønmodtagere principielt kunne vælge mellem de to overenskomstgrundlag. Lønmodtagerne vil ikke kunne vælge frit vilkår for vilkår, idet der gælder et arbejdsretligt princip om overenskomsters udelelighed, men lønmodtagerne vil kunne vælge det bedste overenskomstgrundlag".

Selvom erhverver er dækket af de samme overenskomster som overdrager, kan det stadig være relevant at frasige sig de overenskomster, som de overdragne lønmodtagere er omfattet af. Det skyldes, at de

overdragne lønmodtagere kan være omfattet af lokalaftaler, som kun kan bringes til ophør sammen med de underliggende overenskomster.

Myndighedsfastsatte rettigheder

Forarbejderne til virksomhedsoverdragelsesloven indeholder ikke fortolkningsbidrag, der kan bidrage til forståelsen af, hvad der menes med denne bestemmelse.

Det antages, at bestemmelsen har et meget lille anvendelsesområde, hvorfor den ikke vil blive behandlet nærmere.

Individuelle rettigheder

Erhververen indtræder i alle individuelle aftaler om løn- og ansættelsesforhold, som er indgået mellem overdrageren og lønmodtageren. Erhververen tager lønmodtagerne, som de er, og der er ikke noget krav om, at erhververen forudgående skal være gjort opmærksom på de individuelle rettigheder, som den enkelte lønmodtager har. Hvis erhververen ikke er blevet fuldt ud informeret om de forpligtelser, som erhververen overtager, er dette i givet fald et anliggende mellem overdrager og erhverver.

Det fremgår ikke direkte af virksomhedsoverdragelseslovens § 2, at anciennitet er en rettighed, som er beskyttet af loven, men EU-Domstolen har i Collino-sagen⁶ udtalt, at erhververen skulle iagttage de overdragne lønmodtageres anciennitet, når rettigheder af økonomisk art, herunder betaling i forbindelse med opsigelse, lønstigninger mv., er baseret på anciennitet. Selv om de overdragne lønmodtageres anciennitet ikke i sig selv var en rettighed, som de kunne gøre gældende mod deres nye arbejdsgiver, skulle den nye arbejdsgiver på samme måde som den tidligere arbejdsgiver lægge ancienniteten til grund, når økonomiske rettigheder skulle beregnes.

Den individuelle aftale om løn- og ansættelsesvilkår omfatter alt, hvad der er aftalt mellem overdrager og lønmodtager, for så vidt angår løn, arbejdstid, betaling for overarbejde, fri bil og telefon etc. Erhververen indtræder også i forpligtelsen til at afregne eller lade afspadsere allerede optjent overarbejde, og erhververen skal være opmærksom på de regler og kutymen, der gælder herfor hos overdrageren.

Erhververen indtræder også i de personalegoder, som lønmodtageren har i henhold til personalepolitik m.v. i virksomheden. Det er alene i den situation, hvor et eventuelt personalegode er af ubetydelig karakter, at erhververen ikke er forpligtet til at tilbyde lønmodtagerne dette. Typisk vil der skulle foretages en vurdering af, om det vil udgøre en væsentlig ændring af lønmodtagernes ansættelsesvilkår at fjerne dette gode. Hvis der er tale om en væsentlig ændring, vil erhververen ikke kunne fjerne godet uden at varsle dette med lønmodtagernes individuelle opsigelsesvarsel.

Erhververen indtræder også i lønmodtagerens ret til pension i henhold til en pensionsordning. I henhold til praksis er erhververen dog ikke forpligtet til at tilbyde lønmodtageren at forblive i nøjagtig den samme pensionsordning, som vedkommende var omfattet af hos overdrageren. Erhververen skal tilbyde en pensionsordning på samme vilkår, men det kan godt være hos det pensionselskab, som erhververen benytter til sine egne lønmodtagere.

For så vidt angår aktier og aktieoptioner, er der principielt også tale om individuelle løn og ansættelsesvilkår, som lønmodtageren er berettiget til efter overdragelsen. Dette kan dog give anledning til problemer, idet det ofte ikke vil være muligt for erhververen at tilbyde de overdragne lønmodtagere tilsvarende aktie- eller optionsprogrammer.

Hvis det ikke er muligt at tilbyde lønmodtageren at fortsætte i et optionsprogram, som udgør en del af ansættelsesvilkårene, skal lønmodtageren kompenseres økonomisk. Dette kan imidlertid også give anledning til problemer, idet det kan være vanskeligt at beregne de underliggende aktiers værdi. Det kan derfor ikke udelukkes, at der i alle situationer vil være tale om en væsentlig ændring af lønmodtagerens ansættelsesvilkår, hvis erhververen ikke kan tilbyde de overførte lønmodtagere at deltage i samme eller et tilsvarende aktieoptionsprogram. Der bør derfor så vidt muligt gøres op med denne situation i aktieoptionsprogrammerne, eksempelvis således at det klart og tydeligt fremgår, at lønmodtageren skal acceptere at blive kompenseret med aktieoptionernes økonomiske værdi i tilfælde af virksomhedsoverdragelse. Det bør også klart aftales, hvordan optionernes værdi skal beregnes.

I relation til bonus, tantieme og gratiale, som erhververen indtræder i på samme måde som andre

lønandele, vil der være situationer, hvor sådanne beløb først forfalder efter overdragelsen. Hvordan man skal forholde sig hertil afhænger af ordningernes sammensætning. Er der tale om faste beløb, vil erhverver skulle udbetale hele beløbet, når det forfalder. I denne situation er det normalt, at overdrager og erhverver aftaler, at den del af beløbet, der vedrører tiden forud for overdragelsen, afregnes via refusionsopgørelsen. Virksomhedsoverdragelsen kan imidlertid også medføre, at grundlaget for ordningen forsvinder, eksempelvis fordi en ordning var så tæt knyttet til den overdragne virksomhed, at det ikke er muligt at videreføre ordningen hos erhverver. I denne situation bør der foretages en vurdering af værdien af ordningen, således at lønmodtagerne kompenseres økonomisk.

Generelt set må det være sådan, at i alle tilfælde, hvor det ikke er muligt for erhverver at tilbyde samme vilkår som overdrageren, så skal lønmodtageren kompenseres økonomisk, eksempelvis med et tillæg til lønnen.

Erhververen indtræder i de overdragne lønmodtageres ret til ferie og ferietillæg m.v. Selv om ferien typisk vil være optjent hos overdrageren, så har lønmodtageren ret til at afholde den optjente ferie med løn hos erhververen. Overdrageren og erhververen vil typisk tage stilling til dette spørgsmål i overdragelsesaftalen, således at der udarbejdes en refusionsopgørelse, hvor overdrageren betaler et beløb til erhververen svarende til den ferie, der var optjent, men ikke afholdt hos overdrageren. For lønmodtagere, der ikke er månedslønnede og dermed ikke har ret til ferie med løn, men i stedet modtager feriegodtgørelse, skal der ske kvartalsmæssig indbetaling til Feriekonto. Erhverver bør i forbindelse med overdragelsen sikre, at overdrager har indbetalt til Feriekonto, idet erhverver hæfter for manglende indbetalinger.

Eventuelle konkurrence- og kundeklausuler er også en del af de aftalte vilkår, hvorfor sådanne også er omfattet af virksomhedsoverdragelseslovens § 2. En lønmodtager, der har aftalt en konkurrence- og/eller kundeklausul med overdrageren, vil derfor også være omfattet af denne efter overdragelsen. Det er dog antaget, at lønmodtagere ikke skal acceptere en udvidelse af klausulen, eksempelvis fordi lønmodtageren overføres til en større virksomhed med et bredere forretningsområde. I denne situation må lønmodtageren kunne fastholde klausulen i dens

oprindelige omfang, således at det vil være nødvendigt for erhverver at varsle ændringer af klausulen med lønmodtagerens individuelle opsigelsesvarsel, hvis erhververen ønsker et bredere dækningsområde.

Et særligt spørgsmål opstår i den situation, hvor en virksomhed eller en del heraf bliver overdraget i den periode, hvor en konkurrenceklausul er gyldig i forhold til en lønmodtager, der er fratrukket på overdragelsestidspunktet. Erhververen kan i den situation have en væsentlig interesse i, at lønmodtageren overholder den aftalte konkurrenceklausul. Det er som udgangspunkt overdrageren, der er påtaleberettiget i henhold til konkurrenceklausulen, idet der ikke er hjemmel i virksomhedsoverdragelsesloven til at overdrage rettigheder og forpligtelser i relation til fratrukkede lønmodtagere. Det er derfor overdrageren, der skal foretage betaling af compensation over for lønmodtageren, og det er som udgangspunkt også overdrageren, der kan afgøre, om konkurrenceklausulen skal opsiges eller ej. Overdrageren vil imidlertid ofte være forpligtet til at gennemføre de nødvendige skridt til, at den fratrukkede lønmodtager overholder konkurrenceklausulen. Der bør derfor tages stilling til denne situation i overdragelsesaftalen, således at overdrageren får refunderet compensationen for konkurrenceklausulen for tiden efter overdragelsen, ligesom det bør være erhververen, der kan træffe beslutning om, hvorvidt konkurrenceklausulen i givet fald skal opretholdes.

Andre rettigheder

Erhververen indtræder i de rettigheder, som lønmodtagerne har i henhold til individuel eller kollektive aftale. Når rettigheder eller krav falder udenfor, er det fordi, det ikke er i henhold til aftale.

Offentlige arbejdsgivere er i henhold til forvaltningslovens § 19 forpligtet til at partshøre lønmodtagere forud for opsigelse m.v. Denne forpligtelse gælder ikke for private arbejdsgivere. Ved udlicitering af opgaver, der hidtil har været varetaget af det offentlige, opstår spørgsmålet, om forpligtelsen til at partshøre overgår, hvis en ydelse bliver udliciteret til en privat leverandør. Det følger af retspraksis⁷, at forpligtelsen til at partshøre kun gælder for den offentlige forvaltning, og at der ikke er tale om en rettighed, som er omfattet af virksomhedsoverdragelseslovens § 2.

For så vidt angår bestemmelser i kollektive overenskomster om pligtmæssig underretning af den faglige

organisation i forbindelse med opsigelse, forholder det sig anderledes. Det fremgår af en sag fra Østre Landsret⁸, at en bestemmelse i en overenskomst om underretning af den faglige organisation i tilfælde af opsigelse var omfattet af virksomhedsoverdragelseslovens § 2. Det fremgår af afgørelsen, at retten fandt, at bestemmelsen udgjorde en sådan individuel rettighed i ansættelsesforholdet, at bestemmelsen også skulle iagttages af erhverver.

For så vidt angår godtgørelse i henhold til ligebehandlingsloven, diskriminationslovene og ansættelsesbevisloven, er det på baggrund af en utrykt dom fra Østre Landsret⁹ antaget, at sådanne godtgørelser ikke er omfattet af virksomhedsoverdragelseslovens § 2. Selvom godtgørelserne har en nær tilknytning til ansættelsesforholdet, så hviler de ikke på aftale mellem arbejdsgiveren og lønmodtageren, og er som sådan ikke omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven § 2.

For så vidt angår ansættelsesbevisloven, antages det, at erhververen kan pådrage sig et selvstændigt ansvar for mangler ved ansættelsesbeviset, selvom manglen er opstået før virksomhedsoverdragelsen. Erhververen har i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen mulighed for at påse, at der er udstedt ansættelsesbeviser, der er i overensstemmelse med ansættelsesbevisloven og eventuelt tage højde herfor i aftalen med overdrageren. Gør erhverver det uden at rette eventuelle fejl og mangler, vil der kunne opstå et selvstændigt ansvar for erhverver.

For så vidt angår arbejdsgiverens ansvar for arbejds-skader, er der tale om et erstatningsansvar uden for kontrakt, hvorfor denne type krav heller ikke er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

Både for så vidt angår godtgørelser i medfør af ligebehandlingsloven og diskriminationsloven samt erstatning som følge af arbejdsskader må det antages, at i omgængestilfælde kan der rettes et krav mod både overdrager og erhverver. Dette vil særligt gøre sig gældende, hvis der er tale om en overdragelse mellem interesseforbundne parter.

¹ Jf. bl.a. Sag C-305/94 Rotsart de Hertaing og AT 92.98 Ejstrupholm Godstransport.

² Jf. Sag C-362/89 Giuseo d'Urso m.fl.

³ Jf. Sag C-101/87 Bork

⁴ Jf. bl.a. U.1989.897SH

⁵ Rådets direktiv af 2001-03-12 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstageres rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller dele af virksomheder eller bedrifter

⁶ Jf. sag C-343/98 Collino v. Telecom Italia SDA

⁷ Jf. bl.a. U2004.990H

⁸ Jf. U2002.1927Ø

⁹ Østre Landsrets dom af 22. november 1999 (B-2799-98), jf. Svenning Andersen, Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer, s. 206



TILDELING AF INCITAMENTS- KONTRAKTER TIL LEDENDE MEDARBEJDERE

AF PROFESSOR, PH.D.
CASPAR ROSE

Baggrund

Brugen af incitamentskontrakter er ikke noget nyt fænomen, da det har været kendt siden oldtiden, hvor netop udformningen af økonomiske incitamenter har været en af grundpillerne i de store civilisationers styrke og lange overlevelse. De romerske legionærer måtte f.eks. således selv bekoste deres udrustning og efter mange års loyal tjeneste kunne de trække sig tilbage fra tjenesten, ved at modtage et stykke agerland. Hermed kunne det romerske rige fastholde sine effektive legioner, som var spredt ud over hele riget, ved at holde på de erfarne legionærer. Samtidig havde den enkelte legionær personlige incitamenter til selv at sig skaffe sig sin udrustning og våben i den allerbedste kvalitet, hvilket i sagens natur øgede kvaliteten af legionerne. På den mere dystre og makabre side skal det dog også nævnes, at i tilfældet en enhed havde udvist fejhed, så blev hver 10. tilfældigt udvalgte legionær henrettet.

Nu til dages behøver man heldigvis ikke ty til så ekstreme afstraffelsesmetoder, men en klog brug af incitamentskontrakter især ved virksomheds-overtagelser, kan være en helt afgørende faktor for at de forventede synergier nu også efterfølgende realiseres, hvilket bl.a. kapitalfonde er særdeles fokuserede på i deres opkøb. I det følgende gives en kort beskrivelse af de grundlæggende økonomiske

incitamenter for tildelingen af incitamentskontrakter til nøglemedarbejdere således, at man kan gøre brug af disse simple metoder til at optimere overtagelsen. Indholdet af incitamentskontrakter skal specificeres i kontrakter, således at det bliver advokatens/juristens opgave at stå for selv kontraktkonciperingen.

I det følgende fokuseres på tildelingen af ikke aktierelaterede incitamentskontrakter hos målselskabets nøglemedarbejdere, hvis ikke andet er nævnt, eftersom overtagelsen af børsnoterede selskaber hører til sjældenhederne i Danmark.

Finansielle virksomheder inddrages ikke direkte i analysen, da der gælder helt specifikke principper, herunder især begrænsninger i brugen af variabel og bonusløn til ledende medarbejdere i den finansielle sektor. Men de nye regler er interessante, da bestyrelsen skal fastsætte og ajourføre en lønpolitik, der omfatter alle ansatte, hvis aktiviteter har en væsentlig indflydelse på virksomhedens risikoprofil. Dette betyder med andre ord, at lønpolitikken skal:

- 1) være i overensstemmelse med og fremme en sund og effektiv risikostyring, som ikke tilskynder til overdreven risikotagning,

- 2) være i overensstemmelse med virksomhedens forretningsstrategi, værdier og langsigtede mål, herunder en holdbar forretningsmodel,
- 3) harmonere med principperne om beskyttelse af kunder og investorer i forbindelse med udførelsen af virksomheden og indeholde foranstaltninger, der kan afværge interessekonflikter, samt
- 4) sikre, at den samlede variable løn, som virksomheden forpligter sig til at udbetale, ikke udhuler virksomhedens mulighed for at styrke sit kapitalgrundlag.

Selvom aflønningen i den finansielle sektor ikke direkte inddrages, så er det værd at hæfte sig ved nogle afgørende elementer i den nye regulering. For det første skal incitamentsaflønningen i alle virksomheder være langsigtet og ikke give incitamenter til overdreven risikotagning. Samtidig skal aflønningen afspejle den forretningsmodel, som køber har udfærdiget i forbindelse med overtagelsen. Enhver direktør kan få styrket virksomhedens cash flow på den korte bane ved at mindske R&D aktiviteter eller udskyde planlagte investeringer f.eks. udskiftning af maskiner. Budskabet er, at enhver incitamentskontrakt skal belønne langsigtet værdiskabelse, som ikke nødvendigvis afspejler sig i det kommende årsregnskabs nøgletal. Derfor bør kontrakterne så vidt muligt ikke kun fokusere på indeværende års aktiviteter, men også på de kommende års aktiviteter, således at en del af bonussen bør forfalde senere.

Tilstedeværelsen af asymmetrisk information

Brugen af incitamentskontrakter bunder i det forhold, at arbejdsgiveren dvs. principalen ikke kan observere sin lønmodtagers/fuldmægtigens arbejdsindsats eller mangel på samme, hvilket betegnes som asymmetrisk information. Sidstnævnte person, der betegnes "agenten" kender i sagens natur sin egen arbejdsindsats og de udefra kommende faktorer, som har påvirket performanceresultatet, men dette gør princippet ikke. Hvis princippet bruge tid og ressourcer på at hele tiden at overvåge sine ansatte kan den asymmetriske information elimineres, men til gengæld er det forbundet med omkostninger, herunder de mistede indtægter principalen kunne opnå ved anden aktivitet.

I en verden med perfekt information, kunne arbejdsgiveren betinge sin aflønning på

medarbejderens indsats dvs. Løn(indsats), men dette er ikke muligt, så i stedet betinges lønnen af både resultatet, som er påvirket af indsats plus noget ekstern støj eller usikkerhed, som ikke kan påvirkes dvs. Løn(resultat), hvor resultatet = (indsats + støj). Pointen er, at arbejdsgiveren kun observerer resultatet, som kan være påvirket af ekstern støj, hvilket er uheldigt. Ideen er, at man ikke skal belønne en heldig leder, men man skal på den anden side undgå at straffe en uheldig leder.

Identifikation af nøglemedarbejdere i målselskabet

Det er helt afgørende, at man i en overtagelses-situation er i stand til at identificere hvem af målselskabets medarbejdere som må betegnes som nøglemedarbejdere. Der behøver slet ikke at være nogen sammenhæng mellem det at være ledende medarbejder i målselskabet og så at være ledende medarbejder eller chef. I mange tilfælde skiller køber sig faktisk af med det øverste ledelseslag, for at sikre sin egen politik og strategi bliver gennemført. Derimod kan nøglemedarbejdere være personer, som kan være længere nede i hierarkiet, men som har nogle særlige spidskompetencer f.eks. omkring kundernes behov, teknologisk indsigt i virksomhedens produkter, branchen, konkurrenter etc. Disse personer skal identificeres inden "closing". Køber bliver nødt til at sikre sig at disse nøglepersoner forbliver i virksomheden og ydermere er villig til at yde en ekstraordinær arbejdsindsats. I modsat fald risikerer køber af virksomheden at stå med en tom skal af et selskab, som godt nok består af regnskabsmæssige aktiver, men hvor al human kapitalen er forsvundet. En sådan virksomhed er selvsagt ikke meget værd og derfor at må køber tænke incitamenter ind allerede i forbindelse med due diligenceprocessen, hvor listen af nøglemedarbejdere bør være klar.

Penge eller prestige?

Det næste spørgsmål som rejser sig er, hvad der motiverer en nøglemedarbejder til at yde en ekstra indsats. Det er ikke alle medarbejdere som kun motiveres af økonomiske incitamenter. Derimod kan der udmærket være andre elementer i de pågældende persons nyttefunktion, her benævnt benefits. Matematisk kan dette skrives som følgende

$$\text{Nytte(løn, benefits)} = (\text{løn} + \text{benefit})$$

Pointen er, at nytten afhænger både af lønnen og benefits, men det er den samlede sum eller

parentesen som er afgørende. Det vil sige, at arbejdsgiveren kan tilbyde en lavere løn, hvis dette kompenseres via højere benefits og det omvendte kan ligeledes gøres sig gældende. Det afgørende er, at køber af virksomheden har et billede af, hvordan nyttefunktionen (behovet) hos den enkelte nøglemedarbejder er sammensat. Disse benefits afviger i sagens natur, lige fra at kunne arbejde hjemme, tage på faglige konferencer i udlandet, mulighed for at tilrette sin egen arbejdsdag, gå tidlig hjem fra arbejde ved barns sygdom, deltage i efteruddannelse, blive årets sælger, anerkendelse, etc. Det afgørende er at køber af virksomheden har en klar fornemmelse af hvor meget vælg den enkelte medarbejder lægger på disse faktorer.

Krav til resultatkriterierne

Resultatkriterierne må være klare og operationelle, ligesom de nødvendigvis skal være realistiske. Det er ekstremt farligt at opstille urealistiske resultatkriterier, da det ved manglende indfrielse lige frem kan have skadelig påvirkning på den pågældende medarbejders motivation. Frem for alt skal de være simple, en meget vigtig ting, som jeg desværre har oplevet ikke altid er tilfældet i praksis, selvom i de allerstørste virksomheder i Danmark. Nogle konsulenter har desværre den opfattelse, at der skal indgå en lang række komponenter i incitamentskontrakten; shareholder value (ROIC-WACC), EVA, forskellige "sustainability index", marginal EBIDA etc.

Mit budskab er: "Keep it simple" dvs. brug allerhøjst tre forskellige resultatkriterier, som efterfølgende er nemme at verificere, ellers kan de pågældende medarbejdere slet ikke forholde sig til incitamentskontrakten og den ønskede incitamentseffekt forsvinder.

En simpel model for brugen af incitamentskontrakt

Antag at arbejdsgiveren kun observere et signal for den ansattes indsats og at resultatet er undergivet ekstern støj dvs., hvor arbejdsgiveren kun ser summen dvs. resultatet f.eks. antal solgte enheder, der afhænger af indsats og den stokastiske efterspørgsel inden for branchen.

$$\text{Resultatet} = (\text{indsats} + \text{støj})$$

Betragt nu en alternativ indikator for den ansattes arbejdsindsats, som vægtes med w , sammen med den lineære incitamentskontrakt:

$$\text{Aflønning} = \text{fast løn} + b \cdot (\text{indsats} + \text{støj}) + w \cdot \text{AlternativIndikator}$$

Den pågældende medarbejder modtager ud over sin fast løn et ekstra tillæg, som afhænger af indsatsen, støj og den alternative indikator tillagt vægten w . Koefficienten b , måler den ekstra aflønning som den ansatte modtager, når resultatet øges dvs. når den resultatafhængige part stiger. Når b er stor, så modtager den ansatte meget ved en ekstra stigning i resultatet, modsat når b er lav dvs. i sidstnævnte tilfældet er incitamentskontrakten ikke særlig intens.

Dette betyder ligeledes, at den ansatte pålægges en risiko, hvilket kan være et problem, hvis den ansatte er meget risikoavers. Man kan vise, at den totale værdi øges, når man inddrager en faktor i aflønningskontrakten, der mindsker den ansattes fejlestimat af vedkommendes handlinger, som fører til lavere varians dvs. større sikkerhed. Med andre ord betyder dette, at jo mere sikker arbejdsgiveren er på at det gode resultat skyldes dygtighed og stor indsats frem for held, så skal man lægge mere vægt på den alternative indikator.

Hvor finder vi så den alternative indikator i praksis? En ofte udbredt misforståelse er at lade en direktørs aflønning afhænge af branchens udvikling. Det må antages, at der er en positiv samvariation (korrelation) mellem virksomhedens og branchens præstationer dvs. når det går godt for branchen, så går det som regel godt for virksomheden og omvendt når det går dårligt. Men ud fra en økonomisk betragtning, giver det ikke mening at inddrage en alternativ indikator, som er positivt korreleret. Derimod bør man inddrage en alternativ indikator, som er negativ korreleret. Dette er ikke altid let og særdeles virksomhedsspecifikt, men man bør afstå fra at bruge alternative indikator og dermed resultatmål, som er positiv korreleret.

Til illustration kan nævnes, at da man ikke kan observere en forsikringstagers agtpågivenhed, når der tegnes en kaskoforsikring imod tyveri, så bør selvriskoen ikke afhænge af tabets størrelse, modsat ved en ansvarsforsikring. Beløbet som f.eks. billisten bør betale bør derfor kun afhænge af den mest informative performanceindikator, nemlig tabet.

Intensiteten af incitamentskontrakten

Nu vender vi os til, hvor meget man skal "skrue op eller ned" på den resultatafhængige løn dvs. hvad som

bestemmer værdien af b i den simple lineære aflønningsmodel. Det kan vises matematisk, at den optimale intensitet af kontrakten afhænger af følgende fire faktorer.

- Ej behov for at ekstra indsats, hvis overskuddet ikke øges tilsvarende
- Jo højere grad af risikoaversion, des mindre intens kontrakt
- Jo større præcision (lavere varians), des mere intens kontrakt
- Jo bedre den ansatte er til at reagere på incitamenterne, des mere intens skal kontrakten være

Samtidig kan det vises, at jo mere den ansattes løn skal være forbundet med performance (stigende b), så skal der øget overvågning til, som medfører at variansen falder dvs. arbejdsgiveren må afholde flere omkostninger til at overvåge den ansattes økonomiske performance via budgetopfølgning kombineret med interne kontroller.

I praksis betyder dette, at ikke alle medarbejdere i målselskabet skal tildeles incitamentskontrakter. Det er kun de relativt få nøglemedarbejdere, som bør tildeles incitamentskontrakter. Lidt forenklet kan det siges, at når forsknings/udviklingschefen beslutter at arbejde et par ekstra timer om aftenen hver uge, så har det en lidt større påvirkning på bundlinjen, end når receptionisten beslutter det sammen. Alligevel ser man, at mange virksomheder, også de helt store C20 virksomheder tildeler mange personer i koncernen forskellige former for incitamentskontrakter. Grunden er ikke økonomisk, men rent menneskelig, nemlig at det vil kunne fremme misundelsen blandt de kollegaer, som ikke tilbydes incitamentskontrakter og som derfor føler sig mindre værd end deres kollegaer.

Ligekompressionsprincippet

Betragt en direktør som har to arbejdsopgaver, både at omsætte virksomhedens produkter (profit center), dels at identificere måder, hvorpå produktionen kan gøres billigere (cost center). Hvis nu b er ens for de to aktiviteter, hvordan kan vi så sikre os, at direktøren varetager begge opgaver? Ideen er, at hvis den ansattes handlinger mellem to alternativer ikke kan overvåges, så må marginalafkastet for de to aktiviteter enten være ens eller så bør aktiviteten med lavt marginalafkast ikke iværksættes. I det nævnte eksempel, så må b være ens for begge aktiviteter,

ellers er der risiko for at, direktøren kun vil fremme salget uden hensyn til omkostningerne.

Man kan også delvist forklare ejerskab ud fra ovennævnte teori. Forestil f.eks. en medarbejder, som både skal producere og vedligeholde en maskine. Hvem skal så eje maskinen? Når medarbejderen ikke selv ejer maskinen, så har han intet incitament til at vedligeholde den dvs. ved at gøre ham til medejer, så vil han varetage begge opgaver. Problemet er desuden, at produktionen nemmere kan observeres og verificeres i forholdet til vedligeholdelsesaktiviteten. Dette er ikke bare ren teori, men kan derimod direkte observeres, da taxichauffører og håndværkere sjældent kører, som om de selv ejer deres køretøj.

Når arbejdsforholdet forløbet over flere resultatperioder

Der opstår et særligt problem, når agenten skal varetage den samme opgave i flere perioder og når agentens aflønning knytter sig til hver periode. Forestiller man sig f.eks. en fremstillingsproces som giver X kroner per færdig fremstillet produkt til agenten ultimo hver periode, så vil agenten ikke have et incitament til at arbejde hårdt. Problemstillingen genfindes inden for simpelt akkord arbejde, hvor netop medarbejderne frygter, at akkordstandarder i de fremtidige perioder sættes op dvs. X bliver reduceret i de følgende perioder, da principalen vil argumentere for, at akkorden er for dyr og oprindelig er sat for lavt. Dette vil få agenten til at arbejde mindre hårdt i den første periode, da agenten tager hensyn til principalens forventede nedsættelse af den variable stk. bonus går under "ratchet effekten".

Problemstillingen angår ikke kun simple manuelle arbejdsprocesser, men også mere komplicerede opgaver, hvor principalen knytter agentens bonus til verificerbare resultater fra agentens side. Til illustration kan nævnes, at man i det tidligere Sovjet havde produktionsplaner for hvor meget den enkelte fabrik skulle producere, hvilket var fastlagt i forvejen fra centralt hold i Moskva. Hvis en fabrik ikke bare opfyldte sin kvota, men kom til at producere mere end de fastlagte kvota, blev kvotaen bare sat op næste år fra centralt hold side. Dette resulterede i, at der aldrig var nogen fabrikker, som havde nogle incitament til at effektivisere produktionen, da man bare blev straffet fra myndighedernes side i næste periode. Dette betød, at man i starten af året gjorde alt for at opfylde produktionskravet, således at man i resten af året ikke

bestilte noget som helst, hvilket var skadeligt for samfundsøkonomien, da der var udbredt varemangel blandt befolkningen.

Som arbejdsgiver bliver man nødt til at tage højde for, at medarbejderen i den nuværende periode tager hensyn til reaktionen i de følgende perioder. En effektiv måde, hvorpå principalen eller arbejdsgiveren kan imødekomme denne problemstilling er at benytte jobrotation. I sådan en situation, vil hver enkelt medarbejder ikke føle presset af akkorden i de følgende perioder, da vedkommende har skiftet jobfunktion i virksomheden. En anden løsningsmetode er benyttelse af langtløbende kontrakter, hvor ledelsen forpligter sig til ikke at hæve standarden.

Gruppe eller individuelt bonus?

I mange situationer samarbejder flere medarbejdere sammen om at levere en specifik ydelse f.eks. i projekter, hvor man ikke efterfølgende kan se, hvad den enkelte medarbejders bidrag har været, hvilket kaldes joint produktion. Medarbejderne er afhængige af hinandens indsats og når en medarbejders præstation ikke kun afhænger af sin egen indsats, men ligeledes af andre medarbejders indsats, kan man overveje at tildele hele gruppen en bonus. Det er dog langt fra uden problemer at tildele en gruppebonus, så man må i hvert enkelt tilfælde afveje fordele og ulemper:

Fordele ved gruppebonusser

- Mindre destruktiv konkurrence mellem kollegaer
- Bedre teamwork og sammenhold
- Mindre grad af suboptimering
- Øger synergierne og incitamentet til vidensdeling blandt medlemmerne
- "Løfte i flok" stemning dvs. man gør dem til medejere af hinanden (ingen spidse albuer)
- Giver ikke enkelte individer interesse i at modarbejde gruppens overordnede mål dvs. mindre opportunistisk adfærd
- En fordel hvis gruppen skal aflevere et samlet produkt, hvor værdien vurderes under et
- Fordel hvis opgaverne er relateret og man er ansvarlig for hele processen
- Incitament til at hjælpe hinanden i gruppen og lære eller gøre tingene mere effektivt via sparring


Ulemper ved gruppebonusser

- Kan øge free rider problemet
- Konflikter hvis gruppens faglige niveau eller kompetencer er meget forskellige
- Gensidig afhængig mellem gruppens medlemmer
- Svært at rekruttere stærke individer/talenter der gerne vil måles individuelt, da man ikke selv er herre over sin egen bonus og man kan ikke afgøre den enkeltes direkte bidrag
- Sværere at monitorere den enkeltes indsats

Afsluttende pointer

I langt de fleste virksomhedsovertagelser er det vitalt, at køber inden overtagelsen har identificeret hvem der nøglemedarbejdere i målselskabet, herunder har fået information om, hvordan hver enkelt medarbejder kan motiveres. Ikke alle motiveres af økonomiske incitamenter og det er afgørende at forstå, hvad der præcist for den enkelte medarbejder til at yde en ekstra indsats. Det er en fordel at anvende simple incitamentsordninger, som tager højde for hvor mange og hvilke arbejdsopgaver medarbejderen har. Gruppebonusser kan være en oplagt løsning, men det er vigtigt, at man nøje afvejer fordele og ulemper ved brugen heraf.

Frem for alt, så handler det om planlægning dvs. formuleringen af en aflønningspolitik, som sikrer en sund og langsigtet drift af virksomheden. Arbejdet med at fastholde og motivere nøglemedarbejderne i målselskabet er således langt fra en simpel og triviell opgave, som ikke må blive glemt i det store strategiske arbejde med at integrere virksomheden og realisere de mange forventede synergier.

Incitament, *et.* [ensita'mæn'd] *flt.* **-er.** (*fra lat. incitamentum; til incitere; især fysiolog.*) stof (lægemiddel), paavirkning, der fremkalder en vis reaktion, virker pirrende, sporende; især: *stimulerende middel.* Ch Mourier. *Brød.* (1821).27. *Sal.*² XII.510. (*l. br.*)  i overf. anv. ærgerrigheden er ham et stadigt incitament i hans arbejde



Håndtering af ledende medarbejdere i forbindelse med virksomhedsoverdragelse

VÆLG DEN BEDSTE RÅDGIVER

En virksomhedsoverdragelse er en kompliceret proces, der berører mange menneskers hverdag. Det juridiske arbejde der udføres i forbindelse med overdragelsen er grundstenen for virksomhedens fremtidige drift og for medarbejdernes arbejdspladser. Derfor er det vigtigt, at arbejdet er gjort ordentligt.

ACCURA er Danmarks mest benyttede advokatfirma til virksomhedsoverdragelser. Vi har stor erfaring med overdragelser af alle størrelser og inden for alle brancher, og i den forbindelse har vi stor erfaring med at håndtere alle ansættelsesretlige aspekter af en virksomhedsoverdragelse. Vi har stor erfaring med rådgivning om og udarbejdelse af incitamentsprogrammer af alle typer - og for alle medarbejdergrupper. Vores rådgivning er to-the-point og ikke unødigt kompliceret.

Kontakt partner Anja Staugaard Jensen (+45 3945 2937) eller Anne Marie Abrahamson (+45 3945 2936) fra ACCURAs Afdeling for Arbejds- og Ansættelsesret for at høre nærmere.

Ifølge mergermarket.com har ACCURA gennemført ca. 100 virksomhedsoverdragelser i perioden fra 2009-2012. Det gør ACCURA til Danmarks mest benyttede advokatfirma til virksomhedsoverdragelser.



HÅNDTERING AF LEDENDE MEDARBEJDERE I VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSER - DE JURIDISKE ASPEKTER

AF PARTNER, ADVOKAT
ANJA STAUGAARD JENSEN

Indledning

At medarbejderne ofte er det største aktiv, en virksomhed har, er ikke kun en HR-kliche men i høj grad virkeligheden, når virksomheder købes og sælges.

Når en sælger overvejer at sætte sin virksomhed til salg er en vel-fungerende ledergruppe, der har dokumenterede succeser og resultater bag sig ofte et særdeles væsentligt aspekt i den information, som sælger udarbejder med henblik på at skabe interesse blandt potentielle købere af virksomheden. Hvis sælgeren ikke overfor potentielle købere kan dokumentere, at ledergruppen er positivt indstillede på et salg og ikke kan sandsynliggøre, at de vigtigste medarbejdere bliver ombord – også efter et salg - kan dette forringe værdien af den virksomhed, der forsøges solgt ("Target-virksomheden") betragteligt.

En velfungerende ledergruppe, som er kendt i markedet for at skabe resultater, kan således ligefrem være baggrunden for et uopfordret købstilbud til en sælger, der ikke aktivt har sat sin virksomhed til salg.

Ligeledes er vurderingen af ledergruppen samt håndteringen af ledergruppen altid et meget væsentligt aspekt i købernes overvejelser i en transaktionsproces, uanset om der er tale om en industriel køber, der allerede har et indgående kendskab til Target-virksomhedens branche eller en finansiel investor, der

overvejer at købe Target-virksomheden som en investering.

Hvilken type overdragelse er der tale om?

Inden det overvejes, hvordan håndteringen af ledende medarbejdere bedst muligt gribes an, er det vigtigt at fastslå hvilken type overdragelse, det overvejes at gennemføre.

Aktie og anpartsoverdragelse:

Er der tale om en aktie- eller anpartsoverdragelse, sker der formelt set og juridisk ingen ændring i identiteten af arbejdsgiveren, idet transaktionen gennemføres på kapitalejer-niveau. Uanset at der ikke juridisk set sker en ændring i arbejdsgiveridentiteten, er en aktieoverdragelse dog normalt et meget relevant anliggende for Target-virksomhedens ledergruppe.

For det første vil en salgsproces normalt være særdeles arbejdskrævende for Target-virksomhedens ledergruppe, og ledergruppen vil i forbindelse med en due diligence proces normalt tillige skulle leve med at blive vurderet og kigget over skulderen i forbindelse med en potentiel købers gennemgang af target-virksomhedens dokumenter, aftaler og processer.

Det ses undertiden, at et eller flere medlemmer af ledergruppen i Target-virksomheden har såkaldte change of control bestemmelser i deres ansættelses-

kontrakter, således at en overdragelse udløser bestemte rettigheder og eller en bestemt beskyttelse.

Er det tilfældet, kræver det en særlig håndtering i forbindelse med gennemførelse af en transaktion.

Det må vurderes fra sælgers side (og ofte også fra køber-siden), om den påtænkte transaktion udløser en change of control bestemmelse i en eller flere ledende medarbejders ansættelseskontrakter. Change of control bestemmelser er normalt udformet således, at de udløses ved overgang af mere end halvdelen af kapitalandelene eller stemmerettighederne i arbejdsgiverselskabet og/eller der sker en overdragelse af en *bestemmende* post af kapitalandele. Om den mængde af kapitalandele, der påtænkes overdraget udgør en *bestemmende* andel afhænger af en række forhold; herunder sammensætningen af den øvrige mængde kapitalandele, bestyrelsesposter og indholdet af ejeraftaler i øvrigt (tidligere kaldet aktionæroverenskomster) mellem kapitalejerne. Undertiden udløses change of control bestemmelser også hvis der overdrages en vis del af arbejdsgivervirksomhedens aktiver.

Aktivoverdragelse:

Er der tale om en aktivoverdragelse, overdrages der nærmere aftalte aktiver og passiver. I denne sammenhæng behandles kun de aktivoverdragelser, der er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, hvilket vil sige overdragelse af en virksomhed eller en del af en virksomhed, når det, der overdrages, udgør en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet.

Er disse betingelser opfyldt, vil overdragelsen være omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

Virksomhedsoverdragelsesloven bestemmer, at de lønmodtagere, der var ansat i den overdragne virksomhed på tidspunktet for overdragelsen er både berettigede og forpligtede til at lade sig overdrage sammen med Target-virksomhedens aktiver og passiver. Køber af aktiverne er således forpligtet til at opretholde de overdragne medarbejders ansættelsesvilkår, medmindre køber efter transaktionens gennemførelse vælger at foretage væsentlige ændringer. Gennemførelse af væsentlige ændringer kræver varsling af den individuelle medarbejder med vedkommendes opsigelsesvarsel, og medarbejderen kan herefter vælge at betragte sig som opsagt til fratrædelse med udgangen af opsigelsesperioden (varslingsperioden).

Er der tale om en aktivoverdragelse, udgør virksomhedsoverdragelsesloven en stor praktisk lettelse, idet der ikke skal forhandles individuelt med medarbejderne, bortset fra den administrerende direktør, der falder udenfor virksomhedsoverdragelsesloven og derfor ikke automatisk følger med.

Uanset, at der ikke er et juridisk krav om, at der skal ske genforhandling af vilkår – og at det tværtimod er virksomhedsoverdragelseslovens udgangspunkt, at samtlige rettigheder og forpligtelser fortsætter uændret efter overdragelsen, vil det i den praktiske verden ofte være således, at en køber ønsker at knytte ledergruppen i target-virksomheden tæt til sig med henblik på at opretholde værdien af virksomheden og sikre driften efter overdragelsen. Dette gøres ofte ved at tilbyde ledergruppen i target-virksomheden deltagelse i incitamentsordninger, hvis vilkår enten skitseres inden overdragelsen eller som er udmøntet i egentlige aftaler, som indgås betinget af transaktionens gennemførelse.

Det er vigtigt at bemærke, at ovenstående bemærkninger om change of control bestemmelser også kan være relevante for aktivoverdragelser afhængigt af, hvordan kriterierne i den enkelte aftale er formuleret.

Fusion:

Er der tale om en fusion mellem to virksomheder, vil en sådan transaktion også være omfattet af virksomhedsoverdragelseslovens regler, og de forhold, der er beskrevet ovenfor, er derfor også relevante i en fusions-situation.

Ofte vil der dog i relation til en fusion være et særligt fokus på at få sammensat ledergruppen i den fortsættende virksomhed. Uanset at selve virksomhedsoverdragelsen ikke kan være en gyldig og selvstændig opsigelsesgrund jf. virksomhedsoverdragelseslovens § 3, stk. 1, så vil det være muligt at opsiges en medarbejder – herunder et medlem af ledergruppen i én af de to virksomheder, der skal fusioneres – såfremt der er tale om, at der er funktioner, der bliver overflødige, eller hvor der er to medarbejdere til én stilling.

Sælgers håndtering af ledelsesgruppen op til en transaktion

Change of control

Det ses ind imellem, at sælgers ønske om at fastholde ledelsesgruppen eller en del af ledelsesgruppen hos

target-virksomheden giver sig udslag i, at ét eller flere medlemmer af ledergruppen tilbydes change of control bestemmelser i ansættelseskontrakterne.

Selve indholdet af en change of control bestemmelse varierer. Der kan være tale om, at medarbejderen opnår en udvidet beskyttelse i forbindelse med og i perioden efter transaktionens gennemførelse. Beskyttelsen kan bestå i en forlængelse af arbejdsgiverens opsigelsesvarsel og/eller at en særlig fratrædelsesgodtgørelse udløses, hvis medarbejderen opsiges i en vis periode efter transaktionens gennemførelse. ("Beskyttelse 1")

Der kan også være tale om, at medarbejderen opnår en udvidet medbestemmelsesret; for eksempel ved, at en transaktion giver medarbejderen ret til at betragte sig som opsagt i forbindelse med eller i en periode efter transaktionens gennemførelse, således at medarbejderen opnår arbejdsgiverens længere opsigelsesvarsel, på trods af, at det er medarbejderen selv, der har truffet beslutningen om at forlade sin stilling samt eventuelle fratrædelsesgodtgørelser, der ellers kun ville have været udløst, såfremt medarbejderen blev opsagt. I nogle tilfælde er change of-control bestemmelsen formuleret således, at den kun udløses, hvis medarbejderen ikke kan beholde sin hidtidige stilling eller ikke tilbydes en passende stilling efter transaktionens gennemførelse. ("Beskyttelse 2")

Sidstnævnte beskyttelse er selvsagt en udfordring for både sælger og køber, idet medarbejderens ret til at forlade virksomheden, udløser en usikkerhed, der normalt ikke kan accepteres for så vidt angår nøglemedarbejdere og ledende medarbejdere, og en sådan beskyttelse vil derfor normalt forsøgt ændret, for eksempel således, at sælger tilbyder de pågældende medarbejdere en ansættelseskontrakt på vilkår, der er opnået enighed om, mod at de pågældende medarbejdere frafalder den hidtidige change of control beskyttelse.

Beskyttelse 1 er normalt hovedsageligt en hovedpine for køber; og normalt kun hvis køber vurderer, at vedkommende ledende medarbejder eller nøglemedarbejdere ikke er den rette person på posten. Førstnævnte beskyttelse vil normalt ikke få betydning for forhandlingen mellem køber og sælger, idet køber blot indkalkulerer en forøget udgift til opsigelse.

Der kan dog både i Beskyttelse 1 og 2 situationen være tale om, at køber enten kræver, at sælger aftaler med medarbejderen med change of control beskyttelsen, at vedkommende frasiger sig denne (normalt under iagttagelse af reglerne om væsentlige ændringer), eller at køberen opnår et prisnedslag svarende til den forøgede udgift. Disse to løsningsmuligheder er dog forholdsvis sjældne, idet køber – uanset om det rent faktisk skulle være tilfældet – normalt ikke ønsker at skilte med omfattende strukturelle ændringer, herunder udskiftning i Target-virksomhedens top-ledelse, før efter transaktionen er gennemført på en tilfredsstillende måde, og køber har fået adgang til at vurdere, om købers egen indledende bedømmelse af ledergruppens kvaliteter og kompetencer var korrekt. Det ses således undertiden, at en købers negative indtryk af ét eller flere medlemmer af Target-virksomhedens topledelse ændrer sig til et mere positivt indtryk, når parterne har fået lejlighed til at samarbejde på samme side af bordet.

Som ovenfor beskrevet findes der en række forskellige typer af change of control bestemmelser, men et gennemgående træk er, at disse udløses ved bestemte typer transaktion, som vedrører den virksomhed, medarbejderen er ansat i, samt at indholdet i disse typer bestemmelser er en eller anden form for beskyttelse. Normalt vil en change of control bestemmelse, der giver en ledende medarbejder ret til frit at vælge om vedkommende vil blive efter transaktionens gennemførelse, ikke være acceptabel for en køber, og en sælger må derfor overveje meget nøje, om et ønske fra medarbejderen om en sådan bestemmelse skal efterkommes.

Omvendt kan den type change of control beskyttelse, hvor de relevante medarbejdere i en periode efter transaktionens gennemførelse opnår et længere opsigelsesvarsel og dermed en øget beskyttelse ofte være en afbalanceret beskyttelse, der giver sælger mulighed for at fastholde nøglemedarbejdere og/eller medlemmer af ledelsesgruppen ved at sikre disse en tryghed for, at de får en rimelig periode til at overbevise en køber om, at de er rette person til stillingen.

Fastholdelsesbonusser, Stay-on bonusser/retentionbonusser

Et andet tiltag for at fastholde nøglemedarbejdere og/eller medlemmer af ledelsesgruppen i perioden frem til transaktionens gennemførelse samt i en periode

herefter kan være indgåelse af en såkaldt *stay-on bonus*, *retentionsbonus* eller *fastholdelsesbonus* (herefter kaldet "fastholdelsesbonus").

Uanset betegnelsen er der tale om samme type bonus. Betingelsen for at opnå disse bonuser vil normalt altid være, at medarbejderen er ansat og i uopsagt stilling på et bestemt givet tidspunkt. Ofte vil det i betingelserne for fastholdelsesbonusen fremgå tydeligt, at såfremt medarbejderen ikke er ansat på det pågældende tidspunkt, så bortfalder enhver ret til fastholdelsesbonus.

Der vil ofte være forskel på medarbejderens ret til en bonus afhængigt af, om det er medarbejderen selv, der har opsagt sin stilling eller er blevet opsagt berettiget ("Bad Leaver") eller om det er arbejdsgivervirksomheden, der har opsagt medarbejderen, uden at vedkommende havde givet rimelig grund hertil ("Good Leaver"). En medarbejder, der er Good Leaver vil således ofte efter ordlyden af fastholdelsesbonusen være berettiget til en forholdsmæssig andel af fastholdelsesbonusen, mens en medarbejder, der er Bad Leaver normalt helt vil miste sin ret til hele eller en del af fastholdelsesbonusen, uanset hvor tæt på det relevante tidspunkt medarbejderen fratræder.

I betragtning af hvor mange fastholdelsesbonuser, man som rådgiver har på fornemmelsen, bliver indgået i Danmark, har der været forbavsende få sager, der har taget stilling til indholdet i aftaler om fastholdelsesbonusen. Diskussionen i teorien har gået på, om en fastholdelsesbonus er omfattet af funktionærlovens § 17a, stk. 1 således at medarbejderen, der fratræder før det fastsatte bonusudløsende tidspunkt – uanset baggrunden for fratrædelsen – har krav på en forholdsmæssig andel af fastholdelsesbonusen.

Administrerende direktører, der ikke er omfattet af funktionærloven, vil normalt være bundet af indholdet i aftalen om en fastholdelsesbonus, således at vedkommende mister retten til fastholdelsesbonusen, hvis vedkommende fratræder før det relevante tidspunkt. For visse selskaber kan der ud over den administrerende direktør være en eller flere øvrige direktører, som også falder udenfor funktionærlovens beskyttelse. Det vil normalt dreje sig om selskaber, hvor selskabets drift er fordelt mellem flere direktører, der hver især har ansvaret for det givne område og som refererer direkte til selskabets bestyrelse (eller direkte til en direktør i selskabets moderselskab), og

som er anmeldt til Erhvervsstyrelsen som direktør. Udgangspunktet er dog altid, at det normalt kun er selskabets administrerende direktør, der falder udenfor funktionærloven. Det er dog vigtigt at være opmærksom på, at selv administrerende direktører og andre direktører, der måtte falde udenfor funktionærlovens beskyttelsesområde, vil være beskyttet af aftalelovens § 36, der giver en dommer mulighed for helt eller delvist at tilsidesætte vilkår i en aftale, hvis disse vurderes som urimelige.

I betragtning af hvor mange af den type ordninger, man som rådgiver har indtryk af, bliver indgået, er retspraksis om fastholdelsesbonuser overraskende nok ikke særligt omfattende. Vurderingen fra domstolens side har været, om en bonus, der udbetales under forudsætning om ansættelse på udbetalings-tidspunktet falder ind under funktionærlovens § 17a, stk. 1. Denne bestemmelse fastslår følgende:

Såfremt en funktionær, der ifølge aftale eller sædvane delvis vederlægges med tantieme, gratiale eller lignende ydelser, fratræder sin stilling i et løbende regnskabsår, tilkommer der ham en i forhold til hans ansættelsestid i regnskabsåret afpasset andel af den ydelse, han ville have fået udbetalt, dersom han havde været ansat i virksomheden ved regnskabsårets afslutning eller på det tidspunkt, ydelserne i øvrigt udbetales.

For at en ydelse, der udbetales af arbejdsgiveren til medarbejderen falder ind under funktionærlovens § 17a, skal ydelsen kunne betragtes som vederlag.

I Ordbog over det Danske Sprog defineres vederlag som:

Et økonomisk gode, der er godtgørelse ell. betaling for noget

Denne definition kunne tyde på, at enhver ydelse, der blev betalt fra arbejdsgiver til medarbejder, var omfattet af funktionærlovens § 17a, stk. 1. Den teoretiske diskussion i relation til funktionærlovens § 17a har dog i højere grad drejet sig om, hvorvidt der er tale om løn, eller om der ikke er tale om løn men en éngangsydelse, som ikke er betaling for en arbejdsindsats.

Indtil 2012 var den mest diskuterede afgørelse en Østre Landsrets afgørelse fra U 2001.1178/2Ø.

Dommen drejede sig om en virksomhed, hvor man i 1998 fandt anledning til at tilbyde medarbejderen i virksomhedens it-afdeling en særlig fastholdelsesbonus med en løbetid på 36 måneder; i perioden fra den 1. april 1998 til 31. marts 2001.

Under sagen forklarede den it-chef, der havde taget initiativ til ordningen, at baggrunden for ordningen var at imødekomme den generelle frygt for omfattende it-udfordringer i forbindelse med årtusindeskiftet, og at bonusordningens løbetid netop var fastsat for at komme over på den side af dette forventeligt kritiske tidspunkt. Betingelsen for udbetalingen var således, at medarbejderen var ansat i hele 36 måneders perioden.

Der var dog i bonusordningen bestemmelser om, at bonusbeløbet ville blive reduceret, såfremt bonusordningen havde været suspenderet i bonusperioden. Bonusordningen ville blive suspenderet, hvis medarbejderen havde været på orlov eller havde været syg i mere end 30 dage.

En af de medarbejdere, der deltog i bonusordningen, opsagde sin stilling med virkning til udgangen af november 1998; det vil sige efter 8 måneders deltagelse i bonusordningen. Medarbejderen krævede med henvisning til funktionærlovens § 17a at modtage en forholdsmæssig andel af bonussen, uanset at betingelsen om ansættelse i hele bonusperioden ikke var opfyldt.

Københavns Byret, der behandlede sagen i 1. instans, frifandt arbejdsgiveren med begrundelsen, at bonusordningen ikke udgjorde et løntillæg og lagde i den forbindelse vægt på, at den pågældende medarbejder såvel før som efter bonusordningens indførelse havde fået en lønforhøjelse, således at bonusordningen ikke trådte i stedet for løn. Københavns byret fremhævede også, at baggrunden for indførelsen af bonusordningen var at fastholde it-medarbejderne i perioden omkring årtusindeskiftet.

Østre Landsret, som behandlede ankesagen, kom derimod til det modsatte resultat og gav således medarbejderen medhold i kravet om den forholdsmæssige andel og underkendte kravet om ansættelse i hele bonusperioden som værende i strid med funktionærlovens § 17a. Østre Landsret lagde vægt på, at bonusordningen blev suspenderet i perioder, hvor medarbejderen ikke var på arbejde og dermed fik bonusordningen til at fremstå som en del af lønnen for

udført arbejde. Østre Landsret fremhævede også, at der var tale om et ret betydeligt beløb.

Efter denne dom opstod der spørgsmål om, hvorvidt man overhovedet kunne indgå fastholdelsesbonus-aftaler med medarbejdere omfattet af funktionærloven og rent faktisk håndhæve en betingelse om ansættelse på et bestemt tidspunkt.

Sø- og Handelsretten tog i 2009 i første instans stilling til en anden fastholdelsesbonusordning, men skar også her igennem med begrundelsen:

"det følger allerede af den ubegrænsede omtale af vederlæggelse i funktionærlovens § 17a, at også vederlæggelse, som har til formål at fastholde medarbejdere, er omfattet af bestemmelsen."

Denne begrundelse åbner ikke op for en nuancering af forskellige bonusordninger, hvilket selvsagt kan være en udfordring i det praktiske liv, hvor der jo kan være sagligt særdeles gode grunde til at ønske at kunne belønne medarbejdere, der forbliver ansatte i en defineret kritisk periode.

Det er også interessant, at Sø- og Handelsrettens dom blev afsagt efter indførelsen af aktieoptionsloven i 2004, som jo netop muliggjorde at behandle medarbejdere (og disses ret til tildelte aktieoptioner eller warrants) forskelligt, afhængigt af, om det var medarbejderen selv, der havde valgt at opsige sin stilling (Bad-Leaver), eller om medarbejderen blev opsagt af virksomheden, uden at vedkommende har givet rimelig anledning hertil (Good-Leaver). Funktionærlovens § 17a giver i princippet hverken mulighed for at foretage en sådan sondring mellem årsagen til medarbejderens fratrædelse, eller på arbejdsgiverens begrundelse for indførelsen af bonusordningen, men byretten havde i 2001-sagen lagt vægt på, at baggrunden for indførelsen af bonusordningen var at imødekomme it-problemer i forbindelse med årtusindeskiftet.

Sø- og Handelsrettens dom blev anket til Højesteret, der i 2012 kom med en afgørelse, der nuancerer billedet lidt.

Sagen drejede sig om en sammenlægning af kontrolfunktionerne vedrørende energiforsyning i Øst- og Vestdanmark som følge af en fusion mellem 4 danske energiselskaber, som efter fusionen fik ansvaret for el- og gasforsyningen i Danmark.

Med det formål at fastholde medarbejderen i kontrolrummet i Øst, blev der mellem det fusionerede selskab og de relevante medarbejdere indgået en særlig fastholdelsesbonusaftale, hvorefter medarbejderne modtog en bonus på bestemte fastsatte tidspunkter. Bonusordningen blev indført som en yderligere betaling og trådte ikke i stedet for overarbejdsbetaling eller den sædvanlige bonusordning, som medarbejderne også var omfattet af.

En af de medarbejdere, der var omfattet af bonusordningen opsagde sin stilling og fratrådte med udgangen af februar 2008, hvor det afgørende tidspunkt efter bonusordningens ordlyd var juni 2008.

Modsat Sø- og Handelsretten fandt Højesteret ikke, at fastholdelsesbonusen udgjorde løn og lagde i den forbindelse vægt på, at fastholdelsesbonusen var et beløb, der blev ydet udover den sædvanlige løn (inklusive basisløn, ferietillæg, vagttillæg, overtidsbetaling og mulighed for bonus i forhold til målopfyldelse).

Højesteret lagde også vægt på, at arbejdsgiveren havde en god grund til at indføre fastholdelsesbonusordningen, idet Højesteret udtalte:

Det må lægges til grund, at udførelsen af arbejdet i kontrolrummet forudsatte en betydelig oplæringsperiode, og at det var af afgørende betydning for Energinet (arbejdsgiveren), at kontrolrummet helt frem til nedlæggelsen den 30. juni 2008 forblev bemanded med medarbejdere, der havde erfaring med arbejde af netop denne karakter.

Fastholdelsesbonusen blev alene ydet med det formål for øje som et led i den nævnte særlige fastholdelsesaftale, som Energinet af hensyn til forsyningsikkerheden i Østdanmark havde indgået med de pågældende medarbejdere for at undgå, at de fratrådte deres stillinger forud for den 30. juni 1998, hvor kontrolrummets funktioner forventedes overført til Trekantsområdet. Energinet ønskede med aftalen at give medarbejderne en ydelse, som gav dem den størst mulige motivation til at forblive i stillingen indtil den sidste dag. Dette formål kunne ikke opnås blot ved at give medarbejderne et løntillæg, og Energinet havde derfor en tungtvejende interesse i at betinge bonusens udbetaling af fortsat ansættelse"

Uanset at funktionærlovens § 17a ikke giver mulighed for at lægge vægt på baggrunden for indførelsen af en bonusordning, så er der ingen tvivl om, at Højesterets afgørelse har åbnet en mulighed for, at der kan indføres fastholdelsesbonusordninger, der ikke er omfattet af funktionærlovens § 17a, således at betingelsen om ansættelse på et bestemt tidspunkt rent faktisk kan håndhæves.

Der er dog heller ingen tvivl om, at Højesterets afgørelse er konkret begrundet og ikke åbner op for, at der i mere generelle bonusordninger indsættes et ansættelseskrav på udbetalingstidspunktet. På samme måde kan der heller ikke være tvivl om, at det vil være et krav for at undtagelse af funktionærlovens § 17a, at fastholdelsesbonusen ikke afløser andre hidtidige lønelementer som almindelig bonus, overarbejdsbetaling med videre.

Hvis en medarbejder i medfør af funktionærlovens § 17a har krav på en forholdsmæssig andel af en bonus, må medarbejderen (hvis ikke andet er aftalt) afvente det tidspunkt, hvor bonusen i henhold til bonusaftalens formulering skulle udbetales.

Funktionærlovens § 17a giver således ikke medarbejderen adgang til en få udbetalt sit forholdsmæssige krav i forbindelse med fratrædelsen, men medarbejderen må afvente det sædvanlige forfaldstidspunkt.

Exit-bonusser

Den typiske Exit-bonus er en bonus, der er aftalt med en eller flere af de ledende medarbejdere i en Target-virksomhed. En Exit-bonus vil normalt altid være betinget af et salg af Target-virksomheden, selvom vi indimellem ser aftaler om Exit-bonus, hvor det er aftalt med medarbejderen, at såfremt der ikke er sket et salg inden et bestemt tidspunkt, så opnår medarbejderen alligevel et bonusbeløb. Et sådant bonusbeløb vil dog normalt være betydeligt lavere end det beløb, som medarbejderen realistisk ville have opnået, hvis det var lykkedes at sælge Target-virksomheden. Herudover vil størrelsen af Exit-bonusen normalt afhænge af den opnåede salgspris for Target-virksomheden, og den vil også normalt blive udløst og betalt, når salget af Target-virksomheden er endelig gennemført ("Closing"). Ofte vil Exit-bonusen indeholde bestemmelser, hvori det om baggrunden fremhæves, at det (blandt andet) er begrundet i den forventede ekstraordinære arbejdsindsats i forbindelse med det

forestående salg af Target-virksomheden, at medarbejderen får mulighed for at oppebære en yderligere betaling i form af en Exit-bonus.

Der er ingen tvivl om, at det udgangspunkt, der kan udledes af retspraksis om, at beløb, der udbetales fra en arbejdsgiver til en medarbejder, er betaling for medarbejderens arbejdsindsats og dermed omfattet af funktionærlovens § 17a, også er relevant i relation til Exit-bonusser. Dette gør sig naturligvis i særlig høj grad gældende, hvis det direkte i Exit-bonusaftalen er anført, at udbetalingen blandt andet vil være begrundet i medarbejderens ekstraordinære arbejdsindsats i forbindelse med salget. Derfor vil der for alle andre medarbejdere end den administrerende direktør (samt andre anmeldte direktører, der falder udenfor funktionærloven jf. ovenfor) være en risiko for, at en betingelse i en Exit-bonusaftale om, at den udelukkende kan udbetales, såfremt medarbejderen er ansat på tidspunktet for salget af virksomheden ("Exit"), ikke kan håndhæves fuldt ud, således at en medarbejder, der fratræder før tid, eventuelt kan få ret til en forholdsmæssig andel af Exit-bonusen beregnet ud fra den del af Exit-bonusens løbetid, hvor medarbejderen nåede at være ansat.

I relation til Exit-bonusser er der et yderligere aspekt, som det er vigtigt at være opmærksom på.

Det klare skatteretlige udgangspunkt, hvorefter arbejdsgivere har fradragsret for lønudgifter og andre personaleudgifter, er i en række nyere afgørelser forladt. Det har medført, at Target-selskabet, hvor medarbejderen var ansat, er blevet nægtet adgang til at fradrage udgiften til en Exit-bonus, fordi SKAT (og senere domstolene) har anset udgiften til Exit-bonus for så nært knyttet til kapitalejernes ønske om og fordel i at få Target-virksomheden solgt, at udgiften derfor ikke kunne anses for at være en fradragsberettiget driftsomkostning for Target-virksomheden.

Den ledende dom vedrørende denne problemstilling blev afsagt af Højesteret den 8. april 2009 (LM glasfiber). Sagen vedrørte et selskab, hvor ejeren i 1999 påbegyndte et projekt, der tog sigte på salg af selskabet og to tilknyttede kommanditselskaber. I oktober 2000 indgik selskaberne en aftale med den administrerende direktør i selskabet og med selskabets økonomidirektør om betaling af en bonus til de to direktører som en belønning for det arbejde, der

var udført, samt det nødvendige arbejde i forbindelse med de forestående salgsbestræbelser.

Bonusens størrelse var alene afhængig af købesummens størrelse, og beløbet kom kun til udbetaling, hvis der blev indgået en aftale om salg af selskaberne, og de to direktører forblev ansat frem til salgsdatoen. Herudover indgik der et vilkår om, at direktørerne skulle investere minimum 75 % af bonusbeløbet i aktier i det selskab, der forventedes stiftet af køber som et holdingselskab i forbindelse købet af selskaberne.

Selskaberne blev rent faktisk solgt i maj 2001, og direktørerne fik derfor i henhold til bonusaftalen hver en bonus på ca. 14,5 mio. kr.

Ved opgørelse af arbejdsgiverselskabets skattepligtige indkomst for 2001 blev udgiften til de to bonusser fratrukket som en driftsudgift. Arbejdsgiverselskabets synspunkt var løbende under behandling af sagen gennem systemet, at de to Exit-bonusser var en del af direktørernes samlede aflønning og derfor burde udgøre en fradragsberettiget driftsomkostning for arbejdsgiverselskabet.

Hverken Landskatteretten eller Landsretten godkendte fradraget. Højesteret lagde til grund, at aftalen om Exit-bonus havde til formål at vederlægge direktørerne for at udføre arbejde i forbindelse med salgsbestræbelserne og sikre, at de forblev ansat, indtil endeligt salg var gennemført; begge dele med henblik på at opnå den højest mulige salgspris for selskaberne. Den udbetalte bonus havde dermed ikke den tilknytning til selskabernes drift, der måtte kræves for, at udgiften kunne anses for at være en fradragsberettiget udgift for arbejdsgiverselskabet.

Arbejdsgiverselskabet fik således ikke lov til at fradrage udgiften.

Det er i denne sammenhæng vigtigt at være opmærksom på, at Landsretten direkte fremhævede, at det *ikke* var godtgjort af selskabet, at Exit-bonusaftalerne hovedsageligt var udtryk for et ønske om at fastholde direktørerne efter salget.

I en anden afgørelse fra 2010 (SKM2010.156.LSR) fandt Landsskatteretten, at et selskabs udbetaling af bonus til medarbejdere i form af såkaldte fantomaktier (en kontantbaseret bonusordning, hvor bonusen afhænger af en eventuel kursstigning på selskabets

aktier) ved salg af selskabet kunne anses for en fradragsberettiget driftsomkostning for selskabet. Der var i denne sag også tale om en exit-bonus. Imidlertid var bonusordningen i modsætning til i LM-Glasfiber-sagen ikke indgået i forbindelse med en igangværende salgsproces, ligesom der også ville kunne ske hel eller delvis udbetaling i forbindelse med udbytteudlodninger eller i tilfælde af medarbejdernes fratreden inden en exit.

Skatterådet bekræftede herudover i et bindende svar i 2008 (SKM 2008.859.SR), at et selskab ville kunne fradrage udgiften til en transaktionsbonus, i en situation hvor bonussen alene ville komme til udbetaling, hvis medarbejderne undlod at opsiges deres stilling i en nærmere bestemt periode efter salget. Afgørelsen er udtryk for, at der efter omstændighederne fortsat kan opnås fradrag til en fastholdelsesbonus.

Der findes udover LM Glasfiber flere andre afgørelser (bl.a. SKM2012.507.LSR, SKM2009.555.ØLR og SKM 2008.957.SR), hvor fradragsretten for forskellige varianter af transaktionsbonusser er blevet nægtet arbejdsgiverselskabet.

På baggrund af de omtalte afgørelser kan det konstateres, at der vil foreligge en risiko for, at SKAT vil forsøge at anfægte fradragsretten for udgifterne til en exit-bonus, uanset om bonusordningen måtte blive etableret på et tidspunkt, hvor der ikke foreligger aktuelle planer om et salg. Der kan med rette argumenteres for, at der er tale om en alt for bred fortolkning af Højesterets dom i LM Glasfiber sagen, som endvidere synes at stride mod almindelige skattemæssige principper. Det fremgår således klart af præmisserne i LM Glasfiber sagen, at fradraget blev afskåret, fordi det bevismæssigt blev lagt til grund, at den udbetalte bonus alene vedrørte arbejde direkte i forbindelse med salgsprocessen og ikke den langsigtede værdiskabelse i Target-selskabet.

Det må imidlertid erkendes, at SKAT for nuværende har valgt at lægge en streng linje, og at der følgelig kan opstå en diskussion med SKAT om fradragsretten, uanset at ordningen ikke etableres i forbindelse med en konkret salgsproces. En nærliggende måde at reducere denne latente risiko er som et alternativ til en ren exit-bonus i stedet at strukturere bonusordningen som en fastholdelsesbonus, dvs. hvor udbetalingen er betinget af fortsat ansættelse i en vis periode efter salget.

Der er med henvisning til ovenstående ingen tvivl om, at der skal udvises stor omhu i forbindelse med udarbejdelsen af transaktionsbaserede bonusordninger, da det kan have væsentlig betydning for selskabets muligheder for at opnå skattemæssigt fradrag for udgifterne.

Købers håndtering af ledelsesgruppen op til en transaktion

Det er normalt en central del af en potentiel købers due diligence at foretage vurdering af ledelsesgruppen med henblik på at sætte det rigtige hold til at bringe Target-virksomheden sikkert videre efter transaktionens gennemførelse.

Hvis der er tale om en aktivoverdragelse, er det særligt vigtigt at være opmærksom på, at den administrerende direktør i modsætning til de øvrige medarbejdere i Target-virksomheden ikke følger automatisk med i overdragelsen. Køber bør derfor sikre sig, at Target-virksomhedens direktør som en af betingelserne i overdragelsesaftalen underskriver en direktørkontrakt med vilkår, der er afstemt med køber. Denne direktørkontrakt bør indgås med forbehold for transaktionens gennemførelse.

Uanset hvilken type transaktion (aktiv, aktie, fusion eller andet) vil det normalt altid være relevant at undersøge, om ansættelseskontrakterne med Target-virksomhedens ledelsesgruppe, indeholder de relevante og nødvendige bestemmelser. Typisk vil det således blive vurderet, om ansættelseskontrakterne indeholder konkurrence- og kundeklausuler, samt om de vigtigste nøglepersoner har forlængede opsigelsesvarsler i forhold til funktionærloven, så det ikke risikeres, at økonomidirektøren opsiges sin stilling med én måneds varsel.

Hvis undersøgelsen viser, at ansættelseskontrakterne ikke indeholder alle de bestemmelser, som køber finder relevante, vil der normalt være en forhandling med inddragelse af sælger, hvor det forsøges at opnå enighed om niveauet.

En del af undersøgelsen af ansættelseskontrakterne har også til formål at sikre, at den påtænkte transaktion ikke indeholder Change-of-control bestemmelser, og hvis det skulle være tilfældet at vurdere, hvordan der skal forholdes med disse.

En køber af virksomhed, hvor ledelsesgruppen anses for at være af afgørende værdi for Target-virksomheden fremadrettet, vil normalt ønske at mødes med ledelsesgruppen med henblik på at afstemme forventninger og sikre, at ledelsesgruppen også er positivt indstillede på transaktionens gennemførelse og den ny køber.

Et led i sådanne møder vil ofte være, at ledelsesgruppen præsenteres for et oplæg til et nyt incitamentsprogram enten til afløsning af de eksisterende eller som supplement hertil. Indholdet af incitamentsprogrammet varierer naturligvis, men bestemte grupper af købere (f.eks. kapitalfonde) vil ofte foretrække, at centrale medlemmer af ledelsesgruppen bliver medejere af Target-virksomheden for at sikre et sammenfald mellem køber og ledelsesgruppens interesser i videst muligt omfang.

Købers håndtering af ledelsesgruppen efter transaktionen

Hvis det efter transaktionens gennemførelse overvejes at udskifte et eksisterende incitamentsprogram, der er baseret på kapitalandele (aktier eller anparter) eller warrants eller optioner er det vigtigt, at det nøje undersøges, om et ophør kan få negative skattemæssige konsekvenser for det enkelte medlem af ledelsesgruppen, hvis ændringen af programmet af SKAT bliver betragtet som en afståelse.

Hvis køber efter transaktionens gennemførelse ønsker at ændre vilkår i ledelsesgruppens ansættelsesvilkår, som må betragtes som væsentlige, vil sådanne ændringer i princippet skulle varsles overfor den enkelte medarbejder med vedkommendes individuelle opsigelsesvarsel. Sådanne væsentlige vilkårsændringer vil ikke – uden medarbejderens accept – kunne træde i kraft, førend udløbet af opsigelses/varslingsperioden. Kan en medarbejder ikke acceptere en varslet væsentlig ændring, er vedkommende berettiget til at betragte sig som opsagt til fratræden med udløbet af opsigelses/varslingsperioden. Dette kan blandt andet få indflydelse på muligheden for at håndhæve konkurrenceklausuler, idet det fremgår af aftalelovens § 38, stk. 2, at en konkurrenceklausul ikke kan håndhæves overfor en medarbejder, der er opsagt af arbejdsgiveren, uden at medarbejderen har givet rimelig anledning hertil. En medarbejder, der fratræder på grund af varslede væsentlige ændringer vil derfor normalt ikke være bundet af en konkurrenceklausul.

Bestemmelsen i aftalelovens § 38, stk. 2 gælder også for en administrerende direktør.

I relation til ledelsesgruppen vil væsentlige ændringer normalt blive forhandlet med de enkelte medlemmer, og en decideret varslings-procedure vil derfor sjældent komme på tale.

Kommunikation

Ledende medarbejdere – bortset fra den administrerende direktør – vil som nævnt være omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, hvis der er tale om en aktivoverdragelse og dermed også blandt den personkreds, der skal informeres om virksomhedsoverdragelsesloven i *rimelig tid* inden overdragelsen, jf. virksomhedsoverdragelseslovens § 5, stk. 1.

Uanset om der er tale om en aktivoverdragelse omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven eller en aktieoverdragelse kan der tillige være tale om information- og høringsforpligtelser for virksomheder, der beskæftiger 35 eller flere medarbejdere enten i medfør af Samarbejdsaftalen mellem LO og DA eller i medfør af lov om information og høring. Denne information og høring skal ske på et endnu tidligere tidspunkt end i *rimelig tid* inden overdragelsen, idet der skal være en reel mulighed for, at de indsigelser og/eller forslag, som medarbejderne måtte komme med, kan få indflydelse på ledelsens beslutninger, hvilket ofte vil sige inden underskrivelsen af købsaftalen. Særlige fortrolighedshensyn kan dog gøre sig gældende men også ofte kunne afhjælpes ved at pålægge medlemmerne af det pågældende udvalg tavshedspligt.

I relation til ledende medarbejdere vil det dog normalt være utænkeligt, at disse først orienteres i forbindelse med opfyldelsen af arbejdsgivervirksomhedens lov-mæssige informations- og høringsforpligtelser. Ledende medarbejdere vil således normalt på et tidligt tidspunkt blive involveret i overvejelserne om salg, ofte i forbindelse med indgåelse af særlige aftaler om stay-on bonusser eller exit-bonusser som omtalt ovenfor.

AFSKEDIGELSESBEKYTTELSEN VED VIRKSOMHEDS- OVERDRAGELSER

AF PARTNER, ADVOKAT
SØREN NARV PEDERSEN



I forbindelse med virksomhedsoverdragelser vil der ofte være behov for at foretage afskedigelser blandt medarbejderne, da virksomhedsoverdragelsen og –sammenlægningen typisk vil indebære, at der er dobbeltbemanding på en række poster.

Virksomhedsoverdragelseslovens § 3 – forbuddet mod afskedigelser begrundet i virksomheds-overdragelse

Virksomhedsoverdragelsesloven indeholder i den forbindelse i § 3 en vigtig regel om, at afskedigelser ikke må være begrundet i virksomhedsoverdragelser, medmindre afskedigelserne skyldes økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer.

Bestemmelsen er sålydende:

”§ 3 Afskedigelse på grund af overdragelse af en virksomhed eller en del heraf anses ikke for rimeligt begrundet i virksomhedens forhold, medmindre afskedigelsen skyldes økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer.

Stk.2. Ophæves arbejdsaftalen af en lønmodtager, fordi overdragelsen medfører væsentlig ændring af arbejdsvilkårene til skade for lønmodtageren, sidestilles ophævelsen med en afskedigelse i

retsforholdet mellem lønmodtageren og arbejdsgiveren.”

Bestemmelsen indebærer, at en virksomhedsoverdragelse ikke i sig selv udgør en saglig grund til at afskedige; kun hvis virksomhedsoverdragelsen medfører økonomiske, tekniske eller organisatoriske forhold, der medfører (behov for) beskæftigelsesmæssige ændringer, vil en opsigelse være saglig. Omvendt *udelukker* en virksomhedsoverdragelse ikke saglige opsigelser; disse skal i så fald blot være begrundet i økonomiske, tekniske eller organisatoriske forhold, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer, eller med anden grund være saglige.

Efter retspraksis vil en opsigelse også i en virksomhedsoverdragelsessituation som udgangspunkt være saglig, hvis der i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen sker reelle stillingsnedlæggelser – hvilket ofte vil være tilfældet. Indebærer virksomhedsoverdragelsen således, at der er behov for at afskedige, fordi der nu er ”dobbeltdekning” på en række arbejdsopgaver, vil det være sagligt at skride til afskedigelse, forudsat stillingsnedlæggelserne er reelle, når de to virksomheder vurderes samlet. Hvis der samtidig med afskedigelser blandt den overtagne virksomheds ansatte sker nyansættelser i den erhvervende virksomhed¹, vil afskedigelserne derfor normalt ikke blive anset for saglige – i hvert fald ikke

hvis de afskedigede medarbejdere kunne have bestridt de nyopslåede stillinger². For den HR-chef, der i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse står foran at skulle medvirke til udvælgelsen af medarbejdere til afskedigelse, er det derfor vigtigt at have overblik over begge de involverede virksomheders medarbejdere.

Afskedigelser på grund af overdragelser

Når en virksomhed afskediger i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, vil arbejdsgivers adgang til at vælge hvilke medarbejdere, der skal afskediges, være relativt fri, så længe de særligt beskyttede medarbejdergrupper (se nedenfor) går fri. Arbejdsgiver kan således i vid udstrækning sammensætte det team, som arbejdsgiver mener, er bedst, uden at dette resulterer i usaglige afskedigelser. Dette forudsætter dog, at arbejdsgiver rent faktisk kan begrunde afskedigelserne, og at de fremførte begrundelser i deres natur er korrekte og saglige. Har arbejdsgiver således over for den ansatte *begrundet* udvælgelsen på en særlig (saglig) måde, men i realiteten ikke fulgt sin egen begrundelse, kan dette medføre at afskedigelserne bliver usaglige. Det samme er selvsagt tilfældet, hvis de fremførte begrundelser end ikke efter deres natur er saglige.

Et aktuelt eksempel herpå er en nyere sag fra Afskedigelsesnævnet på LO/DA Hovedaftalens område. I sagen havde et mindre busselskab i juni 2011 overtaget busdriften på en række ruter i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, og havde i den forbindelse tillige overtaget A. Busselskabet drev virksomhed med rutebilskørsel, taxakørsel, turistkørsel og handicapkørsel. I december 2011 blev A opsagt begrundet i omstruktureringer og arbejdsmangel. Indehaveren af busselskabet forklarede, at det i løbet af sommeren og efteråret 2011 stod klart, at indtægterne fra turistkørsel faldt fra ca. 900.000 kr. til ca. 100.000 kr. Da turistbuschauffører var sværere at skaffe, valgte indehaveren derfor at afskedige A i stedet for en af turistbuschaufførerne. Under sagen forklarede indehaveren, at der i sommeren 2011 afskediget to chauffører; en som følge af klager, og en som følge af uduelighed, og sidstnævnte stilling var blevet genbesat. I forklarede også, at A var blevet valgt frem for bl.a. den nyansatte, da A for indehaveren var "ny", og da A var mindre fleksibel i forhold til de chauffører, der også kunne køre turistkørsel. Afskedigelsesnævnets opmand fandt, at arbejdsgiver i en arbejdsmangelssituation ud fra

saglige kriterier kunne afgøre, hvem der skal afskediges. Opmanden fandt endvidere, at det var sagligt at afskedige en rutebilchauffør, selvom omsætningsnedgangen var sket i turistkørslen, da indehaverens skøn over at turistbilchaufførerne var sværest at undvære, ikke var usagligt. Opmanden fandt videre, at valget af A efter indehaverens forklaring var begrundet i mindre fleksibilitet end de andre rutebilchauffører, og at han var "ny" hos busselskabet. Da opmanden imidlertid ikke fandt det bevist at A var mindre fleksibel, og da begrundelsen om at han var "ny" i realiteten indebar en underkendelse af virksomhedsoverdragelseslovens regler om videreførelse af anciennitet, fandt opmanden ikke, at der sagligt kunne lægges vægt herpå, og A tilkendtes på denne baggrund en godtgørelse på 80.000 kr. for usaglig afskedigelse. Afgørelsen viser, at begrundelsen for udvælgelsen af den eller de medarbejdere, der skal afskediges, ikke blot *formelt* skal basere sig på saglige kriterier, men også at disse kriterier i så fald skal være *anvendt korrekt*.

Virksomhedsoverdragelsesloven: Ikke selvstændig hjemmel til godtgørelse

Ligesom ved afskedigelser uden sammenhæng med virksomhedsoverdragelser, kan en usaglig afskedigelse *kun* udløse godtgørelse, hvis der er selvstændig hjemmel til det. Virksomhedsoverdragelsesloven indeholder *ikke* sådan hjemmel, og en opsigelse i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, der ikke er rimeligt begrundet i "økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager", vil således kun udløse godtgørelse, hvis den eller de afskedigede medarbejdere har *hjemmel* for et sådant krav i anden lovgivning eller i aftale. Afskediges en funktionær med under 1 års anciennitet, eller en lønmodtager omfattet af Hovedaftalen mellem LO og DA med mindre end 9 måneders anciennitet, vil den pågældende – uanset at afskedigelsen ikke er rimeligt begrundet i økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager eller på andet sagligt grundlag – således *ikke* kunne rejse noget krav på godtgørelse. Et godtgørelseskrav forudsætter derfor i disse tilfælde, at udvælgelsen af den pågældende *tillige* strider mod andre særlige beskyttelsesregler, jf. nedenfor.

Særligt beskyttede medarbejdergrupper/ulovlige opsigelsesgrunde

Ligesom ved afskedigelser, der ikke har sammenhæng med virksomhedsoverdragelser, er der i forbindelse med afskedigelser ved virksomhedsoverdragelser en

lang række medarbejdergrupper, der er *særligt* beskyttet mod afskedigelse. Endvidere er der en række *begrundelser* for afskedigelse (herunder udvælgelse til afskedigelse), der ikke er lovlige.

Helt overordnet kan man dele beskyttelsen op i 2 gange 2 typer, nemlig på den ene side, om beskyttelsen er *materiel*, således at forstå at den pågældende medarbejder så vidt muligt skal afskediges "sidst", eller om den er "*processuel/bevismæssig*", således at det påhviler arbejdsgiver (eventuelt ved en "delt" bevisbyrde) at bevise, at afskedigelsen ikke er begrundet i bestemte forhold. På den anden led kan beskyttelsen dele op efter, om

medarbejderen uden videre kan siges at have status af beskyttet medarbejder, eller om dette spørgsmål forudsætter en afdækning af vedkommendes forhold. Eksempelvis vil en tillidsrepræsentant eller en medarbejder på barselsorlov typisk tilhøre første kategori, hvorimod en "ældre" medarbejder typisk vil tilhøre sidste kategori, idet spørgsmålet om alder alt andet lige er relativt. Alder er nemlig et ulovligt kriterium, uanset om der er tale om en ung eller ældre medarbejder, og det gør det vanskeligt at fastslå, hvem der egentlig er beskyttet³.

Grafisk kan reglerne opstilles på følgende måde:

	Processuel beskyttelse (forbudte begrundelser)	Materiel beskyttelse (særlig status)
Umiddelbart konstaterbart	<ul style="list-style-type: none"> - Gravide (LBL) - Køn (LBL) - Barslende/medarbejdere på forældreorlov (LBL) - Handicappede (FBL) - (National/social/etnisk oprindelse, Race/hudfarve, Religion/tro, Politisk anskuelse, Seksuel orientering (FBL) - Personer, der for nylig har anmodet om ligeløn (LLL) 	<ul style="list-style-type: none"> - Medarbejdere med 25 års anciennitet eller mere ansat på LO/DA Hovedaftalens område (LO/DA) - Tillidsrepræsentanter (Overenskomst) - Sikkerhedsrepræsentanter (ABL) - Medlemmer af samarbejdsudvalg m.m. (IHL), medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer, andre lønmodtagerrepræsentanter efter særlovgivning
Ikke-umiddelbart konstaterbart	<ul style="list-style-type: none"> - Gravide (LBL) - Medarbejdere, der "for kort tid siden" er kommet tilbage fra barsel/forældreorlov (LBL) - Alder (FBL) - Handicappede (FBL) - National/social/etnisk oprindelse (FBL) - Race/hudfarve (FBL) - Religion/tro (FBL) - Politisk anskuelse (FBL) - Seksuel orientering (FBL) 	

LBL: Ligebehandlingsloven, FBL: Forskelsbehandlingsloven, LLL: Ligelønsloven, LO/DA: LO/DA Hovedaftalen med overenskomster, Overenskomst: Overenskomster med beskyttelse af tillidsrepræsentanter, IHL: Informations- og høringsloven, ABL: Arbejdsmiljøloven

I mange situationer ikke vil være muligt at foretage en (så) skarp afgrænsning som anført. Eksempelvis er gravide medtaget både under de umiddelbart konstaterbare og under de ikke-umiddelbart konstaterbare beskyttelseskriterier, og det skyldes, at arbejdsgiver ikke nødvendigvis er bekendt med graviditeten straks den er indtrådt. Det ændrer imidlertid ikke på, at beskyttelsen rent faktisk indtræder fra dette tidspunkt⁴. Ligeledes vil der være handicaps, som umiddelbart lader sig konstatere, mens der er andre handicaps som måske alene af arbejdsgiver er opfattet som udtryk for sygdom⁵.

Det er ligeledes vigtigt at forstå, at der i forhold til om beskyttelsen er umiddelbar konstaterbar, sigtes til *beskyttelsen* og ikke til begrundelsen for afskedigelsen; er en opsigelse begrundet i vedkommende medarbejders alder, kan denne jo direkte konstateres, og den ansattes bevis for, at alder indgik, vil derfor være ganske let at føre⁶. Men hvis alder ikke er nævnt som begrundelse, er det noget vanskeligere at konstatere, om den ansattes alder har været i spil. Det forhold, at den ældste medarbejder afskediges som den eneste, er normalt ikke tilstrækkeligt til, at der er ”påvist konkrete omstændigheder”⁷. Er der afskediget flere, og ældre medarbejdere statistisk set er overrepræsenteret, kan dette derimod udgøre konkrete omstændigheder.

Den *processuelle/bevismæssige* beskyttelse indebærer, at afskedigelser ikke må være *begrundet* i de anførte forhold; hverken direkte, indirekte, helt eller delvist. Der er derimod ikke noget til hinder for at afskedige medarbejdere omfattet af denne beskyttelse, når blot det kan bevises, at disse forhold *ingen rolle spillede*. I en række tilfælde, eksempelvis ved opsigelse under graviditet og afholdelse af barsel/forældreorlov, påhviler det *direkte* arbejdsgiver at bevise, at graviditet/afholdelse af orlov på ingen måde indgik i udvælgelsen. I så fald foreligger der en omvendt bevisbyrde. I de fleste øvrige tilfælde skal den lønmodtager, der mener sig krænket, først påvise konkrete omstændigheder, der tyder på at der foreligger diskrimination. Lykkes det, skal arbejdsgiver føre modbevis, og der foreligger i så fald en *delt bevisbyrde*.

Arbejdsgivers bevisbyrde (for regler med delt bevisbyrde; når den ansatte har påvist konkrete omstændigheder) er normalt *ganske streng*, og der stilles ofte krav om, at arbejdsgiver på overbevisende måde

føre bevis for, hvad der så var årsagen til at den pågældende blev afskediget, og at der derfor foreligger *meget klare objektive konstaterbare grunde* for udvælgelsen af netop de pågældende særligt beskyttede medarbejdere til afskedigelse. Opsigelsen skal med andre ord som klart udgangspunkt alene være baseret på objektive forhold – subjektive forhold må således normalt ikke have indgået, jf. ØLD af 26. oktober 2006 i 12. afd.’s sag B-3751-04 (Infopaq) – og arbejdsgiver skal kunne bevise, at udvælgelsen skete på dette grundlag. Man kan populært sige, at hvis udvælgelsen virkelig alene er baseret på *”meget klare objektive konstaterbare grunde”*, da bør udvælgelsen kunne gentages *med samme resultat* af en hvilken som helst udefrakommende person, der måtte blive oplyst om udvælgelseskriterierne og er givet adgang til alle medarbejderoplysningerne.

I Østre Landsrets dom af 10. september 2010 i 7. afd.’s sag B-1184-10 (Døvetolkene), havde en tegnsprogstolkevirksomhed økonomiske vanskeligheder, der i april 2007 gjorde det nødvendigt at afskedige 11 ud af 28 tegnsprogstolke. Ved udvælgelsen af, hvilke 11 tegnsprogstolke, der skulle afskediges, udpegede virksomheden i samarbejde med virksomhedens medarbejderudvalg fem kriterier, som udvælgelsen af de tegnsprogstolke, der skulle afskediges, skulle ske efter. De fem kriterier var 1) få begrænsninger/særaftaler, 2) flest tolkefaglige kompetencer, 3) fleksibilitet/forandringsvillighed, 4) engagement, og 5) loyalitet, idet man kunne opnå mellem 1 og 5 point for hvert kriterium. Efter en gennemgang af kriterierne blev de 11 tegnsprogstolke, der havde opnået færrest point, afskediget. En af tegnsprogstolkene havde i marts 2007 meddelt ledelsen at hun havde påbegyndt fertilitetsbehandling. I forbindelse med afskedigelsesrunden i april 2007 opnåede hun 14 point (henholdsvis 4, 4, 4, 1 og 1 point) og var derfor blandt de 11 med færrest points. Blandt de 11 var der ligeledes to på barselorlov. Blandt alle tegnsprogstolkene var der yderligere 2 på orlov og 2 der var henholdsvis sikkerheds- eller tillidsrepræsentanter. Den afskedigede tegnsprogstolke rejste derefter krav om godtgørelse svarende til 12 måneders løn for overtrædelse af ligebehandlingsloven. Landsretten konstaterede med henvisning til den tidsmæssige nære sammenhæng mellem tegnsprogstolkens meddelelse om fertilitetsbehandlingen og opsigelsen, at tegnsprogstolken havde påvist *konkrete omstændigheder* der tydede på, at ligebehandlingsprincippet var overtrådt. Med

henvisning til, at afskedigelseskriterierne havde været udformet med medarbejderudvalget, at tegnsprogstolken blot havde opnået 14 ud af 25 point, og at kriterierne i tilstrækkeligt omfang var saglige og gennemskuelige, nåede landsretten imidlertid til, at arbejdsgiver havde løftet den delte bevisbyrde i ligebehandlingslovens § 16a for, at opsigelsen ikke havde været begrundet i fertilitetsbehandlingen, og stadfæstede derfor byrettens frifindelse.

Den *materielle* beskyttelse indebærer, at disse medarbejdergrupper så vidt muligt skal afskediges sidst (medarbejdere med mindst 25 års anciennitet på LO/DA Hovedaftalens område), eller at der foreligger ”tvungende årsager”. Her er det med andre ord ikke tilstrækkeligt, at arbejdsgiver påviser, at et ulovligt kriterium ikke indgik i beslutningen om at afskedige vedkommende; Afskedigelsen skal derfor have været helt nødvendig.

Som eksempel på en situation hvor tvungende årsager for afskedigelse af en sikkerhedsrepræsentant forelå, kan henvises til en faglig voldgiftsavgørelse⁸ fra 2010 på det offentlige område, hvor en efterskole skulle nednormere, og derfor måtte afskedige. Valget stod mellem tre lærere; en sikkerhedsrepræsentant og to andre lærere. Da de to andre lærere i modsætning til sikkerhedsrepræsentanten kunne undervise i ekstrem-sport, og da efterskolen havde slået sig op på netop ekstrem-sport, var der tvungende årsager til at afskedige sikkerhedsrepræsentanten.

Udgangspunktet om, at domstolene ikke i særlig grad censurerer udvælgelsen af de medarbejdere, der afskediges, gælder ikke i forhold til særligt beskyttede medarbejdere. Medarbejdere, der således enten er processuelt/bevismæssigt beskyttet eller materielt beskyttet, kan således forvente, at domstolene vil foretage en omhyggelig prøvelse. Det betyder, at der også ved virksomhedsoverdragelser i forbindelse med afskedigelser bør sikres et overblik over medarbejderne og deres eventuelle særlige ansættelsesbeskyttelse.

Omplaceringspligt?

I en række sager om ansatte tilhørende særligt beskyttede medarbejdergrupper, har spørgsmålet været rejst om de pågældende medarbejdere – som alternativ til afskedigelse – kunne eller burde have været tilbudt omplacering. Synspunktet er, at der må være sikkerhed for, at arbejdsgiver har afsøgt *samtlig*

eventuelle omplaceringsmuligheder for disse medarbejdere, inden disse opsiges. I modsat fald risikerer man nemlig meget nemt at udhule indholdet af den tilsagte beskyttelse. Prøvelsen heraf vil formentlig ofte antage karakter af en prøvelse af, om forskelsbehandlingen så at sige er blevet ”flyttet” fra selve opsigelsen og til spørgsmålet om, hvorvidt denne kunne undgås ved en relevant omplacering. Har arbejdsgiver således ikke konsekvent tilbudt den særligt beskyttede medarbejder samme omplaceringsmulighed som andre (der ikke blev afskediget), vil domstolene næsten altid konstatere forskelsbehandling.

Som eksempel på denne vurdering kan henvises til Vestre Landsrets domme af henholdsvis 18. februar 2004⁹ og 11. april 2007¹⁰. I disse sager fandt landsretten, at gravide medarbejdere burde have været tilbudt omplacering i andre geografisk placerede afdelinger, og at undladelse af at gøre dette indebar en overtrædelse af ligebehandlingsloven.

At overvejsen også kan være aktuelt *uden for* de særligt beskyttede medarbejdergrupper viser afgørelsen UfR 2002.2413S, hvor en afskediget ingeniør efter blot en ”kort tids” oplæring kunne have udført de designopgaver, som en nyansat ingeniør kunne.

Er den ansatte tilbudt omplacering, og har den ansatte afslået dette, vil dette tale for at arbejdsgiver har gjort hvad han kunne, og at opsigelsen derfor er i orden. Som det imidlertid fremgår at det følgende om væsentlige vilkårsændringer – som en omplacering ofte til udgøre – er dette dog ikke til enhver tid givet.

Væsentlige vilkårsændringer

Væsentlige vilkårsændringer vil ofte være i spil som alternativ til opsigelser – både i forbindelse med virksomhedsoverdragelser og i andre situationer. Det følger af VOL § 2, at ansættelsesvilkårene fortsætter uændret uanset en virksomhedsoverdragelse, og et ønske fra erhververen om at gennemføre væsentlige vilkårsændringer, må derfor ske ved varsling. Det er i den forbindelse væsentligt at være opmærksom på, at ensidigt gennemførte væsentlige vilkårsændringer betragtes som opsigelser i kombination med tilbud til den pågældende medarbejder om at fortsætte ansættelsesforholdet på de ændrede vilkår. Vælger medarbejderen ikke at acceptere de nye vilkår, er medarbejderen at betragte som opsagt af arbejdsgiver

og må fratræde. Var medarbejderen eksempelvis gravid på tidspunktet for varslingen, skal arbejdsgiver bevise at graviditeten ikke (hverken delt eller delvist, direkte eller indirekte) spillede nogen rolle i forbindelse med varslingen¹¹.

Man kan overveje, om afskedigelser, der vil være usaglige, vil kunne undgå elementet af usaglighed ved, at arbejdsgiver i stedet varsler væsentlige vilkårsændringer – eventuelt ved en omplacering. Som anført ovenfor vedrørende omplaceringspligt er der ikke nogen rimelig tvivl om, at arbejdsgiver ofte kan være forpligtet til at søge at omplacere de medarbejdere, der ellers skulle afskediges – både over for særligt beskyttede medarbejdere og i forhold til den almindelige beskyttelse mod usaglig afskedigelse, hvis der samtidig sker nyansættelser. Men er en sådan omplacering – der jo ofte også vil være en væsentlig vilkårsændring – også *tilstrækkelig* til at undgå et godtgørelseskrav, hvis lønmodtageren afslår og vælger i stedet at fratræde? Svaret er, at det er det formentlig næppe, men at det afhænger af de konkrete omstændigheder. Der foreligger således en række afgørelser, der tilkender godtgørelse for usaglig afskedigelse med den begrundelse, at varslede væsentlige vilkårsændringer (typisk lønnedgang) ikke var saglige¹². Saglighedsvurderingen er med andre ord ikke blevet irrelevant af, at der forinden har fundet en varsling af væsentlige vilkårsændringer sted. Har en arbejdsgiver således i forbindelse med et tilbud om omplacering tillige benyttet lejligheden til at varsle væsentlige vilkårsændringer, eksempelvis lønnedgang, kan usaglighed meget vel foreligge.

Virksomhedsoverdragelsesloven § 4 – videreførelsen af lønmodtagerrepræsentanternes retsstilling og funktion

For så vidt angår de særligt beskyttede lønmodtagerrepræsentanter, følger det af VOL § 4, at sådanne lønmodtagerrepræsentanter uanset overdragelsen fortsætter deres funktion og bevarer deres retsstilling. Bestemmelsen er sålydende:

”§ 4 Repræsentanter for de lønmodtagere, der berøres af overdragelse af en virksomhed eller en del heraf, bevarer efter overdragelsen deres hidtidige retsstilling og funktion, jf. dog stk. 2.

Stk.2. Medfører overdragelsen, at grundlaget for lønmodtagerrepræsentationen ophører, er lønmodtagerrepræsentanten fortsat omfattet af de

regler om beskyttelse af lønmodtagerrepræsentanter, der gælder på det pågældende område. Beskyttelsen gælder dog kun i en periode, der regnet fra funktionens ophør svarer til det overenskomst- eller aftalemæssigt fastsatte varsel for opsigelse af lønmodtagerrepræsentanter.”

Som det fremgår af stykke 2, fortsætter beskyttelsen indtil udløbet af valg-/funktionsperioden for den pågældende, hvis funktionen ophører som konsekvens af overdragelsen. Det kan eksempelvis være fordi overdragelsen indebærer, at der ikke længere er det fornødne antal medarbejdere på virksomheden til at opretholde lønmodtagerrepræsentationen.

Hvem skal betale en eventuel godtgørelse?

Når der finder afskedigelser sted i forbindelse med virksomhedsoverdragelser, rejser spørgsmålet sig ofte, hvem af henholdsvis den nye og den gamle arbejdsgiver, der egentlig skal betale en eventuel godtgørelse. Hvis den opsagte medarbejder er ”gået med over” og har arbejdet i den nye virksomhed (eventuelt i opsagt stilling), vil den nye arbejdsgiver i kraft af virksomhedsoverdragelsesloven hæfte for godtgørelsen. Ønsker erhververen at undgå dette, skal den pågældende medarbejder normalt være opsagt og fritstillet inden overtagelsen, og fritstillingen skal ligeledes være ”definitiv”¹³. Er fritstillingen imidlertid definitiv, vil det normalt kun være overdrageren, der hæfter. Kun i visse særlige situationer, eksempelvis ved (forsøg på) omgåelse, vil det være muligt at statuere solidarisk hæftelse mellem overdrageren og erhververen.

Sammenfatning

Som det fremgår, indebærer afskedigelser i forbindelse med virksomhedsoverdragelse at man nøje undersøger og overvejer, hvorledes afskedigelserne skal finde sted, hvem der skal afskediges, hvornår det skal ske, og hvilke begrundelser, der er for udvælgelsen. Visse medarbejdergrupper er særligt beskyttet mod afskedigelse, og her skal man være særligt på vagt, hvis man ønsker at også disse medarbejdere skal rammes af afskedigelserne.

¹ Se eksempelvis VLD af 16. marts 2007 i 12. afd.'s sag B-2829-05

² I en faglig voldgiftssag af 26. august 2011 har voldgiftsretten fundet, at en opsigelse var saglig, da den opsagte medarbejder var blevet opfordret til at ansøge, men ikke havde udvist interesse for de opslåede stillinger hos erhverver.

³ Alle – uanset alder – er beskyttet mod afskedigelse på grund af alder. Beskyttelsen tilkommer således ikke kun ældre medarbejdere.

⁴ Se UfR 2004.2701H. Et andet spørgsmål er, om arbejdsgiver så kan bevise eller sandsynliggøre, at graviditet ikke indgik. Kendte arbejdsgiver ikke til graviditeten, og kan arbejdsgiver bevise dette, kan opsigelsen logisk set ikke være begrundet heri.

⁵ Se eksempelvis ØLD af 26. august 2010 i 11. afd.'s sag B-644-09

⁶ For afslag på ansøgninger kan eksempelvis henvises til Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 14. marts 2012 i sag 7100177-12, hvor en kvinde der nærmede sig de 60 år fik afslag på en stilling som pædagogmedhjælper, med henvisning til at

institutionen foretrak en ”ung” ansøger. Dette var ulovlig forskelsbehandling på grund af alder og kostede kr. 25.000 i godtgørelse.

⁷ Se Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 26. september 2012 i sag 7100269-12

⁸ Faglig Voldgiftskendelse af 30. juni 2010

⁹ VLD af 18. februar 2004 i 9. afd.'s sag B-0538-03

¹⁰ VLD af 11. april 2007 i 11. afd.'s sag B-0800-06

¹¹ Som eksempel på en situation hvor arbejdsgiver ikke kunne løfte bevisbyrden, kan henvises til UfR 2005.13V.

¹² Se eks. UfR 2008.23V og ØLD af 16/10 2008 i 11. afd.'s sag B-2441-07.

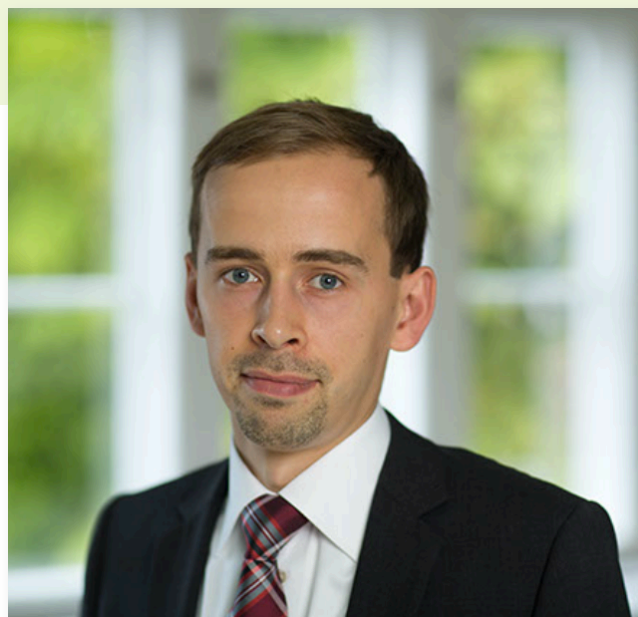
¹³ I Arbejdsrettens dom af 11. november 2010 i sag A. 2010.0063 var fritstilling sket torsdag den 4. juni – dagen før grundlovsdag – og medarbejderne var startet hos erhververen i nyt ansættelsesforhold mandag den 8. juni. Medarbejderne havde derfor ikke været definitivt fratrukket og var derfor virksomhedsoverdraget.

Elmann

transaction specialists

VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSES- LOVENS §§ 2 OG 3 - SÆRLIGT OM ELEVER

AF REDAKTØR, CAND.MERC.JUR
ANTON KRAEV



I henhold til virksomhedsoverdragelseslovens § 2, stk. 2, finder loven anvendelse på aftaler om lærlingeforhold, uddannelsesaftaler for elever i de erhvervsfaglige grunduddannelser mv., såfremt virksomheden efter overdragelsen godkendes som lærested eller praktiksted mv.

Af hovedbestemmelsen i § 2, stk. 1, fremgår det samtidig, at den, der køber en virksomhed eller på anden måde erhverver en virksomhed ved overdragelse, umiddelbart indtræder i den tidligere ejers rettigheder og forpligtelser med hensyn til de løn- og arbejdsforhold, som bestod forud for overdragelsen.

I dag er det antaget, at bestemmelserne i § 2 finder anvendelse på erhvervsuddannelsesaftaler. Det har imidlertid ikke altid været klarhed om, hvorvidt det er tilfældet. I forarbejderne til virksomhedsoverdragelsesloven af 1. februar 1979 (Lovforslag 1979-02-01 nr. 151) kan man nemlig læse sig frem til, at der dengang ikke var enighed om, hvorvidt lovens § 2, stk. 1, skulle finde anvendelse på aftaler om lærlingeforhold m.v. Forud for implementering af direktivet om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter antog man, at en lærekontrakt - som ikke blot er en arbejdskontrakt men også en uddannelseskontrakt - bortfalder ved virksomhedsoverdragelse. Læreforholdet kunne dog fortsættes med erhververen som læremester under visse betingelser, herunder at erhververen var berettiget til at antage og oplære

lærlinge, og at erhververen var villig til at indtræde som part i læreforholdet. Først i forbindelse med vedtagelsen af virksomhedsoverdragelsesloven havde undervisningsministeriet til arbejdsministeriet oplyst, at undervisningsministeriet fandt det rimeligt, at også lærlinge, efg-elever m.v. bliver omfattet af lovforslaget. Ved bekendtgørelse nr. 108 af 21. marts 1980 bestemtes det, at § 2, stk. 2, fandt anvendelse fra 1. april 1980, idet der samtidig hermed blev gennemført ændringer i lærlingelov, som undervisningsministeriet forhandlede med lærlingerådet og erhvervsuddannelsesrådet.

Virksomhedsoverdragelseslovens § 2, stk. 2, fandt anvendelse på lov om lærlinge og efg-elever, som blev imidlertid ophævet med virkning fra 1. januar 1991 og erstattet af lov om erhvervsuddannelser. I § 56 af den nye erhvervsuddannelseslov blev det bestemt, at der for eleverarbejdet i uddannelsesaftaleperioden "gælder de bestemmelser, der ved kollektive overenskomster eller i lovgivning er fastsat om arbejdstageres ansættelses- og arbejdsvilkår mv. i det omfang det er foreneligt med uddannelsen efter denne lov."

I bemærkninger til loven er det specifikt fremhævet, at udgangspunktet bør være, at der gælder samme retsstilling for elever som for andre arbejdstagere. Virksomhedsoverdragelseslovens § 2, stk. 2, blev hverken ændret eller ophævet i forbindelse med gennemførelsen af erhvervsuddannelsesloven. Taget i betragtning, at ovennævnte bekendtgørelse af 21.

marts 1980 heller ikke er ophævet, at § 2, stk. 2, finder anvendelse på aftaler om lærlingeforhold, uddannelsesaftaler for elever i de erhvervsfaglige grunduddannelser mv., blev det antaget, at stk. 2, i virksomhedsoverdragelseslovens § 2 også omfatter elever i erhvervsuddannelsesloven.¹

Indtrædelse i rettigheder, forpligtelse til at søge virksomheden godkendt

Efter virksomhedsoverdragelseslovens § 2 indtræder erhververen i uddannelsesaftalerne, hvis erhververens virksomhed "godkendes som lærested eller praktiksted". Bestemmelsen er ret vidtgående og skal forstås således, at erhververen har pligt til at søge sin virksomhed godkendt så hurtigt som muligt. Eleven har samtidig ret og pligt til at fortsætte i ansættelsesforholdet, indtil spørgsmålet om godkendelse er afklaret.

Hvis erhververen ikke søger godkendelse, kan der være tale om en misligholdelse af uddannelsesaftale med et erstatningskrav til følge. Ifølge virksomhedsoverdragelseslovens § 2 indtræder erhververen i uddannelsesaftalen og kan ikke under henvisning til en manglende godkendelse nægte eleven adgangen til beskæftigelse.

I litteraturen antages det, at erhververens forpligtelse til at søge sin virksomhed godkendt ikke gælder, hvis det er åbenbart, at betingelserne for godkendelse ikke kan opfyldes. Det er imidlertid erhververen, der må bære risikoen i de tilfælde, hvor uddannelsesaftalen ophæves, uden at erhververen først har søgt spørgsmålet afklaret ved en henvendelse til de faglige udvalg. Tvistighedsnævnet har eksempelvis i en kendelse af 3. september 1984 i sag 17/1983 selv foretaget denne prøvelse, og kom frem til, at en "godkendelse af [virksomheden] for den resterende del af [elevens] uddannelse ikke ville volde nogen vanskelighed, hvorfor [virksomheden] i medfør af [virksomhedsoverdragelsesloven] må anses for umiddelbart at være indtrådt i [...] rettigheder og forpligtelser".

Erhververen bliver som udgangspunkt ikke erstatningsansvarlig over for eleven for ophævelse af uddannelsesaftalen i de situationer, hvor erhververens virksomhed ikke kan godkendes som uddannelsessted, såfremt erhververen har søgt virksomheden godkendt i forbindelse med overdragelsen, og

uddannelsesaftalen ophæves umiddelbart efter, at virksomheden har modtaget afslag til godkendelsen.²

I en tvistighedsnævnets kendelse af 29. januar 1980 i sag 22/1979 skulle man tage stilling til, om en virksomhed kunne gøres erstatningsansvarlig for ophævelse af en uddannelsesaftale som følge af, at virksomheden ikke kunne godkendes som uddannelsessted. Sagen handlede om en praktikelev, der blev ansat den 1. juli 1978. Den 21. juli 1978 blev praktikaftalen af virksomheden indsendt til Arbejdsformidlingen. Først 6 måneder efter, den 4. januar 1979, meddelte Arbejdsformidlingen, at virksomheden ikke kunne godkendes som praktiksted. Praktikeleven fratrådte stillingen den 1. februar 1979. Senere på året har eleven rejst sag for Tvistighedsnævnet med påstand om erstatning.

Taget i betragtning sagens særlige omstændigheder, hvor det ikke for virksomheden måtte fremstå åbenbart, at virksomheden ikke kunne godkendes som praktikvirksomhed, fandt Tvistighedsnævnet, at det ikke burde komme virksomheden til skade, at der er hengået adskillige måneder, før afgørelsen om godkendelse forelå.

Hæftelse for kravet

Bestemmelsen i virksomhedsoverdragelseslovens § 2, stk. 1, fastslår, at der ved virksomhedsoverdragelser sker et debitorskifte, så erhververen indtræder i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overtagelsestidspunkt. Som udgangspunkt hæfter overdrageren også for krav opstået før overdragelsen, dog begrænset til de krav, der knytter sig til det bestående uddannelsesforhold.

Hæftelsen forudsætter, at overdrageren reelt har indtrådt i arbejds- (uddannelses-) forhold i henhold til virksomhedsoverdragelseslovens § 2. Hvis eleven eksempelvis rejser krav over for erhververen om erstatning for mangelfuld uddannelse, kan erhververen ikke hæfte for overdragerens forsømmelser, hvis det forud for overdragelsen står klart, at elevforholdet ikke vil kunne fortsætte efter overdragelsen.³

Overdragerens forsømmelser fritager dog ikke erhververen for overholdelse af pligterne i bestående uddannelsesforhold. I Tvistighedsnævnets kendelse 23. februar 2011 i sag 25.2010 kom man således frem til, at som følge af virksomhedsoverdragelsen hæftede erhververen for en godtgørelse efter ansættelses-

bevisloven som følge af manglende oplysning om overenskomst i uddannelsesaftalen.

Hvis erhververen ophæver uddannelsesaftalen uberettiget forud for overdragelsen, kan overdrageren som udgangspunkt ikke bebrejdes herfor.

Ophævelse af uddannelsesaftalen

Hvis erhververen eller eleven ikke ønsker uddannelsesforholdet forsat, skal sagen behandles i henhold til erhvervsuddannelseslovens § 63 om behandling af tvistigheder, medmindre parterne er enige om ophævelsen. I givent fald skal parterne udfylde den af Ministeriet for børn og undervisning godkendte ophævelsesformular og sender den til erhvervsskolen. I ophævelsesformularen skal det afkrydses, at uddannelsesaftalen er ophævet "efter gensidig aftale".

Efter erhvervsuddannelseslovens § 61, stk. 2, kan hæveadgangen endvidere påberåbes, hvor en væsentlig forudsætning for aftaleindgåelsen er urigtig eller brister. Der kan herefter forekomme særlige situationer, hvor eleven påberåber sig, at virksomhedsoverdragelsen er en bristet forudsætning, hvis tilknytningen til overdrageren var helt afgørende for eleven. Der må i disse tilfælde kræves en klar dokumentation for, at tilknytningen til arbejdsgiverens person har været helt afgørende for eleven.⁴

Godkendelse af virksomheden som praktiksted efter overdragelse

Efter at overdragelsen fandt sted, skal overdrageren og eleven underskrive en standard formular "Tillæg til uddannelsesaftale", udarbejdet af Ministeriet for børn og undervisning. Her skal det under pkt. 4, litra B, påføres, at uddannelsesaftalen ændres som følge af "ændring af ejerforhold ved virksomhedsoverdragelse". Herefter skal virksomheden søge virksomheden godkendt som uddannelsessted.

For at blive godkendt som uddannelsessted skal virksomheden rette henvendelse til den lokale erhvervsskole (1) eller til det faglige udvalg (2) for den pågældende uddannelse.

1. Af erhvervsuddannelseslovens § 38, stk. 6, nr. 1, fremgår det, at de faglige udvalg træffer afgørelse om godkendelse af en virksomhed som praktiksted. Godkendelsen af det faglige udvalg medfører, at virksomheden - så længe godkendelse er gældende - kan indgå aftaler med en eller flere elever.

2. Af erhvervsuddannelseslovens § 31, stk. 3 fremgår det, at en erhvervsskole kan godkende en virksomhed til at gennemføre uddannelsen for den enkelte elev. Godkendelsen er gældende for en bestemt elev, til forskel til det faglige udvalgs godkendelse.

I en konkret vurdering af en virksomheds godkendelse tager de faglige udvalg stilling til, om virksomheden kan gennemføre uddannelser i overensstemmelse med de fastsatte praktikregler, og om virksomheden kan give elever tilfredsstillende oplæringsforløb. Skolens afgørelse om godkendelse skal derimod træffes under hensyntagen til den enkelte elevs behov, forudsætninger og muligheder for at gennemføre praktikuddannelsen.

Virksomheden skal i de fleste tilfælde indsende et ansøgningsskema til erhvervsskolen eller det faglige udvalg vedlagt den påkrævede dokumentation. Ud fra det fremsendte vurderer skolen eller det faglige udvalg, om virksomheden kan godkendes, eller om der skal indhentes yderligere oplysninger om virksomheden. De faglige udvalg kan også bestemme, at virksomheden skal besigtiges, inden godkendelsen gives. Godkendelsesprocessen varer normalt tre til fire uger. Erhvervsskolen eller de faglige udvalg meddeler skriftligt virksomheden om, hvorvidt godkendelsen er opnået og om, hvilke særlige betingelser der eventuelt er forbundet med godkendelsen.

I praksis opstår der sjældent problemer med at få en virksomhed godkendt som en praktikplads. Det hænger sammen med konstateringen af, at den virksomhed, eleven er ansat i, jo netop fortsætter efter overdragelse til ny arbejdsgiver og dermed alt andet lige også fortsat kan godkendes til oplæring. Problemer kan imidlertid opstå i de situationer, hvor der foreligger overdragelse alene af en del af en virksomhed, eller hvor faglært personale fratræder i forbindelse med overdragelsen, hvor erhververen herefter ikke er i stand til at kunne gennemføre praktikuddannelsen.

Elevtid ved beregning af anciennitet i forhold til opsigelsesvarsler og beskyttelse mod usaglig opsigelse

Såvel i virksomhedsoverdragelsessituationen som uden kan det være relevant at afklare, om en medarbejder, der i umiddelbar forlængelse af elevtiden blev fastansat, er beskyttet mod en usaglig opsigelse som følge af sin anciennitet.

Spørgsmålet om, hvorvidt en medarbejder kan forlange, at elevtiden skal indgå ved beregningen af anciennitet i forhold til en virksomheds opsigelsesvarsel og det i Hovedaftalens § 4, stk. 3, fastsatte tidsrum af 9 måneder, blev rejst gentagende gange siden Højesterets dom af 16. august 1991 i sag 159/1989. I sagen skulle man nemlig tage stilling til, om en efg-elev (kontorassistent) havde krav på et opsigelsesvarsel i henhold til funktionærlovens § 2 efter uddannelsens afslutning. Højesteret fandt, at kontorassistenten, som har været omfattet af funktionærlovens § 1 allerede fra påbegyndelsen af efg-uddannelsen, skulle opsiges med 5 måneders opsigelsesvarsel, da anciennitet i henhold til funktionærlovens § 2 skulle regnes fra elevtidens begyndelse, og ikke fra uddannelses afslutning og fastansættelse.

Spørgsmålet var herefter, om Højesterets dom skulle forstås således, at Højesteret fandt det rimeligt, at en ansat også i sin elevtid optjener på opsigelsesvarslene, eller om dommen beror på, at sagen vedrørte en funktionær, hvis retsforhold er reguleret af funktionærlovens regler. Dette har skabt en usikkerhed om retstilstanden, idet Afskedigelsesnævnet ca. 6 år forinden var kommet frem til det modsatte resultat i forhold til en ikke-funktionær. Afskedigelsesnævnet skulle nemlig i sagen 150/1984 tage stilling til, om ansættelsesperioden som elev skulle medregnes ved beregning af de 9 måneders ansættelse i Hovedaftalen mellem DA og LO. Afskedigelsesnævnet udtalte i kendelsen, at "en elevs ansættelse i henhold til lov om erhvervsfaglige grunduddannelser er undergivet særlige regler, herunder om afgørelser af tvistigheder i praktiktiden. Ved efterfølgende ansættelse i praktikvirksomheden kan elevtiden ikke medregnes ved beregningen af det i Hovedaftalens § 4, stk. 3, fastsatte tidsrum af [9 måneder], uanset at bestemmelsen efter sin ordlyd alene kræver uafbrudt beskæftigelse i virksomheden."

Opmanden Jørgen Nørgaard har i en Faglig Voldgift af 31. maj 2000 haft lejlighed til at tage stilling til ovennævnte Højesterets dom og Afskedigelsesnævnets kendelse. Sagen handlede om en elev, der i umiddelbar forlængelse af elevtiden blev ansat som tandtekniker i samme virksomhed. Der var ikke tale om funktionæransættelse. Ved opsigelsen fik tandteknikeren opsigelsesvarslene beregnet efter anciennitet som udlært og dermed ikke anciennitet optalt tilbage fra elevtidens start. Opmanden udtalte, at sagen

vedrørte, hvorvidt den deklatoriske regel var, at elevtiden skulle medregnes ved beregningen af opsigelsesvarslene eller ej. Det var i sagen uden betydning, at der var afsagt ovennævnte Højesteretsdom, hvor elevtiden skulle medregnes ved opsigelsesvarslene for en funktionærs vedkommende. Denne dom fandtes ikke at tage stilling til, om den deklatoriske regel burde være, at elevtiden generelt medregnes eller ej. Som følge heraf fandt opmanden, at det mest nærliggende udgangspunkt var, at elevtiden ikke skulle medregnes ved beregningen af opsigelsesvarslene, idet virksomheden ikke kunne opsiges en elevaftale i elevtiden.

Dette udgangspunkt blev senere bekræftet af opmanden i en faglig voldgiftskendelse af 22. januar 2010 i sagen 2009.0235. Højesteretsdommer Thomas Rørdam udtalte følgende:

"En lærlings ansættelse i henhold til erhvervsuddannelsesloven er efter lærlingeforholdets særlige karakter, formål og indhold så forskelligt fra almindelige ansættelsesforhold, at lærlingetiden som deklatorisk regel ikke skal medregnes ved beregningen af det opsigelsesvarsel, der tilkommer en ansat [...]."

Den deklatoriske regel kan imidlertid fraviges ved en aftale i en kollektiv overenskomst eller på individuel plan. Man skal derfor være særligt opmærksom på de overenskomster, hvor det er udtrykkeligt aftalt, at "elevtiden medregnes" eller lignende.

¹ "Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer", Lars Svenning Andersen m.f., 5. udgave, 2009, s. 244.

² "Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse", Mette Klingsten, 1. udgave, 2002, s. 156.

³ "Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer", Lars Svenning Andersen m.f., 5. udgave, 2009, s. 248.

⁴ Læs mere om bristede forudsætninger i virksomhedsoverdragelsessituationer i "Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer", Lars Svenning Andersen m.f., 5. udgave, 2009, s. 275-283.



SKAL MAN FRASKRIVE SIG SÆLGERS OVERENSKOMST VED EN VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSE? - ELLER "THINK TWICE"

AF ADVOKAT (H)
HENRIK KARL NIELSEN

Pressen og det politiske system bærer et stort ansvar for, at opmærksomheden om den langvarige faglige konflikt mellem Fagligt Fælles Forbund (3F) og Restaurant Vejlegården har haft fokus på meget andet end det, som den faglige konflikt sagligt set drejer sig om. Arbejdsretligt set er der nemlig intet usædvanligt ved, at et stort LO-forbund, in *casu* Fagligt Fælles Forbund, fremsætter ønske om overenskomstdækning over for en arbejdsgiver. Og der er vel heller intet usædvanligt ved, at arbejdsgiversiden afslår et sådant ønske. Og i den situation er det en essentiel og langvarig del af systemet på det danske arbejdsmarked, at det er op til kræfternes frie spil, om parterne kommer til forhandlingsbordet og enes om indgåelse af kollektiv overenskomst. Og gør de ikke det, står det den faglige organisation frit for – i hvert fald som udgangspunkt – at iværksætte kollektive kampskridt i form af strejke og blokade.

Der synes at herske en almindelig begrebsforvirring i offentligheden og pressen om begrebet "blokade". Begrebet "blokade" er arbejdsretligt set en delmængde af begrebet "kollektive kampskridt", som en faglig organisation kan iværksætte over for en arbejdsgiver. Kollektive kampskridt iværksættes i den forbindelse som støtte for et krav over for arbejdsgiveren om indgåelse af kollektiv overenskomst, men naturligvis kun i det tilfælde, hvor arbejdsgiveren ikke ønsker at indgå en sådan på vilkår, som begge parter kan enes om. Er der indgået kollektiv overenskomst, har parterne dermed indgået en aftaleretligt bindende

relation. Og en del af det er, at begge parter leverer deres del af aftalen (den kollektive overenskomst) i dennes løbetid. Under en løbende overenskomst vil kollektive kampskridt udgøre et brud på den såkaldte fredspligt. Uenigheder om fortolkningen af overenskomsten og sager om brud på overenskomsten skal behandles fagretsligt ved faglig voldgift henholdsvis ved Arbejdsretten.

Begrebet *strejke* dækker over, at den faglige organisation, der har iværksat konflikt (kollektive kampskridt) trækker sine medlemmer ud fra arbejdspladsen. Det sker i givet fald under iagttagelse af de ansatte medlemmers individuelle opsigelsesvarsler eller konfliktvarsler, der er aftalt i overenskomst (hvis en sådan foreligger og er opsagt og udløbet) eller i hovedaftale, hvis arbejdsgiverparten er omfattet af en sådan. Begrebet *blokade* dækker over noget andet. Arbejdsretligt dækker blokade blot over den form for aktion, at en faglig organisation pålægger sine medlemmer ikke at tage ansættelse hos den arbejdsgiver, som en konflikt er rettet mod. Fælles for strejke og blokade er det formål og den virkning, at begge former for kampskridt hæmmer eller forhindrer arbejdsgiveren at kunne beskæftige arbejdskraft til at drive sin virksomhed. Hvis arbejdsgiveren beskæftiger tilstrækkeligt med medarbejdere, der ikke er medlemmer af den faglige organisation, der iværksætter kollektive kampskridt, vil strejken have lille eller ingen virkning. Hvis arbejdsgiveren kan dække sit behov for arbejdskraft ved at ansætte medarbejdere,

der ikke er medlem af den faglige organisation, der iværksætter konflikt, vil blokaden heller ikke have virkning som pressionsmiddel. Mere virksomt vil det være, hvis eller når det bliver aktuelt at iværksætte *sympatikonflikt*. I pressen og offentligheden forbindes begrebet "blokade" ofte med røde faner, politihunde og uroligheder. Det kan skyldes, at den grundlovssikrede forsamlingsfrihed naturligvis gør det muligt, at der som led i en faglig konflikt etableres demonstrationer og informationstiltag, der mere generelt er rettet mod at lægge mest muligt pres på den virksomhed, som den faglige konflikt er rettet mod. Men det ligger naturligvis fast, at sådanne tiltag også vil være lovlige, hvis de holdes inden for rammerne af lovgivningen.

De kollektive kampskridt kan siges at være en del af parternes mellemværende, når der enten ikke er et ønske på den ene side om et mellemværende i form af en kollektiv overenskomst eller når forhandlinger ikke kan føre til en enighed om vilkårene for mellemværendet (indholdet af den kollektive overenskomst). Og det er væsentligt at være opmærksom på, at der ikke som sådan er generel lovgivning om adgangen til at iværksætte og anvende kollektive kampskridt. Når konflikttretten – eller måske rettere sagt *aktionsfriheden* – ofte betegnes som en væsentlig del af det danske arbejdsretlige system, kan det dybest set udledes af det forhold, at der i Danmark som i mange andre lande gælder en grundsætning om aftalefrihed mellem private parter. Aftalefriheden omfatter også en arbejdsgivers ret til at sige nej til en overenskomstmæssig forbindelse til en bestemt faglig organisation. Men som nødvendig modpol til dette står organisationens ret til at sige nej til, at arbejdsgiveren i så fald gør brug af organisationens medlemmers arbejdskraft.

Der er som nævnt ingen generel lovgivning i Danmark om anvendelse af kollektive kampskridt. Men der er flere eksempler på specifik lovgivning om anvendelse af kollektive overenskomster. Et af disse er i tilfælde af virksomhedsoverdragelse. Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse (virksomhedsoverdragelsesloven) indeholder bestemmelser, der har betydning for både individuelle lønmodtageres retsstilling og kollektive overenskomsters fortsættelse, når en virksomhed overgår fra en overdrager til en erhverver. Loven er fra 1979 og blev kundgjort som Lov nr. 111 af 21. marts 1979 om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Loven gennemfører oprindelig Rdir. 77/187/EØF om

tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagers rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter.¹ Efter virksomhedsoverdragelseslovens § 2, stk. 1, indtræder erhververen af en virksomhed eller en del heraf umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overtagelsesdagen i henhold til kollektiv overenskomst og aftale, bestemmelser om løn- og arbejdsforhold, der er fastsat eller godkendt af offentlig myndighed og individuel aftale om løn- og arbejdsforhold. Det var i mange år på baggrund af Arbejdsrettens retspraksis stærkt omdiskuteret, om bestemmelsen indebar en lovfæstet overgang til erhververen af overdragerens kollektive forpligtelser i henhold til kollektiv overenskomst eller kun de enkelte lønmodtageres individuelle rettigheder, der kunne udledes af overdragerens forpligtelser i henhold til kollektiv overenskomst.² I 2001 blev dette forhold gjort til genstand for en ændring af virksomhedsoverdragelsesloven ved Lov nr. 441 af 7. juni 2001. Derved indsattes som en ny bestemmelse i loven § 4a, der har flg. ordlyd:

"En erhverver skal inden 5 uger efter det tidspunkt, hvor denne vidste eller burde vide, at de ansatte eller en del af de ansatte på den virksomhed, der overdrages, har været omfattet af en kollektiv overenskomst, dog tidligst 3 uger efter overtagelsen, underrette det pågældende fagforbund, såfremt denne ikke ønsker at tiltræde overenskomsten. I modsat fald anses erhververen for at have tiltrådt overenskomsten.

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

Stk. 3. Hvis erhververen ikke tiltræder overenskomsten, og hvis denne i forvejen er omfattet af en overenskomst med et andet fagforbund om det pågældende arbejde, har de berørte lønmodtagere ret til gennem deres forbund at kræve forhandling med virksomhedens ledelse om løn- og ansættelsesvilkår."

Virksomhedsoverdragelseslovens § 4a lovfæster en helt præcis regel og procedurebestemmelse for en erhverver af en virksomhed eller af en del af en virksomhed, hvis erhververen ikke ønsker at overtage overdragerens kollektive overenskomstmæssige forpligtelser. Det betyder at loven, der egentlig tager sigte på at sikre kontinuiteten i arbejdsforholdene på en virksomhed ved virksomhedsoverdragelse, også hjemler, at erhververen med støtte i udtrykkelig lovbestemmelse kan frigøre sig fra kollektiv-arbejdsretlige forpligtelser ved en virksomhedsoverdragelse uden at skulle iagttage de aftalemæssige og overenskomstmæssige betingelser, der ellers gælder for frigørelse fra aftalemæssige forpligtelser i henhold til kollektiv overenskomst. De individuelle lønmodtageres individuelle rettigheder vil fortsat være sikret i kraft af virksomhedsoverdragelseslovens § 2, stk. 1. Erhververen indtræder ved virksomhedsoverdragelsen umiddelbart i disse. Men sådanne individuelle lønmodtagerrettigheder vil kunne varsles væk under iagttagelse af de individuelle opsigelsesvarsler.

Den praktiserende advokat vil ofte opleve, at en erhverver af en virksomhed beder advokaten om rådgivning om procedurerne for frigørelse fra erhververens kollektive overenskomster ved virksomhedsoverdragelse. Særligt udenlandske købere af danske virksomheder betragter ikke altid det danske kollektive arbejdsretlige system med samme selvfølgelighed som mange danske aktører, og mange advokatkolleger vil vel kunne nikke genkendende til, at man som køberrådgiver ganske ofte decideres bedes udarbejde en plan for frasigelse af erhververens kollektive overenskomster i tilfælde af et udenlandsk opkøb i Danmark. Den opgave kan advokaten naturligvis løse. Men det er her man nok må indtænke det rent forretningsmæssige råd, at tage højde for, om frasigelsen vil være i køberens langsigtede interesse.

En frasigelse af overdragerens kollektive overenskomst vil efterlade virksomheden i den situation, at den frasagte overenskomstpart vil stå i en situation, hvor der ikke længere består fredspligt, når den overenskomstmæssige forpligtelse hertil er frasagt. Vil den frasagte overenskomstpart igen overenskomstdække virksomheden, kan et ønske om noget sådant naturligvis ske under iagttagelse af de sædvanligt gældende regler om iværksættelse af kollektive kampskridt. Adgangen til at fremsætte fornyet krav om kollektiv overenskomst over for en erhverver, der efter

virksomhedsoverdragelseslovens § 4a har frasagt sig overdragerens kollektive overenskomst, er ikke begrænset af bestemmelsen. Som rådgiver af erhverver må advokaten derfor naturligvis lade sin køberrådgivning om frasigelse ledsage af rådgivning om den risiko, som klienten udsætter sig for, at den løste opgave (frasingen af overdragerens kollektive overenskomst) straks afføder et forløb, der kan resultere i strejke og blokade. Røde faner, medieomtale og deslige vil derfor snildt kunne blive en udenlandsk erhververs møde med det danske arbejdsmarked. Det kan ud fra en juridisk betragtning forekomme som underordnet, hvis erhververen kan dække sit behov for arbejdskraft med medarbejdere, der ikke er organiseret i den frasagte overenskomstbærende organisation. Men ud fra en forretningsmæssig tankegang er der en række ikke-retlige faktorer, som bør tænkes ind også i advokatens køberrådgivning. Forløb som det vi senest har set i sagen på Vejlegården må mane til omtanke, og som advokat må man være forberedt på, at klienten også vil kunne få behov for bistand f.eks. fra en medierådgiver.

Konflikten på Vejlegården rummer en arbejdsretlig problemstilling, der er nok så interessant. Men som følge af den tidsmæssige faktor må en nærmere behandling af denne vente på dette sted. Vejlegården er en virksomhed, der er udsat for kollektive kampskridt, der hidtil har været fuldt lovlige i dansk ret. Vejlegården er dog ikke uden overenskomstdækning, idet virksomheden som medlem af Kristelig Arbejdsgiverforening er dækket af en kollektiv overenskomst med Kristelig Fagforening og dermed med en landsdækkende faglig organisation i konkurrence med Fagligt Fælles Forbund. Arbejdsgiverforeningen har med virksomheden indbragt Fagligt Fælles Forbunds konflikt for Arbejdsretten. Der er bebudet afsigelse af dom den 29. november 2012.

¹ Lov er kommenteret af Lars Svenning Andersen, Bjarke Vejby og Jeppe Høyer Jørgensen i Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, 5. udg., Kbh. 2009.

² Se om diskussionen i midten af 1990'erne Henrik Karl Nielsen: Kollektive overenskomster og virksomhedsoverdragelse – nyere domme og teori, Juristen 1996, s. 16ff.

FORSLAG TIL FORMULERING AF FRASIGELSESMEDDELELSE TIL ORGANISATIONER

AF REDAKTØR, CAND.MERC.JUR
ANTON KRAEV

[Faglig organisation]
[Adresse]

[dato]

Frasigelse af kollektive overenskomster, lokalaftaler mv.

[Virksomhed A/S], cvr.nr. [xxxxxxx], skal hermed oplyse, at virksomheden i forbindelse med [overtagelse] af [Virksomhed ApS], cvr.nr. [xxxxxxx], pr. [dato] har overtaget [x] medarbejdere.

Medarbejderne er blevet ansat i [Virksomhed A/S] i henhold til Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse.

Med henvisning til lovens § 4a meddeles det hermed, at [Virksomhed A/S] ikke ønsker at tiltræde de mellem [Virksomhed ApS] og [Faglig organisation] indgåede overenskomster, protokollater, aftaler, mv.

Overenskomstens (-ernes) bestemmelser om løn- og ansættelsesvilkår vil alene blive respekteret som individuelle vilkår i forhold til de enkelte medarbejdere i den løbende overenskomstperiode, hvilket tillige er meddelt de berørte medarbejdere.

Med venlig hilsen
[Virksomhed A/S]



OPSIGELSE AF OVERENSKOMSTER UDEN FOR VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSES- LOVENS ANVENDELSESOMRÅDE

AF REDAKTØR, CAND.MERC.JUR
ANTON KRAEV

Såfremt erhverver indtræder som part i en overenskomst i kraft af aftale herom eller i kraft af manglende eller forsinket frasigelse af overenskomsten i henhold til virksomhedsoverdragelseslovens § 4a, eller tiltræder overenskomsten som følge af medlemskab i en arbejdsgiverorganisation, er erhververen som udgangspunkt bundet af gældende hovedaftale, overenskomst og øvrige kollektive aftaler. Følgende artikel behandler derfor de almindelige regler for opsigelse af kollektive overenskomster udenfor virksomhedsoverdragelseslovens anvendelsesområde.

1. Opsigelse af Overenskomster

Det er det aftaleretlige udgangspunkt, at en opsagt aftale bortfalder ved opsigelsesperiodens udløb. Dette gælder imidlertid også det arbejdsretlige udgangspunkt for så vidt angår overenskomster. Kollektive arbejdsoverenskomster må således bringes til ophør ved særlig opsigelse. Oftest indeholder overenskomsterne udtrykkelige regler om, hvorledes sådan opsigelse kan finde sted.

1.1. Overenskomstparter

Det er kun overenskomstparten selv, der kan sige overenskomsten op, medmindre andet er aftalt. Det er den almindelige regel, at en arbejdsgiver, der indmelder sig i en arbejdsgiverorganisation, hvis overenskomsts faglige gyldighedsområde omfatter det arbejde, der udføres i virksomheden. Det er herefter

den arbejdsgiverorganisation, som har indgået overenskomsten med lønmodtagersiden, der er part i overenskomsten, og ikke en enkelt virksomhed.

For at en virksomheds opsigelse af overenskomsten anses for gyldig, må virksomheden i første omgang udmelde sig af arbejdsgiverorganisationen. Virksomhederne har som udgangspunkt adgang til at udmelde sig under overholdelse af organisationens vedtægtsmæssige regler om gennemførelse af sådanne udmeldelser. Udmeldelsen indebærer dog ikke, at den udmeldte frigøres fra forpligtelserne i henhold til organisationens overenskomst. Den udmeldte virksomhed vil nemlig optræde som selvstændig overenskomstpart, og vil derfor fortsat være bundet af forpligtelserne. I praksis vil virksomhed blive stillet, som om der var tale om en tiltrædelsesoverenskomst.

Overenskomstens opsigelse skal ligeledes sendes til den modstående overenskomstpart. Opsigelsen skal således rettes til en lønmodtagerorganisation, og kan ikke uden videre afgives til dennes tillidsmand på arbejdspladsen. Det ligger uden for hans fuldmagt.

I visse overenskomster er det bestemt, at der skal finde forhandlinger sted i tilknytning til opsigelsen. I givent fald skal der være tale om reelle forhandlinger.¹ Overenskomsterne kan desuden være formuleret

således, at overtrædelse af forhandlingspligt kan medføre ugyldighed af opsigelsen.

1.2. Opsigelse og dennes virkninger

Som nævnt før, så er opsigelser af kollektive overenskomster påbud i almindelig aftaleretlig forstand, hvilket indebærer, at såfremt overenskomsten fastsætter særlige tidsfrister for opsigelsen, må disse respekteres. I mangel af vedtagelse om opsigelsesvarslets længde skal iagttages en rimelig opsigelsestid. En sådan vil i mange tilfælde blive fastsat til 3 måneder, svarende til DA/LO-hovedaftalens § 7, stk. 1.²

Herefter kan der være tale om "simpel" og "kvalificeret" opsigelse. Ved simpel opsigelse vil virkningen være, at overenskomsten falder væk fra opsigelsesvarslets udløb. Dette er gældende, medmindre en anden ordning er udtrykkeligt hjemlet. Heraf følger imidlertid ikke at den opsigende virksomhed er frit stillet. De personlige kontrakter består fortsat på overenskomstens vilkår, indtil de måtte blive ændret i henhold til de for individuelle vilkårsforandringer gældende regler.

Man skal dog være opmærksom på, at på de områder, hvor der er indgået en overordnet hovedaftale, som fortsat består, gælder det, at dennes regler fortsat skal respekteres. Der vil derfor være tale om såkaldte kvalificeret opsigelse med iagttagelse af hovedaftalernes bestemmelser. De fleste hovedaftaler hjemler nemlig regler om, at de opsagte overenskomster i deres helhed fortsat er gældende, indtil anden overenskomst træder i stedet, eller arbejdsstandsning er iværksat (frigørelseskonflikt). Sådan en regel kendes fra eksempelvis DA/LO-hovedaftalens § 7, stk. 2.

2. DA/LO-hovedaftalens § 7, stk. 2 (eller tilsvarende bestemmelser)

Hovedaftalens § 7, stk. 2, har følgende ordlyd.

"Selv om en overenskomst er opsagt eller udløbet, er parterne dog forpligtet til at overholde dens bestemmelser, indtil anden overenskomst træder i stedet, eller arbejdsstandsning er iværksat i overensstemmelse med regler i § 2."

2.1. "anden overenskomst træder i stedet"

Ifølge formuleringen gælder pligten til at iværksætte frigørelseskonflikt ikke, når en anden overenskomst træder i stedet. Der skal dog være tale om en

overenskomst, der dækker samme faglige område, og der er indgået med samme forbund.

Såvel i den arbejdsretlige teori som i praksis er det fast antaget, at en arbejdsgivers indmeldelse i en arbejdsgiverorganisation ikke bevirker bortfald af forpligtelser påtaget ved en løbende særoverenskomst, men at denne fortsat er gældende, indtil den på lovlig måde er bragt til ophør. Først fra dette tidspunkt finder organisationens almindelige overenskomst anvendelse på den i organisationen indtrådte virksomhed.³

Reglen medfører på den anden side, at en arbejdsgiver, der indmelder sig i en arbejdsgiverorganisation og i denne forbindelse opsiges en hidtil gældende særoverenskomst, ikke er nødt til at iværksætte frigørelseskonflikt, for at særoverenskomsten kan bringes ud af verden, forudsat den anden overenskomst dækker samme faglige gyldighedsområde og var indgået med samme part.

Ved Unilever-dommen⁴ og Arriva-dommen⁵ blev der dog sat spørgsmålstejn ved, hvordan kravet om "samme parter" skulle forstås.

2.1.1. Unilever-dommen

Ved indmeldelse ind i Dansk Industri havde Unilever Danmark A/S en særoverenskomst med 3F Transportgruppen. Ved indmeldelsen blev Unilever også omfattet af Industriens Overenskomst, hvor lønmodtagerparten var CO-industri, som 3F Transportgruppen ikke hørte under på dette tidspunkt, mens 3F Industri var medlem.

Ved en tidligere voldgiftskendelse af 16. oktober 2006 blev det fastslået, at Unilever var forpligtet til "snarest muligt" at opsiges sin hidtidige overenskomst med 3F Transportgruppen. Voldgiftskendelsen indebar således, at Unilever skulle tage skridt til at frigøre sig fra den eksisterende overenskomst.

Arbejdsretten kom frem til, at Unilever kunne frigøre sig fra særoverenskomsten med 3F Transportgruppen ved en simpel opsigelse, da den hidtil gældende overenskomst og Industriens overenskomst var indgået med en lønmodtagerorganisation, der er medlem af LO. I en sådan situation måtte Hovedaftalen § 7, stk. 2 forstås således, at Industriens Overenskomst "træder i stedet" for den hidtidige overenskomst ved opsigelsen af denne i overensstemmelse med § 7, stk. 1.

Resultatet af dommen må herefter fortolkes som et udtryk for Arbejdsrettens pragmatisk fortolkning af bestemmelsen med henblik på ikke at tvinge virksomheder ud i konflikter, da det modsatte resultat kunne have en uheldig effekt på arbejdsgivernes lyst til at organisere sig. Jens Kristiansen bemærker samtidig i "Den Kollektive Arbejdsret"⁶, at situation yderst sjældent vil opstå i praksis, da overenskomstrelationerne mellem de modstående foreninger inden for eksempel DA's og LO's område er yderst stabile.

2.1.2. Arriva-dommen

Arriva-sagen drejede sig ligeledes om, hvorvidt § 7, stk. 2 i Hovedaftalen mellem DA og LO er til hindre for, at Arriva Skandinavien A/S kunne frigøre sig fra selskabets overenskomst med FOA ved simpel opsigelse under påberåbelse af, at en overenskomst med 3F Transport, der lige som FOA er e af LO's medlemsorganisationer, træder i stedet for den opsagte overenskomst.

I 2009 opsagde Arriva nemlig overenskomsten med FOA, da de to overenskomstens sideløbende eksistens begyndte at give anledning til problemer. Med henvisning til Unilever-dommen mente Arriva, at frigørelse kunne ske ved simpel opsigelse.

Arbejdsretten bemærkede, at i Unilever-dommen havde "særlige omstændigheder" gjort det nødvendigt med en modificeret fortolkning af § 7, stk. 2. De særlige omstændigheder var ifølge præmisserne følgende:

- at virksomheden var forpligtet til at opsig særoverenskomsterne,
- at det var klart, at virksomhedens indmeldelse i DI ikke var begrundet i et ønske om at frigøre sig fra særoverenskomsterne, og
- at et modsat resultat ville have ført til, at optagelsen i DI ville have tvunget virksomheden til at iværksætte en konflikt med et andet LO-forbund, hvilket ikke ville harmonere med princippet i Hovedaftalens § 1, hvorefter det er ønskeligt, at spørgsmål om løn- og arbejdsvilkår løses gennem afslutning af kollektiv overenskomst, og ikke gennem konflikt.

Arbejdsretten udtalte herefter, at der ikke i Arriva's tilfælde forelå samme særlige omstændigheder, der kunne begrunde, at den sædvanlige forståelse af hovedaftalens § 7, stk. 2 skulle modificeres. Arriva var

derfor forpligtet til at overholde FOA-overenskomsten, indtil en anden overenskomst med FOA måtte være trådt i kraft, eller indtil frigørelseskonflikt var iværksat.

2.2. "Arbejdsstandsning er iværksat"

Den formelt nødvendige standsning betegnes som "frigørelseskonflikt". En opsigende virksomhed er således nødsaget til at iværksætte konflikt for at komme helt ud af den eksisterende overenskomst. De fremgår af bestemmelsen, at arbejdskonflikten skal iværksættes i overensstemmelse med reglerne i hovedaftalens § 2.

Det følger herefter, at en virksomhed, der har udmeldt sig, skal opsig overenskomsten. Samtidig skal der efter Hovedaftalen mellem DA og LO ske tilkendegivelse om, at denne opsigelse er til ophør og bortfald af overenskomsten.

Endvidere kræves der 2 konfliktvarsler. 14 dage før arbejdsstandsningen agtes iværksat, skal der fremsendes 1. lockoutvarsel, omfattende medlemmer af lønmodtagerorganisation ansat på virksomheden og dennes afdelinger. Dette skal efter hovedaftalen fremsendes anbefalet, samt i kopi fremsendes til Forligsinstitutionen til orientering. I det anbefalede brev skal der angives, at der fremsendes konfliktvarsling med henblik på at bringe overenskomsten til ophør/bortfald.

Det 2. varsel skal også i henhold til hovedaftalens § 2 sendes 7 dage før, hvor der igen tilkendegives det præcise antal medarbejdere, der skal lockoutvarsles. Herefter skal der iværksættes en arbejdsstandsning ved etablering af en lockout overfor de af medarbejderne, der er medlem af lønmodtagerorganisation. Tilsidesættelse af de formelle regler om varslingen vil ofte bevirke, at denne vil anses for ugyldig.

De kollektive varsler er ofte kortere end de individuelle opsigelsesvarsler. Det er slået fast i praksis, at de kollektive konfliktvarsler går forud for de individuelle opsigelsesvarsler, jf. UfR 1916.135H og UfR 1935.507H. Denne retstilstand gælder også for de ellers ufravigelige opsigelsesvarsler i henhold til lovgivning, jf. funktionærlovens § 2, stk. 10.⁷

2.2.1. Frigørende standsning - 50%-krav

Spørgsmålet er herefter, om hvilken form for standsning kan anses for frigørende. I den

arbejdsretlige teori blev det påpeget gentagende gange, at der må stilles visse krav til omfanget og intensiteten af en frigørelseskonflikt, da det ikke kan være rimeligt at en part kan frigøre sig ved partielle arbejdskonflikter.⁸

Per Jacobsen anfører således i "Kollektiv Arbejdsret"⁹, at "krav om et vist minimum af omfang og intensitet må være rimeligt. Fastlæggelsen af indholdet af disse krav volder selvsagt vanskelighed, men frigørelsen må formentlig kræve, at en væsentlig del af de under overenskomsten beskæftigede arbejdere er omfattet af konflikten, f. eks. mere end halvdelen."

Per Jacobsens bemærkede dog i sin udtalelse ved brev til FTF af 12. december 1994¹⁰, at det anvendte udtryk "mere end halvdelen" er kun at betragte som "et praktisk anvendeligt kriterium, men udelukker ikke, at Arbejdsretten vil acceptere arbejdsstandsninger med et mindre omfang som frigørende, såfremt der dog er tale om et væsentligt antal af de på overenskomstområder beskæftigede."

Der må herefter stilles visse krav til omfanget af arbejdsstandsning, såfremt den skal bevirke overenskomstens bortfald. Der er dog ikke nogen grundlag for at fastslå, at det kan kræves, at mindst halvdelen af de på overenskomstområdet ansatte skal være omfattet af konflikten. Det støttes umiddelbart af den af Jens Kristiansen anførte betragtning om, at hvis modparten i en konflikt finder, at den varslede konflikt har utilstrækkelig omfang, står det denne part frit for at udvide konflikten gennem egne varslinger.

Opmændene afviste ligeledes i kendelsen af 15. februar 1995, at der kan stilles særlige krav til frigørelseskonflikter. I sagen skulle der tages stilling til, om hvorvidt de offentlige arbejdsgivere kunne protestere mod varsler om iværksættelse af frigørende arbejdsstandsning i de tilfælde, hvor mindre end halvdelen af de ansatte er omfattet af den varslede arbejdsstandsning. Opmændene udtalte, at holdningen savner hjemmel i hovedaftalerne og den i tilslutning hertil udviklede praksis. De anfører endvidere, at arbejdsstandsninger "kan iværksættes som partielle konflikter uden noget mindstekrav til antallet af ansatte under den pågældende overenskomst, som skal være omfattet af varslingen og den eventuelt efterfølgende iværksættelse af konflikten".

2.2.2. Reel konflikt med alle dens risici og følger

Vurdering af, om kravene til frigørelse er opfyldt, vil altid beror på en konkret vurdering. Under alle omstændigheder skal den opsigende part iværksætte en reel konflikt og dermed udsætte sig for den risiko, som altid er et led i en kollektiv arbejdskonflikt.¹¹ Der skal herefter være tale om fri og ligeværdig kamp. Hvor meget der kan kræves i den anledning, må afhængige af sagens omstændigheder.

Per Jacobsen bemærker i "Kollektiv Arbejdsret"¹², at "det er [...] nødvendigt at stille betingelser til omfanget af den konflikt, som skal virke frigørende efter § 7, stk. 2 og tilsvarende bestemmelser. Det har næppe været tanken med § 7, stk. 2, at man skal kunne frigøre sig fra en overenskomst ved blot formelle skridt. Forudsætningen for bestemmelsen må være den normale arbejdskamp med alle dens risici og følger."

En arbejdsstandsning kan eksempelvis få frigørende virkning, selv om den i kraft af varslingsreglernes indretning måtte være iværksat med individuelle opsigelsesvarsler. Denne situation blev behandlet af Arbejdsretten den 6. oktober 1993 i sag 93.176. Her opsagde en virksomhed samtlige medarbejder med det længste opsigelsesvarsel - 6 måneder. Alle medarbejdere fratrådte reelt ved udløbet af varslet den 30. april.

Forinden indrykkede virksomheden den 25. april en annonce i Søndagsavisen, hvori der søgtes funktionærer til omgående tiltrædelse med løn i henhold til en anden overenskomst. I dagene fra den 2. til 19. maj ansatte virksomheden 45 medarbejdere, hvoraf 29 havde været ansat under den tidligere overenskomst, og af disse blev 1 ansat den 2. maj, 28 den 3. maj og 1 den 4. maj.

Arbejdsretten udtalte herefter, at "ved indklagedes opsigelser [...] ophørte ansættelsesforholdet for alle medarbejdere, der var omfattet af overenskomsten med klageren, og de pågældende medarbejdere fratrådte også reelt inden udløbet af døgnet den 30. april 1993, idet virksomhedens udførelse af vagt-arbejdet derefter skete ved hjælp af konkurrerende virksomheder og af nye og tidligere medarbejdere, efterhånden som de blev ansat. Desuden blev de 29 tidligere medarbejdere ansat på andre vilkår og uden overførsel af anciennitet. Under disse omstændigheder må der gives indklagede medhold i, at indklagede ved

en lovligt varslet frigørelseskonflikt har frigjort sig fra overenskomsten med klageren.”

Arbejdsretten tog desuden den 13. marts 2008¹³ stilling til, om adgang til en frigørelseskonflikt kan være suspenderet i de tilfælde, hvor modpartens konfliktposition har været svækket som følge af organisationsfjendtlig adfærd. Her udtalte retten, at § 7, stk. 3 efter sit formål må forstås således, “at en overenskomstpart ikke skal kunne frigøre sig fra overenskomsten uden at iværksætte en konflikt med alle dens risici og følger. Dette må bl.a. antages at indebære, at en virksomhed, der som led i forberedelsen af en frigørende konflikt har forbedret sin egen konfliktposition ved overenskomststridigt at påvirke de ansatte til at melde sig ud af den fagforening, som er den modstående overenskomstpart, og derfor uretmæssigt og afgørende har svækket fagforeningens konfliktposition, ikke bør have adgang til at etablere frigørende konflikt, forinden der er givet fagforeningen mulighed for at genoprette sin konfliktposition, og at der skal gives fagforeningen en passende tid til genopretningen.” En sådan genoprettingsperiode fandtes passende at kunne fastsættes til et år.

2.2.3. CSC-sagen

I visse tilfælde kan konflikten kun omfatte en del af organisationens medlemmer. Arbejdskonflikter kan nemlig have vidtrækkende konsekvenser for såvel de berørte parter som det omgivende samfund. Per Jacobsen har således skrevet i 1994, at “visse former for arbejde, f.eks. særligt samfundsvigtige funktioner, kan være undtaget i konfliktvarslet, ligesom det er sædvanligt, at der under en konflikt dispenseres fra konfliktvarslerne. I sådanne tilfælde er det et spørgsmål, om konflikten har frigørende virkning, og om den opsagte overenskomst fortsat skal anvendes for arbejde, der udføres i konfliktperioden. Problemet er ikke løst i praksis.”¹⁴

Arbejdsretten behandlede en lignende problemstilling den 16. juni 2011 i sagen om, hvorvidt CSC Danmark A/S (herefter CSC) kunne frigøre sig fra PROSA overenskomsten.¹⁵ Mellem CSC og to PROSA foreninger var indgået to kollektive overenskomster. Begge overenskomster indeholdt bestemmelser, der indebar begrænsninger i den frie konfliktret. En arbejdsstandsning kunne således ikke omfatte medlemmer af foreningerne, der var beskæftiget med udvikling og nødvendig vedligeholdelse af kørende systemer, eller i øvrigt skulle medvirke til opretholdelse

af en normal produktion for CSC's kunder. Af de medlemmer, der ikke var omfattet af den nævnte begrænsning, kunne strejke endvidere højst omfatte 50% og lockout højst 20% af foreningernes medlemmer.

Overenskomsterne blev opsagt til udløb i 2009. I august 2009 varslede begge parter konflikt, og efter forgæves forhandlinger i tiden herefter afgav selskabet den 24. januar 2011 specifikt lockoutvarsel med ikrafttræden den 9. februar 2011. PROSA afgav den 11. februar 2011 specifikke strejkevarsler, hvorpå den varslede strejke blev iværksat den 17. maj 2011.

Under konflikten drøftede parterne fortsat muligheden for at indgå nye overenskomster. Drøftelser i Forligsinstitutionen den 12. maj 2011 endte imidlertid resultatløse. Den 23. maj 2011 meddelte selskabet, at man anså sig for frigjort for overenskomsterne. Det var PROSA ikke enig i.

CSC havde beskæftiget i alt 685 medlemmer af PROSA. Under konflikten var 109 af disse omfattet af lockout, hvilket svarede til 16% af medlemmerne eller 80 % af det tilladte omfang. 23 medlemmer var før den 1. juni 2011 i strejke.

Arbejdsretten skulle tage stilling til, om arbejdsstandsningen inden for rammerne af konfliktaftalerne har haft en sådan intensitet og et sådant omfang, at CSC med rette kunne anse sig for frigjort af overenskomsten. Arbejdsretten udtalte, at der ved vurdering heraf må foretages en helhedsbedømmelse af konfliktens samlede forløb. Ved sin vurdering lagde retten vægt på, at arbejdsstandsningen blev iværksat efter flere års forgæves forhandlinger om et nyt overenskomstgrundlag, at lockout og strejke omfattede en meget væsentlig del af de medlemmer, der i henhold til konfliktaftalerne har kunnet deltage i arbejdsstandsning, samt at lockout havde varet i 14 uger. Arbejdsretten fandt herefter, at konflikten på tidspunktet for CSC's frigørelsestilkendegivelse havde haft en sådan varighed og intensitet samt et sådant omfang, at CSC med rette har kunnet anse sig frigjort for overenskomsten.

I realiteten ændrer CSC-afgørelsen ikke den hidtil gældende retstilstand. Den bekræfter alene de hidtidige antagelser i faglitteraturen. I den konkrete sag var konflikten omfattet af konfliktbegrænsende aftaler, hvorfor CSC ventede med at erklære sig for frigjort

indtil konflikten havde varet i 14 uger. Det er derfor ikke overraskende, at Arbejdsretten tager selskabets frigørelsespåstande til følge, og rettens afgørelse følger sig naturligt til hidtidig praksis.¹⁶

2.3. Krav til frigørelseskonflikter

Der kan herefter udledes en række generelle betingelser for frigørelseskonflikter:

- frigørelseskonflikt til bortfald skal iværksættes med alle dens risici og følger,
- den skal sædvanligvis ske i forlængelse af reelle forhandlinger,
- den skal omfatte en væsentligt antal af de på overenskomstmrådet beskæftigede,
- der skal ikke nødvendigvis være tale om en langvarig konflikt, hvis omfanget af konflikten er tilstrækkelig effektiv,
- modparten skal orienteres om, at man anser sig for frigjort fra overenskomsten.

Gennemgang af faglitteratur og praksis efterlader dog en række spørgsmål ubesvaret. Den ene af spørgsmålene kunne være, om hvor længe en lockout skal fortsættes uden reaktion fra modparten, før man kan betragte sig for frigjort.

Det andet spørgsmål kunne rejses i de situationer, hvor en virksomhed har få organiserede medarbejder ansat (eksempelvis 2-3 ud af 20). Det er herefter uafklaret, om en konflikt, hvor man lockouter de organiserede medarbejder, ville have et tilstrækkeligt omfang.

3. Konsekvenser af overenskomstens bortfald

Efter overenskomstens bortfald står parterne frit i forhold til hinanden. En arbejdsgiver kan herefter indgå en ny overenskomst med en anden organisation eller ansatte nye medarbejder uden iagttagelse af overenskomster. Lønmodtagerorganisationer kan ligeledes varsle en ny konflikt med henblik på opnåelse af ny overenskomst.

Retsstillingen er dog mere kompliceret i forhold til den enkelte lønmodtagers stilling. Her skal der sondres mellem de konfliktende og ikke-konfliktende medarbejdere.

3.1. Ikke-konfliktende medarbejdere

Selv efter overenskomstens bortfald gælder overenskomstmæssige løn og arbejdsvilkår stadig som individuelle ansættelsesvilkår for de ikke-konfliktende

medarbejdere. Disse kan ikke umiddelbart ændres. Medarbejderens anciennitet løber ligeledes videre.

En ændring af de individuelle ansættelsesvilkår vil kræve, at ændringen er sagligt begrundet i virksomhedens forhold, og at ændringen desuden varsles med den enkeltes individuelle opsigelsesvarsel. Såfremt de varslede ændringer ikke kan accepteres af medarbejderne, må de anses for at være opsagt.

3.2. Konfliktende medarbejdere

Det har været diskuteret i arbejdsretlig teori, om ansættelsesforholdene bliver i løbet af konflikten bragt til ophør eller blot midlertidigt afbrudt (suspenderet). Arbejdsretten slog dog fast i sin dom af 12. oktober 1998¹⁷, at en strejke og lockout har afbrydende virkninger på ansættelsesforholdene for de konfliktende. LO har under sagen gjort gældende, at ansættelsesforholdene ikke var ophørt, men alene suspenderet i forbindelse med konflikten, og at den modsatte virkning af en konflikt ville være urimelig. LO henviste i forbindelse hermed også til, at i Sverige, Norge og Finland er det i stigende grad samme opfattelse.

Arbejdsretten fastholdt imidlertid sit traditionelle synspunkt og udtalte, at "det følger af fast arbejdsretlig teori og praksis, at medarbejdernes ansættelsesforhold i virksomheden ophørte, da konflikten blev etableret, og at de ikke har haft noget ubetinget krav på at blive genansat efter konflikten ophør. Dette gælder også de 3 medlemmer af forbundet, der har haft funktionærstatus."

Det hedder ligeledes i forarbejderne til funktionærlovens § 2, stk. 10, i Folketingstidende 1937-38, tillæg A, spørgsmål 2075, bl.a.:

"Bestemmelsen om, at Opsigelsesfristerne viger for Organisationernes Ret til efter lovligt Varsel at dekretare Arbejdsstandsning, er ikke ny, idet dette hidtil har været antaget i Retsanvendelsen."

En strejke eller lockout har dermed fortsat afbrydende virkning for de lønmodtagere og arbejdsgivere, der er involverede i konflikten. Ansættelsesforholdet reableres ikke automatisk ved konflikten ophør.¹⁸ Manglende genansættelse vil heller ikke udløse krav på opsigelsesvarsel,¹⁹ med vil kunne udløse krav på anciennitetsbestemt fratrædelsesgodtgørelse, eksempelvis efter funktionærlovens § 2a.²⁰

Man skal dog være opmærksom på forbuddet mod fortrædelse. Arbejdsretten har nemlig gentagende gange udtalt, at det som et almindeligt arbejdsretligt princip gælder, at der efter en afsluttet konflikt ikke må ske fortrædelse af modparten. Forbuddet mod fortrædelse indebærer bl.a. en pligt for arbejdsgiveren til at genansætte medarbejdere, der har deltaget i en lovlig konflikt. Kun hvis driftsmæssige hensyn i virksomheden kan begrunde det, kan det komme på tale at undlade genansættelse, jf. bl.a. Arbejdsrettens dom af 16. marts 2011 i sag A2010.0525.²¹ Arbejdsgiveren har bevisbyrden for, at sådanne driftsmæssige hensyn foreligger efter en afsluttet konflikt.

¹ Eksempelvis lagde Arbejdsretten i sin dom af 7. januar 1997 i sag 96.325 vægt på, at parterne forhandlede om en ny overenskomst uden at kunne blive enige herom. Der var endvidere ikke grundlag for at antage, at nogen af parterne ikke deltog seriøst i disse forhandlinger eller forhandlede med et ulovligt formål.

² "Kollektiv arbejdsret" af Per Jacobsen, 5. reviderede udgave, s. 75.

³ Opmandskendelse af 4. maj 1976 i faglig voldgift mellem Sammenslutningen af Arbejdsgivere inden for Jern- og Metalindustrien i Danmark for Firma K.B. Nielsen, Dragør, mod Blikkenslager- og Rørarbejderforbundet i Danmark.

⁴ Arbejdsrettens dom af 15. november 2007 i sag A2007.067.

⁵ Arbejdsrettens dom af 31. marts 2010 i sag A2009.0255.

⁶ "Den kollektive arbejdsret" af Jens Kristiansen, 2. udgave, s. 303.

⁷ Ifølge funktionærlovens § 2, stk. 10, træder organisationernes varslingsbestemmelser i stedet for lovens almindelige opsigelsesregler i tilfælde af lovlig varslet arbejdsstandsning.

⁸ "Den kollektive arbejdsret" af Jens Kristiansen, 2. udgave, s. 304.

⁹ "Kollektiv arbejdsret" af Per Jacobsen, 5. reviderede udgave, s. 83-84.

¹⁰ Brev til FTF af 12. december 1994, bilag 2 i Faglig voldgift og opmandskendelse af 15. februar 1995.

¹¹ "Den kollektive arbejdsret" af Jens Kristiansen, 2. udgave, s. 306.

¹² "Kollektiv arbejdsret" af Per Jacobsen, 5. reviderede udgave, s. 83-84.

¹³ Arbejdsrettens dom af 13. marts 2008 i sag A2007.639.

¹⁴ "Kollektiv arbejdsret" af Per Jacobsen, 5. reviderede udgave, s. 82.

¹⁵ Arbejdsrettens dom af 23. juni 2011 i sag AR2011.0365.

¹⁶ "PROSA overenskomster bortfaldet" af Helge Werner, DA Information, 24. juni 2011.

¹⁷ Arbejdsrettens dom af 12. oktober 1998 i sag 98.342.

¹⁸ "Den kollektive arbejdsret" af Jens Kristiansen, 2. udgave, s. 467.

¹⁹ Højesterets dom af 27. december 2002 i sag 457/2001, hvor retten udtalte, at "det i overensstemmelse med hidtidig arbejdsretlig praksis og teori må lægges til grund, at iværksættelse af lovlig strejke eller lockout indebærer, at de individuelle arbejdsforhold som udgangspunkt må betragtes som ophørt og ikke blot suspenderet, og at dette også gælder for ansatte, der er omfattet af funktionærloven. Dette findes også bedst stemmende med reglen i funktionærlovens § 2, stk. 10."

²⁰ Om retten til fratrædelsesgodtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2a læs Højesterets dom af 27. december 2002 i sag 457/2001.

²¹ Se i øvrigt præmisserne i Faglig voldgiftskendelse af 12. februar 1999, hvor opmanden udtalte, at "en arbejdsgiver ikke kan benytte en lovlig konflikt til at skaffe sig af med en tillids- eller sikkerhedsrepræsentant, som han ikke retmæssigt kunne have afskediget, hvis konflikten ikke havde fundet sted, ved at undlade at genansætte den pågældende efter konfliktens ophør," og opmandskendelsen af 17. juni 1997, hvorefter "en arbejdsgiver ikke kan benytte en lovlig konflikt til at skaffe sig af med en tillids- eller sikkerhedsrepræsentant, som han ikke retmæssigt kunne have afskediget, hvis konflikten ikke havde fundet sted, ved at undlade at genansætte den pågældende efter konfliktens ophør".



Global
Human
Resources
Lawyers

Transfers of Undertakings Guide



INFORMATION OG FORHANDLING VED VIRKSOMHEDS- OVERDRAGELSE

AF CHEFKONSULENT, ADVOKAT
JANNIE MERETE PEDERSEN

Denne artikel ser på, hvad virksomheder skal være opmærksomme på, når de står over for at skulle informere og forhandle med medarbejderrepræsentanterne (eller de berørte medarbejdere, hvis der ikke er valgt medarbejderrepræsentanter) i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse. Der er efterhånden meget praksis på området, der vedrører virksomhedsoverdragelsesbegrebet, men for så vidt angår det nærmere indhold af den i loven foreskrevne informations- og forhandlingsforpligtelse, er der alene en meget sparsom praksis at finde støtte i.

I den daglige rådgivning af virksomheder om virksomhedsoverdragelse går spørgsmålene ofte på, hvor meget medarbejderrepræsentanterne skal involveres i processen, og hvornår de skal involveres.

I virksomhedsoverdragelsesloven er der en direkte forpligtelse for både overdrager og erhverver, til at informere (§ 5) og i de fleste situationer at forhandle (§ 6) med medarbejderne. Disse regler suppleres for virksomheder med mere end 35 ansatte af lov om information og høring. Desuden skal virksomheder være opmærksomme på, om de er omfattet af DA og LO's samarbejdsaftale samt Samarbejdsnævnets cirkulære om tidlig information ved større ændringer. Reglerne vil ofte fungere i samspil med hinanden, men det behøver ikke at gøre processen mere kompliceret, når blot der tages højde herfor i starten af processen.

I praksis er en af virksomhedernes udfordringer, at de er nødt til at være sikre på, at overdragelsen bliver en

realitet, før omverdenen orienteres om overdragelsen. På de mere interne linjer er udfordringen på den ene side, at de berørte medarbejdere ofte er skeptiske – i hvert fald i starten – når de bliver præsenteret for at skulle have en ny arbejdsgiver. For at bevare ro omkring processen, kan det derfor være fristende at vente med den konkrete involvering. På den anden side kan en god og gennemtænkt kommunikation med medarbejderrepræsentanterne være med til at sikre, at antallet af ubekendte faktorer for medarbejderne bliver minimeret og dermed skabe tryghed og ro i overdragelsen. En velovervejet intern kommunikationsstrategi kan lette processen for både erhverver og overdrager.

Der er endnu kun meget sparsom domspraksis vedrørende overtrædelse af virksomhedsoverdragelseslovens informations- og forhandlingsforpligtelse. Der foreligger enkelte afgørelser fra Samarbejdsnævnet.

Kravet om information

Efter virksomhedsoverdragelseslovens § 5 skal overdrageren af en virksomhed i rimelig tid inden overdragelsen orientere medarbejdernes repræsentanter (eller de berørte medarbejdere, hvis der ikke er valgt medarbejderrepræsentanter) om datoen eller den foreslåede dato for overdragelsen, årsagen til overdragelsen, overdragelsens juridiske, økonomiske og sociale følger for medarbejderne og eventuelle foranstaltninger for medarbejderne. Det betyder med andre ord, at medarbejderne skal orienteres om de konsekvenser, overdragelsen får for dem.

Der er ingen formkrav til udleveringen af de relevante oplysninger, og derfor kan det ske såvel mundtligt på møder som skriftligt i orienteringsskrivelser. Af bevismæssige årsager, og med henblik på at undgå potentielle misforståelser, må det dog altid anbefales, at informationen udarbejdes som en egentlig orienteringsskrivelse.

Spørgsmålet er herefter, hvad der ligger i begrebet "rimelig tid". Efter forarbejderne til loven skal "rimelig tid" forstås sådan, at medarbejderrepræsentanterne bør informeres i så god tid før overdragelsen, at de berørte medarbejdere har en reel mulighed for at vurdere, hvilke konsekvenser overdragelsen vil få for dem. Kort sagt skal medarbejderrepræsentanterne inddrages så tidligt som muligt – naturligvis under behørig hensyntagen til virksomhedens berettigede interesser.

Et af de få eksempler, som findes i praksis, er sagen behandlet i Samarbejdsnævnet, hvor Jydsk Rengøring og ISS fusionerede. Virksomhederne indgik fusionsaftale den 19. juni 2000 og informerede i forlængelse heraf Fondsbørsen. Samarbejdsudvalget blev ikke informeret af Jydsk Rengøring, før aftalen blev indgået. Jydsk Rengøring skulle efter sommerferien have haft et SU møde den 1. august 2000, men det blev aflyst, uden at der blev aftalt et nyt møde.

Opmanden fandt, at virksomheder ikke er forpligtet til at orientere SU forud for en offentliggørelse af en aktieoverdragelse, hvis virksomheder på den måde kan lide væsentlig skade. På det tidspunkt, hvor offentliggørelsen sker, er skadevirkningen ikke mere til stede, og derfor skal virksomheder straks efter offentliggørelsen informere SU. Det gjorde Jydsk Rengøring og ISS ikke.

Afgørelsen viser, i forhold til begrebet "rimelig tid", at virksomheder ikke skal informere medarbejdere, før de har en sikkerhed for overdragelsen. Baggrunden herfor er afvejningen af den skadevirkning, en eventuel inddragelse kan have mod medarbejderhensynet. Dog viser afgørelsen også, at det ligger helt fast, at medarbejderne skal informeres, og det skal ske så snart, risikoen for skadevirkning er væk. Sker det ikke, kan det være en dyr omgang for virksomhederne. Den konkrete sag udløste en bod på 250.000 kr.

Hensigten med informationen er blandt andet at give de berørte medarbejdere en mulighed for at tage stilling til eventuelle ændringer i deres ansættelsesforhold, herunder om der foreligger væsentlige ændringer eller bristede forudsætninger samt at kunne vurdere, om eventuelle foranstaltninger er sagligt begrundede.

De oplysninger, som skal gives, skal være så fyldige og udtømmende som muligt. Heri ligger, at der skal gives tilstrækkelige informationer til, at de berørte medarbejdere kan vurdere deres rettigheder og for den sags skyld pligter. Hvornår denne forpligtelse er opfyldt, afhænger af den konkrete overdragelse og må vurderes fra gang til gang.

Det er klart, at reglen i praksis kan give nogle udfordringer, fordi medarbejderrepræsentanterne/de berørte medarbejdere på den ene side vil kræve flest mulige oplysninger, mens overdrager og erhverver på den anden side kan have en naturlig interesse i at holde visse oplysninger tilbage, særligt set i lyset af de konsekvenser, en offentliggørelse vil kunne få for parterne, hvis informationen gives på et for tidligt tidspunkt.

Afvejningen mellem disse, ofte modstridende, interesser, kan være svær at håndtere i praksis. Der er i bund og grund tale om en klassisk proportionalitetsafvejning mellem erhververs, overdragers og de berørte medarbejders interesser. Virksomheden skal dog som minimum orientere om de i loven nævnte forhold. I konkrete situationer kan det være relevant at overveje anvendelse af fortrolighedsklausuler i forhold til medarbejderrepræsentanterne.

Kravet om forhandling

I de situationer, hvor der overvejes iværksat foranstaltninger, der berører medarbejderne,

indeholder virksomhedsoverdragelseslovens § 6 et krav om forhandling.

Forhandlingen skal finde sted hos den part i virksomhedsoverdragelsen, hvor medarbejdere bliver berørt. Lovens forarbejder oplister ikke nærmere hvilke foranstaltninger, der udløser forhandlingsforpligtelsen. Henset til at formålet med loven er at sikre, at medarbejdernes vilkår ikke forringes af overdragelsen i sig selv, udløser de foranstaltninger, der naturligt falder ind under den almindelige ledelsesret, normalt ikke forhandlingspligten. Eksempler på foranstaltninger, der udløser forhandlingspligten kan være, at arbejdsstedet flytter geografisk, eller at der er et overtal af medarbejdere i forhold til behovet hos erhverver, således at afskedigelser påtænkes i forbindelse med overdragelsen.

Som i virksomhedsoverdragelseslovens § 5 skal forhandlingerne indledes i "rimelig tid" før overtagelsen. Dette med henblik på at parterne kan nå frem til en aftale, eksempelvis om fratrædelsesvilkår for berørte medarbejdere eller tidshorizont for flytning af arbejdssted. At forhandlingerne skal iværksættes i "rimelig tid" inden overtagelsen betyder, at det skal ske i så god tid, at forhandlingerne kan siges at være reelle. I nogle situationer vil man formentlig acceptere "dag til dag forhandlinger", mens man i andre situationer vil kunne kræve en længere periode. Det er dog vigtigt at notere sig, at der i loven ikke er krav om, at der skal opnås enighed mellem parterne. Der stilles således ikke krav om et egentligt forhandlingsresultat.

Konsekvensen af tilsidesættelse af reglerne

Overholdes reglerne om information og forhandling ikke, er sanktionen bødestraf (§ 7).

En overtrædelse af regelsættet giver imidlertid ikke i sig selv medarbejderne mulighed for at afvise at fortsætte hos erhverver.

På den anden side skal både overdrager og erhverver være opmærksomme på, at en manglende information af medarbejderne kan få betydning for spørgsmålet om solidarisk hæftelse. Manglende information kan således efter omstændighederne medføre, at virksomhederne (overdrager og erhverver) komme til at hæfte solidarisk over for f.eks. medarbejdernes lønkrav. I den situation, hvor medarbejderne ikke er blevet informeret om ejerskiftet, vil overdrager efter omstændighederne kunne ende med at hæfte for

lønudbetalingen efter overdragelsen. Det er blevet udlagt i den juridiske litteratur som værende et udtryk for, at den manglende information ikke kan komme medarbejderne til skade.

I forlængelse heraf fremhæves det, at det oftest er anbefalelsesværdigt, at overdrager og erhverver i det indbyrdes forhold tager højde for den indbyrdes hæftelse for de berørte medarbejders krav i anledning af ansættelsesforholdet.

Samarbejdsaftalen mellem DA og LO

Virksomheder med over 35 medarbejdere skal også være opmærksomme på, om de er omfattet af samarbejdsaftalen mellem DA og LO. Efter aftalen har ledelsen i de berørte virksomheder ligeledes en informationsforpligtelse i forbindelse med forestående virksomhedsoverdragelser. Samarbejdsudvalg (SU) består af medarbejderrepræsentanter. Disse skal orienteres om de forestående ændringer så tidligt i processen, at udvalgets ideer, synspunkter og forslag kan indgå i beslutningsgrundlaget. Der er mulighed for at pålægge medlemmerne af udvalget fortrolighed. Behovet for fortrolighed skal være reelt.

Et brud på samarbejdsaftalen er bodsbelagt og dermed direkte påtaleberettiget for fagforeningerne. Efter praksis kommer bod sjældent over 100.000 kr., men et eksempel er dog afgørelsen ISS og Jydsk Rengøring.

Andre regler

Kort skal blot nævnes, at børsnoterede selskaber efter lov om værdipapirhandel er forpligtet til straks at informere om forhold af væsentlig betydning, der vil kunne påvirke kursen på virksomhedens værdipapirer.

For-handling, en. (ænyd. d. s.; vbs. til forhandle) flt. (kun i bet. 1) **-er**.

1) til forhandle 2: *behandling; drøftelse; nu især (oftest i flt.): drøftelse ell. debat i rigsdag, forening, paa generalforsamling olgn.; ogs. (jf. forhandle 2.2): forsøg paa at opnaa en overenskomst ell. afgørelse; konference; underhandling*. Indbyggerne i Ptolemas vare misfornøiede med Forliget . . hvorfor de vilde rygge Forhandlingerne. *2Makk. 13.25*. Ved de vigtigste Sagers Forhandling maatte han være tilstede. *VSO*. "maa jeg ikke tale et Ord med Herren under fire Øjne!" . . denne hemmelige Forhandling varede . . en halv Time. *Blich. (1905-07).1.514*. Oversigt over . . Videnskabernes Selskabs Forhandlinger. (*bogtitel. 1842ff.*). Ministrene . . ere berettigede til under Forhandlingerne (*paa rigsdagen*) at forlange Ordet, saa ofte de ville. *Grundl. (1849).§63*. M. lovede at indlede en Forhandling derom (*dvs.: om en adoption*) med Barnets Moder. *Pont. SM.33. i visse præp.- udtr.:* Jeg har sat mig lidt ind i, hvad der har været til Forhandling (*i rigsdagen*) i de sidste Aar. *Hostr. E.III.8. Hørup. I.73*. Enhver Rigsdagsmand kan . . bringe ethvert offentligt Anliggende under Forhandling. *Grundl. (1849).§66*. S&B. staa, være under forhandling, (*l. br.*) under forberedelse; under ventilation. *HCAnd. XII.57.* (jf. Domsforhandling; *jur.*) *behandling af en sag for retten. LovNr.5326/3 1909.§420.* (jf. *Afhandling 3.1; nu næppe br.*) om skriftlig ell. mundtlig fremstilling af en enkelt Studentens Maade, saavel i Materien som i Forhandlingen samt i Talen og Geberder (*under en prøveprædiken*). *Forordn.1/81707.§3*. At dette Skrift . . saa silde kommer til Forhandling i vort Maanedsskrift (*falder*) denne Anmeldelses Forfatter . . til Last. *Ørst. VI.159*. † *mindre skrift; afhandling (3.3).* *vAph. (1759).*

2) (*især †*) til forhandle 3: *afsætning (af varer), spec. en detail ell. for andres regning. (især i forb. m. til).* *VSO*. den, der har Skriftet til Forhandling eller Uddeling. *Lov3/11851.§1*. Det er ikke hans egne Varer; men han har dem til Forhandling. *MO. Goos. I.638*.



INTERVIEW OM VIRKSOMHEDS- OVERDRAGELSESPROCESSEN

LINE BUDTZ PEDERSEN
ADVOKAT OG CHEFJURIST
TDC A/S, HR AND STAKEHOLDER RELATIONS

1. Hvor og med hvilke ansvarsområder arbejder du med virksomhedsoverdragelser og overdragelser af personale?

“TDC koncernen har i gennem de sidste mange år gennemført flere opkøb, salg og outsourcinger.

Min opgave har i den forbindelse været at standardisere hele HR processen, så ressourceforbruget ved virksomhedsoverdragelserne minimeres mest muligt internt, og vi udnytter de erfaringer vi har fra tidligere overdragelser. Det har jeg gjort ved at lave procesbeskrivelser, der beskriver hvilken opgave alle HR involverede har i forløbet. Herudover har jeg struktureret vores videndeling fra tidligere overdragelser, og udarbejdet standard breve og kontrakter samt Q & A til de medarbejdere, der berøres af overdragelsen.

I forbindelse med den enkelte virksomhedsoverdragelse, har min rolle været at deltage aktivt i de strategiske overvejelser om rentabiliteten af overdragelsen herunder valget af den selskabsretlige model.

Herudover har jeg forhandlingerne med sælger/erhverver omkring de kontraktmæssige vilkår, ligesom jeg har udarbejdet den endelige HR-kontrakt som er

en del af det samlede kontraksgrundlag. TDC har en lang række medarbejdere, der har tjenestemandspensionsrettigheder, og som ikke kan virksomhedsoverdrages, og som ofte kan volde en del udfordringer i forbindelse med overdragelserne.

Endelig har jeg forhandlingerne med de overenskomstbærende organisationer, som vi i TDC har et møde med i forbindelse med alle overdragelser, ligesom jeg sikrer involvering af Samarbejdsudvalget (SU).

I forbindelse med større virksomhedsoverdragelser kan arbejdet ske i samarbejde med et eksternt advokatkontor af hensyn til den ansvarsmæssige del.”

2. Hvordan har du oplevet virksomhedsoverdragelsesprocessen?

“Virksomhedsoverdragelserne kendetegnet ved, at de ofte kører over en ganske kort periode, og det er derfor vigtigt, at alle involverede ved hvad de forventes at gøre, og at erfaringen med at håndtere virksomhedsoverdragelser er til stede i organisationen. En sådan erfaring er der i TDC, hvorfor de generelt kører rimelig stringent, ligesom der altid nedsættes en projektgruppe bestående af alle relevante interessenter på tværs af organisationen.”

3. Hvad har været det mest udfordrende i processen?

“Det er forskelligt fra overdragelse til overdragelse, men der vil kunne være udfordringer i forbindelse med de interne strategiske overvejelser, hvor forretningen kan have interesser og forventninger, der ikke lige harmonerer med overenskomsterne og lov om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse.

Herudover kan det være vanskeligt, at få fastlagt, hvilke medarbejdere, der er i scope til at skulle virksomhedsoverdrages, hvilket særligt er en udfordring, når det kun er en del af virksomhedens aktiviteter, der overdrages eller ved outsourcing og hjemtagelse af outsourcete opgaver.

Det er typisk ikke den traditionelle del af juraen, der er udfordringen.”

4. Hvad kan du anbefale til de andre, der måtte sidde med samme udfordringer i tilsvarende situation?

“Jeg tror det er rigtig vigtigt, at virksomhedsoverdragelserne bliver kørt som et projekt, og med en nøje fastlagt projektplan med angivelse af opgave, ansvarlig og deadline, og at der når projektet kører, holdes ugentlige projektmøder, hvor projektlederen sikrer, at planen følges, og gøres opmærksom på de uforudsete udfordringer som måtte dukke op.

Jeg tror derfor, at det er en fordel at man som ansvarlig for HR-jura er vant til at køre projekter på tværs af organisationen, og i den forbindelse kan det være en fordel, at man har en projektleder uddannelse.”

5. Hvad er det vigtigste at have fokus på i processen?

“Juraen kan have stor betydning for økonomien, og derfor er det naturligvis af stor vigtighed at have fokus på, hvilke overenskomster medarbejderne bliver omfattet af ved overdragelsen.

Men mange synergier forsvinder, hvis man ikke har fokus på de medarbejdere, som virksomhedsoverdragelsen berører, hvis de enten

forlader virksomheden eller ikke integreres korrekt i virksomheden.

Derfor er kommunikation overfor de medarbejdere, der berøres af overdragelsen uhyre vigtig, ligesom det er vigtigt med en plan for integration.”

6. Hvilke elementer skal en optimal virksomhedsoverdragelsesproces indeholde?

“De vigtigste elementer forstået som procestrin i virksomhedsoverdragelsesprocessen er som HR-advokat:

1. Deltagelse i de strategiske overvejelser
2. Involvering af Samarbejdsudvalget (SU)
3. Gennemgang af due diligence materiale eller bidrag til samme
4. Forhandlinger med sælger/erhverver
5. Udarbejdelse af HR-kontraktdelen
6. Udarbejdelse af kommunikationsplan og informationsbreve til medarbejderne
7. Projektstyring af overførsel af løndata
8. Forhandlinger med de faglige organisationer
9. Projektstyring af udformningen af nye kontrakter eller overførsel af medarbejderdata
10. Stillingtagen til om der skal ske indmeldelse/udmeldelse i/af en arbejdsgiverorganisation“



INTERVIEW OM VIRKSOMHEDS- OVERDRAGELSESPROCESSEN

NIELS BANKE, PARTNER, ADVOKAT (H)
KAMMERADVOKATEN

1. Hvor og med hvilke ansvarsområder arbejder du med virksomhedsoverdragelser og overdragelser af personale?

“Jeg arbejder, som leder af ansættelsesret hos Kammeradvokaten, ofte med virksomhedsoverdragelsesproblemer. Det kan enten være ved udliciteringer, hvor loven finder anvendelse, eller ved overdragelse/overtagelse af virksomheder, gennemført på andet grundlag end udbud.”

2. Hvordan har du oplevet virksomhedsoverdragelsesprocessen?

“Processen er præget af, at en række ansatte skal skifte arbejdsgiver, og at der blandt de ansatte ofte er usikkerhed omkring, hvad der skal ske. Det er derfor altid en opgave at sikre, at de ansatte informeres så hurtigt og udførligt som muligt.”

3. Hvad har været det mest udfordrende i processen?

“Der er flere udfordringer, men for at nævne én er det udfordrende, at gennemføre overdragelser, hvor en del af en virksomhed skal overføres. Disse situationer kan give udfordringer i forhold til at afgøre hvilke ansatte, der præcist skal overdrages. En anden udfordring kan være, at det for visse brancher kan være forbundet med en vis tvivl, om der ved udbud af den

pågældende opgave overhovedet foreligger en virksomhedsoverdragelse.”

4. Hvad kan du anbefale til de andre, der måtte sidde med samme udfordringer i tilsvarende situation?

“I forhold til overdragelse af dele af virksomheder er det afgørende at holde sig for øje, at man kan være i en situation, hvor den pågældende opgave har været løst på en måde, så mange medarbejdere, hver især kun har arbejdet ret lidt (f.eks. 20 %) med den udskilte opgave. I sådanne tilfælde kan det være, at en ellers stor opgave kun medfører overdragelse af ret få eller ingen ansatte.”

5. Hvad er det vigtigste at have fokus på i processen?

“Som nævnt er det afgørende at sikre, at de ansatte ikke bliver usikre. Der skulle jo gerne være tale om en effektivt fungerende arbejdsplads, såvel før som efter en virksomhedsoverdragelse.”

Aluminium

Katium



INTERVIEW OM VIRKSOMHEDSOVER- DRAGELSESPROCESSEN

PERNILLE BACKHAUSEN
PARTNER, ADVOKAT (H)
SIRIUS ADVOKATER

1. Hvor og med hvilke ansvarsområder arbejder du med virksomhedsoverdragelser og overdragelser af personale?

“Mine opgaver har været varierende. Jeg har bistået både ledelsen og personalegrupper i tilfælde af virksomhedsoverdragelser, ligesom jeg har varetaget både hard-core jura og noget blødere HR-forløb. De gælder både private virksomheder og en række almennyttige foreninger og virksomheder, der i de seneste år har fået behov for at styrke sig ved at slå sig sammen.”

2. Hvordan har du oplevet virksomhedsoverdragelsesprocessen?

“Jeg har set både gode processer og helt håbløse processer. Det kendetegnende for en god proces er en ledelse, der kan holde sig før øje, at en overdragelse af medarbejdere kræver åbenhed, information og inddragelse – ligeså meget som at de juridiske rammer skal være i orden.”

3. Hvad har været det mest udfordrende i processen?

“Det har været at have blik for, hvor processen var på vej hen. At turde at forlade en fastlagt plan for at opnå et for alle bedre resultat. Håndteringen af kollektive overenskomster bør endvidere ikke være det sidste, men det første, der tænkes ind. Det giver mest handlefrihed senere hen. Derforuden har det at ”sætte

holdet” af eksterne – ledelseskonsulenter, coaches m.v. så processerne understøttes og planerne implementeres hurtigt og effektivt været en særlig udfordring, men lige så givende, når følelsen af en værdiskabende proces så opstår.”

4. Hvad kan du anbefale til de andre, der måtte sidde med samme udfordringer i tilsvarende situation?

“Forarbejdet kan ikke været gjort for grundigt. Samtidig skal man søge at møde medarbejderne og inddrage dem i udfordringerne. Langt de fleste medarbejdere, vil gerne loyalt medvirke til en god proces, og de ved ofte endnu bedre end ledelsen, hvad der skal til for at processerne kan falde hurtigt på plads.”

5. Hvad er det vigtigste at have fokus på i processen?

“Juraen fylder meget, da en forkert beslutning kan koste dyrt både i forhold til lønkroner, godtgørelser m.v. Det er vigtigt at tænke de kollektive overenskomster ind. Ved at tænke overenskomsterne ind fra start, så kan man undgå uheldige konsekvenser, der kunne have været håndteret tidligere. Dernæst tror jeg også på, at information og værdighed i forhold til de medarbejdere, der skal vende sig til en ny kultur, et nyt tempo eller arbejdsløshed er vigtig, når medarbejderne som helhed oplever at skulle håndtere store forandringer.”



SIRIUS - den klareste stjerne på himlen

SIRIUS advokater I/S
Frederiksberggade 11, 1.
1459 København K
www.siriusadvokater.dk
Telefon: (+45) 88 88 85 85



LITTERATUR OM VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSER BØGER



Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse

Lars Svenning Andersen, m.f.
5. udgave 2009, DJØF Forlag
ISBN 978-87-574-1899-6

Der er siden fjerde udgave af denne lovkommentar fra 2002 afsagt et ikke ubetydeligt antal domme og kendelser vedrørende loven og det underliggende direktiv.

Ved revideringen er der lagt særlig vægt på opdatering, for så vidt angår nye såvel danske som EU-retlige afgørelser samt ny lønmodtagerrelateret lovgivning og problemstillinger knyttet hertil samt opsigelse af kollektive overenskomster.



Virksomhedsoverdragelsesloven

Helge Werner og Søren Møller Rasmussen
Oktober 2012, DA forlag
fra serien "Arbejdspladsens kommenterede love"

Denne fjerde udgave af Virksomhedsoverdragelsesloven behandler og kommenterer hver enkelt bestemmelse i loven. Bogen er suppleret med den nyeste retspraksis på området fra såvel EU-domstolen som nationale domstole og afgørelses-organer. Bogen er tænkt som et praktisk arbejdsredskab for alle, der skal rådgive med eller i øvrigt bliver berørt af en virksomheds-overdragelse.

Bogen sætter fokus på såvel lønmodtagernes rettigheder som arbejds-givernes pligter ved virksomheds-overdragelse. Bogen er forsynet med et omfattende afgørelses- og stikordsregister.



Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse.

Mette Klingsten
1. udgave 2002, DJØF Forlag
ISBN 978-87-574-0453-1

Bogen beskriver og analyserer de gældende ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelser i Danmark; først og fremmest på baggrund af Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse.

Fremstillingen er udarbejdet som en håndbog til praktikere, herunder praktiserende advokater, virksomhedsjurister, personer med ansvar for "human resource", samt advokater og jurister i organisationerne.



Udlicitering og medarbejdere. Ret og pligt i forhold til lønmodtagere ved offentlig udlicitering og privat outsourcing.

Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff
5. udgave 2011, DJØF Forlag
ISBN 978-87-574-2407-2

Denne bog behandler offentlig udlicitering og privat outsourcing særligt i forhold til lønmodtagerbeskyttelsen. Den sætter fokus på hvornår en udlicitering eller outsourcing er ensbetydende med en virksomhedsoverdragelse i virksomhedsoverdragelseslovens forstand, og hvad konsekvenserne heraf er.

Bogen inddrager i behandlingen af alle de spørgsmål, der knytter sig til virksomhedsoverdragelsesloven.



Medarbejdernes retsstilling ved grænseoverskridende overtagelse og fusion

Lone L. Hansen
1. udgave 2010, DJØF Forlag
ISBN 978-87-574-2462-1

Denne bog ser nærmere på aktuelle og komplekse spørgsmål, som medarbejdernes retsstilling, når den danske virksomhed, de arbejder i, overtages af en udenlandsk virksomhed gennem majoritetsovertagelse, virksomhedsoverdragelse, fusion eller spaltning? Bogen behandler overtagelsens konsekvenser for de ansættelsesretlige spørgsmål, for det international-privatretnlige lovalg samt for medarbejdernes medbestemmelse på selskabs- og koncernniveau.

LITTERATUR OM VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSER ARTIKLER OG PUBLIKATIONER

seneste fra
Ugeskrift for Retsvæsenet

U.2009B.45
Opsigelse ved virksomhedsoverdragelse - om konsekvenserne af retsstridig opsigelse
af advokat, ph.d.-stipendiat Lone L. Hansen

U.2007B.10
Virksomhedsoverdragelseslovens § 4a's forenelighed med direktiverne bag loven
af juridisk konsulent Michael Møller Nielsen

U.2006B.220
Virksomhedsoverdragelse og tjenestemænd
af underdirektør, lektor Peer Schaumburg-Müller og professor, dr. jur. Erik Werlauff

seneste fra
Industrial Law Journal
Oxford Journals

2012 nr. 41 (3): 358-362.
Re-structuring and TUPE
af Visiting Professor of Law, John McMullen

2010 nr. 39 (3): 275-279.
TUPE, Collective Agreements and the Static-Dynamic Debate
af Dechert LLP, Charles Wynn-Evans

2006 nr. 35 (2): 113-139.
An Analysis of the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006
af Visiting Professor of Law, John McMullen

seneste fra
Danske Revisorer

nr. 1, marts 2012
Aktuelle problemstillinger vedrørende virksomhedsoverdragelsesloven
af advokat Peter Elgaard Balle

nr. 4, december 2011
Virksomhedsoverdragelseslovens dækningsområde
af advokat Peter Elgaard Balle

Udbudsportalen

KL's juridiske kontor har i samarbejde med Udbudsportalen udarbejdet et vejledningsmateriale vedrørende ordregiveres håndtering af medarbejderforhold ved konkurrenceudsættelse.

Vejledningsmaterialet består af en række af faglige notater som beskriver det processuelle og retlige grundlag for håndtering af medarbejderforhold, samt skabeloner til breve til organisationer, medarbejdere mv.

Find vejledningsmaterialet på www.udbudsportalen.dk under "Virksomhedsoverdragelse og medarbejderforhold"

seneste fra
INSPI
REVIFORA

INSPI 10-2012
Sælgers oplysningspligt og købers undersøgelsespligt i virksomhedsoverdragelse
af partner Thomas Gjør-Trønning og advokat Anders Rubinstein

INSPI 7+8-2012
Due diligence - hvorfor og hvordan.
af partner Thomas Gjør-Trønning og advokat Anders Rubinstein

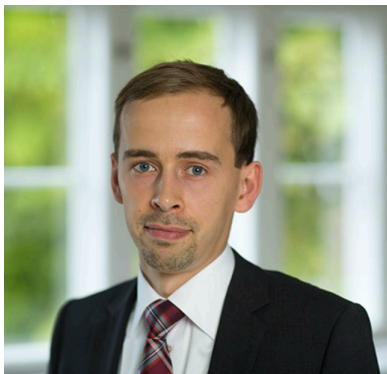
INSPI 7+8-2012
M&A - en introduktion.
af partner Thomas Gjør-Trønning og advokatfuldmægtig Louise Dyrup Jensen

Kandidatafhandlinger
Copenhagen Business School

Foreneligheden mellem Virksomhedsoverdragelsesloven og de bagvedliggende direktiver.
af Kira Rebecca Petersen og Milan Bodhi Silva Mørck

Vejleder Helle Berit Jungersen
Afleveret den 9. januar 2012.

FORFATTERLISTE



ANTON KRAEV

Cand.merc.jur
Redaktør, HR JURA Magasinet
Juridisk konsulent, HORESTA-A

Jeg er cand.merc.jur med erfaring inden for offentlig myndighed, international kreditforsikringsvirksomhed, arbejdsgiverforening og advokatkontorer i bagagen.

Mine kompetencer og interesser ligger primært indenfor ansættelsesret og arbejdsret, såvel kollektiv som individuel, EU-arbejdsret, HR og ledelse.

Jeg er særligt specialiseret i rådgivning om medarbejderforhold ved virksomhedsoverdragelser, herunder afskedigelser og omstruktureringer, overenskomstforhold og forhandlinger.

Jeg har stor erfaring med forhandling med lønmodtagerrepræsentanter om alle ansættelsesretlige spørgsmål, herunder blandt andet opsigelser og bortvisninger, lige- og forskelsbehandlingsager, løn og incitamentsordninger, kollektive overenskomster, overenskomstfortolkning og lokale aftalerelationer.

Jeg har siddet som sidderdommer i Tvistighedsnævnet og Afskedigelsesnævnet.

I løbet af studietiden kom min interesse for ansættelses- og arbejdsret til udtryk ved top karakterer (12) i fagene Grundlæggende Arbejdsret, Kollektiv Arbejdsret, Videregående EU-Arbejdsret og Personaleøkonomi. Jeg har endvidere bestået fagene Køb og Salg af Virksomheder, herunder ansættelsesretlige aspekter, og Individuel Arbejdsret med 10-tal. Jeg har afsluttet uddannelsen med det 4. bedste gennemsnit for cand.merc.jur-studiet i 2012.

SØREN ELMANN INGERSLEV

Partner, Advokat, MBA
Elmann Advokatpartnerselskab

Søren Elmann Ingerslev, advokat (L), MBA er partner hos Elmann Advokatpartnerselskab og er specialist indenfor bl.a. virksomhedsoverdragelser (M&A), selskabsret og børseret.

Søren Elmann Ingerslev har tidligere undervist på Københavns Universitet og på Advokatuddannelsen. Han underviser i dag hos bl.a. Danske Advokater og IBC Euroforum og er ekstern strategivejleder på CBS MBA programme, ligesom han i øvrigt er foredrags- og kursusholder indenfor virksomhedsoverdragelser og bestyrelsesarbejde.

SIMON JØRGENSEN
Advokat
Elmann Advokatpartnerselskab

Simon Jørgensen er advokat hos Elmann Advokatpartnerselskab. Simon Jørgensen beskæftiger sig primært med virksomhedsoverdragelser (M&A), selskabsret samt retssager.

NICOLAI HESGAARD
Partner, Advokat
Moalem Weitemeyer Bendtsen

Nicolai Hesgaard er Partner hos Moalem Weitemeyer Bendtsen, hvor han er ansvarlig for ansættelsesret. Nicolai er en velanset ekspert inden for international ansættelsesret, og han rådgiver danske og multinationale selskaber og finansielle institutioner om arbejds- og ansættelsesretlige spørgsmål.

Nicolai har mere end 12 års erfaring med grænseoverskridende transaktioner, inklusive due diligence-undersøgelser og rådgivning om Virksomhedsoverdragelsesloven, kollektive opsigelser, informations- og høringsforpligtelser, pension, incitaments- og aktieoptionsordninger, databeskyttelse, herunder whistleblower hotlines, og fratrædelsesaftaler.

Nicolai rådgiver også inden for reklame- og markedsføringsret. Han har tillige bred erfaring inden for M&A.

OLE HASSELBALCH
Professor, dr. jur.
Aarhus Universitet

Ole Hasselbalch er professor ved Juridisk Institut, Aarhus School of Business and Social Sciences (Aarhus Universitet). Han har skrevet en lang række bøger og artikler om jura (især arbejdsret og foreningsret) og samfundsforhold. Blev fra midten af 1980'erne kendt for sin kritik mod den førte indvandringspolitik. Deltog under Den Kolde Krig i arbejdet på at afdække og modvirke den påvirkningsoffensiv, Warszawapagten førte med henblik på at få Danmark løsrevet fra NATO. Ole Hasselbalch skabte med sin licentiatafhandling "Ansættelsesret" fra 1975 denne juridiske disciplin og har med disputatsen "Arbejdsretlige Funktioner" (1979) og bogen "Den Danske Arbejdsret" bundet arbejdsrettens forskellige grene sammen i denne juridiske disciplins moderne form.

HELENE AMSINCK
Partner, Advokat
Kromann Reumert

Helene Amsinck har beskæftiget sig med ansættelses- og arbejdsret siden 1994 og rådgiver såvel danske som internationale klienter vedrørende alle former for ansættelses- og arbejdsretlige problemstillinger. Gennem sit mangeårige virke inden for dette område har Helene opnået et dybtgående indblik i alle de forskellige aspekter af arbejdsgiver-/arbejdstagerforholdet og dermed et solidt grundlag for værdiskabende rådgivning til klienterne

Helene har omfattende erfaring inden for alle de medarbejderrelaterede aspekter af transaktioner og outsourcing, herunder de komplekse regler om beskyttelse af medarbejdere i forbindelse med virksomhedsoverdragelser, aftaler om transitional services, ændringer i ansættelsesvilkår, efterfølgende harmonisering osv. Hun har desuden særlig ekspertise i rekonstruktioner, kollektive afskedigelser samt i direktørers og andre ledende medarbejders lovbestemte og aftalebaserede rettigheder.

ERIK WENDELBOE CHRISTIANSEN

Partner, advokat
Horten Advokatpartnerselskab

Erik Wendelboe Christiansen er leder af Hortens afdeling for ansættelsesret. Erik Wendelboe Christiansen rådgiver danske og internationale virksomheder, offentlige myndigheder og organisationer inden for ansættelsesret, kontrakt- og erstatningsret samt offentlig ret. Han er en erfaren procesadvokat og har ført en lang række centrale retssager inden for sine specialer for både erhvervsvirksomheder og offentlige klienter.

Erik Wendelboe Christiansen rådgiver om alle grene af ansættelsesretten, men er særligt specialiseret inden for konkurrencebegrænsningsaftaler, aktieoptioner og incitamentsafklønning, direktørkontrakter, kollektiv arbejdsret og offentlige ansættelsesforhold. Han rådgiver om affattelse og fortolkning af alle typer kontrakter og har endvidere mange års erfaring som rådgiver for offentlige og halvoffentlige virksomheder og institutioner omkring den særlige regulering, som dækker offentlige virksomheder, herunder blandt andet forvaltningsretlig regulering. Erik Wendelboe Christiansen er forfatter til en række bøger og artikler om ansættelsesretlige emner og en erfaren foredragsholder.

JONAS ENKEGAARD

Ass. partner, Advokat
Horten Advokatpartnerselskab

Jonas Enkegaard rådgiver danske og internationale virksomheder, offentlige myndigheder og organisationer om alle aspekter inden for arbejds- og ansættelsesretten både i forholdet mellem virksomheden og den enkelte medarbejder og vedrørende kollektive overenskomster. Særligt er Jonas Enkegaard specialiseret i medarbejderforhold i forbindelse med virksomhedsoverdragelse, direktørkontrakter og udarbejdelse af aftaler vedrørende medarbejders ansættelsesforhold - herunder bonusordninger, ansættelseskontrakter og fratrædelsesaftaler mv. Jonas Enkegaard beskæftiger sig også med offentlige ansættelse- og overenskomstmæssige forhold herunder tjenestemandsansættelse. Jonas Enkegaard rådgiver yderligere om ansættelsesretlige problemstillinger i forbindelse med ind- og udstationeringer, herunder udstationeringskontrakter, regler om lovvalg, regler om social sikring samt ansøgninger om arbejdstilladelser.

CASPAR ROSE

Professor, Ph.D., cand.jur.
CBS

Caspar Rose er professor på CBS. Hans forskningsområder omfatter både selskabsret, selskabsledelse (corporate governance) samt de finansielle markeder. Caspar Rose har dels en baggrund som jurist (cand.jur.) og økonom (cand.merc. og Ph.D. i finansiering). Hans forskning fokuserer på risikostyring, corporate governance samt hvordan de finansielle markeder fungerer. Caspar Rose har desuden en betydelig praktisk erfaring bl.a. som juridisk konsulent i Dansk Industri samt chefanalytiker i Danske Bank, hvor han har arbejdet med risikostyring. Caspar Rose rådgiver ligeledes danske virksomheder inden for sine kompetenceområder.

ANJA STAUGAARD JENSEN

Partner, Advokat
ACCURA

Anja Staugaard Jensen er partner i ACCURAs Afdeling for Arbejds- og Ansættelsesret. Hun yder rådgivning til såvel danske som internationale klienter. Anja har stor erfaring med rådgivning af alle typer af virksomheder inden for enhver form for ansættelses- og arbejdsretlige problemstillinger og tvister. Hun beskæftiger sig særligt med ansættelsesretlige problemstillinger, der er forbundet med virksomhedsoverdragelser, udarbejdelse af incitamentsprogrammer, omstruktureringer og rekonstruktioner.

Derudover er et af Anjas væsentligste arbejdsområder alle aspekter af konkurrence-, kunde- og jobklausuler, lige fra det indledende arbejde med risikoanalysen for virksomheden, til udarbejdelse af de relevante klausuler og alle aspekter forbundet med håndhævelsen af klausuler. Hun har desuden stor erfaring i at rådgive arbejdsgiver-virksomheder i relation til særligt beskyttede medarbejdere.

SØREN NARV PEDERSEN

Partner, Advokat
Elmann Advokatpartnerselskab

Søren Narv Pedersen, advokat (H) er partner hos Elmann advokatpartnerselskab og er specialist i arbejds- og ansættelsesret med blandt andet særlig erfaring med job-, kunde- og konkurrenceklausuler, lige- og forskelsbehandling, samt masseafskedigelser og virksomhedsoverdragelser.

Søren Narv Pedersen har tidligere være konstitueret landsdommer, har undervist på Københavns Universitet og er i dag en hyppigt anvendt foredrags- og kursusholder om ansættelsesretlige spørgsmål.

Søren Narv Pedersen er forfatter til "Jobklausullovern med kommentarer", Karnovs forlag 2012, medforfatter til "Ansatte, alt i en bog – funktionær og andre", ligeledes Karnovs forlag 2007, samt til en række artikler om arbejds- og ansættelsesretlige spørgsmål.

HENRIK KARL NIELSEN

Advokat (H)
Koch / Christensen

Advokat Henrik Karl Nielsen beskæftiger sig primært med ansættelsesret, arbejdsret og foreningsret.

Som advokat for danske og internationale virksomheder, fag- og brancheforeninger beskæftiger Henrik sig med rådgivning, rets- og voldgiftssager. Henrik fungerer også som beskikket forsvarer i straffesager og er af Justitsministeriet beskikket som beneficeret advokat ved domstolene i Grønland.

Henrik fungerer fast som underviser for Danske Advokater og flere fag- og brancheforeninger.

Henrik er forfatter til en række bøger og artikler inden for områderne arbejds- og ansættelsesret, grønlandske retsforhold og internationale menneskerettigheder.

JANNIE MERETE PEDERSEN

Chefkonsulent, advokat
Dansk Erhverv

Advokat Jannie Merete Pedersen, Dansk Erhverv, er specialiseret indenfor arbejds- og ansættelsesret. Jannie Merete Pedersen har i en årrække beskæftiget sig med ansættelses- og arbejdsrettelige problemstillinger, først på lønmodtagersiden og senere på arbejdsgiversiden. Jannie Merete Pedersen har desuden været ekstern lektor i kursusfaget arbejds- og ansættelsesret på DTU, og underviser i dag på diverse kurser for Dansk Erhverv.

ELSEBETH AAES-JØRGENSEN

Partner, advokat
Norrbon Vinding

Elsebeth Aaes-Jørgensen, advokat (H) er partner hos Norrbom Vinding. Elsebeth beskæftiger sig med alle aspekter af ansættelses- og arbejdsret, men har følgende særlige områder:

Det offentlige arbejdsmarked, offentlig ret generelt, fx kommunalret og forvaltningsret, beskyttelse af persondata, udenlandsk arbejdskraft, retssager både ved de civile domstole og i det fagretlige system.

Elsebeth har undervist i en lang række sammenhænge, bl.a. for DJØF, JUC, Center for Ledelse og Center for Offentlig Kompetenceudvikling.

JENS HARKOV HANSEN

Advokat
Norrbon Vinding

Jens Harkov Hansen er advokat hos Norrbom Vinding. Jens beskæftiger sig primært med ansættelses- og arbejdsret, og persondata.

Jens har undervist i persondata- og forvaltningsret på Professionshøjskolen Metropol.

VI TROR PÅ, AT STJERNER LYSER MEST I FLOK...

... DERFOR VIL VI GERNE
HAVE FLERE MED PÅ HOLDET
OG SØGER ADVOKATER OG
ADVOKATFULDMÆGTIGE

NORRBOM VINDING GÅR OP I
SAMMENHÆNG OG HELHED.
DET BETYDER, VI HAR MUSKETER-
ÅND OG KAN LIDE HINANDEN.
VI GÅR OP I KVALITET I ARBEJDS-
LIVET. OG VI HAR RESPEKT FOR,
AT DET GODE RÅD KAN SPARKES
IND FRA ALLE LED I KÆDEN.

Norrbom Vinding er Skandinaviens største og
Danmarks førende firma inden for arbejds- og
ansættelsesret.

Vi rådgiver en lang række af landets mest
interessante offentlige og private virksomheder.

Har du et højt fagligt niveau og et stort engage-
ment, er du meget velkommen til at kontakte

Mariann Norrbom eller Inge Aas på 35 25 39 40



Amerikakaj
Dampfærgevej 26
2100 København Ø

Tel +45 35 25 39 40
info@norrbomvinding.com
www.norrbomvinding.com

HRJURA
MAGASINET
2. NUMMER
EFTERÅR 12
WWW.HRJURA.DK
KØBENHAVN Ø

