

NOTAT

Afskedigelse ved virksomhedsoverdragelse

April 2011

Side 1/8

Dette notat behandler reglerne for opsigelse af medarbejdere i forbindelse med, at der sker en virksomhedsoverdragelse. Notatet er udarbejdet af KL's Juridiske Kontor, og lanceres af Udbudsportalen.dk.

1. Indledning

Virksomhedsoverdragelseslovens § 3 har følgende ordlyd:

”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 retsforhold mellem lønmodtageren og arbejdsgiveren.”

Der er ikke tale om et generelt forbud mod afskedigelser i virksomhedsoverdragelsessituationer, der er derimod et krav om, at begrundelsen skal kunne kvalificeres i forhold til en af de i § 3 nævnte årsager.

2. Afskedigelse på grund af virksomhedsoverdragelse

Det følger allerede af virksomhedsoverdragelseslovens § 2, at ansættelsesforholdene ”automatisk” videreføres hos erhverver. Lovens § 3 er således en præcisering af, at en opsigelse der alene er *begrundet i overdragelsen* af en virksomhed eller en del heraf ikke er en rimelig begrundet opsigelse.

Vurdering af opsigelsens rimelighed sker ud fra forholdene på opsigelsestidspunktet. Der kan fx være tale om arbejdsmangel, utilfredshed med kvaliteten af lønmodtagerens arbejde, samarbejdsproblemer eller lignende.

Såfremt overdrageren har foretaget opsigelsen før indgåelsen af overdragelsesaftalen og uden sammenhæng med denne, er opsigelsen ikke omfattet af lovens § 3.

Hvis arbejdsgiveren (overdrager) iværksætter opsigelser med den begrundelse, at han ikke ved, hvor mange medarbejdere en eventuel erhverver ønsker at overtage, vil dette imidlertid let kunne blive fortolket som en omgåelse af loven, selv om der på opsigelsestidspunktet ikke er indgået nogen aftale – eller nogen endelig aftale - med en erhverver.

Opsiges medarbejdere efter, at overdragelsesaftalen er indgået med erhverver, skal opsigelsen behandles efter lovens § 3, og man må vurdere om opsigelsen er rimeligt begrundet. Dette gælder for opsigelse af medarbejdere hos såvel overdrager som erhverver.

Foretager erhververen opsigelse umiddelbart efter overtagelsen af medarbejderne, må det konkret – ud fra årsagen til opsigelsen – vurderes, om der er tale om en opsigelse i strid med virksomhedsoverdragelseslovens § 3. Erhverver skal løfte bevisbyrden for, at der er tale om en saglig opsigelse.

3. Opsigelse der ikke er i strid med virksomhedsoverdragelsesloven

Udgangspunktet i lovens § 3 er, at en opsigelse på grund af virksomhedsoverdragelse ikke er rimelig, *medmindre* arbejdsgiveren kan godtgøre, at den skyldes økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer.

Det antages, at forhold af økonomisk, teknisk eller organisatorisk art er de samme forhold, som i arbejdsretlig praksis kan begrunde, at en overenskomstmæssig opsigelse er saglig begrundet i virksomhedens forhold.

Der kan fx være tale om, at virksomheden indskrænker arbejdsstyrken eller ændrer virksomhedens struktur og får brug for medarbejdere med andre kompetencer/faglig baggrund.

Både overdrager og erhverver, kan foretage opsigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager.

4. Bevisbyrden

Der er en formodning for, at opsigelser, der foretages tidsmæssigt i forbindelse med eller umiddelbart efter, at der er indgået en aftale om virksomhedsoverdragelse, skyldes virksomhedsoverdragelsen. Dette indebærer, at arbejdsgiveren har bevisbyrden for, at opsigelsen ikke er begrundet i virksomhedsoverdragelsen eller, at der foreligger de fornødne økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager til opsigelsen.

5. Sanktioner

Virksomhedsoverdragelsesloven fastsætter ikke sanktioner for brud på afskedigelsesforbuddet i § 3.

Det er antaget, at konstateringen af at en opsigelse ikke er rimeligt begrundet medfører, at medarbejderen kan påberåbe sig en godtgørelse i henhold til anden lovgivning¹, aftale eller kollektiv overenskomst, såfremt disse hjemler sanktioner for urimelige opsigelser. Medarbejderen kan som udgangspunkt ikke påberåbe sig, at opsigelsen er ugyldig med deraf følgende ret til genindsættelse i stillingen.

Godtgørelsen vil blive udmålt bl.a. under hensyn til medarbejderens anciennitet, alder, arbejdstid og løn. Det forhold at opsigelsen sker i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse synes ikke i praksis at blive anset for hverken en formildende eller skærpende omstændighed.

Hvem hæfter for godtgørelsen?

Virksomhedsoverdragelseslovens § 3, stk. 1 vedrører alene afskedigelser i forbindelse med overdragelsen.

Erhververen vil ofte forinden overdragelsesdatoen have taget stilling til, om der skal iværksættes afskedigelse, og i givet fald hvilke medarbejdere der skal afskediges. Erhververen vil i den forbindelse også ofte have aftalt med overdrageren, at disse afskedigelser skal effektueres inden overdragelsen.

Spørgsmålet er herefter, hvem der hæfter umiddelbart overfor medarbejderen for eventuel urimelig afskedigelse.

Da det er opsigelsens rimelighed, der skal bedømmes, må den opsigende arbejdsgiver kunne begrunde rimeligheden af denne. Kravet må derfor som udgangspunkt rettes mod overdrager, uanset at denne opsiges efter aftale med erhverver.

Der kan dog være modifikationer til dette udgangspunkt, idet der må sondres mellem, om den opsagte medarbejder fratræder før eller efter erhververs overtagelse af virksomheden/opgaven.

Fratræder medarbejderen *inden* eller *ved* overdragelsen, kan kravet i hvert fald rettes mod overdrageren i dennes egenskab af arbejdsgiver. Det synes imidlertid nærliggende, at kravet også kan rejses overfor erhverver i de til-

¹ fx ligebehandlingsloven, lov om forbud mod forskelsbehandling, foreningsfrihedsloven.

fælde, hvor det er erhververen, der reelt står bag opsigelsen, og overdragelsen således alene handler på vegne af erhverver.²

I de særlige tilfælde hvor medarbejderen fratræder inden overdragelsen som følge af anteciperet misligholdelse hos erhverver, må kravet rettes mod erhververen, der i dette tilfælde er den ”opsigende” part.

Opsiges medarbejderen inden overdragelsen, men fratræder han *efter* overdragelsen, indebærer lovens § 2, at erhververen indtræder i rettigheder og forpligtelser i forhold til opsigelsen. Finder medarbejderen opsigelsen urimelig, må han således rejse kravet overfor erhververen. I praksis er erhververen som nævnt også ofte den egentlige ansvarlige for opsigelsens afgivelse.

Som følge af ovenstående anbefales det, at overdrager og erhverver aftaler, hvem der i det interne forhold hæfter for eventuelle krav i forbindelse med opsigelser afgivet før overdragelsen.

6. Ophævelse af ansættelseskontrakt

Virksomhedsoverdragelseslovens § 3, stk. 2 omhandler det forhold, at medarbejderen kan ophæve ansættelsesforholdet, såfremt overførslen medfører en væsentlig ændring af arbejdsvilkårene til skade for medarbejderen. En medarbejder, der vælger at hæve ansættelsesforholdet, må kunne godtgøre, at betingelserne herfor er til stede. Kan han ikke det, mister han kravet på erstatning (svarende til løn i opsigelsesperioden), og han vil endvidere kunne risikere, at arbejdsgiveren påberåber sig ophævelsen som misligholdelse fra medarbejderens side.

Medarbejderen har pligt til at reagere rimeligt hurtigt, efter at han har fået viden om de ændrede ansættelsesvilkår, såfremt han skal bevare sin hævebeføjelse.

Såfremt medarbejderen fortsætter hos erhververen, eller medarbejderen indleder forhandlinger med erhververen om sine ansættelsesvilkår, kan medarbejderen ikke efter overdragelsen påberåbe sig vilkårsændringerne som misligholdelsesgrund med deraf følgende hævebeføjelse.

6.1 Ændringer der kan berettige medarbejderen til at hæve

I løbet af ansættelsesforholdet må medarbejderen tåle visse ændringer af arbejdsvilkårene. Afgrænsningen heraf afhænger af stillingsbeskrivelsen, af

² Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer af Lars Svenning Andersen m.fl., DJØF 2009, 5. udgave, side 263.

parternes forudsætninger, ansættelsesområdet, tidligere ændringer i ansættelsesforholdene o.l.

Ændring af arbejdsvilkårene i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse kan fx bestå i ændringer i arbejdets art, forringelse af lønnen, ændring af arbejdstiden og ændring af arbejdsstedets geografiske beliggenhed på samme måde, som hvis ændringen var sket uden forbindelse med virksomhedsoverdragelsen.

Medarbejderen er ikke forpligtet til at acceptere væsentligt ændrede ansættelsesvilkår. Virksomhedsoverdragelsen giver således ikke den ansatte pligt til at acceptere andre ændringer i ansættelsesforholdet end de ændringer, den ansatte havde pligt til at acceptere uden for virksomhedsoverdragelsestilfælde. Omvendt har erhververen den samme ledelsesret og ret til at foretage ændringer i ansættelsesvilkårene, som overdrageren havde.³

Hvis overdrageren/erhververen mener, at de krævede ændringer er så væsentlige, at lønmodtageren kan afvise ønskerne, må overdrager/erhverver sikre sig medarbejderens stillingtagen til ændringerne og om nødvendigt afskedige medarbejderen med tilbud om fortsat ansættelse på de ændrede vilkår.

Tilkendegiver medarbejderen, at han ikke vil acceptere de krævede ændringer, kan arbejdsgiveren opsiges lønmodtageren.

6.2 Ophævelse sidestilles med afskedigelse

Har overdrageren i god tid forinden overdragelsen – på erhververs vegne – varslet væsentlige ændringer ved overdragelsen, i form af en opsigelse med tilbud om genansættelse på ændrede vilkår, er medarbejderen forpligtet til at arbejde til udløbet af opsigelsesvarslet – eller ind til overtagelsesdagen - og først herefter fratræde sin stilling. Medarbejderen kan således ikke hæve ansættelsesforholdet med øjeblikkelig fratreden ved informationen om væsentlige ændringer i ansættelsesvilkårene, men først når ændringen bliver aktuel, dvs. (tidligst) på overdragelsestidspunktet.

I praksis sker overdragelserne ofte med et så kort varsel forud for overtagelsesdagen, at perioden ikke svarer til medarbejdernes opsigelsesvarsel. Hertil kommer, at parterne ofte ikke har overblik over, hvilke ændringer i ansættelsesforholdene overdragelsen medfører, på et så tidligt tidspunkt, at dette kan varsles med de aktuelle individuelle opsigelsesvarsler. Ophævelse

³ Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse af Mette Klingsten, DJØF 2002, 1. udgave, side 264.

af ansættelsesforholdet kan her først ske med virkning fra overtagelsestidspunktet.

I de tilfælde hvor overdragelsen ligger før udløbet af opsigelsesvarslet, vil overdrager som udslag af den almindelige ledelsesret som udgangspunkt kunne anvise medarbejderen andet passende arbejde hos overdrager, i den resterende del af opsigelsesperioden.

Det forhold at opsigelsen/ophævelsen sidestilles med en afskedigelse medfører ikke, at der hermed samtidig foreligger en urimelig afskedigelse, jf. § 3, stk. 1. Udgangspunktet vil normalt være, at arbejdsgiveren af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager ønsker ændringer i ansættelsesforholdet og derfor – hvis disse ændringer bliver afvist – vil kunne opsiges medarbejderen uden at skulle betale godtgørelse. Arbejdsgiveren må dog kunne godtgøre, at de krævede ændringer af arbejdsforholdene var rimeligt begrundede i de i § 3, stk. 1 nævnte forhold.

I det tilfælde hvor overdrager/erhverver ikke har iværksat varsling af væsentlige vilkårsændringer, men en medarbejder gør gældende, at der er tale om væsentlige vilkårsændringer, og som følge deraf (berettiget) hæver ansættelsesforholdet, vil medarbejderen være berettiget til erstatning, svarende til lønnen i det opsigelsesvarsel, arbejdsgiveren var forpligtet til at give ved en normal opsigelse af medarbejderen.

Ville en arbejdsgivers opsigelse have udløst andre rettigheder, fx krav på fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2a vil medarbejderen tilsvarende kunne påberåbe sig dette.

6.3 Hvem hæfter for erstatningen?

Virksomhedsoverdragelseslovens § 3, stk. 2 retter sig efter sit indhold mod erhververen. Det er arbejdet efter overdragelsen, der ændres, og dermed er det erhververens dispositioner, der begrunder ophævelsen af ansættelsesforholdet.

Hvis erhverver iværksætter væsentlige vilkårsændringer efter overdragelsen, som berettiger medarbejderen til at hæve ansættelsen skal medarbejderen rette sit krav mod erhververen.

I det tilfælde hvor medarbejderen før overdragelsen får meddelelse om, at erhververen ønsker væsentlige og for medarbejderen uacceptable ændringer i ansættelsesforholdet, kan han tilkendegive, at han ikke vil acceptere de krævede ændringer, hvorefter han opsiges af overdrager. Han må herefter arbejde i opsigelsesperioden – og herunder også på uændrede vilkår i den eventuelle periode af varslet, der ligger efter overdragelsen – medmindre

overdrager tilkendegiver, at erhverver under disse omstændigheder ikke ønsker at ”overtage” medarbejderen.

Fortsætter medarbejderen efter overdragelsen, og konstaterer han, at erhverver fastholder kravet om ændringer, må han herefter ophæve ansættelsesforholdet og rette restkravet mod erhverver.

Fastholder overdrager, at medarbejderen skal fortsætte i en ændret stilling hos erhverver, må medarbejderen meddele overdrager, at han fratræder ved overdragelsen. I disse situationer kan kravet på erstatning formentlig kun rejses over for overdrager, idet ophævelsen sker fra medarbejderens side og alene på grundlag af overdragets tilkendegivelse og altså ikke på vegne af erhverver.

Kontakter erhverver medarbejderen inden overdragelsen, og meddeler ham væsentlige ændringer for ansættelsen, vil medarbejderen kunne hæve ansættelsen. Eventuelle krav vil i denne sammenhæng skulle rettes mod erhververen, da ophævelsen alene beror på tilkendegivelser fra erhverver. Ophævelsen sker her på baggrund af erhververs anteciperede misligholdelse, altså at erhverver agter at misligholde ansættelsesaftalen.

7. Bristede forudsætninger

Retsstillingen i dansk ret er, at medarbejderen – som følge af virksomhedsoverdragelseslovens § 2 – er forpligtet til at overgå til erhververen, medmindre der foreligger bristede forudsætninger, eller medarbejderen selv vælger at opsige ansættelsesforholdet.⁴

Hertil kommer, at medarbejderen – som beskrevet ovenfor – ikke er forpligtet til at overgå til erhververen, hvis der foreligger væsentlige vilkårsændringer, jf. lovens § 3, stk. 2.

Det følger af retspraksis, som var gældende før virksomhedsoverdragelsesloven, og som antages fortsat at gælde efter virksomhedsoverdragelseslovens implementering i dansk ret, at en medarbejder kan hæve ansættelsesforholdet, hvis fx en ændring i arbejdsgiverens identitet er en bristende forudsætning for ansættelsesforholdets fortsættelse.

Det udtales således bl.a. følgende i Højesteretsdommen U83.685H vedrørende berettigelsen af 3 klinikassistenters ophævelse af ansættelsesforholdene i forbindelse med ejerens død og klinikkens overdragelse til en anden tandlæge:

⁴ Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer af Lars Svenning Andersen m.fl., DJØF 2009, 5. udgave, side 278.

”Efter det oplyste findes det ikke godtgjort, at overdragelsen af klinikken ville medføre væsentlige ændringer af arbejdsvilkårene til skade for appellanterne. Den foretagne ophævelse af arbejdsaftalerne kan derfor ikke begrunde noget erstatningskrav mod indstævnte i medfør af bestemmelsen i § 3, stk. 2, i loven om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse.

Efter arten og størrelsen af den omhandlede virksomhed findes salget af klinikken imidlertid at indebære en sådan ændring af appellanternes arbejdsforhold, at de i overensstemmelse med hidtidig praksis – der efter forarbejderne til den nævnte lov må anses for opretholdt – med rette har kunnet anse forudsætningerne for deres forbliven i stillingen for bristet. Da appellanterne således har været berettiget til som sket at fratræde deres stillinger og at kræve erstatning vil deres påstande være at tage til følge.”

Bristede forudsætninger vil som udgangspunkt alene kunne påberåbes i mindre virksomheder, hvor arbejdsgiveren og medarbejdere har et nært dagligt samarbejde. Medarbejderens lange anciennitet hos den pågældende virksomhed kan endvidere understøtte en personlig primær tilknytning til en bestemt arbejdsgiver.

Medarbejderen må gøre bristede forudsætninger gældende i umiddelbar tilknytning til oplysningen om det konkrete arbejdsgiverskifte for at undgå en eventuel passivitetsbetragtning.

Medarbejderens berettigede ophævelse af ansættelsesforholdet som følge af bristede forudsætninger medfører, at medarbejderen har ret til erstatning svarende til arbejdsgiverens opsigelsesvarsel.

Det antages, at overdrageren hæfter for erstatningen overfor medarbejderen, idet medarbejderen – som overvejende hovedregel – fratræder ved overdragelsen. Hertil kommer, at overdrageren har haft en personlig tilknytning til medarbejdere, der har lagt vægt netop på denne tilknytning og derfor fratræder ved ejerskiftet med krav på løn i opsigelsesperioden/ erstatning hos sin arbejdsgiver/overdrager.

Foreligger der derimod uberettiget ophævelse af ansættelsesforholdet, risikerer medarbejderen et erstatningskrav fra erhververen for ulovlig udeblivelse.