

NOTAT

Hvilke medarbejdere er omfattet af en virksomhedsoverdragelse

April 2011

Side 1/5

Dette notat behandler spørgsmålet om hvilke medarbejdere, der er beskyttet af virksomhedsoverdragelsesloven. Notatet er udarbejdet af KL's Juridiske Kontor, og lanceres af Udbudsportalen.dk.

1. Den beskyttede kreds

Det følger af virksomhedsoverdragelseslovens § 2, stk. 1, at erhververen indtræder umiddelbart i de *rettigheder og forpligtelser, der bestod på overtagelsestidspunktet*. I direktivets¹ artikel 3 står der, at erhververen indtræder i de *arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførslen*. Der er ikke ved lovens formulering tilsigtet nogen ændring i forhold til direktivets ordlyd.²

Direktivet anvender endvidere begrebet ”arbejdstager”, og loven anvender begrebet ”lønmodtager”. Den materielle definition af arbejdstager eller lønmodtager skal bedømmes efter danske regler og praksis.

I henhold til dansk ret er en person lønmodtager, når denne udfører arbejde mod vederlag i en andens tjeneste. Ved vurderingen heraf lægges bl.a. vægt på arbejdsgiverens instruktionsbeføjelse, stillingens selvstændighed, pligten til at underordne sig ledelse og kontrol, risikoen for arbejdsresultatet, om vederlaget er A-indkomst, og om der er pligt til at udføre arbejdet personligt.

¹ Rådets direktiv af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter (2001/23/EF), som er implementeret i dansk ret ved Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse.

² Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer af bl.a. Lars Svenning Andersen, DJØF, 5. udgave, 2009, side 189 ff.

Lønmodtagerbegrebet afgrænses i forhold til direktører, ejere, selvstændigt erhvervsdrivende, konsulenter på uafhængige arbejdskontrakter og andre, som ikke er undergivet arbejdsgiverens instruktionsbeføjelse. For direktører kan der bl.a. lægges vægt på, om denne er registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

En administrerende direktør, der er daglig leder af virksomheden, fx et aktieselskab eller et interessentskab, anses således som udgangspunkt ikke for at være lønmodtager, og er derfor ikke omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.³ Der skal imidlertid altid foretages en konkret vurdering af, om den pågældende direktør indtager en så selvstændig stilling, at den pågældende ikke vil falde ind under definitionen af en lønmodtager.

Særligt for elever og lærlinge gælder, at overgang af rettigheder og forpligtelser kun finder anvendelse på aftaler om lærlingeforhold, uddannelsesaftaler for elever i de erhvervsfaglige grunduddannelser, mv., såfremt virksomheden efter overdragelsen godkendes som lærested eller praktiksted mv., jf. virksomhedsoverdragelseslovens § 2, stk. 2.

Hvis der i forbindelse med overdragelsen indgår elever eller lærlinge i den enhed, der skal overdrages, bør det således reguleres i kontrakten med erhververen, at denne er forpligtet til hurtigst muligt at søge om at blive godkendt som uddannelsessted.

Der gælder ingen krav med hensyn til den ansattes alder, anciennitet eller det tidsmæssige omfang af arbejdet som betingelse for, at en lønmodtager er omfattet af virksomhedsoverdragelseslovens beskyttelsesregler. Loven gælder således også for fx deltidsansatte, midlertidigt ansatte og vikaransatte.

Virksomhedsoverdragelsesloven omfatter alene lønmodtagere ansat på overenskomstvilkår. Det gælder såvel medarbejdere ansat på ordinære vilkår som medarbejdere ansat på særlige vilkår, som fx personer i jobtræning, fleksjob o.l. Loven gælder ikke for tjenestemænd. Der henvises til særskilt notat; ”Udlån af tjenestemænd”.

³ UfR 1993.11HD Direktør i aktieselskab ikke omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, selv om der i direktørkontrakt var henvist til funktionær- og ferieloven. Konkrete omstændigheder omkring erhververens passivitet – bl.a. det forhold at direktøren fortsatte sit arbejde med samme beføjelser som tidligere - medførte, at erhververen blev bundet af kontrakten.

2. Bestod

Det skal herefter fastlægges, hvornår et ansættelsesforhold ”består” ved overdragelsen, idet erhververen alene indtræder i rettigheder og pligter i forhold til disse lønmodtagere.

Det klare udgangspunkt er, hvor lønmodtageren fortsætter umiddelbart efter overdragelsen med at arbejde for og blive aflønnet af erhververen.

Herudover består en række arbejdsforhold, uanset at den pågældende ikke arbejder på overtagelsesdagen. Det gælder, hvor lønmodtageren er syg, er på barselsorlov, har ferie, har fået bevilget orlov, er genindkaldt til militærtjeneste, er midlertidigt hjemsendt på grund af vejrliget, er fritaget for tjeneste o.l.

Ansættelsesforholdet fortsætter i disse situationer på de (hidtil) aftalte vilkår. Fra overtagelsesdagen overtager erhververen ansættelsesforholdet og her tilhørende lønforpligtelse men også rettigheder og pligter, hvor der fx sker betaling fra tredjemand i form af syge- eller barseldagpenge.

3. Lønmodtagere der er opsagt og fratrudd

Lønmodtagere, der fratrudd inden overdragelsen og dermed ikke på noget tidspunkt er i et ansættelsesforhold til erhverver, er ikke beskyttet af virksomhedsoverdragelsesloven og kan alene rette deres eventuelle krav mod overdrager.

Er lønmodtageren opsagt på overdragers foranledning til fratrudden dagen før overtagelsen, og får han tilbudt arbejde hos erhverver straks fra overtagelsesdagen, sker der imidlertid ingen fratrudden, og ansættelsesforholdet må behandles som et ubrudt ansættelsesforløb, uanset at overdrageren havde en saglig begrundelse for at opsige lønmodtageren.

Er opsigelsen knyttet sammen med et af erhververen afgivet tilbud om ansættelse på ændrede vilkår (en delvis opsigelse), kan lønmodtageren normalt heller ikke miste anciennitet mv., hvis han fortsætter.⁴

Er der derimod tale om ansættelse i en helt anden stilling, hvor den afgivne opsigelse har været reel, følger det af domspraksis, at ancienniteten ikke bevares.

⁴ Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer af bl.a. Lars Svenning Andersen, DJØF, 5. udgave, 2009, side 191 ff.

4. Lønmodtagere der er opsagt før overdragelsen og fratræder hos erhverver ved opsigelsesperiodens udløb

En medarbejder, der på overtagelsesdagen enten selv har opsagt sin stilling, eller som er blevet opsagt, men som fortsætter hos erhververen efter overtagelsesdagen, idet opsigelsesvarslet udløber efter overtagelsesdagen, er i et bestående ansættelsesforhold i relation til virksomhedsoverdragelseslovens § 2.

Såfremt medarbejderen ønsker at rejse krav ved sin fratreden skal disse rettes mod erhververen.

5. Lønmodtagere der opsiges og fritilles ved overdragelsen, uanset at opsigelsesperioden løber ind i perioden efter overdragelsen

En lønmodtager, der opsiges og fritilles betragtes ikke som værende i et bestående ansættelsesforhold, uanset at opsigelsesvarslet ikke er udløbet på overtagelsesdagen. Lønmodtageren modtager fortsat løn månedsvis i opsigelsesperioden og er fortsat undergivet en loyalitetspligt overfor arbejdsgiveren, men lønmodtageren er definitivt fritaget fra sin arbejdsforpligtelse og skal ikke stå til rådighed. Erhververen indtræder derfor ikke i rettigheder og pligter i forhold til en fritstillet lønmodtager.

Får den ansatte imidlertid umiddelbart efter fritstillingen ansættelse hos erhververen antages det, at ansættelsesforholdet ikke reelt har været afbrudt, og erhververen indtræder herefter i rettigheder og pligter i forhold til lønmodtageren.

Ansatte, der er bortvist forud for overtagelsesdagen, betragtes ikke som værende i et bestående ansættelsesforhold. Ansættelsesforholdet betragtes som definitivt ophørt.

Er lønmodtageren fritaget for tjeneste (suspenderet), skal lønmodtageren stå til rådighed i opsigelsesperioden, og erhververen indtræder i rettigheder og forpligtelser over for den pågældende.

6. Fratreden på selve overtagelsesdagen

For så vidt angår lønmodtagere, der fratræder på selve overtagelsesdagen, og som ikke har nået at arbejde for erhververen, må disse rette deres krav mod overdrageren.⁵

⁵ Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse af Mette Klingsten, DJØF, 2002, 1. udgave, side 177.

7. Erhververs opsigelse inden overdragelsen

En lønmodtager, der er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, kan opsiges hvis betingelserne i lovens § 3 er opfyldt.

Loven bygger på, at det er arbejdsgiveren, dvs. overdrager, der forinden overdragelsen informerer om eventuelle foranstaltninger over for lønmodtagerne, jf. lovens §§ 5 og 6. Såfremt erhververen ønsker at iværksætte opsigelser inden overtagelsen i henhold til lovens § 3, skal han indgå aftale med overdrageren om at gøre dette på sine vegne.

En opsigelse kan medføre et krav om godtgørelse for usaglig afskedigelse. Et sådant krav vil lønmodtageren skulle rette mod arbejdsgiveren, dvs. overdrageren.

Overdrager og erhverver skal derfor i deres aftale regulere den indbyrdes hæftelse. Da opsigelsen foretages på vegne af og på foranledning af erhververen, vil det være naturligt, at det er erhverver, der hæfter herfor.

Beslægtede problemstillinger

Der henvises til notat om ”Udvælgelse af medarbejdere ved overdragelse af en del af en virksomhed”. Her behandles spørgsmålet om, hvordan man udvælger medarbejdere, når disse ikke er fuldt beskæftiget med den opgave, der overdrages.