

NOTAT

Udvælgelse af medarbejdere ved overdragelse af en del af en virksomhed

April 2011

Side 1/6

Dette notat behandler spørgsmålet om, hvordan man udvælger medarbejdere, hvis der er tale om en overdragelse af en opgave, en del af en virksomhed, hvor medarbejderne ikke er fuldt beskæftiget med den pågældende opgave. Notatet er udarbejdet af KL's Juridiske Kontor, og lanceres af Udbudsportalen.dk.

1. En del af en virksomhed

I det tilfælde, hvor der kun overdrages en del af en virksomhed, finder virksomhedsoverdragelsesloven anvendelse for den del af medarbejderne, der er tilknyttet den del af virksomheden, der overdrages, jf. virksomhedsoverdragelseslovens § 1, stk. 1.

En del af en virksomhed kan bestå i interne funktioner (løn- og personaleadministration, økonomi, rengøring, kantinedrift o.l.) eller i udadvendte opgaver som overdragelse af vedligeholdelsesopgaver, tjenesteydelser, produktion etc.

Det er sjældent afgrænsningen af, hvilken del af en virksomhed der overdrages, der volder vanskeligheder, men snarere afklaringen af, hvilke konsekvenser det får for den enkelte medarbejder, der kan være problematisk.

Afgrænsningen af den gruppe af medarbejdere, der skal overgå til ansættelse hos erhververen kan således være vanskelig at foretage. I tvivlstilfælde skal der lægges vægt på, hvor den enkelte medarbejder har haft sin hovedtilknytning/været væsentligst beskæftiget, og hvor det er mest naturligt, at han fortsætter.¹

¹ Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse af Mette Klingsten, DJØF, 1. udgave, 2002, side 158.

2. Tilknytningskravet

EU-domstolen har i Botzen-sagen² fastslået, at det afgørende kriterium ved vurderingen af, om medarbejderne følger med over, er, om den afdeling, medarbejderne er tilknyttet ud fra et organisatorisk synspunkt dannede rammen om deres arbejdsforhold, overføres eller ej.

Domstolen fandt endvidere, at direktivet ikke omfatter medarbejdere, der var tilknyttet en anden del end den overførte del af virksomheden, selv om disse medarbejdere udførte visse opgaver ved hjælp af investeret kapital, der tilhørte den overførte del. Direktivet omfatter heller ikke lønmodtagere, som var tilknyttet en administrativ afdeling i virksomheden, der ikke blev overført, men udførte visse opgaver til fordel for den overførte del.

Synspunktet bag dommen – som det fremgår af generaladvokatens forslag til afgørelsen – synes at være, at direktivet som udgangspunkt alene kunne påberåbes af lønmodtagere, der var fuldt beskæftiget i den overførte del. Den eneste undtagelse hertil ville være den situation, hvor en arbejdstager skulle udføre andre opgaver i et omfang, som med rimelighed kan betegnes som ubetydeligt. Hvis en arbejdstager på den anden side faktisk tager del i aktiviteterne i hele bedriften eller i flere dele heraf, kan han ikke – i direktivets forstand – anses for ansat i den del af virksomheden, der er overført. Den snævre fortolkning skal – ifølge generaladvokaten – ses på baggrund af, at formålet med direktivet er at overføre et arbejdsforhold, som i alle henseender er det samme, undtagen med hensyn til arbejdsgiveren.³

De danske domstole har imidlertid anlagt en lempeligere fortolkning end ovenfor refereret. I dansk ret har det afgørende været, hvor lønmodtageren primært har haft sin tilknytning og derfor naturligst skal fortsætte.⁴

Baggrunden for at der i EU-domstolens praksis synes at være indlagt et højere krav til graden af en medarbejders tilknytning til den opgave, der overdrages, kan være, at behovet for at opnå virksomhedsoverdragelseslovens beskyttelse er mindre i mange europæiske lande, idet medarbejderen ofte – i tilfælde af manglende overdragelse – vil blive omplaceret hos den nuværen-

² Sag 186/83, Arie Botzen m.fl., Saml. 1985.519 – særligt præmis 14 og præmis 15

³ Forslag fra generaladvokat Slynn til afgørelse i Botzen-sagen, refereret i Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer af Lars Svenning Andersen m.fl., DJØF, 20029 4. udgave, side 132-133.

⁴ AT 91/36 (89.414 – Eremitageparken), AT 91/131 (91.086 – Gasa), U2002/1128 Ø.

de arbejdsgiver. I mange europæiske lande er det således særdeles vanskeligt at tilpasse ressourcerne ved afskedigelse af medarbejdere.

I Danmark er adgangen til at foretage afskedigelse langt friere, og det kan derfor ikke udelukkes, at de danske domstole skeler til det forhold, at såfremt virksomhedsoverdragelsesloven ikke finder anvendelse ved overdragelse af opgaver til en erhverver, vil det ofte medføre, at den nuværende arbejdsgiver vil foretage afskedigelser for at tilpasse ressourcerne til den fremtidige reducerede opgavemængde.

Den anlagte fortolkning i dansk retspraksis tilgodeser således det formål at begrænse behovet for afskedigelser, hvilket er i overensstemmelse med det hensyn, der ligger bag virksomhedsoverdragelsesloven.

3. Medarbejdere i servicefunktioner/forskellige funktioner

Med hensyn til medarbejdere i servicefunktioner, dvs. medarbejdere der har leveret en ydelse til den del af virksomheden, der nu overdrages til erhverver, fx rengøring, økonomi og løn- og personalefunktioner vil disse ofte ikke være primært tilknyttet den del af virksomheden, der overdrages, og disse medarbejdere vil derfor som udgangspunkt ikke blive virksomheds-overdraget. I det tilfælde hvor man imidlertid må konstatere, at man har et antal medarbejdere ”i overskud” kan det blive nødvendigt at foretage afskedigelser.

I en del af den juridiske litteratur⁵ anføres det i relation hertil, at da nødvendigheden af disse afskedigelser er opstået som følge af overdragelsen af en del af virksomheden, må man hævde, at lovens § 3 om beskyttelse mod afskedigelse på grund af en virksomhedsoverdragelse også i disse situationer skal overholdes. Overdrageren må derfor vurdere, hvilke medarbejdere der herefter nærmest hører til den overdragede del, og hvilke der hører til den tilbageværende virksomhed.

I en anden del af den juridiske litteratur gøres det vedrørende medarbejdere med tværgående funktioner gældende, at det ved vurderingen af, om medarbejderen følger med over kan lægges vægt på, hvor stor en del af vedkommendes arbejdstid, der er anvendt til at udføre opgaver for den del af virksomheden, der overdrages.⁶

⁵ Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer af Lars Svenning Andersen m.fl., DJØF, 2009, 5. udgave, side 132.

⁶ Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse af Mette Klingsten, DJØF, 1. udgave, 2002, side 159.

Der synes at være enighed i den juridiske litteratur om, at overdragelse af medarbejdere, der er beskæftiget med tværgående / forskellige funktioner bør ske, hvis de i den væsentligste del af deres arbejdstid er beskæftiget med opgaver for den del af virksomheden, der overdrages.

Såfremt erhververen med sine nuværende medarbejdere kan undvære yderligere arbejdskraft, vil opsigelserne være rimeligt begrundet efter § 3, men en opsigelse af medarbejdere hos overdrageren kombineret med nyansættelser hos erhverver i tilsvarende stillinger, kan efter omstændighederne være i strid med lovens § 3. Der må her foretages en konkret vurdering af baggrunden for afskedigelsen hos overdrageren. Erhververs eventuelle behov for nyansættelser kan dog ikke medføre, at enhver opsigelse hos overdrager vil være i strid med § 3.

4. Beslutning om anvendelse af virksomhedsoverdragelsesloven

Den ovenfor beskrevne praksis fra EU-domstolen og de danske domstole tager alene stilling til, om der i de konkrete tilfælde forelå en overdragelse af en del af en virksomhed, således at direktivet/ virksomhedsoverdragelsesloven fandt (pligtmæssig) anvendelse for de pågældende medarbejdere.

Der er i retspraksis ikke taget stilling til spørgsmålet om overdragelse af medarbejdere, hvor loven ikke finder pligtmæssig anvendelse, men alene anvendes på baggrund af en beslutning fra udbyder (overdrager). Baggrunden for en sådan beslutning vil ofte være et personalepolitisk hensyn med det formål at undgå afskedigelser.

Det må antages, at vurderingen af medarbejdernes primære tilknytning vil være den samme selv om, der i en given situation ikke er tale om en overdragelse, der efter en selvstændig retlig vurdering ville være omfattet af virksomhedsoverdragelseslovens virksomhedsbegreb. Medarbejderne må derfor også i denne situation være forpligtet til at lade sig overdrage til erhverver, i det omfang de har den fornødne tilknytning til den del af virksomheden, der overdrages.

5. Udvælgelse i praksis

Retspraksis giver ikke et klart/entydigt fortolkningsbidrag til fastlæggelsen af, hvornår en medarbejder kan anses for ”væsentligst beskæftiget” med den opgave, der overdrages. Virksomhedsoverdragelsesloven giver således ikke et klart svar på afgrænsningen af hvilke medarbejdere, der skal overgå, når der kun overdrages en del af en virksomhed.

Det kan ikke på baggrund af retspraksis eller den juridiske litteratur lægges til grund, at der er en bestemt/absolut grænse for, hvornår en medarbejder kan siges at have sin primære tilknytning til den del af virksomheden, der

overdrages. Der må således - på baggrund af den konkrete medarbejders faktiske beskæftigelse i virksomheden - foretages en vurdering af, hvor det vil være mest naturligt, at medarbejderen fortsætter sin ansættelse.

En mulig fremgangsmåde må antages at være, at overdrager beregner hvor mange årsværk, der i dag kræves for at løse de opgaver, man ønsker at overdrage. Der skal herefter foretages en opgørelse af, hvor meget af de enkelte medarbejders arbejdstid, der går med løsning af de opgaver, der skal overdrages. Det antal medarbejdere, hvis beskæftigelse overstiger 50%, og som ligger inden for det samlede antal årsværk, overdrages.

I det tilfælde, hvor medarbejdere – i den givne situation - har deres primære tilknytning til den del af den virksomhed, der overdrages, finder virksomhedsoverdragelsesloven anvendelse. Det vil her ikke være sagligt at afskedige medarbejdere, medmindre afskedigelsen skyldes økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer, jf. virksomhedsoverdragelseslovens § 3.

Hvis medarbejderne derimod ikke har deres primære tilknytning til den del af virksomheden, der overdrages, vil virksomhedsoverdragelsesloven ikke finde (pligtmæssig) anvendelse, og det vil være sagligt at tilpasse ressourcerne ved at foretage afskedigelser. Eventuel afskedigelse må – som i enhver anden situation - foretages ud fra en helhedsvurdering af medarbejderens kvalifikationer i forhold til de arbejdsopgaver, der skal løses i den tilbageblevne virksomhed.

Overdragelse af en medarbejder der slet ikke eller kun i meget ringe omfang er beskæftiget med de opgaver, der overdrages vil ikke ved ordregivers ensidige beslutning kunne gennemføres i henhold til virksomhedsoverdragelsesloven.

Overførsel af en medarbejder i denne situation må således bero på en aftale mellem overdrager, erhverver og den pågældende medarbejder.

Rådet for De Europæiske Fællesskaber har i en note til direktivet erklæret, at det er overdrageren og erhververen, der afgør, hvilke dele af en bedrift med dertil hørende arbejdstagere, der skal overføres. Dette berører dog ikke arbejdstagernes ret til at gøre indsigelser med hensyn til tilhørsforholdet til den del, der overføres, eller den del, der ikke overføres. Beslutningen skal være båret af saglige hensyn og vil kunne prøves af domstolene.

Det vil være sagligt og hensigtsmæssigt at søge at udpege medarbejdere med tværgående/delvis funktioner, der inden for lovens rammer kan betegnes som værende væsentligst beskæftiget med den opgave, der overdrages. Dis-

se medarbejdere kan ellers komme i den situation, at deres job udhules ved successive udliciteringer med den konsekvens, at arbejdsgiveren på et tidspunkt må iværksætte afskedigelser på grund af arbejdsmangel.

Uanset, at der ikke foreligger oplysninger om, hvorvidt leverandøren ville skulle ud og foretage nyansættelser inden for de pågældende funktionsområder, vil det efter omstændighederne være sagligt at yde medarbejderne den beskyttelse, der ligger i at være omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

Det vurderes, at en dansk domstol må antages at nå samme resultat.

6. Tilbud om anden passende stilling

Det fremgår af visse dele af den juridiske litteratur på området, at det er uafklaret, om en ansat, der primært er beskæftiget med den del af virksomheden, der overdrages, kan insistere på at følge denne del eller kan pålægges fremover at arbejde i den øvrige del af virksomheden og i bekræftende fald, om der hermed er tale om en ny stilling.⁷

Det må antages at forekomme bedst overensstemmende med dansk arbejdsret og ledelsesretten, at en medarbejder ikke kan stille krav om at blive overdraget, selv om denne er væsentligst beskæftiget med den del af en virksomhed, der overdrages, såfremt den nuværende arbejdsgiver ønsker at omplacere medarbejderen til andet arbejde, som medarbejderen (umiddelbart) er forpligtet til at udføre.

⁷ Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer af Lars Svenning Andersen m.fl., DJØF, 2009, 5. udgave, side 134.