

NOTAT

Virksomhedsoverdragelse ved tilbagetagelse af opgaver

April 2011

Side 1/6

Dette notat redegør for virksomhedsoverdragelseslovens anvendelse ved den offentlige ordregivers hjemtagelse/tilbagetagelse af opgaver, der i en periode har været varetaget af en ekstern leverandør. Notatet er udarbejdet af KL's Juridiske Kontor, og lanceres af Udbudsportalen.dk.

1. Indledning

Lige så vel som den offentlige ordregiver kan beslutte at konkurrenceudsætte og efterfølgende udlicitere en opgavevaretagelse til en ekstern leverandør, kan den offentlige ordregiver ved kontraktens ophør beslutte, at opgaven fremover skal varetages i eget regi.

I forbindelse med tilbagetagelsen af opgaven skal det vurderes, om virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse.

Virksomhedsoverdragelseslovens § 1, stk. 1 og 2 har følgende ordlyd:

§ 1. Loven finder anvendelse ved overdragelse af en virksomhed eller en del heraf, der ligger inden for det område, hvor traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab finder anvendelse.

Stk. 2. Denne lov finder anvendelse på offentlige og private virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de virker med gevinst for øje. En administrativ eller ved lov foretaget omorganisering af offentlige administrative myndigheder eller en overførsel af administrative funktioner mellem offentlige administrative myndigheder er ikke en overførsel i denne lovs forstand.

2. Virksomhedsoverdragelseslovens anvendelsesområde

Der stilles tre betingelser for, at loven finder anvendelse; at der sker et arbejdsgiverskifte, at overførslen sker ved aftale, og at overførslen vedrører en virksomhed eller en del heraf, som udøver økonomisk aktivitet.

For at loven finder anvendelse, skal der være tale om overførsel af en selvstændig økonomisk enhed, der bevarer sin identitet. Det følger af retspraksis, at der heri ligger, at der skal ske overførsel af en helhed af midler – personer og aktiver - der på en stabil måde er organiseret med henblik på udøvelse af økonomisk virksomhed med selvstændigt formål. Der er ikke krav om, at virksomheden udøves med gevinst for øje.

I vurderingen af om der bliver overført en økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet kan indgå følgende elementer:

1. Hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om
2. Hvorvidt der er sket en overførelse af materielle aktiver som fx bygninger og løsøre og hvorvidt der overføres immaterielle aktiver
3. Hvorvidt den nye arbejdsgiver har overtaget en betydelig del af de hidtidige medarbejdere kvantitativt (antal) eller kvalitativt (kvalifikationer)
4. Om kundekredsen overføres
5. I hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførelsen er de samme
6. Om aktiviteterne har været indstillet og i givet fald hvor længe

Disse forhold kan dog kun indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og de kan derfor ikke være udslagsgivende isoleret set.

Notat ”Virksomhedsoverdragelseslovens anvendelsesområde ved konkurrenceudsættelse” indeholder en nærmere analyse af de elementer, der indgår i vurderingen af, hvornår virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse. Der henvises således til dette notat.

3. Særligt vedrørende tilbagetagelse

Der er ikke i retspraksis tvivl om, at tilbageførsel af en opgave kan være omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven. Det er endvidere fastslået, at tilbagetagemåden ikke er afgørende. Der kan fx være tale om kontraktudløb, aftale om tilbagetagelse, misligholdelse eller tilbagetagelse ved fogedrettens hjælp.

EU-domstolen har fastslået¹, at direktivet – der ligger bag den danske virksomhedsoverdragelseslov – fandt anvendelse på tilbagetagelse af en bortforpagtet virksomhed efter forpagterens misligholdelse. Domstolen udtalte sig helt generelt om tilbagetagelse uden forbehold om tilbagetagemåden.

EU-domstolen har endvidere i en sag² om tilbageførsel af en virksomhed som følge af en retslig ophævelse af en leasingkontakt udtalt:

¹ Ny Mølle – dom af 17. december 1987 C-287/86.

² Berg – dom af 5. maj 1988 C-144 og 145/87.

”Lignende betragtninger gør sig gældende i det tilfælde, hvor den således overførte virksomhed tilbageføres til den tidligere indehaver, fordi leasingkontrakten ophæves, idet det herved er uden betydning, om kontrakten ophæves ifølge aftale mellem de kontraherende parter, ensidigt af en af parterne eller ifølge en retsafgørelse. I alle disse tilfælde er overførslen af virksomheden af aftaleretlig karakter.”

Der sker således en ny virksomhedsoverdragelse ved tilbageførsel af virksomheden til den oprindelige overdrager, når virksomheden *faktisk* tilbageleveres til ordregiver. Det er ikke afgørende, hvornår der fx afgives hæve-meddelelse, fremsendes opsigelse, eller hvilket skæringstidspunkt parterne har valgt for deres refusionsopgørelse mv. men derimod tidspunktet for den faktiske tilbagetagelse.

Det er dog en betingelse, at der består en virksomhed i lovens forstand på det tidspunkt, hvor den faktiske tilbagelevering finder sted. Der skal således foretages en vurdering af organiseringen af opgaveløsning hos den eksterne leverandør i forhold til de ovenfor under punkt 2 nævnte kriterier.

I modsætning til overdragelsessituationen fra ordregiver til en privat leverandør har ordregiver ved tilbagetagelse ikke den viden om organiseringen af opgaveløsningen, som umiddelbart sætter ordregiver i stand til at foretage en vurdering af, om virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse. Ordregiver må derfor indhente oplysninger herom hos leverandøren.

Som ordregiver bør man derfor allerede, når man indgår kontrakten med leverandøren sikre sig, at leverandøren ved kontraktophør er forpligtet til at afgive de fornødne oplysninger med henblik på vurdering af, om loven finder anvendelse samt i givet fald da at afgive oplysninger om medarbejdernes løn- og ansættelsesforhold.

4. Ordregivers handlemuligheder

4.1 Ordregivers frasigelse af kollektive overenskomster

Offentlige ordregivere på det danske arbejdsmarked har indgået kollektive overenskomster med relevante faglige organisationer.

Når den offentlige ordregiver tilbagetager en opgave, der i en periode har været løst af en ekstern leverandør skal den offentlige ordregiver frasige sig de private kollektive overenskomster i forhold til de medarbejdere, ordregiver overtager i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen for at undgå en konfliktende dobbeltoverenskomstsituation, jf. virksomhedsoverdragelseslovens § 4a.

Når erhverver (her den offentlige ordregiver) frasiger sig overdragers kollektive overenskomst, overdrages medarbejderne med de individuelle løn- og arbejdsvilkår, der følger af den kollektive overenskomst og aftale, samt individuelle aftaler om løn- og arbejdsforhold, jf. virksomhedsoverdragelseslovens § 2.

Når den private kollektive overenskomst som sådan ikke fortsætter, vil det arbejdsretlige udgangspunkt være, at de kollektive bestemmelser i erhververs – her den offentlige ordregivers - kollektive overenskomst i øvrigt regulerer ansættelsesvilkårene for alle ansatte, hvis det pågældende arbejde er omfattet af overenskomstens dækningsområde – og altså også de medarbejdere, ordregiver overtager ved tilbagetagelsen.

Medarbejderne vil således kunne påberåbe sig de rettigheder, som virksomhedsoverdragelsesloven sikrer, og samtidig – under henvisning til reglen om overenskomstens udelelighed – kunne påberåbe sig de kollektive overenskomstmæssige rettigheder erhververs overenskomst giver, fx bestemmelser om mægling, voldgift, TR mv. Ligesom medarbejderne skal overholde de pligter, der følger af overenskomsten, fx fredspligten.

Det må endvidere antages, at de overtagne medarbejdere ud fra et kollektiv arbejdsretligt synspunkt vil have ret til i det hele at vælge sig over på ordregivers kollektive overenskomst, såfremt de måtte finde dette mere fordelagtigt end at beholde deres individuelle vilkår samt kollektive bestemmelser i erhververs overenskomst.

Medarbejderne kan derimod ikke plukke det bedste fra overdragers og erhververs overenskomster.

Der henvises i øvrigt til notat ”Frasigelse af kollektive overenskomster”.

4.2 Tilpasningsforhandling

Den offentlige ordregiver kan ofte have et ønske om i det hele at overføre medarbejderne til sin egen kollektive overenskomst allerede fra overtagelsesdagen. Ordregiver undgår dermed at skulle administrere efter et ekstra og ukendt regelsæt i perioden indtil den private kollektive overenskomst udløber.

Der er ikke noget til hinder for at gennemføre en sådan tilpasningsforhandling med de forhandlingsberettigede organisationer. De aftalte vilkår må imidlertid ikke medføre, at medarbejderne stilles ringere, end de vilkår de ville have efter virksomhedsoverdragelsesloven.

Da den enkelte medarbejder kan støtte direkte ret på virksomhedsoverdragelsesloven, bør ordregiver i forbindelse med en sådan forhandling sikre sig enten, at den forhandlingsberettigede organisation kan indgå aftale på vegne af medarbejderne, eller at den enkelte medarbejder efterfølgende tiltræder forhandlingsresultatet, fx i form af at underskrive et nyt ansættelsesbrev.

Godkendelse af vilkår

Aftales der vilkår for overdragelsen, som ikke kan rummes inden for ordregivers kollektive overenskomst skal vilkårene godkendes af de for ordregiver kompetente organer/tilsyn.³

5. Information og forhandling

Det følger af virksomhedsoverdragelseslovens § 5, stk. 2, jf. stk. 1, at erhverver skal informere de berørte lønmodtagere på dennes virksomhed om overtagelsen.

De berørte lønmodtagere skal underrettes om

- 1) datoen eller den foreslåede dato for overdragelsen
- 2) årsagen til overdragelsen,
- 3) overdragelsens juridiske, økonomiske og sociale følger for lønmodtagerne og
- 4) eventuelle foranstaltninger for lønmodtagerne

Såfremt overtagelsen af opgaven medfører iværksættelse af foranstaltninger overfor erhververs medarbejdere, skal der i rimelig tid inden overtagelsen indledes forhandlinger med lønmodtagernes repræsentanter eller, såfremt sådanne ikke er valgt, de berørte lønmodtagere med henblik på at nå frem til en aftale, jf. lovens § 6, stk. 2, jf. stk. 1.

Hertil kommer, at der for den offentlige ordregiver er en forpligtelse i kollektive aftaler om SU/MED⁴ om at informere og inddrage medarbejderne i forbindelse med større omstillinger, udbud og udlicitering. Herunder også ved tilbagetagelse af opgaver og overtagelse af medarbejdere i forbindelse hermed.

³ Fx på det kommunale område Kommunernes Lønningsnævn og på det regionale område Regionernes Lønnings- og Takstnævn.

⁴ På det kommunale område gælder: Rammeaftale om medindflydelse og medbestemmelse indgået mellem KL og KTO, Aftale om tillidsrepræsentanter, samarbejde og samarbejdsudvalg indgået mellem KL og KTO samt Protokollat om medarbejderes inddragelse og medvirken ved omstillinger, udbud og udlicitering.

Med hensyn til information og inddragelse af medarbejdere henvises for uddybende redegørelse til notat ”Information og inddragelse af medarbejdere efter SU/MED-reglerne”.

5.1 Nye ansættelsesbreve

Den offentlige ordregiver skal som erhverver udstede nye ansættelsesbreve til medarbejderne senest en måned efter overtagelsen.⁵

6. Forholdet mellem overdrager og erhverver

Ordregiver bør allerede i kontrakten med den eksterne leverandør om dennes overtagelse af opgaveudførelsen og medarbejderne regulere vilkårene i forbindelse med kontraktophør.

Den eksterne leverandør bør i forbindelse med kontraktophør og ordregivers tilbagetagelse af opgaven forpligtes til at afgive oplysninger med henblik på vurdering af, om der er tale om en virksomhedsoverdragelse, samt i givet fald at afgive oplysninger om medarbejdernes løn- og ansættelsesvilkår.

Hertil kommer, at leverandøren skal forpligtes til at medvirke til udarbejdelse af en refusionsopgørelse med henblik på afregning af ferie, afspadsering mv.

Endelig skal den offentlige ordregiver allerede ved kontraktindgåelsen med leverandøren tage stilling til, om leverandøren skal afgive sikkerhedsstillelse i form af en bankgaranti for eventuelle økonomiske forpligtelser i forhold til medarbejderne.

⁵ jf. Aftale mellem KL og KTO om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet, samt på statens område LBK 240 af 17.03.2010 arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet.