

# Virksomhedsoverdragelse

## 1. Virksomhedsoverdragelse

Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse regulerer forholdet mellem en overdraget virksomhed og virksomhedens medarbejdere.

Loven pålægger erhververen af en virksomhed vidtrækkende økonomiske forpligtelser. Loven stammer oprindeligt fra et EU-direktiv og har givet anledning til utallige retssager om fortolkning af loven. Loven indeholder en række komplicerede vurderinger. Det anbefales derfor at kontakte HORESTA's juridiske afdeling for en vurdering af en påtænkt virksomhedsoverdragelse, før overdragelsen gennemføres.

Formålet med loven er at beskytte de medarbejdere, der er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven. Hovedprincippet er, at erhververen indtræder direkte i overdragerens forpligtelser overfor medarbejdere.

## 2. Hvornår er en overdragelse omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven

Kerneområdet for virksomhedsoverdragelsesloven er almindelige aftaler om overdragelse af en virksomhed eller en del af en virksomhed fra en person eller et selskab (i det følgende kaldet "overdrager") til en anden person eller et selskab (i det følgende kaldet "erhverver"). Loven definerer ikke udtrykkeligt, hvad der forstås ved en virksomhed eller en del af en virksomhed.

Retspraksis fra EU-Domstolen og de danske domstole har fortolket virksomhedsbegrebet meget vidt.

I praksis er der eksempler på, at der skal meget lidt til, for at man kan definere noget som en del af en virksomhed. Der er eksempler på, at overdragelser af mindre rengøringsopgaver og helt sekundære kantinefunktioner er blevet anset for en del af en virksomhed – og dermed omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

Ligeledes vil outsourcing og udlicitering kunne være omfattet af loven.

Det afgørende er ifølge retspraksis, hvorvidt der er tale om en overdragelse af en økonomisk enhed, som ud fra en helhedsbedømmelse har bevaret sin identitet.

Retspraksis har i den vurdering fastslået, at der særligt er 7 kriterier, som skal tages i betragtning ved en helhedsvurdering af, om virksomheden har bevaret sin økonomiske identitet:

- Arten af den virksomhed, der er tale om,
- Hvorvidt der overdrages materielle aktiver,
- Værdien af de immaterielle aktiver, der overdrages – eksempelvis goodwill,
- Hvorvidt en efter antal og kvalifikationer væsentlig del af medarbejderne overdrages,
- Om virksomhedens kundekreds overdrages,
- Ligheden mellem de aktiviteter overdrageren og erhververen udøver,
- Varigheden af en eventuel afbrydelse af virksomhedens aktiviteter.

Denne 7 punkts liste er dog ikke udtømmende. Tilstedeværelsen eller fraværet af et eller flere af momenterne er heller ikke i sig selv afgørende. Retspraksis har dog særligt tillagt kriterium nr. 1 betydelig vægt, således at vurderingen af, hvad det væsentligste for driften af netop den type virksomhed er, ofte er afgørende.

Det vil altid afhænge af en samlet konkret vurdering, om der er overdraget "nok" til, at der er tale om en virksomhed eller en del af en virksomhed.

Vurderingen er vanskelig og stadig under udvikling. Loven omfatter ofte overdragelse af aktiviteter som efter en almindelig sproglig forståelse næppe vil udgøre en virksomhed.

### 3. Overdragelse i virksomhedsoverdragelseslovens forstand

Loven finder anvendelse, hvis en virksomhed eller en del af en virksomhed overdrages til en anden indehaver. Loven finder kun anvendelse, hvor arbejdsgiveren skifter identitet.

Det kan eksempelvis ske ved:

- overdragelse fra en person/ et selskab til anden person/ andet selskab,
- at udskille aktiviteter fra et moderselskab til et datterselskab,
- visse former for fusioner,
- forpagtning, lejeaftaler,
- outsourcing/ udlicitering.

Det er ikke afgørende, om der er indgået en formel aftale eller skriftlig kontrakt om overdragelsen.

Eksempelvis kan en videreførelse af samme type virksomhed – som følge af overtagelse af lejede/ leasede lokaler – udgøre en virksomhedsoverdragelse. Dette gælder især ved drift af samme type virksomhed.

Overdragelse af ejerandele (fx aktier)

Ved overdragelse af aktier i et aktieselskab er udgangspunktet, at arbejdsgiveren ikke skifter identitet. I denne situation er arbejdsgiveren fortsat det samme aktieselskab, og virksomhedsoverdragelsesloven finder ikke anvendelse. Dette vil eksempelvis være tilfældet,

hvis en person, der ejer samtlige aktier i aktieselskabet, og samtidig forestår den daglige ledelse, overdrager aktierne og den daglige ledelse til en anden person.

#### Konkurs

Hvis en virksomhed går konkurs og overgår til et konkursbo, er der ikke tale om en virksomhedsoverdragelse. Såfremt konkursboet efterfølgende overdrager hele eller dele af den konkursramte virksomhed, vil der derimod som udgangspunkt (efter omstændighederne) være tale om en virksomhedsoverdragelse, som er omfattet af loven.

#### 4. Hvilke forpligtelser indtræder erhververen af virksomheden i?

Lovens hovedformål er at beskytte de overdragne medarbejdere. Loven bestemmer derfor, at erhververen indtræder i enhver form for forpligtelse overfor medarbejderne. Det er uden betydning, om denne forpligtelse findes som en skriftlig aftale, en mundtlig aftale, som kutyme eller sædvane. Lovens formål er, at medarbejderen ikke skal kunne mærke forskel, som følge af at arbejdsgiveren ændres fra at være overdrageren til erhververen.

HORESTA råder enhver potentiel erhverver af en virksomhed til at foretage meget grundige undersøgelser af, hvad der er af forpligtelser overfor medarbejderne, før man indgår en overdragelsesaftale. Som potentiel køber bør man opfordre overdrageren til at oplyse om alle forpligtelser og gennemgå ansættelseskontrakterne for de overtagne medarbejdere.

Disse forpligtelser kan blandt andet være:

- Anciennitet (medarbejderen bevarer sin anciennitet hos erhververen),
- Påbegyndte opsigelsesvarsler,
- Enhver form for lønforpligtelse, herunder pension, feriepenge, overarbejde mv.,
- Krav på betaling af godtgørelser mv.,
- Forpligtelser iflg. kollektive overenskomster (se dog mere herom nedenfor).

Denne undersøgelse er meget vigtig, da man som erhverver af en virksomhed kommer til at hæfte for disse forpligtelser over for en medarbejder, også eventuelle bagudrettede forpligtelser – uanset om overdrageren ikke har oplyst noget om denne forpligtelse.

Som overdrager af en virksomhed er det tillige vigtigt at oplyse en potentiel erhverver om ovennævnte forhold og forpligtelser, idet der påhviler overdrageren af en virksomhed en loyal oplysningspligt. Opfyldes denne oplysningspligt ikke, kan dette i nogle tilfælde betyde, at erhververen af virksomheden kan træde tilbage fra handlen.

#### 5. Hvilke medarbejdere er omfattede?

Loven omfatter lønmodtagere. Det betyder, at den daglige leder (direktør) af virksomheden ikke er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

Det afgørende er, om "medarbejderen" i realiteten fungerer som den ledende direktør. Som udgangspunkt vil administrerende direktører, der er anmeldt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen derfor falde udenfor lovens beskyttelse.

En medarbejder, der ejer en så stor del af virksomheden, at han/hun i realiteten ikke er undergivet instruktioner, falder ligeledes udenfor lovens beskyttelse. En medarbejder, der ejer en mindre aktieportion (medarbejderaktier, aktieoptioner, warrants), vil fortsat betragtes som lønmodtager og vil være omfattet af loven.

Selvstændige erhvervsdrivende, der yder virksomheden konsulentbistand eller lign., er ikke omfattet af loven. Sondringen om, hvorvidt en person driver selvstændig virksomhed eller ansat som medarbejder, afhænger af en konkret vurdering af en række forhold.

Hvis medarbejderen er opsagt, men ikke fratrukket, hæfter erhververen for medarbejderens krav på betaling af eksempelvis løn i den resterende del af opsigelsesvarslet – samt evt. ikke betalte krav på feriegodtgørelse og godtgørelse for usaglig opsigelse mv.

Udgangspunktet er, at medarbejdere, der før overtagelsesdagen er effektivt fritstillet, ikke er omfattet af loven. Hvis medarbejderen på trods af opsigelsen og fritstillingen inden overdragelse, alligevel ansættes af erhververen, umiddelbart efter overdragelsen, er der risiko for, at medarbejderen er omfattet af loven. Afgørende vil typisk være, om medarbejderens fratreden har været reel. Jo længere tid medarbejderen har været væk – desto større sandsynlighed for, at han betragtes som definitivt fratrukket.

Medarbejdere, der er bortvist før overtagelsesdagen, er heller ikke omfattet af lovens beskyttelse.

#### 6. Informationspligt (ansættelsesbevis)

Ved en virksomhedsoverdragelse skifter arbejdsgiveren identitet. Konsekvensen er, at medarbejderen skal have udleveret nyt ansættelsesbevis med arbejdsgiverens nye identitet angivet.

#### 7. Særligt om kollektive overenskomster

Konsekvensen af at loven anvendes er, at erhververen indtræder umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overdragelsestidspunktet i henhold til de individuelle aftaler og bestemmelser i kollektive overenskomster om løn og arbejdsforhold.

I udgangspunktet vil overdragerens overenskomsmæssige forpligtelser derfor blive overført til erhververen. Der er dog mulighed for, at erhververen kan frasige sig overdragerens overenskomst, hvilket fx kan være relevant, hvis erhververen er forpligtet af anden overenskomst.

I givet fald skal erhververen inden fem uger efter det tidspunkt, hvor erhververen vidste eller burde vide, at medarbejdere på den virksomhed, der overdrages, har været omfattet af en kollektiv overenskomst – dog således, at man altid har en frist på mindst tre uger efter overtagelsen – underrette det pågældende fagforbund, hvis erhverver ikke ønsker at tiltræde overenskomsten. I modsat fald anses erhververen for at have tiltrådt overenskomsten.

Hvis erhververen i forvejen er omfattet af en overenskomst med et andet fagforbund og ikke tiltræder overdragerens overenskomst, gives der de overdragede medarbejdere ret til gennem deres forbund at kræve forhandling med virksomhedens ledelse om løn og ansættelsesvilkår.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at selvom erhververen frasiger sig overenskomsten efter disse regler, bevarer medarbejderne deres individuelle rettigheder i henhold til overenskomsten mindst indtil overenskomstperiodens udløb.

Erhververen kan herefter varsle ændringer i medarbejdernes ansættelsesforhold – dog så disse tidligst får virkning fra overenskomstperiodens udløb. Det betyder, at selvom overenskomsten opsiges, bevarer medarbejderne i resten af overenskomstperioden deres individuelle rettigheder på eksempelvis minimalløn, barselsordninger, overtidsbetaling, fridage, barns 1. sygedag osv.

#### 8. Specielt om ændring af vilkår

Virksomhedsoverdragelsesloven giver ikke i sig selv erhververen adgang til at foretage væsentlige ændringer i ansættelsesforholdet. Dog kan erhververen foretage ændringer i ansættelsesforholdet efter den faktiske overtagelse, hvis dette er sagligt begrundet.

De saglige begrundelser kan være økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer i virksomheden. Vurdering af, om ændringen er saglig, er i princippet den samme som ved almindelige opsigelser, jf. nærmere herom nedenfor.

Hvis ændringen er væsentlig, skal den som udgangspunkt varsles med medarbejdernes individuelle varsel. Vurderingen af, om en ændring er væsentlig, er som udgangspunkt den samme som ved andre ansættelsesforhold, hvor virksomhed vil gennemføre ændringer.

Som sædvanlig kan medarbejderen vælge at betragte en varsel af en væsentlig ændring som en opsigelse og fratrage efter udløb af varslingsperioden. Medarbejderen kan også kræve godtgørelse, hvis opsigelsen ikke er sagligt begrundet. En sådan godtgørelse vil i de fleste tilfælde ligge på samme niveau som ved "almindelige" usaglige opsigelser.

Ændrede arbejdsvilkår kan aftales, hvis der er enighed mellem erhverver og de overtagne medarbejdere. Dette forudsætter dels, at der er tale om en gyldig aftale, der ikke samlet set stiller medarbejderen ringere end funktionærloven, dels at der ikke er tale om ændringer af

vilkår, som medarbejderen har i henhold til en (opsagt) overenskomst inden overenskomstperiodens udløb, jf. overfor.

På samme måde som medarbejderen må tåle uvæsentlige ændringer i normale ansættelsesforhold, må også overdragne medarbejdere tåle det.

I særlige situationer kan medarbejderen påberåbe sig, at overdragelsen er en bristende forudsætning for ansættelsesforholdet og hæve det. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis medarbejderen ved overdragelsen af en mindre virksomhed har et tæt personligt forhold til overdrageren. Det er medarbejderen, der har bevisbyrden for, at der foreligger bristende forudsætninger.

#### 9. Specielt om opsigelse

Loven fastslår udtrykkeligt, at en virksomhedsoverdragelse ikke i sig selv er en saglig begrundelse for at opsiges en medarbejder. Loven fastslår dog samtidig, at virksomheden kan opsiges medarbejderen, hvis dette er rimeligt begrundet i virksomhedens økonomiske, tekniske og organisatoriske forhold.

Vurderingen af, om de økonomiske, tekniske eller organisatoriske forhold, der påberåbes, er "rimelige", er den samme vurdering, som ved en opsigelse i almindelighed. Med andre ord: hvis overdrageren kunne have gennemført de samme opsigelser – uden at dette var usagligt – vil erhververen også kunne gøre det.

I forbindelse med virksomhedsoverdragelser vil der ofte være tale om, at erhververen af virksomheden selv har medarbejdere, som vil kunne udføre den eller de opgaver, som ligger i den virksomhed, som nu er overdraget.

Dette kan betyde, at der efter overdragelsen vil være en overtallighed af medarbejdere. Det vil efter de konkrete omstændigheder være sagligt at opsiges medarbejdere som følge af en sådan overtallighed.

Erhververen af virksomheden har ved udvælgelsen af de medarbejdere (såvel de medarbejdere, som er beskæftiget hos overdrager, og de medarbejdere, som er beskæftiget hos erhververen), som skal opsiges, et forholdsvis vidt skøn. Det er dog i den forbindelse særdeles vigtigt, at udvælgelsen af de medarbejdere, som opsiges, sker ud fra saglige kriterier. Eksempelvis vil det være uretmæssigt, såfremt udvælgelsen sker på baggrund af følgende forhold:

- Køn
- Fagforeningstilhørsforhold
- Handicap
- Alder

- Race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, national, social eller etnisk oprindelse
- Graviditet eller orlov i forbindelse med fødsel og adoption
- Tillidsmænd og medlemmer af arbejdsmiljøorganisationen, samarbejdsudvalget og medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer er særligt beskyttede medarbejdere
- Elever vil ofte også være særligt beskyttede i forhold til ophævelse af uddannelsesaftalen

#### 10. Underretnings- og forhandlingspligt

Overdrageren af virksomheden skal i rimelig tid inden overdragelsen underrette medarbejderne – eller medarbejdernes repræsentanter (eksempelvis tillidsrepræsentant) om den påtænkte overdragelse. Underretningspligten omfatter den foreslåede dato for overdragelse, årsagen til overdragelsen, overdragelsens juridiske, økonomiske og sociale følger, samt hvilke eventuelle foranstaltninger overdragelsen medfører.

Underretningspligten gælder også for erhverver, hvis han eller hun allerede driver virksomhed, og overdragelsen berører medarbejderne i den eksisterende virksomhed.

Loven indeholder ingen regler om, hvordan informationerne skal gives til medarbejderne eller deres repræsentanter. Informationerne kan både gives skriftligt eller mundtligt ved et møde. Det anbefales dog af bevismæssige årsager under alle omstændigheder at give medarbejderne en skriftlig information. Hvis overdragelsen af virksomheden får betydning for medarbejdernes fremtidige arbejdsopgaver, har overdrageren pligt til i rimelig tid inden overdragelsen at indlede forhandlinger med medarbejderne om at nå frem til en aftale.

Overtrædelse af underretnings- og forhandlingspligten er i loven sanktioneret med bødestraf. Der er kun meget lidt retspraksis om denne sanktionering.

Såfremt den overtagne virksomhed er bundet af Samarbejdsaftalen, vil virksomheden være forpligtet til at informere samarbejdsudvalget om virksomhedsoverdragelsen i rimelig tid inden overdragelsen. Det er vigtigt at være opmærksom på denne informationsforpligtelse, da manglende information til samarbejdsudvalget betyder, at virksomheden kan ifalde bodsansvar for Arbejdsretten. Der er eksempler på sager, hvor virksomheden er blevet pålagt betaling af bod som følge af manglende overholdelse af informationsforpligtelsen i henhold til Samarbejdsaftalen.

Det beror på et skøn, hvornår informationen skal gives. I dette sammenhæng har det også betydning, hvornår virksomheden kan offentliggøre overdragelsen af hensyn til selskabsretlige, konkurrenceretlige og børsretlige regler.

HORESTA bistår medlemmerne ved overholdelse af denne vigtige forhandlings- og informationsforpligtelse.