

# Virksomhedsoverdragelse i et ansættelsesretligt perspektiv - en analyse af virksomhedsoverdragelseslovens anvendelsesområde



**AALBORG UNIVERSITET**  
STUDENTERRAPPORT

---

Kandidatspeciale foråret 2017

Erhvervsjura

Nann Bro Sørensen

Studienummer: 20123924

Vejleder: Line Bune Juhl

## Abstract

The focus in this thesis is to determine the scope for EU directive 2001/32/EF and the Danish legislation.

The method when establishing the present state of law, is the legal dogmatic method. To determine the current state of law there will be an analysis of different sources of the law. The primary source is the directive and the Danish legislation. The thesis also includes a significant amount of case law to interpret the legislation.

The directive should provide protection for the employee of the potential negative effects of a transfer. It is therefore important to establish the meaning of an undertaking and what a legal transfer is.

When establishing the scope there are three essential concepts. The economic entity, the identity and the legal transfer.

Despite many judgments from the European Court of Justice the definition of an undertaking remains unclear. Case law shows that there needs to be an economic entity which retains its identity after a transfer. This was implemented in the amendment of the directive in 1998. Case law has evolved over the years; it has moved from a point where solely activity was enough to state economic entity to the present, where only activity in itself is not enough to establish an economic entity.

The economic entity needs to retain its identity. The Court of Justice has on several occasions repeated some characteristics that the national courts must take in consideration when they need to establish identity. Case law shows that it is highly important to determine the nature of the undertaking. It is a distinction between asset reliant undertakings and labour intensive undertakings. This determines the importance attached to each criterion.

The typical legal transfer is a traditional takeover or merger. Besides the typical transfer, there is also the atypical transfers. Contracting out is an atypical transfer. It has not always been clear if a "contracting out situation" was within the scope of the directive. According to case law; contracting out, subcontracting and contracting in are within the scope of the directive.

When an activity is contracted out the goal is often to save money. As stated earlier, contracting out will be regulated by the directive. Many activities can be contracted out, but it is often an activity dependent on labor instead of tangible assets. In a labor intensive sector like eg. cleaning, a group of employees can be found as an economic entity. That means, that a new vendor might be forced, according to the directive, to take over personnel on expensive terms. It is a concern, that it might be

unattractive to bid on a contract if it is a risk, it might be regulated by the directive. This is an example of the Court of Justice' struggle to balance the consideration for a flexible and competitive market and the protection of the employees. Case law shows that the Court of Justice puts the greatest emphasis on the protection of the employees.

The conclusion of this thesis is that the assessment of the economic entity and the identity is fact-based and unique in every case. The Court of Justice has repeatedly stated guidelines for establishing identity, and it is up to each national court to make use of these guidelines. The legal position is that it is very difficult to predict, if a situation is within the scope of the directive.

## Indholdsfortegnelse

|                                                                                                                                                                                                         |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Indholdsfortegnelse.....                                                                                                                                                                                | 4  |
| 1 Indledning.....                                                                                                                                                                                       | 6  |
| 1.1 Afgrænsning.....                                                                                                                                                                                    | 8  |
| 1.2 Metode .....                                                                                                                                                                                        | 8  |
| 1.3 Læsevejledning.....                                                                                                                                                                                 | 10 |
| 2 Det retlige grundlag .....                                                                                                                                                                            | 11 |
| 2.1 Regulering før virksomhedsoverdragelsesloven .....                                                                                                                                                  | 11 |
| 2.2 Virksomhedsoverdragelsesloven .....                                                                                                                                                                 | 12 |
| 2.3 Direktivet om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af<br>arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overtagelse af virksomheder, bedrifter eller dele af<br>bedrifter ..... | 14 |
| 2.4 Lønmodtageren og arbejdstageren.....                                                                                                                                                                | 16 |
| 2.5 Opsamling .....                                                                                                                                                                                     | 16 |
| 3 Definitionen af en virksomhed i virksomhedsoverdragelsesloven .....                                                                                                                                   | 18 |
| 3.1 Definitionen af en virksomhed i direktivet .....                                                                                                                                                    | 20 |
| 3.2 Retskilderne i forhold til hinanden.....                                                                                                                                                            | 23 |
| 4 Den økonomiske enhed som bevarer sin identitet.....                                                                                                                                                   | 24 |
| 5 Den økonomiske enhed.....                                                                                                                                                                             | 24 |
| 5.1 Den vide fortolkning .....                                                                                                                                                                          | 24 |
| 5.2 C-392/92, Christel Schmidt .....                                                                                                                                                                    | 24 |
| 5.3 Opstramningen.....                                                                                                                                                                                  | 27 |
| 5.4 C-13/95 Süzen .....                                                                                                                                                                                 | 27 |
| 5.5 Tiden efter Süzen .....                                                                                                                                                                             | 29 |
| 5.6 Opsamling .....                                                                                                                                                                                     | 32 |
| 6 Den økonomiske enheds identitet.....                                                                                                                                                                  | 34 |
| 6.1 C-24/85 Spijkers .....                                                                                                                                                                              | 34 |
| 6.2 Den vide fortolkning .....                                                                                                                                                                          | 35 |
| 6.3 Opstramningen.....                                                                                                                                                                                  | 38 |
| 6.4 Kriterierne fra Spijkers.....                                                                                                                                                                       | 39 |
| 6.5 Opsamling .....                                                                                                                                                                                     | 49 |
| 6.6 Den nedre grænse og parternes indflydelse på loven og direktivets anvendelse .....                                                                                                                  | 50 |
| 7 Overdragelsen.....                                                                                                                                                                                    | 53 |

|     |                                                                              |    |
|-----|------------------------------------------------------------------------------|----|
| 7.1 | Et skift af ejer og arbejdsgiver.....                                        | 54 |
| 7.2 | Konkurs .....                                                                | 55 |
| 7.3 | Trekantssituationen.....                                                     | 56 |
| 7.4 | Udlicitering /outsourcing .....                                              | 57 |
| 7.5 | Følger af lovens/direktivets anvendelse på udlicitering og outsourcing ..... | 60 |
| 7.6 | Opsamling .....                                                              | 62 |
| 8   | Konklusion .....                                                             | 63 |
| 9   | Litteraturliste .....                                                        | 66 |
| 9.1 | Bøger .....                                                                  | 66 |
| 9.2 | Artikler .....                                                               | 67 |
| 9.3 | Lovgivning og forarbejder .....                                              | 68 |
| 9.4 | Retspraksis .....                                                            | 69 |
| 9.5 | Øvrige .....                                                                 | 71 |

## 1 Indledning

Siden Romtraktaten i 1957 har der været en løbende udvikling i den europæiske arbejdsret. Udviklingen er båret af mange hensyn bl.a. til arbejdstagerne, men også til det indre marked. I 1974 bliver det første sociale handlingsprogram vedtaget, og flere er fulgt siden.<sup>1</sup> Handlingsprogrammet er Stats- og regeringschefernes tilkendegivelse om, at det sociale område har samme opmærksomhed som det finansielle og økonomiske i det europæiske samarbejde. Efter erklæringen om de sociale intentioner i handlingsprogrammet vedtager man i perioden 1975-1980 seks direktiver på det ansættelsesretlige område. Et af disse var 77/187 EØF Rådets direktiv *om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overtagelse af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter* fra 1977. Direktivet bliver efterfølgende implementeret i dansk ret som Lov nr. 111 af 21/3 1979, *Lov om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse*.

En virksomhedsoverdragelse kan være en omfattende juridisk disciplin, hvor mange områder af juraen skal overvejes for eksempel selskabsretlige, skatteretlige, konkurrenceretlige og ansættelsesretlige. Alle områder har en stor betydning for selve overdragelsen, men også for driften af virksomheden efterfølgende. En virksomhed som mister størstedelen af sine medarbejdere i forbindelse med en overdragelse, kan få udfordringer med at føre virksomheden videre efterfølgende.

Medarbejderne er ikke nødvendigvis et aktiv, men kan også være en byrde for virksomhedens nye ejer. Hvis den nye ejer ønsker at lave nogle ændringer i virksomhedens organisation, kan det være svært at undgå større økonomiske omkostninger. En lønmodtager kan for eksempel have nogle lønvilkår, som kan være en økonomisk tung byrde for virksomheden.

I det oprindelige direktivs præambel gør man opmærksom på, at der findes forskelle i beskyttelsen af arbejdstagerne i medlemsstaterne, og at den forskel kan have en indvirkning på fællesmarkedets funktion. En tilnærmelse af reguleringen i medlemsstaterne er derfor nødvendig.

Hvis en situation er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven vil alle medarbejderne i virksomheden eller i den del som er overdraget være overført til erhverver. En erhverver af en virksomhed indtræder i den forrige ejers rettigheder og forpligtelser overfor medarbejderne. Det kræver, at medarbejderne er ansat på overtagelsesdagen. Forpligtelsen for erhververen er at opretholde medarbejdernes løn- og

---

<sup>1</sup> EF Bulletin Supplement 2/74

ansættelsesvilkår. Hvilke rettigheder og forpligtelser, som skal overtages, er reguleret i virksomheds-overdragelsesloven § 2.<sup>2</sup> Loven beskytter også mod en eventuel afskedigelse i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse jf. virksomhedsoverdragelseslovens § 3. En overdragelse er derfor ikke en saglig afskedigelsesgrund.<sup>3</sup> Ligesom i hovedaftalen og funktionærloven er der undtagelser, som kan gøres gældende, men hovedreglen er, at det ikke er en saglig afskedigelse. Der findes ingen bestemmelse om sanktioner ved en urimelig afskedigelse i virksomhedsoverdragelsesloven. Hjemmelen må findes i hovedaftalen eller i anden ansættelsesretlig relevant regulering for eksempel funktionærloven.<sup>4</sup>

For at gøre virksomhedsoverdragelseslovens og direktivets beskyttelse gældende skal situationen være indenfor lovens rækkevidde. Specialets fokus er at afdække virksomhedsoverdragelseslovens og bagvedliggende direktivs anvendelsesområde. Formuleringen i virksomhedsoverdragelseslovens § 1, stk. 1 er *"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"*. Projektet skal belyse forståelsen af virksomhedsoverdragelseslovens og direktivets virksomhedsbegreb. Udover fortolkningen af virksomhedsbegrebet vil det også blive undersøgt, hvilke typer overdragelser, der kan være omfattet af loven og direktivet. Især forholdet til udlicitering/outsourcing vil blive undersøgt.

Virksomheden som begreb har været prøvet flere gange i europæisk og dansk ret. På trods af en omfattende europæisk og national retspraksis, så er retstilstanden ikke klar.<sup>5</sup> Der vil være en gennemgang af retspraksis, som vil belyse, om der har været en udvikling i praksis, og om der kan udledes nogle tendenser i fortolkningen af lovens og direktivets anvendelsesområde.

---

<sup>2</sup> Svenning Andersen m.fl. 2016 s. 574

<sup>3</sup> Der er tvivl i litteraturen, om loven og direktivet er et egentlig forbud mod afskedigelse fremfor en uretmæssig afskedigelse som vil føre til godtgørelse.

<sup>4</sup> Klingsten 2016 s. 387

<sup>5</sup> Se bl.a. Søsted 2016

## 1.1 Afgrænsning

Specialets fokus er definitionen på en virksomhed eller en del heraf i virksomhedsoverdragelsesloven, og definitionen af virksomheden i direktivet, samt en definition af overdragelsen. Af hensyn til specialets omfang er der gjort nogle afgrænsningsovervejelser.

Lovens anvendelse kræver yderligere, at der er en eller flere lønmodtagere i virksomheden. Definitionen af en lønmodtager vil ikke blive analyseret. Betydningen af en lønmodtager i forhold til virksomhedsoverdragelsesloven vil blive gennemgået.

Inden virksomhedsoverdragelsesloven kan man finde en bestemmelse i funktionærlovens, § 2, stk. 8, som beskytter funktionæren ved en virksomhedsoverdragelse. Reguleringen er stadig gældende, og der vil derfor være et mindre afsnit om funktionærlovens beskyttelse overfor virksomhedsoverdragelsesloven.

Specialets perspektiv er ansættelsesretlig og ikke anden juridisk regulering ved en virksomhedsoverdragelse.

## 1.2 Metode

Specialets formål er at fastlægge retstilstanden. Der bliver brugt retsdogmatisk metode, som beskriver og klarlægger gældende ret.<sup>6</sup>

Den vigtigste retskilde er loven. Lovgivningen har prioritet fremfor øvrige retskilder. En sekundær retskilde er retspraksis. Nogle domme får præjudikatsværdi. Det betyder, at dommene tilføjer noget nyt til emnet. Det kan også betyde, at der har været tvivl om en retstilstand, og dommen fastsætter retstilstanden.<sup>7</sup> Udover lovgivning og retspraksis findes yderligere to sekundære retskilder: sædvane og forholdets natur. Ingen af disse er relevante for specialets problemstilling og vil derfor ikke blive omtalt yderligere. De relevante retskilder i dette speciale er lovgivning og retspraksis. Udover lovgivning og retspraksis vil både dansk og international juridisk litteratur være angivet som kilder. Det vil for eksempel være lærebøger og videnskabelige artikler. Litteraturen kan ikke udgøre et retsgrundlag, og er derfor ikke en retskilde. Det er fundet relevant at inddrage litteraturen i specialet som fortolkningsbidrag.

---

<sup>6</sup> Munk-Hansen 2014 s. 86

<sup>7</sup> Hansen og Werlauff 2016 s. 155



Der findes flere fortolkningsregler, som kan benyttes ved lovfortolkning. Eksempler er ordlydsfortolkning, formålsfortolkning og analogifortolkning. Fortolkningen af dansk lov tager udgangspunkt i lovens ordlyd.<sup>8</sup> Ordlydsfortolkning er en sproglig fortolkning af ordets sædvanlige forståelse. Ordlyden kan føre til tvivl, og man bør derfor undersøge lovgivers motiv. Motivet kan afdækkes ud fra lovens forarbejder.

Virksomhedsoverdragelsesloven er direktivstyret. En ordlydsfortolkning vil, som ved en ren dansk lov, være udgangspunktet, men en udelukkende dansk fortolkning vil være utilstrækkelig. En direktivstyret lov skal fortolkes i overensstemmelse med direktivet. Direktivet er oversat til dansk, men hvis man skal forstå direktivet, vil en engelsk og eventuel en anden oversættelse for eksempel fransk bidrage til forståelsen. Dermed vil der være et bedre udgangspunkt for fortolkningen af den danske lovtekst.

De danske motiver for en direktivstyret lov er ikke uden relevans, men har ikke samme betydning som ved en ren dansk lov. Man skal erindre, at de danske forarbejder er én medlemsstat opfattelse af direktivet. Hvis der er tvivl om fortolkningen vil det være EU-Domstolen, og ikke en national domstol som fastsætter, hvordan direktivet skal fortolkes. Ved tvivl om fortolkningen af direktivets tekst anvender EU-Domstolen snarere en formålsfortolkning fremfor en ordlydsfortolkning.<sup>9</sup> Formålsfortolkningen i EU-retten er ikke formålet med den enkelte bestemmelse. Det er en fortolkning i forhold til EU's overordnede mål bl.a. den fri bevægelighed.<sup>10</sup>

I specialet redegøres der for en større mængde dansk retspraksis samt praksis fra EU-Domstolen. Begrundelsen for mængden af domme er, at lovens og direktivets anvendelsesområde ikke er klar, og problematikken har været behandlet ved domstolene adskillige gange.

I 2001 var der en lovændring på grund af ændringen i det oprindelige direktiv. Der er medtaget praksis fra før lovændringen, da den eksisterende retspraksis havde stor betydning for ændringen. Det skal bemærkes, at man ved direktivets ændring ikke ændrer anvendelsesområdet, men ønsker at omformulere direktivet i henhold til retspraksis.<sup>11</sup> Perioden for kildematerialet er derfor fra direktivets tilblivelse og frem til i dag.

---

<sup>8</sup> Hansen og Werlauff 2016 s. 117

<sup>9</sup> Blume 2016 s. 280

<sup>10</sup> Munk-Hansen 2014 s. 289

<sup>11</sup> Direktiv 98/50 /EF. Præamblen nr. 4 - 6

### 1.3 Læsevejledning

Det første direktiv 77/187/EØF vil blive omtalt som direktivet i teksten. Direktiv 98/50/EF vil blive nævnt som ændringsdirektivet i tilfælde, hvor det er relevant at understrege, at det er ændringsdirektivet, som anvendes.

Begrebet det indre marked bliver introduceret i den europæiske fælles akt, som Danmark underskriver i 1986. Inden den europæiske fælles akt er betegnelsen fællesmarkedet. Frem til 1986 vil markedet i specialet blive nævnt som fællesmarkedet og efterfølgende som det indre marked.

EF-Domstolen ændrer i forbindelse med Lissabontraktaten navn til EU-Domstolen i 2009. Alle domme afsagt før d. 1. december 2009 er nævnt som afsagt af EF-Domstolen.

Det europæiske fællesskab (EF) ændrer navn til den Europæiske Union (EU), da Maastricht-traktaten træder i kraft i 1993. Betegnelsen EU vil derfor først blive brugt i teksten ved forhold som ligger efter 1993.

Ved første benævnelse vil referencer til domme fra EF / EU-Domstolen være domsnummer og dommens populære navn. Efterfølgende vil det være populære navnet, der bliver brugt.

## 2 Det retlige grundlag

Den ene af de to primære retskilder i forhold til specialets problemstilling er lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Loven er en implementering af et EF direktiv, derfor er direktivet også primær retskilde.

### 2.1 Regulering før virksomhedsoverdragelsesloven

Inden virksomhedsoverdragelsesloven har erhverver ingen pligt til at overtage medarbejdere ved en virksomhedsoverdragelse. Hvis erhverver vælger at overtage medarbejdere er der ingen pligt til at fastholde medarbejdernes løn- og ansættelsesvilkår, medmindre det er en del af aftalen mellem overdrager og erhverver.<sup>12</sup> Lønmodtagerens rettigheder har derfor hvilet på almindelige kontraktregler.<sup>13</sup>

Danmark og de andre nordlige landes regulering af arbejdsmarkedet har primært været gennem den kollektive arbejdsret. I forhold til de ikke nordiske lande i EU har Danmarks retlige regulering af arbejdsretten været svag.<sup>14</sup> Nogle af de andre medlemsstater har langt mere retlig regulering af arbejdsmarkedet end Danmark og de andre nordiske lande.

#### 2.1.1 Funktionærlovens § 2, stk. 8

Inden virksomhedsoverdragelsesloven findes der en bestemmelse i funktionærloven om funktionærens rettigheder ved virksomhedsoverdragelse. Bestemmelsen er ikke helt uden berettigelse efter virksomhedsoverdragelsesloven, fordi den omfatter alle overdragelser ligegyldigt den retlige karakter.<sup>15</sup> Det kan for eksempel være arv og tvangsauktion, hvor den kan gøres gældende modsat virksomhedsoverdragelsesloven.

Lars Svenning Andersen m.fl. mener, at der ikke er plads til funktionærlovens § 2, stk. 8 i tilfælde, hvor virksomhedsoverdragelsesloven kan gøres gældende.<sup>16</sup> Det må opfattes som et udtryk for lex specialis princippet.

---

<sup>12</sup> Klingsten 2016

<sup>13</sup> Holm 1979 s. 272

<sup>14</sup> Nielsen 1992 s. 23

<sup>15</sup> Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 88-89

<sup>16</sup> Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 89

## 2.2 Virksomhedsoverdragelsesloven

Virksomhedsoverdragelsesloven er en implementering af Rådets direktiv nr. 187 af februar 1977 om *tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overtagelse af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter*. Direktivet bliver implementeret i dansk ret ved lov nr. 111 af 21 marts 1979. I 1998 kommer der et ændringsdirektiv 98/50/EF. Ændringsdirektivet er implementeret ved lov nr. 441 af 7. juni 2001. De to danske love er efterfølgende sammenskrevet i lovbekendtgørelse nr. 710 af 20. august 2002. Ændringsloven indeholder en række nye sproglige formuleringer. Der bliver også indført regler om opsigelse af kollektive overenskomster. Bestemmelserne om kollektive overenskomster er ikke en del af direktivet, men ren dansk ret.

Virksomhedsoverdragelsesloven skal beskytte lønmodtageren. Ved en virksomhedsoverdragelse i lovens forstand vil en erhverver af en virksomhed indtræde i rettigheder og forpligtelser overfor de ansatte lønmodtagere på overtagelsestidspunktet. Forpligtelserne kan for eksempel være aftaler om overenskomst, løn, arbejdstid, bonus med videre.

Der findes også en beskyttelse mod afskedigelse i virksomhedsoverdragelsesloven § 3, stk. 1. Den regulerer, at en afskedigelse i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse ikke kan være en rimelig begrundelse i virksomhedens forhold. Det skal være økonomiske, tekniske eller organisatoriske forhold som begrunder afskedigelsen. I sagerne om usaglig afskedigelse i forbindelse med virksomhedsoverdragelse er det arbejdsgiver, som har bevisbyrden. Hvis afskedigelsen findes usaglig, er der ingen hjemmel i virksomhedsoverdragelsesloven til sanktionering. Hjemmelen skal findes i for eksempel hovedaftalen eller funktionærloven.

Direktivet skal kun harmonisere retsstillingen i medlemsstaterne delvist. Man ønsker ikke, at beskyttelsen er den samme i alle medlemsstater. Det betyder, at arbejdstageren skal opnå samme beskyttelse i forhold til erhververen, som han har i forhold til overdrageren i henhold til medlemsstatens retsregler.<sup>17</sup>

Loven er præceptiv for medarbejderen.<sup>18</sup> Man kan ikke give afkald på lovens rettigheder. En aftale mellem medarbejder og erhverver, som betyder, at medarbejderen giver afkald på rettigheder mod at opnå andre fordele, vil ikke være gyldig.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> C-324/86 Daddy's Dance Hall præmis 16. Gentaget i C-458/12 Telecom Italia præmis 41

<sup>18</sup> Nielsen 1989, side 331. Tidligere litteratur som antager, at virksomhedsoverdragelsesloven ikke er præceptiv er ikke korrekt

<sup>19</sup> U1989.69H. Der blev stillet et præjudicielt spørgsmål til EF-Domstolen

Der findes flere lovforarbejder til implementeringen af direktivet. Af forberedende arbejder er den mest citerede kilde en udvalgsrapport fra 1979. Udvalget overvejer, om direktivet kan opfyldes i en kollektiv overenskomst, eller om det kan ske ved ændring af en eksisterende lov for eksempel selskabsloven. Udvalget mener, at den bedste løsning vil være at implementere direktivet i en selvstændig lov.

Formuleringen i virksomhedsoverdragelsesloven § 1, stk. 1 bliver

*”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.”*

Lovgiver har valgt en kortere formulering i forhold til direktivteksten. Det har ingen betydning for lovens anvendelsesområde. EU-Domstolen har flere gange udtalt, at en national domstol skal fortolke national ret, som er fastsat for at gennemføre et direktiv, i overensstemmelse med direktivet.<sup>20</sup>

#### 2.2.1 Bemærkninger til loven

Udvalgsarbejdet bliver kritiseret flere steder i litteraturen.<sup>21</sup> Et af kritikpunkterne er udvalgsarbejdets varighed. Arbejdet bliver påbegyndt d. 6. oktober 1978, og d. 1. februar 1979 kan arbejdsministeren fremsætte et lovforslag på baggrund af et forslag med bemærkninger, som bliver afleveret d. 18. januar 1979. På det tidspunkt er udvalgsrapporten ikke færdiggjort. Den bliver først afleveret i maj. Forslaget bliver dermed udformet meget hurtigt.

Udvalget udtaler i deres redegørelse for udvalgsarbejdet, at deres arbejde primært er af teknisk karakter. Den tekniske karakter er for eksempel afklaring af begreber.<sup>22</sup> Det kan kritiseres, at man vælger at betragte udvalgsarbejdet af teknisk karakter. Nogle formuleringer i direktivet er ikke umiddelbart anvendelige i dansk ret. Formuleringerne er kendt i andre EF-lande, men ikke Danmark. Et udtryk som ikke bruges i dansk ret er ”bedrift”, hvilket udvalget bemærker.<sup>23</sup> I stedet vælger man at foreslå en formulering som ”virksomheder eller dele heraf”.

Der har været en større mængde europæisk og dansk retspraksis, som omhandler fortolkningen af ”virksomheden eller en del heraf”/”virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter”. På trods af retspraksis har der kun været en lovændring, og den ændrer ikke på formuleringen i virksomhedsoverdragelseslovens § 1, stk. 1.

---

<sup>20</sup> Se bl.a. Forende sager C-401/01, Nestvogel m.fl. præmis 120

<sup>21</sup> Svenning Andersen m.fl. 2009, s. 25

<sup>22</sup> Udvalgsrapporten s. 2

<sup>23</sup> Hasselbalch 2012 s. 23

Udvalget fastslår, at der ikke er behov for overførsel og fusion i virksomhedsoverdragelsesloven. De vælger at lade overdragelsen dække over begge begreber. Udvalget opfatter en overdragelse som et ejerskifte. Den opfattelse vil vise sig at være i strid med direktivet.<sup>24</sup> Hvis man vælger at indsætte den definition, vil de danske domstole være nødsaget til at fortolke imod loven eller risikere en traktatbrudssag.

### 2.3 Direktivet om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overtagelse af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter

Det første direktiv stammer fra 1977. Formuleringen i art. 1 nr. 1 er:

*”Dette direktiv finder anvendelse på en overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter til en anden indehaver som følge af en overdragelse eller fusion”.*

Der findes tre betingelser i direktivet, der skal være en **virksomhed** til stede, der skal ske en **overførsel**, og overførslen skal ske på baggrund af en **overdragelse**. Begrebet overførsel dækker erhververs faktiske overtagelse af virksomheden. Overdragelsen er aftalen om for eksempel salget af virksomheden.<sup>25</sup> I virksomhedsoverdragelsesloven laver man ikke den opdeling. Overdragelsen indeholder både selve aftalen og den faktiske overførsel af virksomheden.<sup>26</sup>

Begrundelsen for at vedtage direktivet er nødvendigheden af *”beskyttelse af arbejdstagere i tilfælde af ny indehaver”*. Direktivet udspringer af det sociale handlingsprogram fra 1974.<sup>27</sup> Det viser, at der er en social vinkel i direktivet. I henhold til præamblen er det vigtigt at medarbejdernes beskyttelse øges, og at sikre en afbalanceret økonomisk og social udvikling i Fællesskabet.<sup>28</sup> Det er modsatrettede hensyn: hensynet til arbejdstagerne og hensynet til markedets fleksibilitet.<sup>29</sup> Retspraksis viser, at det er hensynet til medarbejderne, som har haft størst betydning.<sup>30</sup>

---

<sup>24</sup> Udvalgsrapporten s. 38

<sup>25</sup> Klingsten 2016 s. 56

<sup>26</sup> Klingsten 2016 s. 56

<sup>27</sup> EF Bulletin Supplement 2/74

<sup>28</sup> Nielsen 2003 s. 246

<sup>29</sup> Nielsen 2003 s. 246

<sup>30</sup> Klingsten 2016 s. 25

Hjemlen til vedtagelse af direktivet er EØF-traktatens art. 100. Den artikel giver hjemmel til at vedtage direktiver, hvis formål er at tilnærme medlemsstaternes regulering, som har indflydelse på fællesmarkedet. Direktivet skal være medvirkende til at realisere fællesmarkedet. Det kommer til udtryk i direktivets præambel. Præambelen konkluderer, at der er forskelle i beskyttelsen af arbejdstagere i medlemsstaterne, og at dette indirekte kan påvirke fællesmarkedets funktion.

Direktivet er et minimumsdirektiv. Et minimumsdirektiv betyder, at medlemsstater har mulighed for at stille arbejdstageren bedre end reguleret i direktivet. Det gjorde man ikke i Danmark. Arbejdsministeriet opfatter i 1979 lovforslaget på linje med direktivet med undtagelse af §§ 5 og 6.<sup>31</sup>

Ved tvivl om fortolkningen af direktivet *kan* den danske domstol stille et præjudicielt spørgsmål til EU-Domstolen jf. TEUF art. 234. Hvis sagen er en ankesag, hvor der er tvivl om fortolkningen, *skal* der forelægges et præjudicielt spørgsmål.

### 2.3.1 Bemærkninger til direktivet

Danmark har haft udfordringer med at fortolke direktivet. Danske domstole er de første til at stille præjudicielle spørgsmål til EF-Domstolen angående fortolkningen af direktivet. En af grundene til det kan være, at direktivets beskyttelse af lønmodtageren ved en virksomhedsoverdragelse ikke er kendt i Danmark. Der findes ingen generel regulering ved en virksomhedsoverdragelse, og direktivet betyder derfor en stor ændring i dansk ret.<sup>32</sup> Medlemsstater som Tyskland og Frankrig har allerede regler inden direktivet, som beskytter lønmodtageren ved en virksomhedsoverdragelse. De danske domstole har modsat Tyskland og Frankrig dermed ingen "erfaring", de kan læne sig op ad i spørgsmålet om beskyttelse af lønmodtagere ved en virksomhedsoverdragelse.<sup>33</sup>

I 1994 fremlægger Kommissionen et forslag til ændringen af direktivet. Deres fokus er den sociale dimension, som skal ajourføres. Deres forslag finder ikke tilslutning. De bliver tvunget til at fremlægge et nyt forslag i 1997. Der bliver foretaget flere ændringer af forslaget, og det bliver derefter vedtaget.

Ændringsdirektivet fastslår direktivets sociale vinkel. Man henviser i præambelen til socialpagten fra 1989. Etableringen af det indre marked skal føre til en forbedring af arbejdstagerens vilkår.<sup>34</sup> I præambelen i direktivet fra 1977 er formuleringen en anden: "*nødvendigt at fastsætte bestemmelser til*

---

<sup>31</sup> Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 27. Bestemmelserne regulerer direkte forhandlingspligt contra. informationspligt

<sup>32</sup> Nielsen 2002 s. 64

<sup>33</sup> Sciarra 2001 s. 151

<sup>34</sup> Direktiv 98/50/EF præambel nr. 1

*beskyttelse af arbejdstagerne*", og at forskellene i beskyttelse af arbejdstagerne *"kan indvirke direkte på det fælles markeds funktion"*. I direktivet er det altså forskellene i medlemsstaternes beskyttelse, der kan have en direkte indvirkning på fællesmarkedet. I ændringsdirektivet er det det indre marked, som skal føre til en forbedring af arbejdstagernes vilkår.

Ovenstående er ikke den eneste ændring i præamblen. Det står i præamblen, at man ikke ønsker at ændre direktivets anvendelsesområde. Det er en begrebsafklaring i forhold til (den omfattende) retspraksis. Det paradoksale i det formål er, at man anerkender den "uklare" retspraksis, men at man samtidig vil implementere den retspraksis i ændringsdirektivet.<sup>35</sup> Det understøttes af, at der efter ændringsdirektivet fortsat er en større mængde domme omhandlende fortolkningen af ændringsdirektivet.

## 2.4 Lønmodtageren og arbejdstageren

I den danske lovttekst er det i henhold til lovens titel og bestemmelser lønmodtageres retsstilling, som beskyttes. I direktivet anvendes arbejdstager både i direktivets titel, præamblen og efterfølgende bestemmelser.

EF-Domstolen udtaler i flere afgørelser, at det er den nationale domstol, som skal definere arbejdstager begrebet i henhold til national lovgivning.<sup>36</sup> Det stemmer overens med, at man i Danmark har valgt at bruge et begreb, som er almindelig kendt i dansk ret. På trods af de forskellige formuleringer, så har man ikke ønsket at opnå en anden beskyttede personkreds. De forskellige begreber bunder i, at lønmodtager terminologien er mere brugt i dansk ret fremfor arbejdstager.<sup>37</sup>

## 2.5 Opsamling

Inden direktivet har man ingen generel beskyttelse af lønmodtageren i Danmark i tilfælde af en virksomhedsoverdragelse. Direktivet fører til en ny lov, som giver den beskyttelse, som er påkrævet af medlemsstaterne i forhold til en virksomhedsoverdragelse. Den danske lov stemmer overens med direktivet, og man kan se i retspraksis, at den danske lovttekst i § 1, stk. 1 har kunne rumme alt retspraksis fra EU-Domstolen samt et ændringsdirektiv.

Den danske formulering i virksomhedsoverdragelsesloven § 1, stk.1 er meget bred, hvilket i nogle tilfælde har været genstand for kritik, da man ikke kan finde nogen definition på, hvad en virksomhed

---

<sup>35</sup> Garde 2002 s.526

<sup>36</sup> C-105/84 Danmols præmis 27, C-343/98 Telecom Italia præmis 36

<sup>37</sup> Klingsten 2016 s. 56



er. Man kan dog mene, at den brede formulering har vist sig at være hensigtsmæssig. Retspraksis i EU-Domstolen har udviklet sig meget, og det har ikke været nødvendigt med en ændring af virksomheds-overdragelsesloven § 1, stk. 1. Senere afsnit i specialet vil også vise, at nogle af de overvejelser, som udvalget gør sig kunne have været problematiske.

### 3 Definitionen af en virksomhed i virksomhedsoverdragelsesloven

Afsnittet vil redegøre for, hvordan virksomheden defineres i virksomhedsoverdragelsesloven og direktivet

Formuleringen *"en virksomhed eller en del heraf"* findes i virksomhedsoverdragelsesloven § 1, stk. 1. Loven implementerer et EF direktiv. Når man skal fortolke den danske bestemmelse, tager man udgangspunkt i danske forarbejder. Det vigtigste og mest citerede lovforberedende arbejde er en udvalgsrapport fra 1979.

Forslaget til formuleringen *"en virksomhed eller en del heraf"* findes i udvalgsrapporten. Rapporten bliver udfærdiget af et udvalg nedsat af arbejdsministeren i 1978. Udvalgets arbejde skal forberede en gennemførelse af direktivet. Der bliver ikke lavet nogen ændring i formuleringen i virksomhedsoverdragelseslovens § 1, stk. 1 efter ændringsdirektivet fra 1998.

I redegørelsen for udvalgsarbejdet udtaler udvalget, at der har *"primært været tale om et teknisk arbejde"*.<sup>38</sup> De henviser til behovet for en begrebsafklaring, specielt fordi direktivet har formuleringer, som afspejler forhold i andre EF-lande.

Udtrykket virksomhed er kendt i dansk ret. Udvalget definerer det som, *"et økonomisk udtryk omfattende alle aktiviteter, der udøves inden for en selvstændig retlig og økonomisk enhed, uanset dennes form af enkeltmandsvirksomhed, aktieselskab, anpartsselskab, andelsselskab m.v., og har således ingen bestemt retlig betydning"*.<sup>39</sup>

Det ukendte element i den danske direktivtekst er begrebet bedrift. Udvalget mener ikke, at det begreb er almindeligt i dansk ret, men det kommer fra for eksempel tysk og fransk ret, hvor ordet benyttes.<sup>40</sup>

Udvalget forsøger med en afgrænsning af en del af en virksomhed. Det skal føles naturligt, om medarbejderen følger den del af virksomheden, der overdrages. De mener, at loven typisk vil finde anvendelse ved en del af en virksomhed, der er afgrænset teknisk, lokal eller i arbejdsmæssig henseende.

Ovenstående fortolkning kan genkendes i dansk retspraksis. Det ses for eksempel i følgende afgørelse. En koncern beslutter at nedlægge et trykkeri, og trykkeriopgaverne bliver overflyttet til et andet sel-

---

<sup>38</sup> Udvalgsrapporten s. 2

<sup>39</sup> Udvalgsrapport s. 6

<sup>40</sup> Udvalgsrapport s. 6

skab. Den gamle trykkerivirksomhed har fire maskiner, og to af dem bliver flyttet til erhverver. Arbejdsretten lægger til grund, at den overdraget del har karakter af en teknisk og arbejdsmæssig afgrænset del af virksomheden. Det er en overdragelse af en del af en virksomhed. Arbejdsretten udtaler samtidig, at det er *"omend under en vis tvivl"*.<sup>41</sup>

Det illustrerer, at til trods for at udvalgsarbejdet er blevet kritiseret, er rapporten anvendelig som et fortolkningsbidrag til virksomhedsoverdragelsesloven.<sup>42</sup>

Virksomhedsoverdragelsesloven har ikke samme ordlyd som det danske direktiv, men teksten skal fortolkes i overensstemmelse med direktivet. Det skal derfor rumme den økonomiske enhed, som har bevaret sin identitet. En formulering, som bliver tilføjet i ændringsdirektivet, men som kan udledes af tidligere retspraksis.

I forbindelse med ændringsdirektivet i 1998 laver man ingen ændring i virksomhedsoverdragelseslovens § 1, stk. 1. Man kan se i danske forarbejder, at nogle af de spørgsmål, som bliver præciseret i art. 1, allerede er en del af dansk ret. For eksempel har det altid været uden betydning i dansk ret, om virksomheden drives i erhvervsmæssigt øjemed.<sup>43</sup> I forbindelse med ændringsdirektivet tilføjer man i virksomhedsoverdragelsesloven, at loven også omfatter offentlig virksomhed. I henhold til de danske forarbejder fra 1978 er anvendelsen på offentlige virksomheder allerede gældende. Det er derfor blot en kodifikation af den gældende retstilstand, at man vælger at tilføje det i den danske lovtekst.

I udvalgsrapporten fra 1979 overvejer man, om virksomhedens størrelse skal gøres gældende for at afgrænse *"en del heraf"*. Deres overvejelser findes i udvalgsrapportens diskussionen omkring direktivets *"dele af bedrifter"*. *"Dele af bedrifter"* er en udfordring, da der ikke er en definition i direktivet eller i Rådsnoten. Udvalget skal derfor selv finde en passende formulering. Man kan se i rapporten, at de overvejer, om der skal opstilles en definition af formuleringen i forslaget: *"Ved en del af en virksomhed forstås i loven en inden for virksomheden i bedriftsteknisk og / eller arbejdsmæssig henseende selvstændig enhed, som er i drift"*.<sup>44</sup> Udvalget konkluderer selv, at den mulige formulering vil blive for snæver i forhold til direktivets anvendelsesområde. De anerkender også en udfordring i, om der findes en nedre grænse for begrebet. Udvalget overvejer, om der skal tages hensyn til virksomheden eller

---

<sup>41</sup> AD 1989.426 / AT 1990.116

<sup>42</sup> Udvalgsrapport s. 8

<sup>43</sup> Udvalgsrapport s. 39

<sup>44</sup> Udvalgsrapport s. 7

virksomhedsdelenes størrelser, hvis man skal lave en nedre afgrænsning. De undlader det, da det ”synes tvivlsomt efter direktivet”. Yderligere finder de, at størrelsen på virksomheden ikke er relevant for lønmodtagerens beskyttelse ved en virksomhedsoverdragelse.<sup>45</sup>

De vælger en generel beskrivelse. De finder, at det skal være en helhedsvurdering, om der er tilknyttet medarbejdere, og om det vil være naturligt, at medarbejderne følger den del af virksomheden, som overdrages. En del af en virksomhed skal typisk forstås ved en afgrænsning af en enhed, som er teknisk, lokal eller arbejdsmæssig.<sup>46</sup>

En nærmere definition af en virksomhed eller del heraf finder man ikke i udvalgsrapporten.

Som nævnt ovenfor overvejer udvalget at tilføje en definition af begrebet ”en del heraf” i loven. Man kan se på mængden af retspraksis og præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen, at en definition vil have været en velkommen tilføjelse. Mængden af retspraksis viser dog samtidig, at EU-Domstolen også har haft betydelige udfordringer med fortolkningen af direktivet, når der overføres en del af en virksomhed. En dansk definition kan derfor ende med at være i strid med EU-Domstolens fortolkning, fordi de danske domstole skal følge EU-Domstolen.<sup>47</sup> Det må derfor opfattes som korrekt, at udvalget undlader en definition på trods af tvivlen efterfølgende.

### 3.1 Definitionen af en virksomhed i direktivet

Direktivteksten fra 1977 er følgende i art. 1 nr. 1:

*”Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af virksomheder bedrifter eller dele af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion”*

Direktivet skal beskytte arbejdstageren, og det faktum kan man genkende i retspraksis. Det afspejler bl.a. Generaladvokaten i den præjudicielle afgørelse i C-29/91 Redmond Stichting. Virksomheden i direktivet skal fortolkes udvidende. Han påpeger, at direktivet indgår i det sociale handlingsprogram.

Efter ændringsdirektivet i 1998 har art. 1 nr. 1 litra a samme ordlyd som ovenstående. I ændringsdirektivet tilføjer man art. 1 nr. 1 litra b. Det er en uddybning af, hvad en overførsel af en virksomhed er. Det skal være en økonomisk enhed, som bevarer sin identitet

---

<sup>45</sup> Udvalgsrapport s. 8

<sup>46</sup> Udvalgsrapport s. 39

<sup>47</sup> Schaumburg-Müller og Werlauff 2011 s. 21

I ændringsdirektivet art. 1, stk. 1, litra b forklares den økonomiske enhed med følgende elementer: Det skal være en **helhed af midler**, som er **organiseret** med henblik på udøvelse af en **økonomisk aktivitet** uanset om den er **væsentlig eller accessorisk**. I art. 1 stk. 1, litra c forklares det yderligere, at direktivet også findes anvendelse ved **offentligretlige og privatretlige virksomheder**, der udøver en **økonomisk aktivitet, uanset om de opererer med gevinst for øje**. Baggrunden for bestemmelsens ordlyd kan udledes af retspraksis. Hvordan bestemmelsen skal fortolkes findes derfor i retspraksis både før og efter ændringsdirektivet.

Nedenstående afsnit vil gennemgå nogle af elementerne fra direktivteksten.

### 3.1.1 Økonomisk aktivitet

Inden ændringsdirektivet er der tvivl om, der skal være økonomisk aktivitet i en virksomhed for at være omfattet af direktivet. Efter ændringsdirektivet er der ingen tvivl om, at der skal være økonomisk aktivitet. Ændringsdirektivet uddyber ikke, hvad økonomisk aktivitet er, udover at det ikke er nødvendigt, at aktiviteten skal være med gevinst for øje jf. direktivet art. 1, stk. 1, litra c.

Spørgsmålet om gevinst eller ej er allerede afgjort af EF-Domstolen inden ændringsdirektivet i Redmond Stichting dommen. Redmond Stichting er en fond, som hjælper misbrugere. Fondens eneste indtægt er tilskud fra kommunen. Kommunen stopper tilskuddet, og vælger at støtte en anden fond med samme formål. At en fond yder vederlagsfrie ydelser, og den eneste indtægt er et tilskud, udelukker ikke, at aktiviteten er indenfor direktivets anvendelsesområde.<sup>48</sup>

Et andet eksempel er en ikke-erhvervsdrivende sammenslutning, som skal udbrede kendskabet til en by. Sammenslutningen bliver opløst, og aktiviteterne overtaget af byen selv. Den situation kan ikke udelukkes fra anvendelse af direktivet, blot fordi der ikke er gevinst for øje, eller aktiviteterne udøves i det offentliges interesse.<sup>49</sup>

Spørgsmålet om virksomhedens formål bliver også rejst i C-382/92 en traktatbrudssag mod Det Forenede Kongerige. Kommissionen er af den opfattelse, at den britiske lovgivning ikke er en korrekt gennemførelse af en række artikler i direktivet. Definitionen på en virksomhed er i den britiske lovgivning

---

<sup>48</sup> C-29/91, Redmond Stichting præmis 18

<sup>49</sup> C-175/99, Didier Mayeur præmis 40

*”enhver fremstillings- eller handelsvirksomhed”*. Den udelukker samtidig udtrykkeligt *”enhver virksomhed eller en del af en virksomhed, som ikke har karakter af et erhvervsforetagende”*.<sup>50</sup> EF-Domstolen afviser Det Forenede Kongeriges opfattelse af, at en virksomhed skal være erhvervsdrivende.<sup>51</sup>

Det kan derfor konkluderes, at der er meget få krav for, hvornår der er økonomisk virksomhed til stede.

### 3.1.2 Organisering

Man kan udlede af retspraksis, at enheden skal være organiseret på en stabil måde, men det har ikke altid været et krav. En enhed skal være *”en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk aktivitet med et selvstændigt formål”*.<sup>52</sup> Formuleringen stammer fra C-13/95 Süzen, men er fulgt op i senere praksis.<sup>53</sup> Der er også i tidligere praksis foreslået et krav om et minimum af organisering, uden at det bliver brugt som et element i EF-Domstolens begrundelse.<sup>54</sup> Som uddybning skal enheden også være tilstrækkelig struktureret og selvstændig.

### 3.1.3 Offentlig virksomhed

I ændringsdirektivet bliver det tilføjet, at direktivet også omfatter offentlig virksomhed. Retspraksis viser, at det blot er en kodifikation af retstilstanden.<sup>55</sup>

### 3.1.4 Accessorisk virksomhed

I forbindelse med en virksomhedsoverdragelse er det uden betydning, om det overtagne er en del af virksomheds hovedaktivitet eller ej jf. ændringsdirektivet art. 1, stk. 1 litra b. I C-209/91 ISS, som er refereret nedenfor, er det uden betydning, at aktiviteten er af sekundær karakter. At aktiviteten ikke er nødvendig for virksomhedens formål, er heller ikke relevant i forhold til anvendelse af direktivet.<sup>56</sup> Bestemmelsen omkring en sekundær funktion er derfor en kodifikation af retstilstanden.

---

<sup>50</sup> C-382/92, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige præmis 41

<sup>51</sup> C-382/92, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige præmis 42-43

<sup>52</sup> C-13/95, Süzen præmis 13

<sup>53</sup> F.eks. C-234/98, Allen og C-151/09, UGT-FSP

<sup>54</sup> C-392/92, Christel Schmidt Præjudiciel afgørelse punkt 13

<sup>55</sup> C-41/90, Höfner og Elser

<sup>56</sup> C-209/91, ISS, præmis 17

### 3.2 Retskilderne i forhold til hinanden

En sammenligning af bestemmelsen i direktivet og virksomhedsoverdragelsesloven viser en forskellighed i formuleringen. Efter ændringsdirektivet kan man stadig finde forskelle. Ændringsdirektivet udvidede art. 1 betragteligt med begrebsafklaring. I Danmark laver man ingen ændring i § 1 stk. 1 i forbindelse med ændringsdirektivet. Den danske bestemmelse skal altid rumme EU-Domstolens fortolkning. Praksissen i dette spørgsmål har bevæget sig meget. Den "vage" danske formulering har altid kunne rumme den praksis. I virksomhedsoverdragelsesloven tilføjer man stk. 2 og 3, som begge er udtryk for den allerede gældende retstilstand i Danmark.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Bestemmelsen søgående var tidligere stk. 2, men bliver efter lovændringen stk. 4

#### 4 Den økonomiske enhed som bevarer sin identitet

I specialet vil formuleringen den økonomiske enhed og bevarelsen af identiteten være delt op i to separate afsnit. Det vil være en samlet vurdering, og det kan derfor være en udfordring at "skille" begreberne fra hinanden. Det er gjort i et forsøg på at gøre problematikken og analysen overskuelig.

#### 5 Den økonomiske enhed

Ovenstående afsnit har gennemgået, hvordan direktivteksten har defineret "den økonomiske enhed". Nedenstående vil vise, hvor den definition stammer fra. Det vil vise, hvilken udvikling der har været i fortolkningen af direktivets anvendelsesområdet. Ændringerne i direktivet har, som nævnt før, ikke betydet nogen ændring i anvendelsesområdet. For at få en dybere forståelse af den nuværende direktivteksts ordlyd og fortolkningen heraf skal ældre retspraksis inddrages.

##### 5.1 Den vide fortolkning

##### 5.2 C-392/92, Christel Schmidt

I Christel Schmidt sagen er det en tysk domstol, som stiller et præjudicielt spørgsmål angående fortolkningen af direktivet.

En rengøringsassistent er ansat i en tysk sparekasse. Medarbejderens arbejdsopgave er rengøring i en af sparekassens filialer. Medarbejderen bliver afskediget i forbindelse med ombygning af filialen. Sparekassen har en aftale med et firma, som rengør de andre filialer, og vil, at de skal varetage rengøringen i den ombyggede filial. Den afskediget rengøringsassistent får tilbudt ansættelse i det nye firma. Hun afslår på trods af et højere vederlag. Rengøringsarealet vil blive større, og efter hendes opfattelse vil det reelt betyde lønnedgang.

Det præjudicielle spørgsmål er, om rengøringsarbejdet kan kvalificeres som en del af en bedrift i forhold til direktivets art.1, og hvis det er tilfældet, om det også er gældende, når arbejdet op til overdragelsen bliver udført af én arbejdstager.

Kommissionen udtaler i deres indlæg til EF-Domstolen, at et arbejde af sekundær betydning, som ikke er nødvendigt i forhold til virksomhedens formål, ikke er udenfor direktivet. Den betragtning er EF-Domstolen enig i.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> C-392/92 Christel Schmidt præmis 14



EF-Domstolen viser, at en aktivitet som varetages af én arbejdstager før overførslen kan udgøre en virksomhed eller en del heraf. Anvendelse af direktivet er ikke afhængig af antallet af arbejdstagere i den del af virksomheden, som overføres.<sup>59</sup>

EF-Domstolen finder, at situationen er omfattet af direktivet.

#### 5.2.1 Kommentar til dommen

EF-Domstolens begrundelse viser, at en overførsel af en aktivitet er nok til at have karakter af en overførsel af en økonomisk enhed.

I tidligere afgørelser har EF-Domstolen ikke taget stilling til den situation, som den nationale domstol har forelagt. Det har været op til den nationale domstol at bedømme fakta. I Christel Schmidt sagen tager de stilling til, om den beskrevne situation skal omfattes af direktivet.<sup>60</sup>

Litteraturen omhandlende denne dom er omfattende. Den er stærkt kritiseret af mange teoretikere samt medlemsstater. Udover den eksterne kritik er der også uenighed internt i EF-Domstolen. Et af kritikpunkterne internt er, at man går for langt i dommens begrundelse. Man efterlader meget lidt råderum for den nationale domstol til at afgøre den konkrete sag ud fra EF-Domstolens udtalelser. Det skal bemærkes, at den dommer, som fremlægger kritikken er den refererende dommer i en senere sag, som han fremhæver som en dom, hvor EF-Domstolen respekterer de nationale domstole.<sup>61</sup> Om det faktum spiller ind i kritikken, er ikke sikkert, men der kan ikke være tvivl om, at det er op til den nationale domstol at bedømme fakta ud fra EF-Domstolens principielle udtalelser.

Det har vist sig, at EU-Domstolen ikke er konsekvent, når de udtaler sig. Domstolen udtaler i sag C-160/14 Ferreira af 9. september 2015, at der er forelæggelsespligt, og underkender den portugisiske højesterets afgørelse og kommer frem til det modsatte resultat. Til sammenligning udtaler de d. 26. november 2015 i C-509/14 Luis Aira Pascual, at det er op til den forelæggende ret at fastlægge, om der findes en overførsel.<sup>62</sup> Det må ses som en undtagelse, at EU-Domstolen udtaler sig om fakta, og derfor skal man gå ud fra, at bedømmelsen finder sted ved den nationale domstol.

En anden grund til kritikken er, at Christel Schmidt sætter meget vide rammer for, hvornår der foreligger en virksomhedsoverdragelse. I bl.a. Tyskland har man været meget kritiske overfor dommen.<sup>63</sup> Den

---

<sup>59</sup> C-392/92 Christel Schmidt præmis 15

<sup>60</sup> Sciarra 2001 s. 159

<sup>61</sup> Svenning Andersen 2009 m.fl. s. 94-95

<sup>62</sup> Kristiansen 2015 s. 229

<sup>63</sup> Werlauff 1995 note 7

kritik kan bunde i, at Tysklands regulering inden implementeringen af direktivet er snæver. Deres regulering stillede krav til, at der skulle være en form for organiseret enhed.<sup>64</sup> De finder, at der bliver lagt for stor vægt på beskyttelsen af arbejdstageren og taget for lidt hensyn til stigende konkurrence på det indre marked. I andre medlemsstater som Frankrig og Italien er dommen i konflikt med den hidtidige nationale retspraksis, men man forsøger at forene sig med dommen.<sup>65</sup>

Generaladvokaten lægger i den præjudicielle afgørelse op til, at en hvis grad af organisering skal tages med i overvejelse. Et "*minimum af organisatorisk selvstændighed*" er en forudsætning for, at en enhed kan være omfattet af den økonomiske enhed.<sup>66</sup> Generaladvokatens udtalelse tager EF-Domstolen ikke til efterretning. Spørgsmålet om organisering som et element i bedømmelsen indgår ikke i domstolens udtalelser.

Det vil vise sig, at dommen repræsenterer et yderpunkt i EF-Domstolens fortolkning af, hvornår der foreligger en virksomhed, bedrifter eller dele af bedrifter.

Nogle steder i litteraturen kan man finde forfattere, som ikke opfatter Christel Schmidt som forkert, men nærmere misforstået. John McMullen argumenterer for, at dommen ikke betyder, at en aktivitet alene kan være en økonomisk enhed. Det betyder nærmere, at en "*discrete function*" kan være en økonomisk enhed. Vil der have været samme kritik af dommen, hvis der havde været 20 rengøringsmedarbejdere tilknyttet sparekassen fremfor én? Eller hvis der var overført aktiver? Han er af den opfattelse, at Christel Schmidt tilfældet var en "*discrete function*" og ikke bare en aktivitet. McMullen kritiserer EF-Domstolen, ligesom andre har gjort, for at udtale sig om fakta (specielt i en dom på to sider). Det bør være op til den nationale domstol.<sup>67</sup>

Der er dog bred enighed i litteraturen om, at problematikken omkring Christel Schmidt er, at der sker en overførsel af en aktivitet uden andre elementer.

Christel Schmidt dommen kan genkendes i dansk retspraksis. Retten i Aarhus udliciterer en rengøringsopgave. Rengøringsassistenter bliver i forbindelse med overdragelsen afskediget. Opmanden fastslår i den faglige voldgiftskendelse fra 1994, at overdragelsen er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven. Begrundelsen er en formålsfortolkning af loven og direktivet samt en henvisning til Christel

---

<sup>64</sup> Nielsen 2002 s. 65

<sup>65</sup> Sciarra 2001 s. 138

<sup>66</sup> C-392/92 Christel Schmidt, Præjudiciel afgørelse præmis 13

<sup>67</sup> McMullen 1996 s. 291

Schmidt.<sup>68</sup> Som i Christel Schmidt bliver aktiviteten sidestillet med den økonomiske enhed. Dommen viser dermed EF-Domstolens virkning i dansk ret.

### 5.3 Opstramningen

Tiden efter Christel Schmidt byder på kritik af EF-Domstolen. Man mener, at EF-Domstolens fortolkning af en virksomhed simpelthen er for bred. Man ser i praksis efterfølgende, at EF-Domstolen tager den massive kritik til efterretning.

Sø- og Handelsretten forelægger i 1994 et præjudicielt spørgsmål for EF-Domstolen. Sagen C-48/94, Strø Mølle omhandler færdiggørelsen af en entreprise. EF-Domstolen udtaler, at en økonomisk enhed skal være *"organiseret på en stabil måde"*.<sup>69</sup> En færdiggørelse af en entreprise er ikke omfattet af direktivet.<sup>70</sup>

Strø Mølle er udtryk for EF-Domstolens første skridt i retningen mod en mere snæver fortolkning af en den økonomiske enhed.

Nedenstående dom betragtes som den vigtigste dom i forbindelse med EF-Domstolens opstramning.

### 5.4 C-13/95 Süzen

Süzen omhandler udlicitering af rengøring. En virksomhed har indgået en aftale med et gymnasium om rengøring. Aftalen bliver opsagt, og virksomheden opsiger derfor medarbejderne, som har gjort rent på gymnasiet. Efterfølgende indgår gymnasiet en aftale med en anden virksomhed om rengøring. Spørgsmålet er, om der er en virksomhedsoverdragelse i forhold til den nye kontraktbærer.

EF-Domstolen slår fast, at det overførte skal være en økonomisk enhed, som er organiseret på en stabil måde. Et kriterie som kan genkendes fra Strø Mølle dommen. I Süzen formulerer EF-Domstolen det således:

*"Begrebet enhed omfatter således en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med selvstændigt formål"*<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Faglig voldgiftskendelse af 8. juli 1994. Højesteretsdommer Erik Riis fungerede som opmand

<sup>69</sup> C-48/94, Strø Mølle præmis 20

<sup>70</sup> C-48/94, Strø Mølle, præmis 23

<sup>71</sup> C-13/95, Süzen Præmis 13

EF-Domstolen udtaler, at en enhed ikke kan begrænses til den aktivitet, den udfører.<sup>72</sup> Tabet af en kunde til en konkurrent kan heller ikke være omfattet af direktivet. De understreger også, at det ikke er afgørende i sig selv, om der overføres materielle eller immaterielle aktiver. EF-Domstolen kommer med en ny tilgang i dommen, som lyder:

*”I visse brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed”<sup>73</sup>*

En gruppe arbejdstagere kan altså udgøre en økonomisk enhed. Den tilgang er ny for EF-Domstolen. Det vil vise sig, at den fortolkning vil få stor betydning efterfølgende.

EF-Domstolen nævner ikke de specifikke fakta fra det præjudicielle spørgsmål i deres begrundelse, men udtaler sig generelt om forholdene. De tager dermed heller ikke stilling til det konkrete forhold, men overlader det til den nationale domstol.

#### 5.4.1 Kommentar til dommen

Dommen må betragtes som et udtryk for EF-Domstolens iagttagelse af den massive kritik efter Christel Schmidt. De trækker til en hvis grad i land. Süzen betyder, at en økonomisk enhed ikke kan sidestilles med den form for aktivitet, der udøves. Der skal tages flere forhold i betragtning, når der overføres en aktivitet. Er der ingen aktiver af betydning eller en væsentlig del af medarbejderne til stede, så omfattes situationen ikke af direktivet.

En faktor som kan spille ind i praksisændringen, er Kommissionens forslag fra 1994 til ændring af direktivet.<sup>74</sup>

De udtaler i deres forslag til Rådet, at man skal adskille to forskellige situationer

- 1) overførsel af en enkelt aktivitet uden samtidig overførsel af økonomisk enhed, der bevarer sin identitet
- 2) overførsel af en enkelt aktivitet med overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet

---

<sup>72</sup> C-13/95, Süzen præmis 21

<sup>73</sup> C-13/95, Süzen præmis 15

<sup>74</sup> KOM (94) 300 af 8/9 1994 punkt 18

I den sidstnævnte situation vil direktivet finde anvendelse i henhold til Kommissionens forslag art. 1 nr. 1.<sup>75</sup> Kommissionens forslag bliver ikke vedtaget, men det viser problematikken efter Christel Schmidt.

Süzen er mere i overensstemmelse med direktivets formål fremfor Christel Schmidt. Selvom beskyttelsen af arbejdstagerne er det vigtigste i henhold til direktivet, er der også et element af hensyn overfor virksomhederne. I traktatbrudssagen mod Det Forende Kongerige kan man se EF-Domstolens hensyn til den fri konkurrence. *"Ved at harmonisere de regler, der gælder for varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, har fællesskabslovgiver både villet sikre en sammenlignelig beskyttelse af arbejdstagernes rettigheder i de forskellige medlemsstater og en tilnærmelse af de byrder, disse beskyttelsesregler indebærer for virksomhederne i Fællesskabet"*<sup>76</sup> (min fremhævnning).

Retstilstanden efter Süzen er, at en aktivitet ikke kan være en økonomisk enhed alene. Hvis det fortsat er gældende, at en aktivitet er "nok" til at være omfattet af en virksomhedsoverdragelse, vil langt de fleste tilfælde af udlicitering/outsourcing være omfattet. Den omstændighed kan være en stor byrde for virksomhederne. Spørgsmålet om udlicitering og virksomhedsoverdragelsesloven er behandlet i senere afsnit.

Det er EF-Domstolens lille Plenum, som afgør Süzen sagen. Foregående sager som Christel Schmidt og Redmond Stichting bliver afgjort af 3 – 5 dommere, hvor det lille plenum er 11 – 15 dommere. En sags betydning har indflydelse på, hvor mange dommere der er en del af sagsbehandlingen.<sup>77</sup> Det er Kåre Mønsted og Nils Kjellegaard Jensens opfattelse, at det må forstås som EF-Domstolens ønske om at få fastlagt, om overførslen af en aktivitet kan være en virksomhedsoverdragelse. Det er deres vurdering, at dommen vil få betydelig præjudikatsværdi, hvilket viser sig at være korrekt.

<sup>78</sup>

## 5.5 Tiden efter Süzen

### 5.5.1 Forenede sager C-173/96 og C-247/96 Hidalgo m.fl.

Süzens betydning ses tydeligt i retspraksis efterfølgende. Behandlingen af C-173/96 og C-247/96 Hidalgo m.fl. sagen bliver udsat af EF-Domstolens præsident efter Süzen afgørelsen. De forelæggende

---

<sup>75</sup> Kom (94) 300 af 8/9 1994

<sup>76</sup> C-382/92 Kommission mod Det Forende Kongerige præmis 15

<sup>77</sup> Domstolens procesreglement, LSEU-AI0049-2016-09-19-1112 DA 11.08.2016

<sup>78</sup> Mønsted og Jensen 1997, s. 432

retter bliver spurgt, om de ønsker at opretholde spørgsmålene efter Süzen. Retterne vælger at opretholde spørgsmålet.

I C-173/96 Hidalgo m.fl. har en kommune udliciteret hjemmehjælpen. Hidalgo er en af i alt fem hjemmehjælpere, som er ansat hos et firma, som varetager opgaven. Efter kontraktudløb overdrager kommunen aktiviteten til et andet firma. Alle fem ansatte får ansættelse hos det nye firma, men uden overførsel af ancienniteten, som de har optjent hos det første firma.

C-247/96 Ziemann omhandler et vagtselskab, som får opsagt sin kontrakt med Forsvaret, og et andet firma overtager bevogtningsopgaverne. Tre personer bliver opsagt i forbindelse med tabet af kontrakten. Arbejdstagerne er af den opfattelse, at der er sket en overførsel af en del af en bedrift.

I begge sager er det offentlige myndigheder, som har udliciteret en opgave, som efter endt kontrakt bliver tildelt en anden virksomhed. Derfor behandler EF-Domstolen spørgsmålene samlet.

I dommen nævnes et krav om en tilstrækkeligt struktureret og selvstændig enhed.<sup>79</sup> Fælles for sagerne er, at de fungerer i brancher, hvor der normalt er behov for begrænset materielle aktiver. Enheden kan opfylde kravet om at være tilstrækkelig struktureret og selvstændig, selvom der ikke er tilknyttet materielle eller immaterielle aktiver, når aktiverne er begrænset til det mest elementære.

5.5.2 Forenede sager C-127/96, C-229/96 og C-74/97 Hernández Vidal m.fl.

Ligesom ovenfor bliver alle tre sager udsat efter Süzen.

En rengøringsentreprise er udgangspunktet i sagerne.

C-127/96, Hernández Vidal omhandler to rengøringsassistenter, som er ansat hos et rengøringsfirma. Rengøringsassistenterne er, i henhold til kontrakten mellem rengøringsselskabet og virksomheden, beskæftiget med rengøring af virksomheden Hernández Vidal. Kontrakten bliver opsagt af Hernández Vidal, som fremover ønsker at varetage rengøringen selv. Hverken rengøringsfirmaet eller Hernández Vidal ønsker et ansættelsesforhold med rengøringsassistenterne.

I de to andre sager er der lignende omstændigheder.

EF-Domstolens ræsonnement kan opdeles i to. Først, at en økonomisk enhed kan være en organiseret helhed (formulering kendt fra Süzen). Dernæst tilstrækkeligt struktureret og selvstændig.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> C-173/96 Hidalgo m.fl. Præmis 26 og 27

<sup>80</sup> C-127/96 Hernández Vidal m.fl. præmis 27

I dommen har EF-Domstolen muligvis taget Generaladvokatens udtalelse til efterretning. Han opfordrer til, at man understreger, at en økonomisk enhed ikke blot er en enhed af personer og aktiver, *”i det hele aktivitetsområder, hvori arbejdsstyrken udgør hovedelementet, mens materielle eller immaterielle aktiver er ubetydelige, ellers ville forblive udenfor direktivets beskyttende ramme”*.<sup>81</sup> Han udtrykker bekymring om, at sektorer som rengøring kan risikere, at være udenfor direktivets anvendelsesområde, hvis man lægger for stor vægt på de materielle og immaterielle aktiver i bedømmelse af den økonomiske enhed.<sup>82</sup>

EF-Domstolen gentager formuleringen fra Hidalgo m.fl., hvor de uddyber, at i visse brancher som for eksempel rengøring er eventuelle materielle aktiver ofte begrænset til meget elementære aktiver.<sup>83</sup>

De fem sager bliver alle udsat, og efterfølgende bliver dommene afsagt på samme dag. Dommene har det til fælles, at de alle omhandler overførsel af økonomiske aktiviteter og arbejdstagere, men ingen eller meget begrænset/elementære materielle aktiver. Alle indeholder også udtalelsen, at en enhed skal være tilstrækkelig struktureret og selvstændig for at være omfattet af en økonomisk virksomhed i direktivet. Ligeledes viser de, at Süzens betydning er taget til efterretning, men at der stadig er uafklarede spørgsmål, og retstilstanden er derfor ikke afgjort. Alle får muligheden for at opgive de præjudicielle spørgsmål, men vælger ikke at gøre det. Det kan muligvis være et udtryk for, at de nationale domstole stadig er usikre på fortolkningen på trods af en ny dom, som får betydelig præjudikatsværdi. En anden problematik efter dommen er Generaladvokatens bekymring, hvor arbejdstagere i brancher som rengøring kan risikere at være udenfor direktivets anvendelsesområde.

EF-Domstolen slår fast, at rengøringsarbejde, som varetages af et rengøringsselskab, og derefter bliver overtaget af virksomheden selv, ikke er tilstrækkeligt til at være omfattet af direktivet. Der skal være en økonomisk enhed til stede.<sup>84</sup>

Efter dommene er der flere uafklarede spørgsmål om den økonomiske enhed, og EF-Domstolen behandler flere sager. Et eksempel er C-108/10 Scattolon. En række skoler i Italien får leveret serviceydelser af statsansatte arbejdstagere og kommunalt ansatte arbejdstagere. Man beslutter, at alle de ansatte, som er beskæftiget ved skolerne, som ikke er statsansatte skal overføres til at blive statsansatte. EF-Domstolen undersøger bl.a. om gruppen af arbejdstagere er tilstrækkelig uafhængige til at

---

<sup>81</sup> Præjudiciel afgørelse C-127/96 Hernández Vidal m.fl. præmis 66

<sup>82</sup> Præjudiciel afgørelse C-127/96 Hernández Vidal m.fl. præmis 66 - 69

<sup>83</sup> C-127/96 Hernández Vidal m.fl. præmis 27

<sup>84</sup> C-127/96 Hernández Vidal m.fl. præmis 35

være en økonomisk enhed.<sup>85</sup> EF-Domstolen udtaler, *"at begrebet uafhængighed i forbindelse med EU-reglerne vedrørende varetagelse af arbejdstagernes rettigheder henviser til den kompetence, der tildeles de ansvarlige for den pågældende gruppe af arbejdstagere, til relativt frit og selvstændigt at tilrettelægge arbejde i nævnte gruppe"*.<sup>86</sup> I den tidligere dom C-151/09 UGT-FSP bruger EU-Domstolen også uafhængighed som en betingelse. De udtaler, at den sproglige forståelse af uafhængighed er, at der er ret til selvstyre.<sup>87</sup>

En gruppe medarbejdere kan dermed være en økonomisk enhed, hvis de er tilstrækkelig uafhængige.<sup>88</sup> I en senere dom nævner EF-Domstolen igen uafhængighed i forhold til anvendelse af direktivet *"skal den pågældende økonomiske enhed før overførslen bl.a. besidde en tilstrækkelig funktionel uafhængighed"*.<sup>89</sup>

Om uafhængighed vil være en betingelse ved alle typer af overdragelser, tages der ikke stilling til, men det har gjort sig gældende i ovenstående domme. Det er dermed endnu et element, som de nationale domstole skal tage med i overvejelsen, når de skal afgøre, om en situation vil være en økonomisk enhed i forhold til direktivet.

## 5.6 Opsamling

Forskellen i formuleringen i den danske direktivtekst og virksomhedsoverdragelsesloven har ingen betydning for lovens anvendelsesområde. Dansk retspraksis sammenholdt med praksis fra EU-Domstolen viser, at de danske domstole altid har fulgt EU-Domstolens fortolkning af direktivet.

Når man skal undersøge om, der findes en virksomhed eller en del heraf, er det en undersøgelse af, om der er en økonomisk enhed tilstede. Hvordan den økonomiske enhed skal fortolkes, har udviklet sig i retspraksis. Udviklingen bliver indskrevet i ændringsdirektivet, hvor virksomhedens formål ikke har en betydning, ej heller om der er tale om accessorisk funktion.

Man er gået fra en retstilstand, hvor en overførsel af en aktivitet er nok til at statuere en økonomisk enhed til en tilstand, hvor det er en konkret vurdering af fakta, som afgør om, der er en økonomisk enhed. EU-Domstolen har haft muligheden for at udtale sig flere gange, og der findes derfor en række retningslinjer, som en national domstol skal benytte sig af i dens bedømmelse af fakta. Det er et krav

---

<sup>85</sup> C-108/10, Scattalon præmis 48

<sup>86</sup> C-108/10, Scattalon præmis 51

<sup>87</sup> C-151/09 UGT-FSP præmis 42

<sup>88</sup> Søstet 2016 s. 55 - 56

<sup>89</sup> C-458/12, Telecom Italia, præmis 32



om en organisatorisk selvstændig enhed, som kan udføre en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål.<sup>90</sup> Det skal altså være en funktionel enhed. Der er intet krav om, at man bevarer organisationen i enheden efter overdragelsen, bare man kan fortsætte med aktiviteten. Man kan se, at det har betydning, hvilken type aktivitet virksomheden beskæftiger sig med. I en branche hvor det er arbejdsstyrken, som er det vigtigste for aktiviteten, kan en gruppe medarbejdere udgøre en økonomisk enhed.

---

<sup>90</sup> Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 91

## 6 Den økonomiske enheds identitet

Den økonomiske enheds identitet i ændringsdirektivet er en formulering, som kan udledes af retspraksis. Efter en større mængde retspraksis vælger man at ændre direktivet. Man vælger bl.a. at tilføje bevarelse af identitet som en betingelse for anvendelse i ændringsdirektivet.

Inden man tager stilling til spørgsmålet om identiteten, er der et element, som skal bedømmes. Før overførslen skal der være en økonomisk enhed til stede. Det er beskrevet i foregående afsnit, hvordan en økonomisk enhed defineres. Efter overførslen kræves det, at den økonomiske enhed har bevaret sin identitet. Det betyder, at selvom man har identificeret en økonomisk enhed, så vil den ikke være omfattet af direktivet, hvis den ikke bevarer sin identitet efter overførslen.

Udfordringen er at fastlægge om den økonomiske enhed har bevaret sin identitet efter overdragelsen. Nedenstående afsnit vil redegøre for, hvordan man definerer identiteten, og hvordan det bruges i praksis af EU-Domstolen og medlemsstaternes domstole.

### 6.1 C-24/85 Spijkers

Spijkers er assisterende driftsleder på et slagteri. Slagteriet bliver opkøbt. Alle aktiver, bygninger, løsøre og størstedelen af arbejdstagerne følger med. To arbejdstagere får ikke ansættelse hos den nye ejer. En af arbejdstagerne er Spijkers. På tidspunktet for købet er driften indstillet. Der er ingen goodwill i virksomheden, og kundekredsen bliver ikke overtaget.

Spijkers gør gældende, at der er sket en virksomhedsoverdragelse i henhold til direktivet. Den nye ejer skal derfor indtræde i forpligtelser og rettigheder overfor arbejdstagerne.

Der er flere forhold, som skal tages i betragtning i vurderingen af en overførsel. Det er afgørende, om den økonomiske enhed har bevaret sin identitet.<sup>91</sup>

EF-Domstolen udtaler, at virksomheder eller dele af virksomheder ikke er omfattet af direktivet, blot fordi der sker en overtagelse af aktiver. En vurdering af om det er en "*endnu bestående økonomisk enhed*", som afhændes, er nødvendig.<sup>92</sup> Det må tolkes som et krav, der skal tages med i vurderingen, om virksomheden kan betragtes som igangværende. Udover spørgsmålet om virksomhedens aktivitet ved overdragelsestidspunktet omtaler EF-Domstolen en række faktorer, som skal tages i betragtning.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> C-24/85 Spijkers præmis 11

<sup>92</sup> C-24/85 Spijkers præmis 12

<sup>93</sup> C-24/85, Spijkers præmis 13

- Virksomhedens eller bedriftens form
- Er der overtaget materielle aktiver for eksempel bygninger og løsøre
- Værdien af de immaterielle aktiver på overdragelsestidspunktet
- Overtager den nye indehaver størstedelen af arbejdsstyrken
- Overtages kundekredsen
- Ligheden af de økonomiske aktiviteter før og efter overdragelsen
- Længden af en eventuel afbrydelse i virksomhedens drift

Listen er ikke udtømmende. Omstændighederne er enkelte elementer, som skal bruges i en samlet bedømmelse.

#### 6.1.1 Kommentar til dommen

Efterfølgende retspraksis viser, at ovenstående kriterier bliver brugt i bedømmelsen ved tvivl om, der er en økonomisk enhed, som har bevaret sin identitet. Et eksempel er Redmond Stichting dommen.<sup>94</sup> Sagen omhandler to fonde, hvor den ene delvist overtager den anden. Man lægger bl.a. vægt på, at der er overført viden og midler til den anden fond. En ejendom, som tidligere var lejet af den ophørende fond, udlejes nu til den anden fond, og der tilbydes ansættelse til visse af den ophørende fonds medarbejdere.<sup>95</sup> EF-Domstolen udtaler sig om de kriterier, som de finder relevante ved en overtagelse af den type aktivitet. EF-Domstolen lader det være op til den nationale domstole at bedømme det forelagte tilfælde.

Det er tidligere slået fast, at det er de nationale domstole, som skal bruge fortolkningsredskaberne fra EU-Domstolen og selv dømme den pågældende sag. Spijkers realiserer de forhold, som de nationale domstole skal tage i betragtning. Benyttelsen af kriterierne viser sig ikke at være uden besvær.<sup>96</sup> C-201/91 Rask er et eksempel, hvor en dansk domstol stiller meget specifikke spørgsmål til EF-Domstolen. EF-Domstolen svarer ikke på de specifikke spørgsmål. De tager ikke stilling til fakta i sagen, men overlader det til den nationale ret at foretage vurderingen.

## 6.2 Den vide fortolkning

En vid fortolkning af begrebet virksomhed og den økonomiske enheds identitet kan findes i flere afgørelser. En af de første er den præjudicielle afgørelse i Redmond Stichting. Generaladvokaten påpeger,

---

<sup>94</sup> C-29/91, Redmond Stichting

<sup>95</sup> C-29/91, Redmond Stichting præmis 26

<sup>96</sup> Sciarra 2001 s. 155

at begrebet skal fortolkes med hensyntagen til direktivets sociale vinkel. Det bør derfor være en vid fortolkning. Generaladvokaten er ikke alene med sine tanker omkring en vid fortolkning. En anden dom, som har været yderst relevant i spørgsmålet om, hvor bred fortolkningen af virksomhedsbegrebet er, er Christel Schmidt, som er refereret ovenfor.

Domstolen udtaler i Christel Schmidt, at direktivets anvendelse ikke afhænger af antallet af arbejdstagere. Det afgørende er igen, om den økonomiske enhed har bevaret sin identitet.<sup>97</sup> De lægger vægt på, at indehaveren fortsætter aktiviteten. Rengøringsarbejdet før og efter overførslen har lighed. Et argument for ligheden er, at medarbejderen bliver tilbudt ansættelse efter overførslen.

Tyskland og Det Forenede Kongeriges regeringer argumenterer for i deres indlæg, at der ikke er sket en overdragelse af aktiver.<sup>98</sup> I svar til Tyskland og Det Forenede Kongeriges indlæg fremhæver EF-Domstolen Spijkers dommen. En manglende overførsel af aktiver er ikke en begrundelse for, at transaktionen falder udenfor reguleringen. Forholdet omkring aktiverne skal vurderes, men er ikke afgørende.<sup>99</sup>

I dommen bruger man ikke "shoppinglisten" fra Spijkers, men lægger vægt på én ting: at aktiviteten før og efter overdragelsen er den samme. Det strider imod, hvad EF-domstolen selv har udtalt i Spijkers, ingen faktor er afgørende i sig selv.

På trods af ovenstående betragtninger mener EF-Domstolen, at identiteten er bevaret. Den beslutning bliver mødt med kritik.

Efter Christel Schmidt er der domme, som bevæger sig i det ydre område, som Christel Schmidt efterfølgende viser sig at være. En af dommene er de forenede sager C-171/94 og 172/94, Ford Motors Company. Virksomheden Anfo Motors sælger biler fra Ford i flere kommuner i området omkring Bruxelles. Ford er hovedaktionær i virksomheden. Pr. 1. november 1987 vælger Ford at samarbejde med en uafhængig forhandler. Anfo Motors indstiller al aktivitet pr. 31. december. De vælger at anbefale den nye uafhængige forhandler til deres kunder.

I dommen er der identitet, selvom der ikke blev overdraget materielle eller immaterielle aktiver.<sup>100</sup> Der bliver også foretaget organisatoriske ændringer, hvilket EF-Domstolen ikke finder, har betydning for identiteten. EF-Domstolen lægger vægt på, at der ved overdragelsen af forhandlerretten overtages en del af personalet, og at erhverver drager fordel af anbefalingen til kundekredsen.

---

<sup>97</sup> C-392/92, Christel Schmidt præmis 17

<sup>98</sup> C-392/92, Christel Schmidt præmis 10

<sup>99</sup> C-392/92, Christel Schmidt præmis 16

<sup>100</sup> C-171/94 og C-172/94, Ford Motors Company præmis 21

Denne doms forhold til Christel Schmidt dommen er usikker. Det kan bekræftes, at det centrale element er overgangen af forhandlerretten, men herefter er der uenighed om, hvordan Ford dommen skal fortolkes. Dommen kan betragtes som en befæstelse af Christel Schmidt tilgangen, hvor en funktionsovergang er nok til at være omfattet af direktivet, fordi der ikke bliver overtaget aktiver.<sup>101</sup> Dommen kan også ses som en samlet bedømmelse, hvor alle forhold tages i betragtning. Selve funktionsovergangen, medarbejderne og anbefalingen til kundekredsen er af betydning for EF-Domstolens beslutning.<sup>102</sup> Et element som kundekredsen er et af Spijkers kriterierne. I Ford dommen *anbefales* den nye forhandler til kundekredsen. Kriteriet fra Spijkers er en *overtagelse* af kundekredsen, og det er uklart om en anbefaling kan være lig med en overtagelse af kundekredsen.

Medlemsstaternes domstole skal følge EF-Domstolens linje. Efter Christel Schmidt er der danske domme, som afspejler den vide fortolkning.

AT 94/118 Ri-Bus A/S handler om driften af bybusserne i Esbjerg. Efter ny udlicitering overtager Ri-Bus aktiviteten fra Esbjerg Kommune, som hidtil har varetaget driften.

Ved bedømmelse vælger Arbejdsretten ikke at lægge vægt på følgende forhold.<sup>103</sup>

- At der ikke bliver overtaget eller lejet lokaler til garage og værksted
- At rutenettet adskiller sig fra Esbjerg Kommunes bybussers
- At kundekredsen er udenfor interesse for Ri-Bus A/S, der vederlægges uden hensyn til passagertal
- At der ikke bliver købt materiel direkte hos kommunen

Der bliver overtaget 23 busser, som kommunen har benyttet til driften. Busserne bliver overdraget fra kommunen til det amtslige trafikselskab, og de sælger herefter busserne til Ri-Bus A/S. Der eksisterer altså ikke en direkte kontrakt mellem kommunen og Ri-Bus A/S.

Ovenstående forhold resulterer i, at den overdragne virksomhed har bevaret sin identitet. Arbejdsretten finder, at identiteten er aktiviteten – at drive buskørsel indenfor et geografisk område. Man må formode, at dommen ikke vil få samme udfald efter Süzen, da en aktivitet ikke er nok til at bevare identiteten.

---

<sup>101</sup> Schaumbürg-Müller og Werlauff 2011 s. 43 og Sciarra s. 163

<sup>102</sup> Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 100

<sup>103</sup> Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 110

Til sammenligning findes en dansk dom AT 95/33, Royal Service ApS, som ikke er i overensstemmelse med ovenstående betragtning i Christel Schmidt. En virksomhed mister sin aftale angående rengøring på et hotel, og afskediger personale på grund af mangel på arbejde. Aktiviteten overtages af et andet rengøringsselskab. Der bliver bl.a. lagt væk på,

- At det er knap halvdelen af medarbejderne, som får ansættelse ved den nye kontraktbærer
- At der ikke bliver overtaget materiel
- At der ikke er nogen kontakt mellem de to rengøringsselskaber
- At aktiviteten kun er en lille del af hotellet og rengøringsselskabets aktiviteter

Retten finder, at der ikke er identitet. Det bemærkelsesværdige ved denne dom er, at den er afsagt efter Christel Schmidt. Det vil sige, at det er i en periode, hvor en overførsel af en aktivitet bør være nok til at statuere virksomhedsoverdragelse. Rigtigheden af dommen må betvivles i forhold til retstilstanden på daværende tidspunkt.

#### 6.2.1 Konsekvensen af den vide fortolkning

Resultatet af ovenstående domme er en retsstilling, hvor det er virksomhedens aktivitet, som er afgørende for identiteten. Selvom vurderingen også skal indeholde andre elementer, er det ikke afgørende, at der for eksempel ikke er overtagelse af materielle aktiver tilstede. Hvis retstilstanden er som ovenfor beskrevet, vil enhver udlicitering være omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven. I en udliciteringssituation er det netop aktiviteten, som overtages og ikke nødvendigvis andet. Det er nævnt tidligere, at den fortolkning ikke bliver budt velkommen.

### 6.3 Opstramningen

Efter den vide fortolkning af direktivets og lovens anvendelsesområde ser man en opstramning. Dommen, som repræsenterer opstramningen er Süzen, som er refereret ovenfor. Situationen er et spørgsmål om udlicitering af rengøring. Der er ingen tvivl om, at aktiviteten er den samme før og efter overdragelsen. Spørgsmålet er, om der er en virksomhedsoverdragelse i relation til den nye kontraktbærer. Når aktiviteten er den samme vil en "Christel Schmidt fortolkning" betyde, at der er identitet til stede. EF-Domstolen vælger i Süzen at tage flere forhold i betragtning.

I dommens præmisserne finder man formuleringer, som ikke er set i tidligere domme: *"En enhed ikke kan begrænses til den aktivitet, den udfører. Dens identitet består også af andre forhold ...."*<sup>104</sup>

En økonomisk enhed kan beholde sin identitet, hvis den nye indehaver viderefører aktiviteten, men kan ikke kun begrænses hertil. Der skal også ske en overdragelse af andre elementer. Elementerne kan være for eksempel være materielle aktiver eller arbejdsstyrke. I Süzen er en enhed *"en organiseret helhed af personer og aktiver"*.<sup>105</sup> Hvis det er arbejdsstyrken, som følger med over, skal det være en væsentlig del af medarbejderne. Det skal være en gruppe, som i længere tid har udført en fælles aktivitet. Erhverver skal overtage en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den gruppe.<sup>106</sup> Det kan også være overtagelse af materielle og immaterielle aktiver, som skal følge med aktiviteten.

Der kommer også nye kriterier til vurderingen af identiteten. Forhold som *"personale, der er ansat i virksomheden"*<sup>107</sup>, *dens ydre rammer, tilrettelæggelsen af dens arbejde, dens driftsmåde og i givet fald også de driftsmidler, enheden råder over"*.<sup>108</sup> Det er forhold, som sammen med aktiviteten kan føre til, at den økonomiske enhed bevarer sin identitet.

Domstolens retspraksis efter Süzen viser tydeligt dommens indflydelse.

Hidalgo m.fl. sagen er en ud af fem sager, som man udskyder til efter Süzens afgørelse. Forholdene i sagerne ligner til en hvis grad hinanden. Der er sket overførsel af økonomiske aktiviteter og medarbejdere, men ikke nogle materielle aktiver. Præmisserne fra Süzen sagen bliver til en hvis grad gentaget. I en branche hvor arbejdsstyrken er det vigtigste, kan identiteten bevares ved at videreføre aktiviteten samt overtage en efter antal og kvalifikationer betydelig del af arbejdsstyrken, som udførte den pågældende opgave.<sup>109</sup> EF-Domstolen gentager præmissen fra Süzen.

## 6.4 Kriterierne fra Spijkers

Kriterierne fra Spijkers er nævnt i tidligere afsnit. I følgende afsnit vil nogle af kriterierne fra Spijkers blive gennemgået. Der er udvalgt tre faktorer. Det er dem, som har haft størst betydning i retspraksis. Nogle har haft større betydning end andre. Ronald Beltzer udtrykker det som, *"All factors are equal,*

---

<sup>104</sup> C-13/95 Süzen, præmies 15

<sup>105</sup> C-13/95, Süzen præmis 13

<sup>106</sup> C-13/95, Süzen præmis 21

<sup>107</sup> Den engelske oversættelse af dommen uddyber personale til workforce og management staff. En formulering som er mere uddybende

<sup>108</sup> C-13/95, Süzen præmis 15

<sup>109</sup> C-173/96, Hidalgo m.fl. præmis 32

*but some are more equal than others*".<sup>110</sup> Det skal understreges, at hver mulig virksomhedsoverdragelse skal vurderes konkret. Det vil ofte være flere faktorer, som spiller ind, og derfor skal hvert tilfælde behandles separat. Spijkers kriterierne er ikke en udtømmende liste, men en række forhold, som EU-Domstolen har brugt som en guideline for, hvad der skal vurderes. Det betyder ikke, at der ikke kan være faktorer udover kriterierne fra Spijkers, som er afgørende i en vurdering af direktivets anvendelsesområde.

#### 6.4.1 Virksomhedens eller bedriftens form

Virksomheden eller bedriftens form er den første af Spijkers kriterierne. Det er virksomhedens aktiviteter, som skal bedømmes. Retspraksis har vist, at det er en meget central del af bedømmelsen, muligvis den vigtigste.<sup>111</sup> Det er det, som kan være afgørende for, hvordan de andre kriterier skal bruges.

Man kan i grove træk stille virksomhederne op i to kasser. Virksomheder hvor aktiviteten bæres af arbejdskraft, og virksomheder hvor det er materielle og immaterielle aktiver, som spiller den vigtigste rolle.

Arbejdskraftsintensive erhverv kan for eksempel være rengøring, hjemmehjælp og bevogtningsopgaver. I en produktionsvirksomhed vil det ofte være maskiner og lignende materiel, som er afgørende for virksomhedens aktivitet.

Bedømmelserne kan derfor være forskellige afhængig af, hvad der overdrages. En dom fra EF-Domstolen som omtales ovenfor viser den sondring.<sup>112</sup> Det er af mindre betydning, at der bliver overført rengøringsartikler, da det er arbejdskraften, som har den største betydning for virksomhedens aktivitet. EF-Domstolen er af den opfattelse, at fraværet af for eksempel overførsel af aktiver ikke vil bringe situationen udenfor direktivets anvendelsesområde.

Rengøring er en af de aktiviteter, som har været forelagt EF-Domstolen flere gange. Man vil muligvis opfatte arbejdskraften som det vigtigste i den branche. Man kan være tilbøjelig til at fastlægge nogle sektorer, hvor arbejdskraften er vigtig, og den materielle del ikke spiller en stor rolle. Det er en tilgang, som man skal være påpasselig med. Et tænkt eksempel kan være en rengøringsvirksomhed, hvor aktiviteten bl.a. er rengøring af gulve. Virksomheden har investeret i robotstøvsuger og robotgulvvasker, også er det aktiverne, som har afgørende betydning for virksomheden. Der kan selvfølgelig være andre

---

<sup>110</sup> Beltzer 2007 s. 143

<sup>111</sup> Beltzer 2007 s. 143

<sup>112</sup> C- 13/95 Süzen



rengøringsopgaver, men hvis det primært er gulvvask, som er aktiviteten, så må det være aktiverne, som er afgørende for virksomhedens drift og ikke arbejdsstyrken.

Det kan derfor været svært, at bestemme, om en branche er baseret på arbejdskraft eller andre faktorer.<sup>113</sup> Det er dog en vigtig sondring, da det kan være afgørende for, hvordan de andre Spijkers kriterier skal rangeres.

I C-463/09 CLECE tilbagetager en kommune en rengøringsaktivitet. En medarbejder, som er beskæftiget hos den tidligere kontraktshaver, bliver afskediget. Kommunen overtager ingen materielle aktiver og afviser at overtage den ene medarbejder. EF-Domstolen finder, at en økonomisk enhed ikke kan opretholde sin identitet, hvis der ikke overtages størstedelen af arbejdsstyrken.<sup>114</sup>

C-466/07 Klarenberg omhandler en situation, hvor en erhverver ændrer i virksomhed eller bedriftsdeles organisering efter overførsel. Man ønsker besvaret, om direktivet kan gøres gældende, når en ny indehaver ikke opretholder den overførte virksomhedsdels eller bedriftsdels organisatoriske uafhængighed.<sup>115</sup> Domstolen udtaler, at *"såfremt den funktionelle forbindelse mellem de forskellige overførte produktionsfaktorer opretholdes, og dette gør det muligt for erhververen at anvende disse sidstnævnte til af fortsætte den samme eller en tilsvarende økonomisk aktivitet"*.<sup>116</sup>

Situationen må være omfattet af direktivet. I en situation, hvor organisatorisk uafhængighed kan være en økonomisk enheds identitet, vil direktivet være sårbart overfor en situation, hvor erhverver vælger at ændre den erhvervede dels struktur og integrere den i sin virksomhed.<sup>117</sup>

#### 6.4.2 Overtagelse af materielle og immaterielle aktiver

En produktionsvirksomhed, hvor der overtages det meste materielle udstyr, vil være en kraftig indikation på, at virksomheden har bevaret sin identitet. Aktiverne er ikke kun produktionsudstyr, men kan for eksempel også være lokaler.

Immaterielle aktiver som patenter og varemærker vil ofte være vigtige for en handelsvirksomhed. En handelsvirksomhed kan også overtage inventar, men det vil ofte have mindre betydning for virksomhedens aktivitet.

---

<sup>113</sup> Beltzer 2007 s. 145

<sup>114</sup> C- 463/09 CLECE præmis 41

<sup>115</sup> C-466/07, Klarenberg præmis 36

<sup>116</sup> C-466/07, Klarenberg præmis 53

<sup>117</sup> Werner 2012, s. 42 - 43

Der er nogle brancher, hvor de materielle aktiver spiller en større rolle end andre. En branche, som har været prøvet flere gange ved både EU-Domstolen og de danske domstole, er busdrift.

Den mest kendte og citerede dom fra EF-Domstolen om busdrift er Liikenne.<sup>118</sup> Et busselskab vinder et udbud, og overtager derfor driften fra et andet busselskab. 33 ud af den tidligere kontrakthavers 45 chauffører bliver ansat hos det nye busselskab. Kommissionen udtaler i deres indlæg, at der er overtaget en væsentlig del af forgængerens personale, men EF-Domstolen udtaler sig ikke herom. Det er uklart om antallet af chauffører er en væsentlig del. I den præjudicielle afgørelse lægger både Generaladvokaten og Kommissionen vægt på, hvad nøgleelementet i bustransport er. Kommissionen opfatter arbejdskraften som det vigtigste element, og Generaladvokaten de materielle aktiver, altså busserne.<sup>119</sup> De forskellige opfattelser viser, at det er svært at bedømme, hvad der bærer virksomhedens aktivitet. Ligeledes viser det, at det er en meget konkret og subjektiv vurdering.

Der bliver ikke overtaget nogle busser eller andre materielle aktiver.<sup>120</sup> Der bliver altså ikke overdraget nogle væsentlige fysiske elementer. En manglende overførsel af materiel, som er nødvendig for en tilfredsstillende drift, betyder, at enheden ikke har bevaret sin identitet.<sup>121</sup> Det skal bemærkes, at EF-Domstolen afgør, at direktivet ikke finder anvendelse i en situation som den i hovedsagen. Dommen er et eksempel på, at EF-Domstolen selv tager stilling til fakta fremfor den normale procedure, hvor bedømmelse af fakta overlades til den nationale domstol.

Der findes også danske domme, som behandler problemstillingen omhandlende busdrift. En dom afsagt af Højesteret omhandler udbud af en busrute.<sup>122</sup> Brande Buslinjer overtager alle medarbejderne, som har kørt ruten, fra det selskab, som tidligere drev den. Der bliver overtaget billetborde, byttepenge med videre. Der bliver ikke overdraget busser. 3F, som er mandatar for sagsøgerne, forsøger at gøre gældende, at busserne ikke kan være fysiske elementer i forbindelse med driften af ruten, fordi de er leaset. Det bliver afvist. Det er rådigheden over de materielle aktiver og ikke ejerskabet, som er afgørende. Det er i overensstemmelse med praksis fra EF-Domstolen.<sup>123</sup>

Dommerne henviser til Liikenne-sagen, og dommen får samme udfald som i Liikenne. Enheden har ikke bevaret sin identitet. Landsrettens dom bliver dermed stadfæstet.

---

<sup>118</sup> C-172/99, Liikenne

<sup>119</sup> C-172/99, Liikenne. Præjudiciel afgørelse præmis 67 og 69

<sup>120</sup> Man overtog nogle uniformer og lejede to busser i en overgangsperiode

<sup>121</sup> C-172/99, Liikenne præmis 42

<sup>122</sup> Højesteret dom af 24/5 2016 sag 228/2014

<sup>123</sup> C-340/01, Abler præmis 42

Inden Højesterets behandling af sagen anmoder 3F om en forelæggelse af et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen.<sup>124</sup> Spørgsmålene omhandler en fortolkning af art. 1, stk. 1 i direktivet. Det ene spørgsmål omhandler de leasede busser som et materielt aktiv. Det andet spørgsmål omhandler, at alt andet end busserne overføres. Højesteret afslår anmodningen. I en ankesag er domstolen forpligtiget til, at forelægge et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen, hvis der er fortolkningstvivel. Højesteret er dermed ikke længere i tvivl i tilfælde, som ligner Liikenne.

Retspraksis om busdrift har dog ikke altid været som ovenstående. Den tidligere nævnte Ri-Bus dom går i den anden retning. Aktiviteten er transport af passagerer indenfor et givent geografisk område. Det bliver aktiviteten alene, som statuerer identitet. Dommen bliver afsagt af arbejdsretten d. 28. juni 1994. Liikenne bliver afsagt ca. 6 år senere. Det er tvivlsomt, at Ri-Bus vil få samme resultat, hvis den bliver prøvet efter Liikenne.

Kantinedrift er en anden branche, som også er prøvet i dansk praksis.

I en Højesteretsdom fra 2015 flytter KPMG kontorfaciliteter.<sup>125</sup> I forbindelse med flytningen sendes kantinedriften i udbud. KPMG etablerer en kantine i de nye lokaler. ISS vinder udbuddet. De overtager ingen aktiver eller medarbejdere fra den aktør, som har varetaget kantinedriften i de gamle lokaler. En medarbejder bliver opsagt i forbindelse med, at ISS overtager kantinedriften. Medarbejderen bliver efterfølgende ansat i den tidligere leverandørs anden virksomhed til en lavere løn. Medarbejderen mener, at der er sket en virksomhedsoverdragelse. Medarbejderens fagforening gør gældende overfor Højesteret, at formålet med driften før og efter er identisk. De gør gældende:

- At der er tale om en specifik kundekreds
- At servicen bliver leveret til den samme virksomhed, KPMG
- At KPMG ejer driftsmidlerne

ISS og den tidligere leverandør gør gældende:

- At der er ingen overdragelse af medarbejdere
- At der er ingen overdragelse af materielle aktiver

Der bliver taget med i begrundelsen, at ISS kun overtager en røremaskine og fødevareautomat og ingen medarbejdere.

---

<sup>124</sup> Højesterets kendelse af 3. juli 2015, 228/2014

<sup>125</sup> Højesteret dom af 28/10 2015, 23/2015

Højesteret stadfæster Sø- og Handelsrettens dom. Det er ikke en økonomisk enhed, som har bevaret sin identitet. Højesteret gentager Spijkers kriterierne, og gør opmærksom på, at det kun er enkelte elementer i en samlede bedømmelse. De uddyber, at vægtningen af de forskellige elementer skal ske ud fra hvilken aktivitet, som udføres.

Dommen bekræfter EU-Domstolens praksis. Den viser også, at kriterierne fra Spijkers stadig bruges aktivt.

Lokaler kan også være et materielt aktiv, som spiller ind i spørgsmålet om direktivets anvendelsesområde. I Abler dommen bliver driften af et storkøkken på et hospital varetaget af en kontrakt-haver. Kontrakten opsiges. Man foretager nyt udbud, og en anden aktør vinder udbuddet. Tjenesteydelsen bliver varetaget i hospitalets lokaler, og maskiner bliver stillet til rådighed. Den nye leverandør vil ikke overtage nogle af medarbejderne, som er ansat af den tidligere kontrakt-haver. EF-Domstolen udtaler, at ved driften af et storkøkken udgør arbejdsstyrken ikke den væsentligste del. Det er de materielle aktiver, som er afgørende, for eksempel lokaler.<sup>126</sup> Selvom leverandøren afviser at overtage materielle aktiver og lønmodtagere, kan det stadig være en økonomisk enhed, som bevarer sin identitet, da leverandøren benytter de faciliteter, som stilles til rådighed af hospitalet. Yderligere har den nye leverandør overtaget størstedelen af kundekredsen. Situationen er omfattet af direktivet.

Ronald M. Beltzer finder EF-Domstolens ræsonnement "one-dimensional" i Abler dommen.<sup>127</sup> EF-Domstolen undlader at følge tankegangen, om at personale i hospitalskøkken kan have speciel viden om for eksempel diæt, og dermed også være en væsentlig faktor for driften.

Luis Aira Pascual, er en sag, hvor en offentligretlig virksomhed, ADIF, udfører en opgave i forbindelse med håndtering af enheder i intermodal transport. ADIF udliciterer opgaven til Algeposa. Ved forlængelse af kontrakten første gang afgiver ADIF nogle medarbejdere til Algeposa med henblik på oplæring. Kontrakten udløber anden gang, og ADIF ønsker ikke at forlænge. ADIF vil selv udføre opgaven med eget personale. I kontraktperioden med Algeposa har ADIF stillet alt infrastruktur og materiel til rådighed, som er nødvendigt for varetagelsen af opgaven.

EU-Domstolen udtaler, at specielt virksomhedens art skal iagttages af den nationale domstol, når det skal bekræftes, om der er en økonomisk enhed, som har bevaret sin identitet.<sup>128</sup> Der er i situationen

---

<sup>126</sup> C-340/01, Abler præmis 36

<sup>127</sup> Beltzer 2007, s. 145

<sup>128</sup> C-509/14, Luis Aira Pascual m.fl. præmis 33

ingen tvivl, om at den pågældende aktivitet kræver betydeligt materiel, og at det er ADIF, som stiller materiellet til rådighed.<sup>129</sup>

Situationen må være af direktivet på trods af, at der ikke er noget ønske om overtagelse af medarbejdere og ingen overførsel af materielle aktiver. I sagen er det afgørende, at det er materiellet, som har størst betydning for aktiviteten fremfor medarbejderne. Det har ikke betydning, at de materielle aktiver ikke overføres, fordi den offentlige virksomhed allerede ejer aktiverne.

#### 6.4.3 Arbejdsstyrken

Hvis en virksomhed i høj grad er baseret på arbejdskraft, vil det have stor betydning, om en erhverver overtager alle medarbejderne eller bare en del heraf. I visse brancher er det virksomhedens medarbejdere, som er afgørende i bedømmelse af, om virksomheden har bevaret sin identitet.

En økonomisk enhed kan være en gruppe af medarbejdere. Man kan se i Süzen, at det ikke kun er antallet af medarbejdere, som er afgørende. Både antallet af medarbejdere og deres kvalifikationer skal være en betydelig del af arbejdsstyrken.

*”Og en sådan enhed vil kunne opretholde sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængeren specielt udførte denne opgave”<sup>130</sup>*

Som i andre tilfælde skal det være en konkret vurdering, og det kan derfor være svært at fastsætte et antal eller procentdel. Ovenfor er et udtryk for både kvantitativ og kvalitativ vurdering.<sup>131</sup>

Det er svært at afgøre, hvad en betydelig del af arbejdsstyrken er. Ronald M. Beltzer foreslår *”for the sake of convenience”*, at det minimum er 50 %. Han henviser til C-51/00 Temco, hvor 42 ud af 80 arbejdstagere var en betydelig del af arbejdsstyrken.<sup>132</sup>

I den danske oversættelse af Süzen bruger EF-Domstolen *”betydelig”*. Man kan også bruge formuleringen væsentlig, da den franske og spanske direktivtekst nærmere skal forstås sådan.

---

<sup>129</sup> C-509/14, Luis Aira Pascual m.fl. præmis 36 - 37

<sup>130</sup> C-13/95, Süzen præmis 21

<sup>131</sup> Sjøsted 2016 s. 60

<sup>132</sup> Beltzer 2007 s. 147 fodnote 18

I dansk praksis er der ingen støtte til at fastsætte en matematisk grænse. Det bekræftes i en dom fra Arbejdsretten, hvor der bliver statueret virksomhedsoverdragelse. Arbejdsretten slår fast, at virksomheden alene var baseret på arbejdskraft. I situationen bliver lidt under halvdelen af de ansatte overtaget. Man finder altså ingen matematisk grænse.<sup>133</sup>

Man finder ingen vejledning i Süzen for, hvordan den kvalitative del skal vurderes. Der findes heller ingen vejledning i EU-Domstolens senere retspraksis. En vejledende udtalelse fra EFTA-Domstolen om-taler, hvordan den kvalitative del kan fortolkes.<sup>134</sup> I en virksomhed, som er præget af specialiseret personale, vil en overførsel af arbejdstagerne være en indikation på bevarelse af identitet. Hvis en virksomheds aktiviteter ikke kræver speciel viden eller kvalifikationer, kan det betyde, at der ikke er identitet til stede, selvom der overtages arbejdstagere.<sup>135</sup> Kåre Mønsted og Nils Kjellegaard Jensen mener, at en kvalitativ bedømmelse kan indeholde et aspekt som uddannelse.<sup>136</sup> Det kan også være et aspekt, om der overtages nøglemedarbejdere.<sup>137</sup>

EFTA-Domstolen har i forbindelse med en anden afgørelse udtalt, at hensigten med overtagelsen af medarbejderne også kan have en betydning. Man kan sondre mellem, om medarbejdere overtages på grund af, at man ønsker at drive samme virksomhed, som overdrages eller, at det bare er en måde at få afdækket sit behov for arbejdskraft.<sup>138</sup> I EFTA-Domstolens vejledende udtalelse i E-03/96 Angeir Ask bliver der overtaget ”a very limited number” medarbejdere. Der var 74 ansatte, og 10 fik beskæftigelse hos erhverver.<sup>139</sup>

Ovenstående udtalelser om hensigten med overtagelsen af medarbejdere ser ikke ud til at finde gentagelse hos EU-Domstolen. I Temco lægger man ikke vægt på, hvorfor man overtager arbejdstagere, men om der er overtaget arbejdstagere.

Afskedigelser, som er begrundet i *økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer* må gerne lade antallet af fortsættende lønmodtagere indgå i identitetsbedømmelse.<sup>140</sup>

---

<sup>133</sup> AR2013.0458 og AR2013.0760 af 24. september 2015

<sup>134</sup> EFTA-Domstolens praksis er bindende for EØS-landene. EFTA-Domstolens er også tillagt betydning ved fortolkning af direktivet i EU-landene.

<sup>135</sup> EFTA forslag til afgørelse, E-02/95 Eidesund præmis 43

<sup>136</sup> Mønsted og Jensen s. 433

<sup>137</sup> Amsinck s.32

<sup>138</sup> EFTA E-2/96, Ulstein m.fl.

<sup>139</sup> EFTA vejledende udtalelse, E-03/96 Angeir Ask, præmis 23

<sup>140</sup> Svenning Andersen m.fl. 2016 s. 572

Ovenstående kan identificeres i dansk retspraksis. I en dom fra Arbejdsretten varetages rengøring i Syddjurs Kommune af to selvstændige selskaber. Efterfølgende overtager en anden aktiviteten. Erhverver overtager ingen materielle eller immaterielle aktiver. Han overtager ingen medarbejdere fra det ene selskab, men overtager 14 ud af 31 medarbejdere, som har beskæftiget sig med rengøringen hos Syddjurs Kommune, fra det andet selskab. Arbejdsretten fastslår, at medarbejderne udgør en økonomisk enhed. De bemærker, at erhverver overtager mindre end halvdelen af arbejdsstyrken, og at der derfor skal overtages nøglepersoner eller lignende for, at aktiviteten kan videreføres på en stabil måde.<sup>141</sup>

Det er dermed Arbejdsrettens opfattelse i dommen, at der ikke er identitet, hvis der overtages under halvdelen af arbejdsstyrken og ingen nøglepersoner. Om det er Arbejdsrettens generelle tilgang, at der skal overtages over halvdelen af arbejdsstyrken, for at der ved en aktivitet, som rengøring er *”en efter antal og kvalifikationer betydelig del af arbejdsstyrken”*, er tvivlsomt. Hvis man sammenligner sagen med ovenstående dom også fra Arbejdsretten, hvorunder halvdelen af medarbejderne bliver overtaget, og der stadig finder en virksomhedsoverdragelse sted, så er Arbejdsrettens praksis ikke klar.

I U2015.2670V bliver en kommunens sprogskole varetaget af et selskab, som har ansat lærere til at varetage undervisningen. Aftalen om danskundervisning udløber, og bliver sendt i udbud. En anden vinder udbuddet, og overtager aktiviteten. Der skal bruges 14 lærere til undervisningen. Otte lærere fra den tidligere kontrakthaver får arbejde hos erhverver. Der bliver ikke overtaget yderligere personale. Vestre Landsret lægger vægt på, at Sprogcentret er en organiseret selvstændig økonomisk enhed, som har eget budget, egen ledelse og egne ansatte. Man lægger også vægt på, at der overtages et meget betydeligt antal medarbejdere, at en del af undervisningen foregår i samme lokaler, og at lærerne fortsat har høj grad af frihed til selvstændigt at tilrettelægge og udføre deres opgaver. Vestre Landsret finder, at det er en økonomisk enhed, som har bevaret sin identitet, og er dermed omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

#### 6.4.4 Andre kriterier

Udover ovenstående kriterier findes der også andre kriterier i Spijkers dommen. Overtagelse af kundekredsen, graden af ligheden i aktiviteterne og afbrydelse af aktiviteterne.

I identitetsbedømmelse kan man inddrage, om erhverver overtager kundekredsen. I Ford dommen bliver det centralt, at overdrager anbefaler erhverver til kundekredsen. I en Højesteretsdom omtalt

---

<sup>141</sup> AR2015.0171 af 3. februar 2016

nedenfor findes det relevant, at en tandlæge overtager patientkartoteket fra en anden tandlæge.<sup>142</sup> EF-Domstolen lægger også vægt på overtagelse af en kundekreds i forbindelse med Abler dommen, da der er tale om en fast kundekreds, og derfor har erhverver overtaget dem.<sup>143</sup>

Lighed i aktiviteter før og efter overdragelsen er ikke nok til, at der er identitet til stede.<sup>144</sup> En dom fra Arbejdsretten illustrerer denne problemstilling.<sup>145</sup> En ejendomsmægler driver virksomhed fra nogle lokaler i Vejle. Virksomheden fusionerer med en anden ejendomsmæglerkæde, og medarbejderne fra træder deres stillinger. Lokalerne bliver efterfølgende anvendt af den nye ejendomsmægler som franchisetager, og kun brugt som udstillingslokale. Arbejdsretten vurderer, at virksomheden ikke har bevaret sin identitet.

En lukning af en virksomhed i en længere periode kan være et moment, som taler imod, at det er en virksomhedsoverdragelse. I Spijkers sagen bliver det en del af identitetsbedømmelsen, hvor lang afbrydelsen af aktiviteterne er. En kortvarig lukning bringer ikke nødvendigvis en situation udenfor direktivets anvendelsesområde. En længerevarende lukning peger i den anden retning.<sup>146</sup> I C-287/86 Ny Mølle Kro dommen udtaler EF-Domstolen, at et driftsstop, som er sæsonmæssigt begrundet ikke udelukker, at direktivet finder anvendelse.<sup>147</sup> Hvis en virksomhed ophører, vil den ikke være omfattet af direktivet.<sup>148</sup>

#### 6.4.5 Kommentar

Domstolen opstiller i Spijkers en række kriterier, som skal medtages i en vurdering af identitet. Det EF-Domstolen manglede, og stadig mangler i retspraksis er at skabe klarheden for vægtningen af faktorerne.<sup>149</sup> Er alle faktorer lige vigtige?

I retspraksis kan man genkende, at vurderingen af kriterie nr. 1 er vigtig. Det skal fastslås, hvilken type virksomhed det er. Nogle brancher er meget afhængige af deres medarbejdere. I andre brancher er det materielle og immaterielle aktiver, som er afgørende for aktiviteten.

---

<sup>142</sup> U.2008.2416H

<sup>143</sup> C-340/01, Abler præmis 36

<sup>144</sup> C-463/09, CLECE

<sup>145</sup> A2002.427 og A2002.824 af 26. august 2004

<sup>146</sup> Klingsten 2016, s. 113

<sup>147</sup> C-287/86, Ny Mølle Kro

<sup>148</sup> Klingsten 2016 s. 114

<sup>149</sup> Beltzer 2007 s. 141



Süzen og Christel Schmidt sagerne er i brancher, hvor det er arbejdskraften, som er afgørende for aktiviteten. De kan udføre deres aktivitet uden en større mængde aktiver. Det modsatte gør sig gældende i Liikenne, hvor aktiverne er essentielle for udførelsen af virksomheden.

Der er en afgørende forskel mellem overtagelse af aktiver og overtagelse af arbejdsstyrken. Hvis en erhverver overtager nogle aktiver har erhververen truffet et aktivt valg. Han vil aldrig være "tvunget" til at overtage aktiver.<sup>150</sup> Det modsatte gør sig gældende ved arbejdsstyrken. Amandine Garde mener, at man kan se et hierarki mellem overførslen af aktiver og overførsel af arbejdsstyrken. Hvis en økonomisk enhed kan fungere uden materielle aktiver, er det først i det tilfælde, at vurderingen af arbejdsstyrken bliver afgørende. Det synspunkt kan udledes af Liikenne, hvor størstedelen af medarbejderne bliver overtaget, men anvendelsen af direktivet er stadig udelukket på grund af manglende overførsel af materielle aktiver.<sup>151</sup> Gavin Barrett støtter op om det synspunkt. Han mener, at man kan udlede af Liikenne at i tilfælde, hvor materielle elementer spiller en lille rolle vil en overførsel af materielle aktiver stadig være en forudsætning for direktivets anvendelse.<sup>152</sup>

Ovenstående er dog ikke en garanti, fordi det kan svært at fastslå, hvad identiteten er. Mette Søsted nævner en norsk dom afsagt af Høyesterett.<sup>153</sup> Hjemmehjælp opfattes normalt som en arbejdskraftintensiv branche. I situationen sker en overdragelse af to ud af 11 ansatte. Hjemmehjælpen foregår i beboernes eget specialindrettede boliger. Man lægger vægt på, at aktiviteten foregår i de samme lokaler. Det bliver lokalerne, som er afgørende for dommens udfald, og der er en virksomhedsoverdragelse.

## 6.5 Opsamling

Allerede i tidlig retspraksis kan man se, at spørgsmålet om den økonomiske enheds identitet vil blive af stor betydning for direktivet og virksomhedsoverdragelsesloven. Det illustreres ved den righoldige retspraksis, hvor virksomhedens identitet tillægges stor betydning ved vurderingen af direktivets anvendelse. Det resulterer i, at der efterfølgende bliver skrevet ind i ændringsdirektivet, at den økonomiske enheds identitet skal bevares.

Spijkers kriterierne spiller en stor rolle i retspraksis ved vurderingen af identiteten, og bruges stadig i dag både af EU-Domstolen og danske domstole. Det har vist sig at være meget vigtigt at fastslå, om

---

<sup>150</sup> Det kan dog blive en meget stor udfordring at undlade en overtagelse af aktiver, hvis man ønsker at fortsætte en identisk aktiviteten

<sup>151</sup> Garde 2002 s. 530

<sup>152</sup> Barrett 2005 s. 1060

<sup>153</sup> Søsted 2016 og HR-2015-1276-A

virksomheden kan identificeres som afhængig af arbejdsstyrke eller materielle/immaterielle aktiver. En virksomhed, som er meget afhængig af sine medarbejdere for at opretholde sine aktiviteter, vil overførslen af medarbejdere veje tungt for, at virksomheden bevarer sin identitet efter overførslen.

Overtagelsen af medarbejdere er både en kvantitativ og kvalitativ bedømmelse. Retspraksis viser, at der ikke er en matematisk grænse for den kvantitative del. Man må formode, at det er en samlet bedømmelse, hvor den kvalitative del for eksempel kan være, om nøglemedarbejdere overtages. Der findes dog ingen definition i praksis på, hvad de kvalitative forhold er.<sup>154</sup>

## 6.6 Den nedre grænse og parternes indflydelse på loven og direktivets anvendelse

Spørgsmålet om der findes en nedre grænse for en virksomheds størrelse, og hvornår situationen ikke længere er omfattet af direktivet, er der ikke enighed om i litteraturen.

Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff mener, at den sikre undergrænse er situationen, hvor der hverken overtages nogle aktiver eller overtages medarbejdere fra virksomheden.<sup>155</sup> *”Alt, hvad der befinder sig over denne undergrænse, er underkastet en konkret bedømmelse”*<sup>156</sup>. Den tilgang kan Lars Svenning Andersen m.fl. ikke tilslutte sig. Deres nedre grænse for direktivet og lovens anvendelse er, når der ikke findes lønmodtagere i virksomheden.<sup>157</sup> Anton Karev mener i en situation omhandlende in- og outsourcing af rengøringsydelser, at man ikke kan give en garanti for en nedre grænse. Det vil altid være en vurdering af de faktiske omstændigheder.<sup>158</sup>

Spørgsmålet om en nedre grænse er også interessant, når man diskuterer, om parterne kan have indflydelse på anvendelsen af loven.

Kåre Mønsted og Nils Kjellerup Jensen er af den opfattelse, at man kan styre anvendelsen af virksomhedsoverdragelsesloven. Hvis en virksomhed ønsker at undgå at være omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven skal de rådes til ikke, at overtage noget eller nogen som helst fra virksomhed.<sup>159</sup> Som nævnt ovenfor er Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff enige i den betragtning. De er dog opmærksomme på, at det ikke er sikkert, at virksomheder ønsker at medvirke til på denne måde at

---

<sup>154</sup> Amsinck 2012 s.32

<sup>155</sup> Schaumburg-Müller og Werlauff 2011, s. 92

<sup>156</sup> Schaumburg-Müller og Werlauff 2011, s. 92

<sup>157</sup> Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 130

<sup>158</sup> Karev 2012 S. 40

<sup>159</sup> Mønsted og Jensen s. 433

komme udenom loven og direktivet.<sup>160</sup> Generaladvokaten i CLECE er opmærksom på problemstillingen. Hvis man lader det være afgørende om der er overtaget en væsentlig del af personalet, så lader man arbejdsgiver bestemme om direktivet skal anvendes eller ej.<sup>161</sup>

I Ford dommen er EF-Domstolen opmærksomme på, at der er en risiko for, at nogle vil forsøge at omgå direktivet. *"...en eventuel tilsidesættelse af denne bestemmelse<sup>162</sup> ikke kan indebære, at der ikke foreligger en overførsel i den i direktivet forudsatte betydning"*<sup>163</sup>.

Lars Svenning Andersen m.fl. mener, at en afvisning af lønmodtagere i forsøg på at undgå loven vil blive tilsidesat. En opgave, som vil kræve ansættelse af nye medarbejdere hos erhverver, vil nærmere resultere i et krav om at overtage medarbejdere i forbindelse med overdragelsen.<sup>164</sup> Det kan ses i C.234/98 Allen, hvor EF-Domstolen udtaler sig om overførsler mellem moder- og datterselskaber *"...ville være i strid med direktivets formål, der, som Domstolen har fastslået, er at sikre, at arbejdstagernes rettigheder opretholdes i videst muligt omfang, når virksomheden skifter indehaver, idet arbejdstagerne kan forblive ansat i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der var aftalt med overdrageren"*.<sup>165</sup> Se også engelsk retspraksis, hvor erhverver afslår at overtage medarbejdere, som normalt vil følge med.<sup>166</sup>

Afskedigelser af medarbejdere inden overdragelse kan være en indikation på omgåelse, hvis det er sket på foranledning fra erhverver.

Ovenstående skal ikke tolkes som at en erhverver altid er forpligtiget til at overtage arbejdstagere. Det vil være i konflikt med den fri konkurrence. Det vil ligeledes være uhensigtsmæssigt, hvis en udbyder opsiger en kontrakt på grund af utilfredshed med personalet, for at finde samme personale efterfølgende, fordi en ny kontrakt-haver er forpligtiget til at overtage personalet.<sup>167</sup>

Anders Vibe Andreasen kritiserer Lars Svenning Andersens m.fl. argumentation.<sup>168</sup> Han argumenterer for at medarbejdere som fortsætter hos en erhverver, er et væsentligt moment i vurderingen af, om der findes en virksomhedsoverdragelse. Overtagelse af medarbejdere er ligeledes en del af identitetsbedømmelsen. Identitet er en betingelse for at loven/direktivet finder anvendelse, og derfor skal det

---

<sup>160</sup> Schaumburg-Müller og Werlauff 2011, s. 42

<sup>161</sup> C-463/09 CLECE præjudiciel afgørelse præmis 63

<sup>162</sup> Art. 4, stk. 1

<sup>163</sup> C-171/94 og C-172/94, Ford Motors Company, præmis 26

<sup>164</sup> Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 123

<sup>165</sup> C-234/98 Allen præmis 20

<sup>166</sup> Klingsten 2016 s. 110 - 111

<sup>167</sup> C-340/01 Abler præjudiciel afgørelse præmis 81

<sup>168</sup> Andreasen 2000 s. 31

fastlægges, om der er identitet, inden man tager stilling til materielle regler. Den argumentation åbner dog for, at parterne selv kan beslutte, om direktivet skal finde anvendelse. En retsstilling som vil udhule direktivets formål, som netop er at beskytte lønmodtageren mod bl.a. afskedigelse.

Følgende dom U2008.2416H er et eksempel på den ovenstående problemstilling. En tandlæge sælger sit kundekartotek, telefonnummer og inventar til en anden tandlæge. Der overdrages ikke andet. En klinikassistent opsiger sin stilling på sin arbejdsgivers opfordring. Den erhververende tandlæge vil benytte sig af et tandlægehotel, hvor alt service stilles til rådighed bl.a. klinikassistenter. Tandlægehotellet ansætter den førnævnte klinikassistent med henblik på servicering af den erhververende tandlæge. Klinikassistenten bliver efterfølgende opsagt i prøveperioden, og gør indsigelse. Højesteret finder, at aftalerne mellem den erhvervende tandlæge og tandlægehotellet betyder, at det er en virksomheds-overdragelse i forhold til klinikassistenten.

Det som teoretikerne kan blive enige om, er, at hvis der ingen lønmodtagere er i virksomheden, så er direktivet og loven uden interesse.<sup>169</sup>

---

<sup>169</sup> Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 121

## 7 Overdragelsen

Det er ikke kun spørgsmålet om virksomheden eller en del heraf, der er relevant, når en mulig virksomhedsoverdragelse finder sted. Der skal også være en overdragelse i direktivet/lovens forstand. Der skal være en grund til, at man laver en overførsel, hvor den økonomiske enhed skal bevare sin identitet. Den grund skal være en overdragelse jf. virksomhedsoverdragelsesloven § 1, stk. 1 og ændringsdirektivet art. 1 nr. 1 litra a.

Afsnittet vil redegøre for, hvad en overdragelse er. Der vil blive sat fokus på nogle af de problematikker, som kan opstå i nogle typer overdragelser. Der vil også blive sat fokus på et område, hvor den danske lovgivning beskytter anderledes end direktivet.

Direktivet er gældende for en overdragelse og fusion. Den danske lovtekst bruger virksomhedsoverdragelse, men nævner ikke en fusion.

Forarbejderne i udvalgsrapporten viser udvalgets overvejelser vedrørende implementeringen af direktivets "overdragelse og fusion". Udvalget mener, at direktivet omfatter en aftalemæssig disposition. De mener derfor ikke, at en tilføjelse af fusion er nødvendig i den danske lovtekst, da en fusion er en følge af en aftale.<sup>170</sup> Tvangsauktion, konkursbo, arv og overtagelse af aktiemajoritet er alle udelukket fra direktivet. Forpagtnings- eller lejeaftaler kan i nogle tilfælde, efter udvalgets opfattelse, være omfattet af direktivet. Fælles er, at overdragelsen skal være aftalt.<sup>171</sup> Udvalget overvejer situationen, hvor der sker et salg af en virksomhed fra et konkursbo, "*Efter udvalgets opfattelse er der imidlertid ikke hjemmel i direktivet til at undtage et konkursbos salg af en virksomhed*"<sup>172</sup>. Problematikken omkring overdragelsen fra et konkursbo finder man efterfølgende i dansk retspraksis. Retspraksis viser, at situation er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.<sup>173</sup>

Overførsel af forvaltningsopgaver er ikke omfattet af direktivet. EF-Domstolen fastslår dette i C-298/94, Henke. EF-Domstolen henviser til præamblen, hvor direktivets formål er at beskytte arbejdstagerne mod de negative konsekvenser, som den økonomiske udvikling kan have for dem.<sup>174</sup> En reorganisering af offentlig forvaltning er derfor ikke en del af direktivets formål.<sup>175</sup>

---

<sup>170</sup> Udvalgsrapport s. 4 -5

<sup>171</sup> Udvalgsrapport s. 4

<sup>172</sup> Udvalgsrapport s. 5

<sup>173</sup> U.1982.697VL, U.1998.294SH

<sup>174</sup> C-298/94, Henke præmis 13

<sup>175</sup> C-298/94, Henke præmis 14

Det bliver efterfølgende indskrevet i ændringsdirektivet, at det ikke finder anvendelse på administrative omorganiseringer eller overførsel af administrative funktioner mellem offentlige administrative myndigheder jf. art. 1, nr. 1 litra c. Kommissionen foreslår i forbindelse med ændringsdirektivet, at overdragelsen skal omfatte bl.a. retsakter og administrative foranstaltninger. Deres begrundelse er hensyn til retssikkerheden og gennemskueligheden på baggrund af EF-Domstolens retspraksis.<sup>176</sup> Den argumentation kan ikke tilsluttes.<sup>177</sup> Der findes ikke domme, hvor EF-Domstolen fortolker for eksempel en retsakt som en overdragelse.

## 7.1 Et skift af ejer og arbejdsgiver

Formuleringen i direktivets art. 1, stk. 1 lyder således

*”Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af ..... til en anden indehaver”*

Ud fra en ordlydsfortolkning af den danske direktivtekst kan teksten muligvis ses som et krav til ejerskifte. Andre medlemsstaters sproglige versioner skal nærmere opfattes som et arbejdsgiverskifte fremfor ejerskifte. Den engelske direktiv tekst er: *”transfer...to another employer”*, og den franske version er ligeledes udformet som skifte af arbejdsgiver ikke ejer.<sup>178</sup>

Den engelske og franske version er blevet bekræftet af EF-Domstolen i retspraksis. Et eksempel er C-51/00, Temco. EF-Domstolen udtaler, at der er tre betingelser for anvendelse af direktivet.<sup>179</sup>

- Det skal være en virksomhed, bedrift eller en del af en bedrift
- Overførslen skal ske ved aftale (overdragelse)
- Overførslen skal indebære, at der skiftes arbejdsgiver

Det er dermed et skifte af arbejdsgiver og ikke skift af ejer, som er afgørende. Tidligere domme har også bekræftet EF-Domstolens fremlæggelse i Temco.<sup>180</sup>

Formuleringen i den danske version af direktivteksten i art. 1, stk. 1 er derfor upræcis. Der er ikke fundet nogle overvejelser angående indehaver i udvalgsrapporten. Der er dog overvejelser i andre forarbejder, som peger på, at der skal ske et ejerskifte.<sup>181</sup> I henhold til retspraksis fra EF-Domstolen skal det være *”en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens*

---

<sup>176</sup> Kommisionens forslag, EFT C 124/48

<sup>177</sup> Klingsten 2016, s. 120

<sup>178</sup> Nielsen 1989, s.330

<sup>179</sup> C-51/00, Temco præmis 21

<sup>180</sup> C-101/87, Bork præmis 13, C-324/86, Daddy's Dance Hall A/S, præmis 9

<sup>181</sup> Folketingstidende 1978-1979, Tillæg A sp. 2762

*drift*".<sup>182</sup> En fortolkning, hvor det forudsættes, at det kun er ejerskifte, som er omfattet, vil ikke være i overensstemmelse med EU-Domstolens fortolkning af direktivet, og vil derfor ikke være korrekt.<sup>183</sup>

## 7.2 Konkurs

Konkurs er en situation, som er relevant i forhold til en overdragelse af en virksomhed. I spørgsmålet om konkurs adskiller virksomhedsoverdragelsesloven sig fra direktivet. Selve konkursen er ikke en overdragelse i virksomhedsoverdragelseslovens forstand, hvilket er i overensstemmelse med direktivet.<sup>184</sup> En overdragelse af et konkursbo til tredjemand er en overdragelse i virksomhedsoverdragelsesloven. Den beskyttelse finder man ikke i direktivet. Det har tidligere været nævnt, at direktivet kun skal harmonisere reglerne i medlemsstaterne delvist. Situationen omkring konkursbo og tredjemand er et eksempel på sådan et tilfælde.

Afsigelsen af konkursdekretet i skifteretten betyder, at virksomheden overgår til en ny juridisk person - konkursboet. Det er en retsakt ikke en aftalemæssig disposition, og er derfor ikke omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.<sup>185</sup> Det er samme regulering, som man finder i ændringsdirektivet i henhold til art. 4a nr. 1. Den bestemmelse giver hjemmel til, at medlemsstaterne selv fastsætter regler omhandlende konkurs. Begrundelsen for denne bestemmelse, som indskrives i ændringsdirektivet, må bl.a. findes i Abels dommen.<sup>186</sup> EF-Domstolen udtaler, at konkursreglerne i medlemsstaterne er meget forskellige. Direktivet er derfor ikke anvendelig i konkurssituationer.<sup>187</sup> Man kan se den danske regelings holdning til konkurssituationer i Abels dommen. Det danske indlæg argumenterer for, at direktivet finder anvendelse, når der sker en overførsel fra konkursboet til tredjemand, fordi det er lønmodtagerne, som har størst behov for beskyttelse.<sup>188</sup>

Virksomhedsoverdragelsesloven er gældende ved en overdragelse *fra* et konkursbo jf. § 1, stk. 3. Bestemmelsen er skrevet ind i loven i forbindelse med lovændringen i 2001.<sup>189</sup> Inden lovændringen var der ingen bestemmelse i loven, men man kan se ud fra forarbejderne, at loven skal være gældende for køb af en virksomhed fra et konkursbo.<sup>190</sup>

---

<sup>182</sup> C-101/87, Bork, præmis 13

<sup>183</sup> Nielsen 1989, s. 330

<sup>184</sup> Svenning Andersen m.fl. 2016 s. 569

<sup>185</sup> Klingsten s. 179

<sup>186</sup> C-135/83, Abels

<sup>187</sup> C-135/83, Ables, præmis 17 og 30

<sup>188</sup> C-135/98, Abels præmis 20

<sup>189</sup> Lov nr. 441 af 07.06.2001

<sup>190</sup> Folketingstidende 1978-1979 tillæg A, spalte 2759

Man kan også finde beskyttelsen i retspraksis. I U.1998.294SH forholder SØ- og Handelsretten sig til, at overdragelse af konkursbo til tredjemand er omfattet af direktivet.

I forarbejderne til ændringsloven fremgår det, at under forhandlingerne om ændringsdirektivet understreger Danmark vigtigheden af at opretholde den danske retstilstand angående konkursbo. Man bemærker, at i forhold til ændringsdirektivets art. 4 a så vil det kræve en udtrykkelig lovbestemmelse.<sup>191</sup>

Den danske beskyttelse i forhold til konkurs er altså videre end direktivets.

### 7.3 Trekantssituationen

En trekantssituation er karakteriseret ved, at der er en ejer A, som B har varetaget en opgave for, og opgaven overføres efterfølgende til C. I den situation vil der ikke være noget kontraktforhold mellem B og C. Deres kontraktforhold har været og vil blive med ejer A.

Som det er redegjort for ovenfor, kan en virksomhed eller en del heraf skifte arbejdsgiver uden at skifte ejer. Det forhold er yderst relevant i tilfælde af bl.a. entreprise og udlicitering, som er eksempler på situationer, som kan være et trekantsforhold.<sup>192</sup>

Den tidligere nævnte dom AT 95/33, Royal Service ApS, er et eksempel på en trekantssituation. I sagen overtager Royal Service ApS knap halvdelen af rengøringspersonalet fra en tidligere kontrakt-haver. Tidligere er der redegjort for, at man ikke finder identitet i situationen. Arbejdsretten finder, at et andet relevant forhold er, at der ikke er nogen aftale mellem den tidligere kontrakt-haver og Royal Service ApS. Merete Preisler bemærker, at det ikke er en tilgang, som der kan findes støtte for i EF-Domstolens retspraksis.<sup>193</sup> Det er fastslået flere gange, at det er udskiftningen af den fysiske eller juridiske person, der er afgørende. Rigtigheden af en afgørelse, hvor der er lagt vægt på om der eksisterer en aftale eller ej, må betvivles.

---

<sup>191</sup> Folketingstidende 2000-2001 tillæg A, spalte 5655

<sup>192</sup> Werlauff 1995 s. 47

<sup>193</sup> Preisler 1996, s. 484



## 7.4 Udlicitering /outsourcing

Virksomhedsoverdragelsesloven er fundet anvendelig ved udlicitering/outsourcing. Det har dog ikke været uproblematisk at fastlægge anvendelsesområdet. Direktivet bliver ikke udformet med en udliciteringssituation for øje.<sup>194</sup> De tre nedenstående situationer ses som situationer, hvor virksomhedsoverdragelsesloven kan spille ind.<sup>195</sup>

- Udlicitering/contracting out
- Successive udbudsrunder
- Contracting in

### 7.4.1 Udlicitering/contracting out

Situationen er, at en offentlig ordregiver har gennemført en udlicitering. Tjenesteydelsen har tidligere været varetaget af den offentlige ordregiver. Tjenesteydelsen skal nu i udbud, så private aktører kan byde ind på kontrakten. Den offentlige virksomhed har personale, som har udført tjenesteydelsen for dem. Den nye aktør skal bruge personale til at udføre tjenesteydelsen. Situationen kan have karakter af en virksomhedsoverdragelse, og problemstillingen har været forelagt EF-Domstolen.

Et eksempel på en situation, hvor der outsources første gang er den danske sag C-209/91 ISS Kantine Service. Philips A/S har fire personalekantiner. Philips driver selv kantinerne, men vælger at lave en aftale med ISS om driften af kantinerne. I aftalen skal ISS overtage medarbejderne på uændrede løn- og opsigelsesvilkår. ISS ændrer dagen for lønudbetalingen, samt ændrer lønnens sammensætning. Ændringen i sammensætningen af lønnen betyder ikke lønnedgang. At der ikke skal være lønnedgang er en del af aftalen mellem ISS Kantine Service og Philips A/S.

EF-Domstolen udtaler, at det ikke har nogen betydning, at den overførte aktivitet er af sekundær karakter for den overdragende virksomhed. Det er heller ikke afgørende, at aktiviteten ikke har nogen betydning for virksomhedens formål. Heller ikke forholdet om at aftalen mellem overdrager og erhverver er en tjenesteydelse, som tillægges til fordel fra overdrager mod et vederlag kan betyde, at direktivet ikke finder anvendelse.<sup>196</sup>

Christel Schmidt dommen er lignende i situation. Virksomheden varetager selv aktiviteten, men vælger at outsource det til et rengøringsfirma.

---

<sup>194</sup> Schaumburg-Müller og Werlauff 2011, s. 16

<sup>195</sup> Nielsen 1997

<sup>196</sup> C-209/91 ISS Kantine Service, præmis 17

Ovenstående situationer er ikke offentlige virksomheder, som udliciterer en opgave, men privat virksomheder der outsourcer funktioner. Situationerne for udlicitering og outsourcing ligner hinanden, og derfor er sagerne også relevante i forhold til udlicitering.

I dommene er der ingen tvivl om, at der finder en overdragelse sted, fordi der er indgået en aftale mellem to virksomheder.<sup>197</sup>

#### 7.4.2 Successiv udbudsrunde

En opgave er udliciteret og kontrakten udløber. Efter udløbet af kontrakten kan det blive den samme aktør, som vinder udbuddet. En anden situation er, at kontrakten tildeles en ny aktør.

Hvis det er samme aktør, som vinder udliciteringen igen, vil der ikke være en virksomhedsoverdragelse. Hvis en anden byder vinder udbuddet, og dermed overtager opgaven, så kan det være en virksomhedsoverdragelse.

Højesteret forelægger EF-Domstolen et præjudicielt spørgsmål om fortolkning af direktivet i forhold til en situation med en successiv kontrakt-haver. C-324/86, Daddy's Dance Hall, omhandler en situation, hvor Irma Catering A/S forpagter en række restauranter og barer, som tilhører A/S Palads-Teatret. Kontrakten er uoverdragelig, og bliver opsagt. A/S Palads-Teatret indgår herefter en aftale om forpagtning med Daddy's Dance Hall. Daddy's Dance Hall fortsætter med driften uden afbrydelse.

Første spørgsmål til EF-Domstolen er, om direktivet er anvendeligt i en situation, hvor en bortforpagtning opsiges, og bortforpagtes til en ny forpagter, som fortsætter driften.

Det Forenede Kongerige og Kommissionen mener, at det spørgsmål skal besvares bekræftende. De opfatter situationen som, at virksomheden overføres først til ejeren, og derefter bortforpagtes til en ny forpagter. Efter deres opfattelse kan man finde arbejdstagerne i samme situation, som hvis overførslen var sket direkte mellem de to forpagtere.<sup>198</sup>

EF-Domstolen tilslutter sig Det Forenede Kongeriges og Kommissionens opfattelse, og uddyber, at den pågældende enhed skal bevare sin identitet. Identiteten er bevaret, da den nye forpagter genoptager driften med det samme.

I Ford dommen, som er omtalt tidligere, er det forhandlerrettigheder, som overdrages. I situationen ophører en bilforhandler, som sælger biler af mærket Ford. En anden forhandler overtager salget af

---

<sup>197</sup> C-209/91 ISS Kantine Service præmis 21

<sup>198</sup> C-324/86, Daddy's Dance Hall, præmis 8

biler af mærket Ford i det geografiske område, hvor den ophørende forhandler ligger. Der er ingen direkte aftale mellem den oprindelige og den nye forhandler. Det bliver betragtet, som en overdragelse i direktivets forstand.<sup>199</sup> Dommen omhandler ikke en udbudssituation, men den illustrerer, at der ikke er noget krav til et aftaleforhold mellem overdrager og erhverver for at være omfattet af direktivet.

Ovenstående tilgang til successivt udbud er bekræftet i flere tilfælde bl.a. de tidligere nævnte domme Hidalgo m.fl. hvor forholdet er, at en offentlig virksomhed har udliciteret opgaver til private aktører. I dommene er det henholdsvis hjemmehjælp og bevogtningsopgaver. EF-Domstolen udtaler, at direktivet finder anvendelse på forhold, hvor der ikke er noget direkte kontraktforhold mellem overdrager og erhverver.<sup>200</sup>

Overførsel af driftsmidler i en successiv udbudsrunde mellem en ordremodtager og en ny ordremodtager kan også have betydning i bedømmelsen af anvendelsen af direktivet. I sagen C-232/04 og C-233/04 Güney-Görres m.fl. er medarbejderne ansat hos et selskab, som kontrollerer passagerer og bagage i lufthavnen. Ved udløb af kontrakten overtager et nyt selskab aktiviteten. Den tidligere kontrakt har fået stillet udstyr til rådighed af den tyske stat. Udstyret er nødvendigt for varetagelsen af opgaven. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at udstyret ikke bliver benyttet i egen økonomisk interesse. Den nye kontrakt har overtaget 167 ud af 306 ansatte. EF-Domstolen udtaler, at en vurdering af overførsel af driftsmidler skal indgå i bedømmelsen. De fastslår, at der ikke er krav om en overførsel af ejendomsretten, samt at det ikke er nødvendigt, at driftsmidlerne overlades til brug i egen økonomisk interesse for, at der er sket en overførsel af driftsmidler.

#### 7.4.3 Tilbagetagelse af virksomheden/contracting in

En kontrakt, som er tildelt en tjenesteyder i forbindelse med udbud kan udløbe eller hæves ved kontraktbrud. Den offentlige virksomhed overtager herefter selv opgaven. Den offentlige virksomhed får karakter af arbejdsgiver nr. 2.

Et dansk præjudicielt spørgsmål til EF-Domstolen vedrører en situation, hvor en forpagter misligholder forpagtningsaftalen.<sup>201</sup> Som resultat af misligholdelsen overtager bortforpagter driften. EF-Domstolen siger, at bortforpagters overtagelse af driften sker på grundlag af den oprindelige aftale. Det er derfor

---

<sup>199</sup> C-171/94, C-172/94 Ford, præmis 30

<sup>200</sup> C-173/96, C-247/96 Hidalgo m.fl. præmis 23

<sup>201</sup> C-287/96, Ny Mølle

en overførsel af en virksomhed som følge af en overdragelse. En situation med sådanne forhold er en virksomhedsoverdragelse i henhold til direktivet.<sup>202</sup>

En tilbagetagelse kan ske på flere måder og have forskellige årsager, men det er ikke afgørende, hvordan den sker.<sup>203</sup> Det kan for eksempel være efter aftale, men også en ensidig erklæring fra en af parterne som i ovenstående sag.

En tidligere omtalt dom, Luis Aira Pascual, omhandlende en offentlig virksomheds tilbagetagelse af en opgave. I situationen er det materiellet, som er afgørende for udførelsen af opgaven. Der bliver hverken overdraget personale eller materielle aktiver. Aktiverne har i hele perioden været ejet af den offentlige virksomhed, og den offentlige virksomhed vil udføre aktiviteten med eget personale. Opgaven er udliciteret, og bliver derefter tilbagetaget af den offentlige virksomhed. EU-Domstolen finder, at det er indenfor direktivets anvendelsesområde. En tilbagetagelse af en opgave, hvor virksomheden eller myndigheden allerede har de nødvendige aktiver til udførelsen af opgaven, kan altså være omfattet af direktivet på trods af, at der hverken følger aktiver eller medarbejdere med i overdragelsen.<sup>204</sup>

## 7.5 Følger af lovens/direktivets anvendelse på udlicitering og outsourcing

Motivet for udlicitering og outsourcing vil ofte være et ønske om besparelse og muligvis et spørgsmål om specialisering. Retspraksis viser, at EU-Domstolen har lagt mere vægt på hensynet til arbejdstagerne fremfor hensynet til konkurrence.

Generaladvokaten i Temco udtrykker bekymring om EF-Domstolens tilgang i situationer, hvor arbejdskraften er den største udgift. Markederne for underentrepriser er vidtfavnende. Det kan blandt andet være rengøringsydelser eller IT-services. Han er bekymret for markedsdynamikken på markeder, hvor der skiftes kontraktbærer. Fordelen ved at vinde en kontrakt kan måske undertrykkes af risikoen for byrdefulde udgifter på baggrund af overtagelse af personale.<sup>205</sup>

Problematikken omkring besparelseelementet i en udlicitering finder tilslutning i den danske litteratur af Mette Hartlev, *"Virksomhedsoverdragelsesloven kan som følge heraf virke som en bremseklo for visse former for privatisering. Det gælder nok især i forhold til udliciteringer, hvor besparelseelementet er særligt fremtrædende"*<sup>206</sup>. I en betænkning fra 1991 vedrørende *"udlicitering af offentlige*

---

<sup>202</sup> C-287/86, Ny Mølle præmis 14 - 15

<sup>203</sup> Werlauff 1995 s. 61

<sup>204</sup> C-509/14, Luis Aira Pascual præmis 44

<sup>205</sup> C-51/00 Temco præjudiciel afgørelse præmis 33 -38

<sup>206</sup> Hartlev 1995, s. 124

*drifts- og anlægsopgaver*” viser arbejdsministeriet bevidstheden om problematikken vedrørende virksomhedsoverdragelsesloven. De udtaler, at det ikke kan udelukkes, at loven kan gøre det mindre attraktivt for private at byde på en opgave.<sup>207</sup>

Man kan dog ikke være sikker på, at ovenstående betragtning er retfærdig. Amandine Garde tvivler på Generaladvokatens bekymring og argumentation.<sup>208</sup> EF-Domstolen har tidligere forsøgt at finde en balance mellem konkurrence og beskyttelsen af arbejdstageren. I nogle aspekter har EF-Domstolen også indskrænket direktivets anvendelsesområde. Den har bevæget sig væk fra Christel Schmidt tilgangen. Yderligere har de også anerkendt, at der også er andre forhold, som skal tages hensyn til. Specielt i sager om insolvens, er det hendes opfattelse, at man kan se det hensyn.<sup>209</sup> Hun er af den opfattelse, at medarbejdere, som arbejder i udbudssituationer, særligt har behov for direktivet, fordi de har usikre ansættelsesforhold.<sup>210</sup>

Ronald Beltzer er også opmærksom på direktivets indflydelse på situationer, hvor virksomheder ønsker at udlicitere funktioner. Han er af den opfattelse, at risikoen for, at en kontrakt kan være omfattet af direktivet, muligvis kan resultere i, at en mulig byder vil afholde sig fra at byde på kontrakten. Direktivet bliver vedtaget på baggrund af EØF traktatens art. 100.<sup>211</sup> Artiklen giver hjemmel til at udstede lovgivning, som skal tilnærme medlemsstaternes love som direkte har indvirkning på det indre marked. Ronald Beltzer udtrykker sin bekymring om at en retstilstand, som beskrevet ovenfor, *”sits uneasily with Article 94”*.<sup>212</sup>

I udbudssituationer kan den offentlige virksomhed afhjælpe noget af tvivlen omkring anvendelsen af virksomhedsoverdragelsesloven. Under forudsætning af, at udbudsloven tillader det, kan et krav om anvendelse af virksomhedsoverdragelsesloven i udbudsmaterialet afklare noget af usikkerheden. Lars Svenning Andersen m.fl. nævner Telestyrelsens udlicitering af nr. 118 som et eksempel, hvor virksomhedsoverdragelsesloven muligvis finder anvendelse.<sup>213</sup> Der er tvivl om, hvorvidt det er selve nummeret eller medarbejderne, som er det karakteristiske element i udliciteringen. Hvis det står i udbudsmaterialet, om udbuddet er omfattet af loven, vil det skabe klarhed for eventuelle bydere.

---

<sup>207</sup> Betænkning nr. 1227 1991 s.238-240

<sup>208</sup> Garde 2002 s. 534

<sup>209</sup> Det må være en henvisning til, at direktivet ikke finder anvendelse ved konkurs og salg af konkursbo. Salg af konkursbo er dog omfattet af lovgivningen i Danmark.

<sup>210</sup> Garde 2002 s. 534

<sup>211</sup> Art. 100 i EØF traktaten, art. 94 i EU traktaten, art. 115 i TEUF.

<sup>212</sup> Beltzer 2007 s. 154

<sup>213</sup> Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 120

## 7.6 Opsamling

Virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse på forskellige overdragelsessituationer, som er følge af en aftale. Danmark har yderligere en beskyttelse ved overtagelser fra et konkursbo. Det er nu uden tvivl, at loven også finder anvendelse i udliciteringssituationer, både ved førstegangsudlicitering, successivt udbud og tilbagetagelse. Ligesom i andre overdragelsessituationer skal der ved udlicitering /outsourcing overdrages noget udover selve aktiviteten. Retspraksis viser, at i udliciteringssituationer kan det være materielle aktiver, som ejes af udbyder.

## 8 Konklusion

Målsætningen med specialet er at afdække anvendelsesområdet for virksomhedsoverdragelsesloven samt det bagvedliggende direktiv.

Gennemgang og analyse af retspraksis fra EU-Domstolen og danske domstole viser, at der har været en udvikling i loven og direktivets anvendelsesområde siden direktivets vedtagelse og implementering i dansk ret.

En virksomhed i virksomhedsoverdragelsesloven og direktivets forstand er en økonomisk enhed, som har bevaret sin identitet. Der er tre betingelser for lovens anvendelse. Betingelserne for anvendelse af loven er, at der er sket en overførsel af en økonomisk enhed, som har bevaret identiteten, og at overførslen sker som følge af en overdragelse. Kendetegnende ved en overdragelse i henhold til loven og direktivet er, at der skal foreligge en aftale. Der findes mange typer overdragelser for eksempel en salgsaftale. Det kan også være en aftale om udlicitering/outsourcing. Udliciteringssituation blev ikke tænkt ind i direktivet, da det blev udformet. Man må formode, at det er årsagen til, at der har været flere spørgsmål angående udlicitering for EU-Domstolen. Der er ikke længere tvivl om, at både førstegangsudlicitering, successivt udbud og contracting in er en overdragelse i henhold til direktivet. For at udliciteringen er omfattet, skal den også opfylde de øvrige krav i loven og direktivet.

Udlicitering har rejst mange spørgsmål bl.a. fordi, at det som bliver udbudt er en aktivitet. Den nuværende retstilstand er, at en aktivitet i sig selv ikke kan være en økonomisk enhed. En overførsel af en aktivitet er heller ikke nok til at statuere identitet. Mange udliciteringer finder sted i arbejdskraftintensive brancher for eksempel hjemmehjælp, rengøring med videre. Det er brancher, hvor der ofte er behov for et større antal medarbejdere. Derfor kan en udlicitering være en usikker situation for mange medarbejdere, hvis situationen ikke er omfattet af loven. Det kan ligeledes være problematisk for byder, hvis der er usikkerhed om anvendelse af loven eller ej. Anvendelse af loven kan føre til en mere fastlåst situation for en vinder af et udbud, fordi han vil få forpligtelser overfor medarbejderne, som har varetaget opgaven hidtil. Den usikkerhed kan muligvis resultere i, at en aktør undlader at byde, hvilket kan skade konkurrencen.

En anden betingelse er den økonomiske enhed, som kan bestå af flere elementer. Der har aldrig været tvivl om, at aktiver og lønmodtagere tilsammen kan udgøre en økonomisk enhed. Udviklingen i retspraksis viser, at en økonomisk enhed også i visse tilfælde kan udgøres af en gruppe lønmodtagere

alene. Man kan i retspraksis finde en række forhold, som skal gøres gældende for, at en gruppe lønmodtagere kan være en økonomisk enhed. Der er for eksempel krav til gruppens organisering. Det er ikke udelukket, at én lønmodtager kan være en økonomisk enhed.

Når det er fastslået, at der er en økonomisk enhed til stede skal det bedømmes, om den har bevaret sin identitet efter overførslen. Betingelsen omhandlende bevarelsen af identitet har udviklet sig i retspraksis. Tidligere var retstilstanden, at en overførsel af en aktivitet kan vise identitet. Den tilgang er ikke længere gældende. Man har bevæget sig i en retning, hvor der skal foretages en konkret vurdering i det enkelte tilfælde. Det er nærmere en bedømmelse af fakta fremfor en juridisk disciplin. Den nationale domstol skal bruge en række kriterier, som er udviklet i retspraksis. Det er for eksempel virksomhedens art, overtagelse af arbejdsstyrke, overførte materielle aktiver og overtagelse af kundekreds. Retspraksis viser, at virksomhedens art er af stor betydning for vurderingen.

Man kan i grove træk opdele virksomhederne i to grupper. En gruppe hvor aktiviteten er afhængig af lønmodtagerne og en gruppe, hvor det er materielle/immaterielle aktiver, som har størst betydning for virksomhedens aktivitet. Opdelingen har betydning for, hvordan de andre kriterier skal bedømmes. Opdelingen er en svær øvelse, da en situation sjældent er sort/hvid.

Udfordringen er at bruge kriterierne i praksis hos de nationale domstole. EU-Domstolen har vist, at når den nationale domstol skal bedømme identiteten så skal den ikke udtømmende liste fra Spijkers benyttes. Problematikken er, at det er nationale domstole, som skal benytte kriterierne, og det er ikke fastslået, hvordan de forskellige kriterier skal vægtes. Hvilke omstændigheder den nationale domstol vælger at lægge vægt på kan blive en meget subjektiv bedømmelse. Man kan se problematikken i Liikennes præjudicielle afgørelse. Generaladvokaten opfatter de materielle aktiver som nøgle elementet, og Kommissionen opfatter arbejdskraften, som det vigtigste for aktiviteten.

Der er ikke enighed om, hvornår en situation ikke længere er indenfor lovens rækkevidde. Lars Svenning Andersen m.fl. anfører, at det man kan blive enige om er, at hvis der ikke er lønmodtagere i virksomheden, så finder direktivet og virksomhedsoverdragelsesloven ikke anvendelse. Andre steder i litteraturen garanteres det, at hvis man undlader at overtage materielle og immaterielle aktiver samt arbejdstagere, så finder loven og direktivet ikke anvendelse.

Det er slået fast, at i arbejdskraftintensive brancher vil en overtagelse af en betydelig del, kvantitativt og kvalitativt, af medarbejderne indikere virksomhedsoverdragelse. En erhverver kan spekulere i, om der skal overtages medarbejdere eller ej i forsøg på at undgå lovens rækkevidde.



Man kan se i retspraksis, at EU-domstolen er opmærksom på forsøg på omgåelse ved for eksempel at afvise arbejdstagere. En gennemgang af retspraksis viser, at EU-Domstolen lægger stor vægt på beskyttelsen af medarbejderen, og derfor vil en garanti som ovenstående være usikker. Det vil udhule lovens formål, og EU-Domstolen har flere gange vist, at de foretrækker en bred fortolkning af direktivets anvendelsesområde.

Når man gennemgår retspraksis findes der mange domme, som omhandler udlicitering. I en udliciteringssituation kan den offentlige ordregiver eliminere spørgsmålet om omgåelse ved at skrive virksomhedsoverdragelseslovens anvendelse ind i udbuddet. Det vil betyde større forudsigelighed for både byder og lønmodtagere, som er beskæftiget med den udbudte aktivitet.

Den gældende retstilstand må være, at man ikke kan forudse, hvornår en situation er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven. Der er en række kriterier, som skal tages i betragtning, og alle skal vurderes konkret i forhold til den specifikke situation. Det har ført til uforudsigelighed og en subjektiv vurdering af direktivets anvendelsesområde ved de nationale domstole.

## 9 Litteraturliste

### 9.1 Bøger

Andersen, Lars Svenning m.fl. Lov om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer. 5. udgave 2009. Jurist- og Økonomforbundets forlag

Andersen, Lars Svenning m.fl. Funktionærret. 5. udgave 2016. Jurist- og Økonomforbundets forlag

Blume, Peter. Retssystemet og juridisk metode. 1. udgave 2016. Jurist- og Økonomforbundets forlag

Hansen, Lone L., Werlauff Erik. Den juridiske metode – en introduktion. 2. udgave 2016. Jurist- og Økonomforbundets forlag

Hartlev, Mette m.fl. RET & Privatisering 1995. GadJura A/S

Klingsten, Mette. Ansættelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelse. 2. udgave 2016. Jurist- og Økonomforbundets forlag

Munk-Hansen, Carsten. Retsvidenskabsteori. 1. udgave 2014. Jurist- og Økonomforbundets forlag

Nielsen, Ruth. EF-arbejdsret. 2. udgave 1992. Jurist- og Økonomforbundets forlag

Nielsen, Ruth. Europæisk Arbejdsret. 1. udgave 2003. Jurist- og Økonomforbundets forlag

Schaumburg-Müller, Peer og Werlauff, Erik. Udlicitering og Medarbejder, Ret og pligt i forhold til lønmodtagere ved offentlig udlicitering og privat outsourcing. 5. udgave 2011. Jurist- og Økonomforbundets forlag

Sciarra, Silvana (redaktør). Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice. 1. Udgave 2001. Hart Publishing

Werlauff, Erik. Udlicitering og lønmodtagere. Hvornår er udlicitering en virksomhedsoverdragelse? Udliciteringsrådet april 1995.

Werner Helge og Rasmussen, Søren Møller. Virksomhedsoverdragelsesloven. Arbejdspladsens kommenterede love. 4. udgave 2012. Dansk Arbejdsgiverforening Forlag

## 9.2 Artikler

### Danske

Amsinck, Helene 2012. Hvornår foreligger der en virksomhedsoverdragelse? *HR JURA MAGASINET 2012 2. Nummer*

Andreasen, Anders Vibe 2000. *Justitia nr. 3 2000*.

Hasselbalch, Ole 2012. Virksomhedsoverdragelseslovens baggrund og retskildematerialet. *HR JURA MAGASINET 2012 2. Nummer*

Holm, Povl 1979. Om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. *Juristen 1979 s. 272*

Karev, Anton 2012. Den "nedre" grænse og omgåelseshensyn. Rengøringsvirksomheder. *HR JURA MAGASINET 2012 2. Nummer*

Kristiansen, Jens 2015. Når dansk ret (måske) er uforenelig med EU-retten – Er der en fast linje i højesteretspraksis. *Juristen 2015 nr. 6*

Mønsted, Kåre og Jensen, Nils Kjellegaard 1997. Ny afgørelse om rækkevidden af virksomhedsoverdragelsesloven. *Ugeskrift for Retsvæsen U.1997B.429*.

Nielsen, Ruth 1989. EF-retlige aspekter af virksomhedsoverdragelse. *Ugeskrift for Retsvæsen U.1989B.327*

Nielsen, Ruth 1997. Virksomhedsoverdragelse og tjenesteydelseskontrakter. *Ugeskrift for Retsvæsen U.1997B.218*

Preisler, Merete 1996. Virksomhedsoverdragelsesloven – nye afgørelser. *Ugeskrift for retsvæsen U.1996B.480*

Søsted, Mette 2016. Begrebet "virksomhedsoverdragelse" ifølge virksomhedsoverdragelsesloven § 1 I lyset af seneste praksis. *Ugeskrift for Retsvæsen U.2016B.52*

Werlauff, Erik 1995. Udlicitering og lønmodtagere – lønmodtagernes retsstilling ved udlicitering af offentlige opgaver. *Ugeskrift for Retsvæsen U.1995B.272*

### Engelske

Beltzer, Ronald M. 2007. The Transfer of Undertakings and the Importance of Taking Over Personnel – A Vicious Circle. *THE INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS* Volume 23 No. 1 2007.

Garde, Amandine 2002. Recent Developments in the Law Relating to Transfers of Undertakings. *Common Market Law Review*, Volume 39 Issue 3 2002.

McMullen, John 1996. Atypical Transfers, Atypical Workers and Atypical Employment Structures—A Case for Greater Transparency in Transfer of Employment Issues. *Industrial Law Journal* Volume, 25 No. 4 December 1996

Nielsen, Ruth 2002. Europeanization of Nordic Labour Law. *Scandinavian Studies in Law* vol. 43 2002

### 9.3 Lovgivning og forarbejder

#### **Europæisk lovgivning og forslag**

Rådets direktiv nr. 187 af februar 1977 om *tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overtagelse af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter*

Rådets direktiv 98/50/EF af 29. juni 1998 om *ændring af direktiv 77/187/EØF om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter*

Rådets direktiv af 2001/23/EF 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*

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

Kommissions forslag til rådet KOM (94) 300 af 8/9 1994

#### **Dansk lovgivning og forarbejder**

Lov nr. 111 af 21 marts 1979, Lov om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse

Lov nr. 441 af 7. juni 2001, Lov om ændring af lov om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse

Lovbekendtgørelse nr. 710 af 20. august 2002, Lov om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse

Rapport fra Udvalget til Forberedelse af Gennemførelseslovgivning af EF-direktiv om Lønmodtagernes Retsstilling ved Virksomhedsoverdragelse. Maj 1979. Arbejdsministeriet.

Folketingstidende 1978/1979, Tillæg A

Folketingstidende 2000-2001 Tillæg A

Betænkning nr. 1227 1991, Finansministeriet

## 9.4 Retspraksis

### **Dansk retspraksis**

U.1982.697VL

U.1989.69H

U.1998.294SH

U.2008.2416H

Højesterets kendelse af 3. juli 2015, 228/2014

Højesterets dom af 28. oktober 2015, 23/2015

U.2015.2670V

### **Arbejdsretten**

AD 1989.426 / AT 1990.116

AR2013.0458 og AR2013.0760 af 24. september 2015

AR2015.0171 af 3. februar 2016

### **Øvrige**

Faglig voldgiftskendelse af 8. juli 1994

### **Norsk retspraksis**

HR-2015-1276-A

### **Europæisk retspraksis**

C-105/84, Danmols

C-24/85, Spijkers

C-287/86, Ny Mølle Kro

C-324/86, Daddy's Dance Hall A/S

C-101/87, Bork

C-29/91 Redmond Stichting

C-382/82, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige

C-41/90, Höfner og Elser

C-392/92, Christel Schmidt

C-48/94, Strø Mølle

C-298/94, Henke

C-13/95, Süzen

C-127/96, Hernández Vidal m.fl.

C-173/96. Hidalgo m.fl.

C-135/98, Abels

C-234/98, Allen

C-343/98, Telecom Italia

C-172/99, Liikenne

C-175/99, Didier Mayeur

C-51/00, Temco

C-340/01, Abler m.fl.

C-232/04, C-233/04 Güney-Görres m.fl.

C-466/07, Klarenberg

C-151/09, UGT-FSP

C-458/12, Telecom Italia

C-160/14, Ferreira

C-509/14, Luis Aira Pascuel

#### **EFTA**

E-02/95, Eidesund

E-02/96, Ulstein m.fl.

E-03/96, Angeir Ask

#### 9.5 Øvrige

EF Bulletin Supplement 2/74. Social Action Programme.

Domstolens procesreglement, LSEU-AI0049-2016-09-19-1112 DA 11.08.2016

