Abstract

The focus in this thesis is on employment law and more specific about dismissal in the context of a business undertaking.

Directive 2001/23/EF was issued February 14 1977 and was subsequently implemented into Danish legislation by law number 441 July 7 2001. The purpose of this directive was among other things to incorporate protection for employees in the context of a business undertaking, cf. article 4(1). Therefor, it should be illegal to dismiss an employee, if the main reason for the dismissal is the business undertaking itself. A condition for this thesis is, that there has been doubt in Danish legislative literature regarding what the legislative effect should be of a dismissal in contrary to the directive. Thus it has been presented in the legislative literature, an interpretation of the practise of the EU-court shows that the legislative effect of a dismissal in contrary with the directive should be undermined and therefore reinstated and the directive has therefore not been thoroughly implemented in Danish law. Contrary to this, it have also in the legislative literature been presented that the legislative effect of a dismissal contrary to the directive should result in sanctions according to the national legislation and that the directive therefore should be thoroughly implemented in the Danish legislation. On the notion of this point of view, this thesis analysis to which extend the EU-court demand that the national legislation should make sanction in the form of reinstatement, when there as been a dismissal in contrary to the directive. This will be done on the basis of an analysis of both article 4(1) of the directive and the Danish implementation law § 3. This will subsequently be compared with an analysis of the practice of the EU-court within this field. On the notion of the comparison of the directive and the implementation law and the analysis of the practice of the EU-court, it is in the end of the thesis concluded that a dismissal in contrary with the directive should be sanction according to the national legislation in the respective member states and that the Danish implementation law is therefor thoroughly implemented in Danish legislation.

Indholdsfortegnelse

1. Introduktion 4

1.1 Indledning 4

1.2 Problemformulering 4

1.3 Afgrænsning 5

1.4 Metode 6

1.4.1 Retsdogmatisk metode 6

1.4.2 Kildehåndtering 6

1.4.3 Fortolkning af EU-retlige retskilder 7

1.5 Begreber 9

1.5.1 Lønmodtager vs. arbejdstager 9

1.5.2 Opsigelse vs. afskedigelse 9

1.5.3 Overdrager og erhverver 9

1.5.4 Retsvirkning vs. sanktion 9

1.5.5 Forkortelser 10

1.6 Direktiv 2001/23/EF 10

1.7 Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse (virksomhedsoverdragelsesloven) 11

2 EU-rettens forhold til national ret 13

2.1 2.1. EU-rettens virkning i national ret 13

2.2 Direktivers umiddelbare anvendelighed 14

2.3 Fortolkningsforpligtelsen 15

2.4 Implementering af EU-direktiver i arbejds- og ansættelsesret 17

3 Usaglige afskedigelser i dansk ret 19

3.1 Ophør af ansættelsesforholdet i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse (VOL § 3, stk. 1) 19

3.2 Dansk lovgivning og overenskomster 20

3.2.1 Funktionærlovens regel om usaglig afskedigelse 22

3.2.2 Overenskomstmæssige regler om usaglig afskedigelse 22

4 Sammenligning mellem direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1, og VOL § 3, stk. 1, i forhold til retsvirkningen af en usaglig afskedigelse 25

4.1 Fortolkning af direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1 27

4.1.1 Forarbejder til direktiv 2001/23/EF 27

4.2 Fortolkning af VOL § 3, stk. 1 31

4.2.1 Forarbejder 32

4.3 De to retskilder set i forhold til hinanden 34

4.4 Sammenfatning 35

5 Retspraksis i forhold til afskedigelser i strid med direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1 og VOL § 3, stk. 1 36

5.1 C-101/87 P. Bork International 36

5.1.1 Sammenfatning 41

5.2 C-319/94 Dethier Equipement 42

5.2.1 Sammenfatning 45

5.3 C-51/00 Temco Service Industries SA 45

5.3.1 Sammenfatning 47

5.4 C-14/83 Von Colson 47

5.4.1 Sammenfatning 52

5.5 Fortolkning af VOL § 3 i dansk retspraksis – U.2009.307V 52

5.6 Sammenligning af retspraksis i forhold til afskedigelser i strid med direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1 og VOL § 3, stk. 1 55

6 Konklusion 56

7 Litteraturliste 58

# Introduktion

## Indledning

Formålet med dette speciale er, at beskrive og analysere gældende ret i forhold til det ansættelsesretlig aspekt af en afskedigelse, i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse.

Overdragelse af en virksomhed indebærer, at lønmodtagerne i den virksomhed, der er blevet overdraget ved virksomhedsoverdragelsen, får en ny arbejdsgiver. Denne overgang til en ny arbejdsgiver omfattes af reglerne i virksomhedsoverdragelsesloven,[[1]](#footnote-1) der har til formål at sikre, at lønmodtagerens rettigheder opretholdes, når en virksomhed skifter indehaver. Der er dermed med virksomhedsoverdragelsesloven indført en særlig civilretlig succession, i retsforholdet til lønmodtagerne i virksomheden, hvorefter erhververen af virksomheden umiddelbart indtræder i rettigheder og forpligtelser i forhold til de lønmodtagere, som er ansat i virksomheden på overtagelsestidspunktet.[[2]](#footnote-2) Samtidig mistes alle rettigheder i forhold til overdrageren af virksomheden, idet der ved de danske regler er indført et debitorskifte.[[3]](#footnote-3)

Som det i det følgende vil blive redegjort for, har det i retslitteraturen været diskuteret, hvilken retsvirkning en afskedigelse, i strid med virksomhedsoverdragelsesloven skulle have, for at den danske lov lever op til de EU-retlige forpligtelser efter direktiv 2001/23/EF. Det har således været diskuteret, på baggrund af domme afsagt af EU-Domstolen, om der i direktivet er tale om et absolut afskedigelsesforbud, hvilket medfører afskedigelsen underkendes, eller om retsvirkningen af en usaglig afskedigelse, jf. direktivets art. 4, alene må bero på de almindelige regler i anden dansk lovgivning, overenskomst eller individuel aftale.

## Problemformulering

Den danske model, der er en delvis partsstyret konsensusmodel, hvor arbejdsgiver- og lønmodtagerorganisationer, såfremt de er enige, kan udøve det meste af den lovgivende, dømmende og udøvende magt på det arbejdsretlige område.[[4]](#footnote-4) Den danske model har således, for den arbejdsretlige regulering, været karakteriseret ved, at regulering og retshåndhævelse i et stort omfang, er blevet overladt til arbejdsmarkedets parter, og hvor lovgiver har holdt sig i baggrunden. Som der i det følgende vil blive redegjort for, er der i dansk ret generelt, hverken i lovgivningen eller på det kollektive overenskomstområde, tradition for, at der gives hjemmel til, at usaglige afskedigelser sanktioneres med, at disse underkendes. Den danske model har ændret sig meget siden Danmark indtrådte i EU i 1973. Mange af de vigtigste arbejdsretlige love, der er vedtaget de sidste mange år, er således implementeringslove. Dette har medført, at Danmark stort set hver gang der bliver vedtaget et arbejdsretligt direktiv, har måtte ændre noget i dansk ret, for at leve op til de EU-retlige mindstekrav.[[5]](#footnote-5)

På den baggrund er det interessant at undersøge, om fællesskabsretten måtte kræve, at usaglige afskedigelser, i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, skal sanktioneres med en underkendelse, og dermed en genansættelse af lønmodtageren. Såfremt dette er tilfældet, er det relevant at undersøge, om den danske lov (virksomhedsoverdragelsesloven),[[6]](#footnote-6) som implementerer direktivet, også kræver, at en usaglig afskedigelse skal sanktioneres med en underkendelse, og dermed en genansættelse. Dermed vil det være muligt at konstatere, om direktiv 2001/23/EF art. 4, er implementeret korrekt i dansk ret i virksomhedsoverdragelseslovens § 3. Problemformuleringen lyder dermed:

***Er Rådets Direktiv 2001/23/EF art. 4 om usaglige afskedigelser begrundet i en virksomhedsoverdragelse, tilstrækkeligt implementeret i dansk ret i ”virksomhedsoverdragelseslovens” § 3?***

## Afgrænsning

Dette speciale omhandler alene ophør af et ansættelsesforhold, som ikke er sagligt begrundet, i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, jf. VOL § 3, stk. 1, hvorfor der alene tages udgangspunkt i denne bestemmelse, samt den bagvedliggende direktiv bestemmelses art. 4, stk. 1. Dette betyder, at der ikke vil være en nærmere gennemgang af de forskellige definitioner, der relaterer sig til loven, såfremt disse ikke har nogen betydning for lovens § 3, stk. 1. Der vil således ikke være nogle nærmere definitioner af eksempelvis hvad der forstås ved begrebet ”virksomhed,” hvornår der er tale om en overførsel af en virksomhed i lovens forstand, hvilke typer af overdragelser der er omfattet af loven, hvem der er omfattet af lønmodtagerbegrebet, samt det interne forhold mellem overdrageren og erhververen.

Ved afskedigelse efter VOL § 3 anses også gennemførelse af væsentlige stillingsændringer, bortvisning samt lønmodtagernes berettigede ophævelse, jf. bestemmelsens stk. 2. VOL § 3, stk. 2 vil dog ikke blive omtalt i det følgende.

## Metode

### Retsdogmatisk metode

Specialet er udarbejdet ud fra en almindelig retsdogmatisk metode, da formålet er at analysere gældende ret i Danmark, i forhold til retsvirkningen af en usaglig afskedigelse, i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse. Den retsdogmatiske metode går ud på først at identificere og systematisere de retskilder, der er afgørende for at fastlægge, hvad der på et givet område, er gældende ret,[[7]](#footnote-7) hvorefter retskilderne beskrives og analyseres.

### Kildehåndtering

Når virksomhedsoverdragelseslovens[[8]](#footnote-8) § 3, stk. 1 i det følgende vil blive analyseret, er der taget højde for, at denne er direktivstyret. Dette vil derfor have betydning for fortolkningen af de danske lovmotiver. Der er ved fortolkningen af lovens § 3, stk. 1, derfor lagt særlig vægt på fortolkningen af det bagvedliggende direktiv, med inddragelse af de relevante KOM-dokumenter.

Da der er tale om en direktivstyret lov, er domme afsagt af EU-Domstolen, blevet tillagt betydelig vægt, i forbindelse med analysen af, hvad retsvirkningen af en usaglig afskedigelse, i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, ifølge EU-retten, skal være.

Det bagvedliggende direktiv blev udstedt tilbage i 1977, og der er kun blevet foretaget én ændring af direktivet. Den bestemmelse i direktivet der er genstand for analysen i dette speciale, blev dog ikke ændret. Der er således alene brugt forarbejder fra det oprindelige direktiv og den oprindelige implementeringslov, og dermed forarbejder tilbage fra 1978-1979.

### Fortolkning af EU-retlige retskilder

Domspraksis, i form af afgørelser afsagt af domstolen, er en meget vigtig retskilde i EU-retten.[[9]](#footnote-9) Ved undersøgelsen af et EU-retligt spørgsmål, er det således nødvendigt at være opmærksom på betydningen af EU-Domstolens praksis. Som det vil fremgå af analysen, henviser EU-Domstolen i vidt omfang til tidligere domme, som en del af grundlaget for en ny dom. EU-Domstolens domme har således en betydelig præjudikatsværdi.[[10]](#footnote-10)

EU-Domstolen har i sagen C-283/81, CILFIT, i præmis 18-20, om den EU-retlige fortolkningsmetode, fremhævet, at der først og fremmest skal tages hensyn til den omstændighed, at de EU-retlige bestemmelser er affattet på flere forskellige sprog, og at alle sproglige versioner er autentiske. Fortolkningen af EU-retlige bestemmelser kan derfor først ske efter en sammenligning af de sproglige versioner. Det blev også bemærket, at selvom de sproglige versioner stemmer nøje overnes med hinanden, anvendes der en særlig sprogbrug. Det blev i øvrigt bemærket, at indholdet af de retlige begreber ikke nødvendigvis er det samme i EU-retten, som i de forskellige nationale retsordener. Endelig skulle de enkelte EU-regler vurderes i deres rette sammenhæng, og fortolkes i lyset af EU-rettens bestemmelser som helhed, den bagvedliggende målsætning, og EU-rettens udviklingstrin på tidspunktet for de pågældende bestemmelsers anvendelse.

I den unionsretlige teori og praksis har forarbejder oprindeligt været tillagt en meget begrænset, eller slet ingen, betydning som fortolkningsfaktor. Årsagerne hertil har bl.a. været, at traditionerne i medlemsstaterne har været meget forskellige. I dansk ret tillægger man fx forarbejder en forholdsvis stor betydning, ved til fortolkning af en lovbestemmelse. Derimod har man fx i Storbritannien opfattet dette som en kontroversiel fremgangsmåde.[[11]](#footnote-11) En anden årsag har været det principielle synspunkt, at man af retssikkerhedsmæssige grunde skal være forsigtig med at anvende forarbejder, idet borgeren skal kunne bestemme sin retsstilling, på grundlag af lovgivningens ordlyd. En anden indvending mod brug af forarbejder, i forhold til EU-retlige bestemmelser, er, at unionslovgiver ikke er en, men flere institutioner. Det at institutionerne er blevet enige om en formulering, er derfor ikke nødvendigvis ensbetydende med, at man er enige om formuleringens betydning.[[12]](#footnote-12) Den unionsretlige lovgivningsprocedure understreger dermed, at værdien af forarbejderne som fortolkningsbidrag, altid beror på en konkret vurdering. Især forarbejder til ældre lovgivning er meget kortfattede og er formuleret i generelle vendinger.[[13]](#footnote-13) Da forarbejderne til det oprindelig direktiv 77/187/EØF blev lavet mellem 1974-1977, er der således tale om forarbejder til ældre lovgivning. Desuden er det klart, at det ikke er muligt at søge efter fortolkningsbidrag i forarbejderne, såfremt disse ikke findes, eller ikke er blevet offentliggjort. I forhold til direktiv 2001/23/EF gør dette sig gældende ved mange af de dokumenter, der blev lavet i forbindelse med fremsættelsen af det oprindelige forsalg til direktivet. Disse er således ikke blevet offentliggjort, og kan derfor ikke tjene som fortolkningsbidrag i analysen.

I overensstemmelse med EU-Domstolens traditionelle fortolkningsmetoder, er der ud over direktivets ordlyd, i analysen også foretaget en formålsfortolkning. Formålsfortolkningen tilsigter at nå frem til en retstilstand, der inden for rammerne af ordlyden, stemmer bedst muligt overens med det formål, som fremgår af præamblen til direktivet. I grænsetilfælde har EU-Domstolen således ladet direktivets formål, være afgørende for fortolkningen af bestemmelserne. Generelt anvender EU-Domstolen mest en formålsfortolkning, frem for en streng ordlydsfortolkning. Dette er begrundet i, at de forskellige sproglige versioner af direktivet, ikke altid udtrykker det samme. EU-Domstolen søger derfor, hvor teksten kan give anledning til tvivl, at fastlægge fortolkningen, ved bl.a. at undersøge bestemmelsens og direktivets formål, bestemmelsens placering i direktivet, direktivets opbygning og struktur og dets placering i det fællesskabsretlige system.[[14]](#footnote-14) Der er således i analysen af direktivet[[15]](#footnote-15) lagt vægt på dette.

## Begreber

### Lønmodtager vs. arbejdstager

Den danske version af direktivet anvender begrebet ”arbejdstagere,” mens virksomhedsoverdragelsesloven[[16]](#footnote-16) anvender begrebet ”lønmodtagere.” Der er dog ikke med de forskellige begreber, i hhv. direktivet og loven, tilsigtet nogen ændring af den i loven beskyttede personkreds, i forhold til direktivet.[[17]](#footnote-17) Af direktivet fremgår, at en arbejdstager er en person, som i den pågældende medlemsstat, er beskyttet som arbejdstager i henhold til den nationale lovgivning. Begrebet ”lønmodtager” er formentligt anvendt i virksomhedsoverdragelsesloven, fordi begrebet nok er mere almindeligt indarbejdet i dansk arbejdsretlig terminologi, sammenlignet med begrebet ”arbejdstager.”[[18]](#footnote-18) I det følgende vil begrebet ”lønmodtager” derfor blive anvendt.

### Opsigelse vs. afskedigelse

Begreberne ”opsigelse” og ”afskedigelse” kan anvendes synonymt, men i det følgende vil alene begrebet ”afskedigelse” blive anvendt.

### Overdrager og erhverver

I direktivets art. 2, stk. 1, litra a, er en overdrager defineret som: ”enhver fysisk eller juridisk person, der som følge af en overførsel efter art. 1, stk. 1, ophører med at være indehaver af virksomheden eller bedriften eller en del af virksomheden eller bedriften.” I direktivets art. 2, stk. 1, litra b, er en erhverver: ”enhver fysisk eller juridisk person, der som følge af en overførsel efter art. 1, stk. 1, bliver indehaver af virksomheden eller bedriften eller af en del af virksomheden eller bedriften. Virksomhedsoverdragelsesloven indeholder ikke disse definitioner, men derimod bare begreberne ”overdrager” og ”erhverver.” I det følgende må disse begreber således forstås i overensstemmelse med definitionerne i direktivet.

### Retsvirkning vs. sanktion

I det følgende vil begreberne ”retsvirkning” og ”sanktion” begge blive anvendt. Begrebet ”retsvirkning,” der er en juridisk konsekvens af noget, vil blive anvendt i forbindelse med at beskrive, hvad konsekvensen af en afskedigelse, i strid med virksomhedsoverdragelsesloven eller direktivet, skal være. Begrebet ”sanktion” vil herefter blive anvendt, såfremt denne konsekvens, relaterer sig til en form for straf, eksempelvis en økonomisk godtgørelse.

### Forkortelser

I det følgende vil virksomhedsoverdragelsesloven[[19]](#footnote-19) blive forkortet med betegnelsen VOL. Funktionærloven vil blive forkortet FUL.

## Direktiv 2001/23/EF

Den 31. Maj 1974 blev Rådet, af Kommissionen, forelagt et forslag til et direktiv om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder og fordele i forbindelse med selskabsfusioner, virksomhedsoverdragelser og virksomhedssammenslutninger.[[20]](#footnote-20) Formålet med forslaget var bl.a., at der skulle være en beskyttelse af arbejdstagerne, i tilfælde af ændringer af virksomhedsstrukturerne, for så vidt muligt at sikre dem deres arbejdsplads, at opretholde deres arbejdsvilkår og de rettigheder, som de havde erhvervet sig, på grundlag af individuelle arbejdsaftaler eller lønoverenskomster, almindelig anerkendt praksis samt særordninger i virksomheden. Det endelige direktiv blev vedtaget den 14. Februar 1977 – Rådets direktiv 77/187/EØF, med hjemmel i EØF traktatens art. 100 (som nu er EF-traktatens art. 94). Præamblen til direktivet begrunder udstedelsen af direktivet med, at det er nødvendigt at have bestemmelser til beskyttelse af lønmodtagere, i tilfælde af ny indehaver. Samtidig skulle direktivet mindske de forskelle, der stadig er mellem medlemsstaterne, i forhold til omfanget af beskyttelsen, fordi disse forskelle kunne indvirke direkte på det fælles markeds funktion.

Ved Rådets ændringsdirektiv 98/50/EF af 29. Juni 1998 er direktivet af 14. Februar 1977 (77/187/EØF) blevet ændret. Reglerne i ændringsdirektivet indeholder alene præciseringer af direktivet fra 1977, som er en følge af EF-Domstolens praksis. Ændringsdirektivet indeholder dermed præciseringer af direktivets anvendelsesområde, indførelse af en definition af arbejdstagerbegrebet, regler om overdragelse af virksomheder under konkurs, udvidelse af definitionen af repræsentanter for arbejdstagere, udvidelse af informationspligten samt mulighed for at lovfæste en solidarisk hæftelse mellem overdrager og erhverver.[[21]](#footnote-21) Direktiv 77/187/EØF og ændringsdirektivet 98/50/EF er blevet kodificeret ved direktiv 2001/23/EF. Direktivet er i dansk ret implementeret ved lov nr. 441 af 7. juni 2001 om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Direktivet indeholder følgende hovedprincipper:

* Erhververen af en virksomhed eller en del heraf indtræder i overdragerens rettigheder og forpligtelser over for lønmodtageren, jf. direktivets i art. 3.
* Overdragelse af en virksomhed eller en del heraf kan ikke i sig selv begrunde en afskedigelse, jf. direktivets art. 4.
* Beskyttelse af lønmodtagerrepræsentanter efter overdragelsen, jf. direktivets art. 5.
* Overdrageren og erhververen har pligt til at informere repræsentanterne for de lønmodtagere, der berøres af overdragelsen, og at indlede forhandlinger med disse om eventuelle foranstaltninger for lønmodtagerne, jf. direktivets art. 6.[[22]](#footnote-22)

Medlemsstaterne har generelt mulighed for at indføre bestemmelser, der er mere gunstige for arbejdstagerne, idet der er tale om et minimumsdirektiv, jf. direktivets art. 8.

Den danske udgave af art. 4, stk. 1 lyder således:

*”Overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en virksomhed eller bedrift giver ikke i sig selv overdrageren eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser. Denne bestemmelse er ikke til hinder for, at der kan ske afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer.”*

## Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse (virksomhedsoverdragelsesloven)

Lov om Lønmodtageres retsstilling ved Virksomhedsoverdragelse (Lov nr. 111 af 21. Marts 1979) trådte i kraft den 1. April 1979. Loven er herefter kun blevet ændret en gang siden dens ikrafttrædelse, ved lov nr. 441 af 7. Juni 2001.

Arbejdsministeriet nedsatte den 25. August 1978 et udvalg, med repræsentanter fra LO, DA, Handelsministeriet, Justitsministeriet og arbejdsministeriet. Udvalget skulle herefter forberede den nødvendige lovgivning, der skulle til for at implementere direktivet i dansk ret.[[23]](#footnote-23) Loven er med enkelte mindre ændringer en konfirmering af Udvalgets forslag.[[24]](#footnote-24)

I Udvalget blev det overvejet, om implementeringen af direktiv 77/187/EØF skulle ske ved lov eller ved kollektiv overenskomst, og om en evt. lovregulering skulle gennemføres ved en selvstændig lov, eller ved ændringer i eksisterende love, fx Selskabsloven. Det blev dog afvist at indføre direktivets bestemmelser i Selskabsloven. Under hensyn til at direktivets indhold falder uden for de eksisterende kollektive overenskomster, mente Udvalget, at direktivets bestemmelser bedst blev implementeret ved en selvstændig lov.[[25]](#footnote-25) Det fremgår også af Udvalgets rapport, at det var justitsministeriets principelle indstilling, at EF-direktiver, så vidt muligt, bør gennemføres ved lov i uændret form. Der skulle derved opnås sikkerhed for opfyldelse af direktivet, samt at EU-Domstolens fortolkning af uklarheder i direktivets tekst, samtidig indebar en fortolkning af den danske lovtekst.[[26]](#footnote-26)

Formålet med loven er som nævnt, at sikre lønmodtagernes rettigheders opretholdelse, når en virksomhed skifter indehaver, og at lønmodtagerene kan forblive ansat i virksomheden, på samme vilkår, under den nye indehaver. Den personkreds der beskyttes efter loven, er i princippet alle lønmodtagere.

Virksomhedsoverdragelsesloven er præceptiv i forhold til lønmodtagerne, som derfor ikke kan give afkald på loves beskyttelse.[[27]](#footnote-27) Virksomhedsoverdragelseslovens § 3, stk. 1 lyder således:

*”Afskedigelse på grund af overdragelse af en virksomhed eller en del heraf anses ikke for rimeligt begrundet i virksomhedens forhold, medmindre afskedigelsen skyldes økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer.”*

# EU-rettens forhold til national ret

## 2.1. EU-rettens virkning i national ret

Spørgsmålet omkring EU-rettens virkning i national ret, herunder i forhold til direktivers umiddelbare anvendelighed, samt fortolkningsforpligtelsen i national ret, er væsentligt for at kunne analysere, om direktiv 2001/23/EF er tilstrækkeligt implementeret i dansk ret i virksomhedsoverdragelsesloven.

Rådet for de Europæiske Fællesskaber tilslutter sig diversitet, navnlig gennem valget af minimumsharmonisering frem for fuld harmonisering, men EU-Domstolen har i praksis krævet høj uniformitet, for at undgå restriktioner på den fri bevægelighed eller konkurrenceforvridning.[[28]](#footnote-28) Der ville således være restriktioner på den fri bevægelighed eller konkurrenceforvridning, såfremt denne diversitet skulle føre til, at eksempelvis lønmodtageres rettigheder bliver forskellige, alt efter hvilken medlemsstat man er lønmodtager i.

Den vigtigste hjemmelsbestemmelse for arbejdsretlige direktiver, er art. 153 TEUF, der kun hjemler minimumsharmonisering. Medlemsstaterne er med minimumsharmonisering frist stillet til at indføre eller bevare forskellig reguleringer på nationalt niveau, når blot de overholder det mindste niveau, som direktivet stiller.[[29]](#footnote-29) Derudover er direktiver alene bindende for medlemsstaterne, med hensyn til det tilsigtede mål. Det overlades dermed til de nationale myndigheder, at bestemme form og midler for gennemførelsen jf. TEUF art. 288, stk. 3.[[30]](#footnote-30) Direktiver er derfor særligt egnede, hvis formålet ikke er at skabe en identisk retsstilling i alle medlemsstaterne, men alene at harmonisere medlemsstaternes retsstilling i forhold til hinanden. Direktivformen gør det således muligt at indarbejde direktivets regler i den nationale lovgivning, sådan at nationale lovgivningstraditioner fortsat opretholdes. Der er også ofte overladt medlemsstaterne nogle valgmuligheder mellem forskellige løsninger, eller overladt et skøn over hvilke nationale regler, der er tilstrækkelige for at opnå direktivets formål. Valgmulighederne, eller et evt. skøn i reglerne, i direktiverne anvendes ofte, hvis det ikke er nødvendigt, at fællesskabsretten er fuldstændig ens i alle medlemsstater. I disse tilfælde vil direktiver ofte være udformet som et minimumsdirektiv, som gør det muligt for medlemsstaterne, at lave mere vidtgående eller strengere regler, end dem der er forudsat i direktivet.[[31]](#footnote-31) Direktiv 2001/23/EF er et eksempel på et minimumsdirektiv.

## Direktivers umiddelbare anvendelighed

I det følgende beskrives betingelserne for direktivers umiddelbare anvendelighed. Dette har betydning for konklusionen af problemformuleringen, såfremt det konkluders, at direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1, ikke er tilstrækkeligt implementeret i dansk ret i VOL § 3, stk. 1.

Man sondrer mellem vertikal og horisontal direkte virkning af EU-regler. Den vertikale dimension er relationen mellem staten og borgerne/virksomhederne. Vertikal, direkte virkning foreligger, når et direktiv er direkte forpligtende for myndigheder og lignende i den vertikale relation mellem disse. Horisontal, direkte virkning angår relationer mellem borgerne eller virksomhederne indbyrdes, fx forholdet mellem en privat arbejdsgiver og private fagforbund.[[32]](#footnote-32)

EU-Domstolen har udviklet nogle grundlæggende retsprincipper, som regulerer EU-rettens virkning i national ret. De af EU-Domstolen udviklede principper omfatter bl.a. princippet om umiddelbar anvendelighed, der skal sikre, at private har mulighed for at påberåbe sig EU-retten over for de nationale myndigheder og domstole.[[33]](#footnote-33)

I tilfælde af at en medlemsstat ikke har implementeret et direktiv korrekt eller tilstrækkeligt, kan private have en interesse i at kunne påberåbe sig direktivet direkte for de nationale domstole. I disse tilfælde bliver det derfor relevant, om direktivet er umiddelbart anvendeligt.[[34]](#footnote-34) EU-Domstolen har i flere sager fastslået, at direktivbestemmelser er umiddelbart anvendelige. Direktiver kan dog ikke være umiddelbart anvendelige før udløbet af den i direktivet fastsatte frist for implementeringen, idet direktivet ikke tilsigter at have retsvirkning før dette tidspunkt.[[35]](#footnote-35) EU-Domstolen har dog også fastslået, at direktiver ikke kan pålægge private forpligtelser – horisontal effekt, jf. C 152/84. Dette er begrundet i, at direktiver er rettet til medlemsstaterne, og som følge heraf ikke kan skabe pligter for private. Dertil kommer også, at almindelige retssikkerhedsgarantier tilsigter dette, idet private sjældent er opmærksomme på direktiver, medmindre de implementeres korrekt af medlemsstaterne.[[36]](#footnote-36) Dette kan dog have den uheldige effekt, at der i forhold til de berettigede kan opstå en uheldig forskelsbehandling, såfremt man udelukker den horisontale effekt. Dette vil eksempelvis kunne ske, såfremt direktiv 2001/23/EF, der pålægger arbejdsgivere visse forpligtelser, alene kunne påberåbes af offentligt ansatte, men ikke af ansatte i private virksomheder.[[37]](#footnote-37)

Det er langt fra alle direktivbestemmelser, der er egnet til at være umiddelbart anvendelige. Som nævnt er det for det første en betingelse, at direktivet indeholder forpligtelser for en medlemsstat og ikke en privat. Derudover har EU-Domstolen opstillet en række betingelser, hvorefter der stilles krav om, at forpligtelsen er klar, præcis og ubetinget, samt at den ikke forudsætter yderligere gennemførelsesforanstaltninger.[[38]](#footnote-38) Det kræver således en grundig undersøgelse af de enkelte direktivbestemmelser, før det kan konkluderes, om bestemmelsen opfylder betingelserne for umiddelbar anvendelighed.[[39]](#footnote-39) Det forhold, at direktivet indeholder valg/skønsmuligheder, udelukker ikke, at enkelte bestemmelser er umiddelbart anvendelige, såfremt den isoleret set er tilstrækkelig klar og præcis.[[40]](#footnote-40)

## Fortolkningsforpligtelsen

Selvom nogle direktiver ikke egner sig til at være umiddelbart anvendelige har EU-Domstolen fastslået, at medlemsstaterne har en pligt til at fortolke national ret i overensstemmelse med de EU-retlige regler, og således fortolke national ret direktivkonformt. Denne virkning af EU-retten betyder, at selvom private ikke umiddelbart kan påberåbe sig en bestemmelse i et direktiv, kan de pga. fortolkningsforpligtelsen, i nogle tilfælde alligevel opnå en retsstilling, der er i overensstemmelse med EU-retten.[[41]](#footnote-41)

Fortolkningsforpligtelsen blev første gang fastslået i sagen C-14/83 (von Colson). Her forelagde den tyske domstol en række spørgsmål for EU-Domstolen, som vedrørte fortolkningen af direktiv 76/207 om gennemførelse af princippet om ligebehandling. Domstolen skulle således tage stilling til, om dette direktiv stillede nogle krav vedrørende de sanktioner, som medlemsstaterne skulle fastsætte for overtrædelser af ligestillingsprincippet. EU-Domstolen konstaterede, at direktivet overlader det til medlemsstaterne selv, at fastsætte de passende sanktioner, der er tilstrækkeligt effektive, til at sikre opfyldelsen af direktivets formål. EU-Domstolen fastslog dog, at medlemsstaterne, ved deres valg af sanktioner, skulle sikre en faktisk og effektiv beskyttelse, som dermed havde en reelt afskrækkende virkning over for arbejdsgiverne. En sanktion som bestod i en rent symbolsk godtgørelse, opfyldte ikke disse krav. Dette betød derfor, at der ikke forelå en korrekt implementering, såfremt tysk ret alene gav mulighed for negativ opfyldelsesinteresse. Spørgsmålet var herefter, hvilken virkning direktivet skulle tillægges. Direktivet var ikke tilstrækkeligt præcist til, at det på dette punkt var umiddelbart anvendeligt, og direktivet kunne således ikke påberåbes direkte. Derimod påpegede EU-Domstolen, at den tyske domstol havde pligt til, for så vidt muligt, at fortolke tysk ret, sådan at retsstillingen blev direktivkonform. I Domstolens præmis 26 fremgår: ”*Imidlertid skal det fastslås, at den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af traktatens art. 5 (nu TEU art. 4) til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler alle myndigheder i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence. Heraf følger, at ved anvendelsen af national ret, især bestemmelserne i en national lov, der særligt er vedtaget for at gennemføre direktiv 76/207, er den nationale domstol forpligtet til at fortolke intern ret i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det resultat, der tilstræbes ved traktatens art. 189, stk. 3”* (nu art. 288, stk. 3). I Domstolens præmis 28 fremgår det, at: *”Det tilkommer den nationale domstol, under fuld anvendelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret, at fortolke og anvende loven om gennemførsel af direktivet i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav.”* Fortolkningsforpligtelsen rækker således ikke videre end en pligt til at fortolke EU-konformt i det omfang, dette kan lade sig gøre inden for det nationale fortolkningsskøn.[[42]](#footnote-42) EU-Domstolen har også understreget, at den ikke mener, at de nationale domstole, pga. anførelse i nationale lovforarbejder, skulle være afskåret fra at foretage en EU-konform fortolkning, jf. C-371/02, præmis 13.

Ved at pålægge de nationale domstole en sådan forpligtelse til at fortolke direktivkonformt, kan private således blive stillet, som om direktivet havde været implementeret korrekt eller havde været umiddelbart anvendeligt.[[43]](#footnote-43)

Fortolkningsforpligtelsen er særlig relevant, hvis en medlemsstat har forsøgt at implementere et direktiv, men hvor implementeringen ikke er sket korrekt.[[44]](#footnote-44) Fortolkningsforpligtelsen er også relevant i tilfælde, hvor en bestemmelse måske ikke i sig selv er tilstrækkelig præcis og ubetinget, men hvor den dog er klar nok til at angive det formål med direktivet, som medlemsstaterne skal nå. Fortolkningsforpligtelsen er også relevant i det tilfælde, hvor et direktiv ikke er umiddelbart anvendeligt, idet det forsøger at pålægge private forpligtelser.[[45]](#footnote-45) Resultatet af fortolkningsforpligtelsen kan således blive, at private alligevel pålægges forpligtelser.[[46]](#footnote-46)

## Implementering af EU-direktiver i arbejds- og ansættelsesret

Implementering af EU-direktiver har gennem tiden været et problem i dansk arbejds- og ansættelsesret. Problemet skyldes en kombination af flere ting. bl.a. at EU-retten tager udgangspunkt i lønmodtagernes individuelle forhold, hvorimod en stor del af den arbejdsretlige regulering i Danmark, bygger på kollektive rettigheder og forpligtelser. Dette skyldes, at væsentlige dele af regelfastsættelsen i Danmark sker ved kollektive overenskomster. [[47]](#footnote-47) Der er generelt fire hovedmodeller for implementering af direktiver i dansk ret:

* En ren lovmodel
* En blandet lov- og overenskomstmodel
* En ren overenskomstmodel med almengyldige overenskomster
* En ren overenskomstmodel med gældende overenskomster

At der er tale om hovedmodeller betyder, at det er op til medlemsstaterne selv, at vælge den model de ønsker, samt at disse hovedmodeller kan forekomme i flere varianter. Modellerne og varianterne kan kombineres på flere forskellige måder:

1. Ved implementering kan man fra lovgivers side nøjes med at overføre direktivets minimumsbestemmelser
2. Lovgiver kan i stedet vælge også at gennemføre eventuelle fravigelige bestemmelser i direktivet i dansk ret
3. **Ved implementeringen kan lovgiver søge at tilpasse direktivet bedst muligt i eksisterende regelsæt. En sådan tilpasning betyder, at Danmark kan få problemer med direktivteksten, med den følge, at der er risiko for EU-Domstolssager**
4. Lovgiver kan vælge at skrive direktivteksten af. Dette kan give problemer i praktisk retsanvendelse, når det bliver nødvendigt at læse i flere ikke afstemte regelsæt for at finde retsstillingen
5. Lovgiver kan vælge at bruge en implementeringslov som anledning til at supplere med yderligere national regulering.[[48]](#footnote-48)

I forhold til direktiv 2001/237EF, har lovgiver valgt den rene lovmodel i kombination med variant nr. 3,[[49]](#footnote-49) som er fremhævet ovenfor.

# Usaglige afskedigelser i dansk ret

## Ophør af ansættelsesforholdet i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse (VOL § 3, stk. 1)

I det følgende beskrives forskellene mellem, at en afskedigelse enten kan være usaglig, fordi den er begrundet i en virksomhedsoverdragelse, eller saglig, fordi den er begrundet i virksomhedens forhold.

Afskedigelse af en lønmodtager, i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, skal som udgangspunkt altid betragtes som usaglig, medmindre arbejdsgiveren kan godtgøre, at der foreligger økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager til afskedigelsen, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer. Såfremt arbejdsgiveren kan bevise, at et af disse forhold er til stede, er afskedigelsen saglig, selvom den sker i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse. Forhold som er enten økonomisk, tekniske eller organisatoriske, er de samme forhold, som efter retspraksis kan begrunde, at en afskedigelse er rimelig, jf. Hovedaftalens § 4, stk. 3, eller saglig efter funktionærlovens § 2 b.[[50]](#footnote-50) Det er forholdene på opsigelsestidspunktet, der skal lægges til grund ved vurderingen af, om afskedigelsen er saglig.[[51]](#footnote-51) Dette gælder også selvom forholdene ved en senere fratræden, er blevet væsentligt ændret, jf. U.2005.886H. Dette medfører dog ikke, at domstolene er afskåret fra at lægge vægt på, om de af arbejdsgiveren påberåbte afskedigelsesgrunde også er bestyrket af det videre forløb, ved vurderingen af afskedigelsens rimelighed.[[52]](#footnote-52) Andre afskedigelser, som er foretaget før indgåelsen af en overdragelsesaftale, og dermed uafhængig af denne, vil ikke være omfattet af VOL § 3, stk. 1.

Afskediges en lønmodtager af overdrageren, efter at der er indgået en overdragelsesaftale, er afskedigelsen omfattet af VOL § 3, stk. 1. Overdrageren må dermed oplyse lønmodtageren om årsagen til afskedigelsen. Såfremt årsagen er begrundet i forhold, der er uafhængige af virksomhedsoverdragelsen, eksempelvis utilfredshed med kvaliteten af lønmodtagerens arbejde, vil forholdet skulle bedømmes efter andre lovbestemmelser, og falder dermed ikke ind under virksomhedsoverdragelseslovens anvendelsesområde.[[53]](#footnote-53)

En virksomhedsoverdragelse kan også medføre, at erhververen af virksomheden afskediger noget af sit personale, i forbindelse med overtagelsen af den nye virksomhed. Afskedigelserne vil i en sådan situation også være omfattet af VOL § 3.

Det er både den, der overdrager en virksomhed og den der erhverver en virksomhed, i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen, som kan foretage en afskedigelse af enten økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager. Der er en formodning for, at afskedigelser, der foretages tidsmæssigt i forbindelse med, eller umiddelbart efter, at der er indgået en aftale om virksomhedsoverdragelse, skyldes virksomhedsoverdragelsen. Dette indebærer, at det er arbejdsgiveren, der har bevisbyrden for, at afskedigelsen ikke er begrundet i virksomhedsoverdragelsen, og at der foreligger de nødvendige økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager til afskedigelsen.

## Dansk lovgivning og overenskomster

Formålet med dette afsnit er at få beskrevet de ansættelsesretlige principper i dansk ret i forbindelse med usaglige afskedigelser. For at finde ud af, om direktiv 2001/23/EF er tilstrækkeligt implementeret i dansk ret, er det relevant først at se på, hvordan dansk ret generelt forholder sig til usaglige afskedigelser og sanktioneringen heraf. Når det senere analyseres hvordan EU-retten forholder til retsvirkningen af usaglige afskedigelser i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, samt hvordan den danske virksomhedsoverdragelseslov forholder sig til spørgsmålet, vil det være muligt til sidst at konkludere, om virksomhedsoverdragelsesloven, eller anden lovgivning, implementerer direktivet tilstrækkeligt.

Det er et centralt træk ved dansk ret omkring afskedigelse, at der ikke er en mere systematisk lovgivning på området. Dansk arbejdsret indtager således en særstilling i forhold til de andre nordiske lande, idet Norge har haft en generel lovgivning om afskedigelse siden 1936, og Sverige fik en sådan lovgivning i 1974. I dansk ret har man dog principielt fastholdt dette område som et aftalemæssigt anliggende. Parternes ulige forhandlingsdisposition har medført, at kollektive aftaler stadig spiller en fremtræden rolle i Danmark inden for de fleste ansættelsesretlige områder. Hovedorganisationerne på arbejdsmarkedet, især DA og LO, har været enige om at prioritere en retsudvikling via kollektive overenskomster, frem for arbejdsretlige love. Folketinget har derfor kun lovgivet, når hovedorganisationerne har været enige om behovet og indholdet.[[54]](#footnote-54) Regler om afskedigelse er derfor et af de centrale emner for de kollektive overenskomster. Dette gælder både spørgsmålet om lønmodtagernes opsigelsesvarsler, samt indskrænkninger i arbejdsgiverens adgang til at foretage afskedigelser.[[55]](#footnote-55)

I dansk ret ligger det som en centralt princip i ledelsesretten, at arbejdsgiveren har en fri afskedigelsesret. En arbejdsgiver kan derfor som udgangspunkt frit opsige et ansættelsesforhold. Dette harmonerer også med almindelige kontraktretlige principper om parternes gensidige adgang til at opsige kontraktforholdet, med et aftalt eller rimeligt varsel. På grund af de væsentlige interesser der er for lønmodtagere til at bevare deres arbejde, er afskedigelsesfriheden imidlertid gennem tiden blevet indskrænket på flere punkter.[[56]](#footnote-56) Ved Hovedaftalen af 1960 indførte DA og LO den principielle nydannelse, at vilkårligheder ikke måtte finde sted, og at påståede urimelige afskedigelser, skulle kunne indbringes for et særligt nævn – Afskedigelsesnævnet, jf. Hovedaftalens § 4, stk. 3. Der er efterfølgende blevet indført tilsvarende bestemmelser på stort set alle andre kollektive aftaleområder. I 1964 blev reglen også indsat i funktionærloven, som nu fremgår af § 2 b. I praksis er langt størstedelen af danske lønmodtagere derfor omfattet af en regel om, at en arbejdsgivers opsigelse af et ansættelsesforhold, skal være rimeligt begrundet. Der er dog ikke tale om nogen almen standard, som gælder for ethvert ansættelsesforhold. Rimelighedskravet gæler kun såfremt der er støtte herfor i lovgivning, overenskomst eller ansættelseskontrakt.[[57]](#footnote-57)

I forhold til retsvirkningen af usaglige afskedigelser, varierer disse mellem overenskomstområderne og lovgivningen. Der er især variationer i forhold til adgangen til at underkende en afskedigelse, med den virkning, at ansættelsesforholdet stadig består.[[58]](#footnote-58) Det er almindelig antaget, at genansættelse kræver særlig hjemmel.[[59]](#footnote-59) I en faglig voldgiftskendelse af 2. Januar 1990 hed det, at ”*parterne har ikke indgået hovedaftale, og der er ikke i deres overenskomstgrundlag, hjemmel til at bestemme genansættelse eller yde godtgørelse, såfremt en afskedigelse måtte vise sig urimelig.*”

Teorien om særlig hjemmel for genansættelse, har formentlig baggrund i det forhold, at man ikke ved fogedens hjælp, kan blive indsat i sin gamle stilling.[[60]](#footnote-60)

Den mest almindelige sanktionering af en usaglig afskedigelse, er en godtgørelse. Det var tidligere tvivlsomt, om en udbetaling af en godtgørelse for usaglig afskedigelse, overhovedet krævede en særlig hjemmel.[[61]](#footnote-61) Højesteret har dog i dommen U.2003.1570 opstillet et krav om hjemmel for at tilkende en godtgørelse.

### Funktionærlovens regel om usaglig afskedigelse

Det almene værn mod usaglig afskedigelse på funktionærområdet er hjemlet i funktionærlovens § 2 b. Der er dog en betingelse for, at der kan rejses krav efter bestemmelsen. Funktionæren skal således have været uafbrudt beskæftiget i den pågældende virksomhed i mindst 1 år. Er betingelsen opfyldt, kan en usaglig afskedigelse alene udløse en godtgørelse, såfremt afskedigelsen ikke kan anses for rimeligt begrundet i funktionærens eller virksomhedens forhold. Godtgørelsen fastsættes efter FUL § 2 b, under hensyn til funktionærens ansættelsestid og sagens øvrige omstændigheder. Godtgørelsen er ikke en erstatning, idet den udmåles uafhængigt af, om funktionæren har lidt et tab.

### Overenskomstmæssige regler om usaglig afskedigelse

Kendes en afskedigelse for at have været usaglig begrundet, kan Afskedigelsesnævnet efter DA og LO’s hovedaftale, *efter påstand herom underkende opsigelsen, medmindre samarbejdet mellem virksomheden og arbejdstageren har lidt eller må antages at ville lide væsentlig skade* *ved en fortsættelse af ansættelsesforholdet*. Jf. Hovedaftalens § 4, stk. 3, litra e. Finder Afskedigelsesnævnet, at afskedigelsen er urimelig, men at der dog ikke alligevel er grundlag for at underkende afskedigelsen, eller såfremt der alene nedlægges påstand om godtgørelse, kan Afskedigelsesnævnet bestemme, at virksomheden skal betale en godtgørelse. Størrelsen af godtgørelsen afhænger af sagens omstændigheder og ancienniteten. Godtgørelsen kan dog ikke overstige 52 ugers løn. Hovedaftalerne giver ikke lønmodtageren krav på at blive i sin stilling under sagen, men den pågældende må fratræde ved opsigelsens udløb. Underkendes afskedigelsen, bliver den ansatte stillet lønmæssigt, som om ansættelsesforholdet har bestået uafbrudt.[[62]](#footnote-62)

Såfremt der nedlægges påstand om underkendelse af en påstået urimelig opsigelse, har både arbejdsgiveren og lønmodtageren en særlig interesse i, at behandling af sagen går hurtigt. Det er hensigten, at arbejdsgangen i Afskedigelsesnævnet skal være så hurtig, at enhver sag om urimelig afskedigelse, kan behandles inden opsigelsesfristens udløb. Sagen skal således så vidt muligt være afsluttet inden udløbet af den pågældende arbejdstageres opsigelsesvarsel.[[63]](#footnote-63) Træffes afgørelsen af Afskedigelsesnævnet først efter, at lønmodtagerens opsigelsesvarsel er udløbet, vil der formelt ske genansættelse, såfremt Afskedigelsesnævnet finder, at samarbejdet mellem virksomheden og arbejdstageren ikke har lidt væsentlig skade, eller må antages ikke at ville lide væsentlig skade ved en fortsættelse af ansættelsesforholdet. Det forhold, at ansættelsesforholdet er ophørt efter opsigelsesvarslets udløb, kan ikke undgå at få indflydelse på vurderingen af det fremtidige samarbejde, der alt andet lige vil gøre det vanskeligere at få en kendelse om genansættelse.[[64]](#footnote-64) En kendelse om underkendelse/genansættelse forudsætter dermed:

* at der nedlægges påstand om underkendelse/genansættelse fra arbejdstagersiden
* at den foretagne opsigelse er urimelig og således ikke sagligt begrundet i arbejdstagerens eller virksomhedens forhold
* at samarbejdet mellem virksomheden og arbejdstageren ikke har lidt væsentlig skade, eller må antages at ville lide væsentlig skade ved en fortsættelse af ansættelsesforholdet
* at ansættelsesforholdet skal være underlagt Hovedaftalen mellem LO og DA, eller en anden tilsvarende hovedaftale, hvor der er hjemmel til at genansætte arbejdstageren.[[65]](#footnote-65)

Underkendelsesadgangen blev først indsat i 1981. Fra 1. Januar 1993, blev ordlyden i Hovedaftalens § 4, stk. 3, litra e skærpet, ved indsættelsen af ordet ”*væsentlig.*”[[66]](#footnote-66)

På det offentlige område er der også adgang til at underkende en opsigelse, såfremt den ikke er rimeligt begrundet. Dog forudsætter en underkendelse, at parterne er enige herom. I praksis kan den offentlige arbejdsgiver derfor modsætte sig underkendelsen med den virkning, at der reelt kun er adgang til at tilkende lønmodtageren en godtgørelse.[[67]](#footnote-67)

Tilsvarende regler går igen med variationer i andre overenskomster og hovedaftaler. Det er dog ikke alle disse, der hjemler mulighed for at underkende afskedigelsen, og dermed en bevarelse af stillingen. Bestemmelser om godtgørelsens størrelse kan også variere.[[68]](#footnote-68)

# Sammenligning mellem direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1, og VOL § 3, stk. 1, i forhold til retsvirkningen af en usaglig afskedigelse

Det er som nævnt, indledningsvist i problemformuleringen, forudsat, at der i retslitteraturen har været tvivl om, hvordan direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1 skulle fortolkes, i forhold til retsvirkningen af usaglig afskedigelse.[[69]](#footnote-69) Fortolkningstvivlen skyldes, at der efter EU-Domstolens praksis, har været argumenteret for, at der måske kan udledes et krav om, at retsvirkningen af en usaglig afskedigelse skulle være en underkendelse, og dermed en genansættelse (naturalopfyldelsestankegangen). Direktivbestemmelsen skulle således indeholde et egentligt afskedigelsesforbud med den konsekvens, at et ansættelsesforhold, der i umiddelbar tilknytning til en virksomhedsoverdragelse, er ophørt i strid med art. 4, stk. 1, skal opretholdes overfor erhververen af virksomheden.

Der er, som nævnt i afsnit 3.2, i Danmark, hverken i lovgivningen eller i overenskomster, generelt hjemmel til en underkendelsesadgang ved usaglige afskedigelser. Såfremt EU-retten måtte kræve dette, er det derfor relevant at analysere, om virksomhedsoverdragelseslovens § 3, stk. 1 også hjemler en sådan underkendelsesadgang, eller om det evt. må konstateres, at direktivet ikke er implementeret tilstrækkeligt i dansk ret. På denne baggrund er det relevant at analysere, om retsvirkningen af en afskedigelse i strid med art. 4, stk. 1, dermed er:

1. at afskedigelsen underkendes, og at lønmodtageren derfor fortsat er ansat, og dermed overgår til/forbliver hos erhververen
2. at afskedigelsen opretholdes, medmindre den kan underkendes i kraft af andre regler
3. at afskedigelsen medfører, at lønmodtageren alene får ret til en økonomisk godtgørelse for en usaglig afskedigelse, hvor dette er hjemlet i anden lovgivning, overenskomst eller efter aftale.

Det skal således i det følgende analyseres, om direktiv 2001/23/EF kræver, at en usaglig afskedigelse skal/kan underkendes, således at den pågældende lønmodtager har krav på at blive genansat. Det skal derfor først efterprøves, om bestemmelsernes ordlyd, samt forarbejderne til hhv. direktivet og virksomhedsoverdragelsesloven, giver et tilstrækkeligt grundlag for at antage, at der er tale om et egentligt afskedigelsesforbud. Såfremt dette er tilfældet, vil der således være tale om en generel underkendelsesadgang, som er uafhængig af medlemsstaternes eksisterende nationale lovgivning og overenskomster. For Danmarks vedkommende vil dette medføre, at man fra EU’s side, tilsidesætter en retstilstand, der gennem mange år har udviklet sig i Danmark på baggrund af den danske aftalemodel. Lovgivningsmæssigt er der i Danmark kun sikret en underkendelsesadgang efter ligebehandlingsprincipper, jf. ligebehandlingslovens § 16, ligelønslovens § 3 og foreningsfrihedslovens § 4. Andre lovbestemmelser, om usaglige afskedigelser, sanktioneres alene med en økonomisk godtgørelse. Overenskomstmæssigt består der kun en adgang til at underkende en afskedigelse, såfremt man har forhandlet sig til denne.[[70]](#footnote-70)

Ens for både direktivets art. 4 og VOL § 3 er, at ingen af dem, i selve bestemmelserne, tager konkret stilling til retsvirkningen af en afskedigelse i strid med bestemmelserne. Der vil derfor først være en analyse af det bagvedliggende direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1. Formålet med dette er, at der efterfølgende ligeledes vil være en analyse af VOL § 3, stk. 1. Herefter vil det være muligt at konkludere, om fortolkningen af VOL § 3, stk. 1, stemmer overnes med fortolkningen af det bagvedliggende direktivs art. 4, stk. 1. Det vil dermed også være muligt at konkludere, om art. 4, stk. 1, efter hensigten, er implementeret tilstrækkeligt i VOL § 3, stk. 1. Analysen tager udgangspunkt i forarbejderne til direktivet og virksomhedsoverdragelsesloven.

## Fortolkning af direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1

I det følgende vil direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1, blive analyseret. Analysen skal lede frem til, hvad der fra EU’s side har været meningen, i forhold til retsvirkningen af en afskedigelse i strid med direktivet.

Bestemmelsen i direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1, lyder således:

*”Overførsel af en virksomhed, bedrift eller del af en bedrift giver ikke i sig selv overdrageren eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser. Denne bestemmelse er ikke til hinder for, at der kan ske afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer.*

*Medlemsstaterne kan bestemme, at første afsnit ikke skal gælde for gælde for visse afgrænsede kategorier af arbejdstagere, der ikke er dækket af medlemsstaternes lovgivning eller praksis vedrørende beskyttelse mod afskedigelse.”*

### Forarbejder til direktiv 2001/23/EF

I maj 1974 blev Rådet for de europæiske fællesskaber, af kommissionen, forelagt det første forslag til direktiv, om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder og fordele i forbindelse med selskabsfusioner, virksomhedsoverdragelser og virksomhedssammenslutninger.[[71]](#footnote-71) I forslagets indledende bemærkninger fremgik bl.a., at virksomhedsstrukturerne truede med at forringe lønmodtagernes leve- og arbejdsvilkår, navnlig med hensyn til varetagelsen af deres rettigheder og fordele. Der måtte derfor gennemføres en aktion på fællesskabsplan til beskyttelse af lønmodtagerne, i tilfælde af ændringer af virksomhedsstrukturerne, og for så vidt muligt at sikre dem deres arbejdsplads, og opretholdelse af deres arbejdsvilkår. I dette oprindelige forslag, blev artikel 4 udformet med et stykke 1, 2 og 3, og lød således:

Art. 4:

1. *Selskabsfusion eller virksomhedsoverdragelse som sådan er ikke grund til opløsning af arbejdsforholdet fra sælgers eller købers side. Opsigelser i forbindelse med selskabsfusioner eller virksomhedsoverdragelser på grund af tvingende årsager i virksomheden berøres dog ikke deraf.*
2. *Retsvirkningen af en opsigelse, der i henhold til stk. 1 er ulovlig, afhænger af medlemsstaternes ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser. Affindelser eller andre retlige krav, som medlemsstaternes ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser fastlægger, berøres ikke.*
3. *Såfremt arbejdsforholdet opløses fra arbejdstagers side, fordi selskabsfusionen eller virksomhedsoverdragelsen medfører en væsentlig ændring af dennes arbejdsvilkår, antages det, at arbejdsforholdets opløsning er forårsaget af en omstændighed, som arbejdsgiver er ansvarlig for.*

Der var således i det oprindelige forslag til direktivet indsat et stk. 2, der forholdt sig til retsvirkningen af en usaglig afskedigelse. Oprindeligt blev det således foreslået, at retsvirkningen, og dermed også sanktionen, af en usaglig afskedigelse, afhang af medlemsstaternes egne love eller administrativt fastsætte bestemmelser. For Danmarks vedkommende ville man dermed, efter direktivets art. 4, stk. 2, finde retsvirkningen i enten loven, som på det arbejdsretlige område ville være FUL § 2 b, eller administrativt fastsatte bestemmelser, som ville være Hovedaftalens § 4, stk. 3. Efter FUL § 2 b, ville retsvirkningen således være en sanktion, i form af en godtgørelse. Efter Hovedaftalens § 4, stk. 3, ville retsvirkningen enten være en genansættelse, eller en sanktion, i form af en godtgørelse.

På baggrund af forslaget kom Det Økonomiske og Sociale Udvalg med en udtalelse omkring ”*forslag til Rådets direktiv om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder og fordele i forbindelse med selskabsfusioner, virksomhedsoverdragelser og virksomhedssammenslutninger.”[[72]](#footnote-72)* I udtalelsen kom Det Økonomiske og Sociale udvalg med nogle særlige bemærkninger til de enkelte artikler i direktivet, samt nogle forslag til ændringer. Til art. 4 havde udvalget dog kun bemærkninger og forslag til ændringer til art. 4, stk. 1 og 3. Art. 4, stk. 2, som omhandlede retsvirkningen af en usaglig afskedigelse, blev ikke bemærket af Udvalget.[[73]](#footnote-73) De ændringer som blev foreslået til stk. 1 og 3, har ingen betydning for retsvirkningen af en usaglig afskedigelse, eller til fortolkningen heraf.

Europa-Parlamentet udtalte sig også på baggrund af det oprindelige forslag til direktivet.[[74]](#footnote-74) Af udtalelserne fra Europa-Parlamentet fremgår, at der har været udarbejdet en betænkning, som blev udarbejdet for arbejds- og socialudvalget, over forsalget fra Kommissionen for De europæiske Fællesskaber til Rådet. Betænkningen er ikke offentliggjort. På baggrund af udtalelserne fremgår det, at Parlamentet behandlede de ændringsforsalg, der var stillet til forslaget til direktivet. Det fremgår således, at der til art. 4, stk. 1, art. 4, stk. 2 samt art. 4, stk. 3, blev stillet nogle ændringsforsalg, men at disse ændringsforsalg alle blev forkastet. Det fremgår dog ikke af udtalelserne, hvad de enkelte ændringsforslag gik ud på, og hvorfor de alle blev forkastet af Europa-Parlamentet. Det blev dog alligevel, af Europa-Parlamentet, besluttet, at lave et forslag til en ændring af direktivet, som også skete på baggrund af betænkningen fra arbejds- og socialudvalget, samt nogle udtalelser fra retsudvalget og økonomi- og valutaudvalget (heller ikke offentliggjort). I dette forsalg er art. 4, stk. 1-3 uændret, men der blev foreslået et nyt stk. 2,[[75]](#footnote-75) som heller ikke vedrørte retsvirkningen af en usaglig afskedigelse eller fortolkningen heraf. Det blev således foreslået, at art. 4 skulle have et stk. 1-4 i direktivet.

Den 25. Juli 1975 vedtog Kommissionen et ændret forslag til direktivet (heller ikke offentliggjort), som senere blev fremsendt til Rådet og Europa-Parlamentet, hvorefter der den 9. December 1976 var politisk enighed i Rådet om udfærdigelsen af direktivet, og som formelt blev vedtaget i Rådet den 14. Februar 1977.

Sammenfattende var der således i det oprindelige forslag til direktivet, taget stilling til retsvirkningen af en afskedigelse i strid med art. 4. Dette blev dog efterfølgende ændret, men årsagen til ændringen fremgår ikke af de offentliggjorte forarbejder til direktivet.

Hvilke overvejelser der har været fra det første forslag til direktivet, og frem til det endelige direktiv, er derfor uvist. Dette skyldes de ikke-offentliggjorte forarbejder, hvor den endelige direktivtekst er blevet udarbejdet. De tanker der har været omkring det oprindelige direktivs art. 4, stk. 2, og hvorfor man valgte ikke at have dette med i det endelige direktivs art. 4, kan således ikke hjælpe som et fortolkningsbidrag til, hvilken retsvirkning en afskedigelse i strid med direktivet skal have. Det er dog bemærkelsesværdigt, at man fra starten havde forholdt sig til retsvirkningen, som var en del af bestemmelsen.

En af årsagerne til at man fra EU’s side valgte ikke at have det med, kan eksempelvis være, at man har fundet det overflødigt, at have en bestemmelse, som sagde det ”selvfølgelige.” Det selvfølgelige kunne være, at fordi der er tale om et minimumsdirektiv, der er tavs omkring retsvirkningen, og fordi man fra EU’s side alene kræver minimumsharmonisering, skulle retsvirkningen derfor være op til medlemsstaterne egen lovgivning og praksis.

En anden årsag kunne være, at man i forløbet med udarbejdelsen af direktivet har fundet ud af, at man netop *ikke* ønskede den retsstilling, som først blev foreslået af Kommissionen. Det skulle dermed ikke være op til de enkelte medlemsstater selv, at bestemme retsvirkningen af en afskedigelse i strid med direktivet. Såfremt dette skulle være tilfældet, er det dog bemærkelsesværdigt, at man ikke valgte at lade dette fremgå direkte af bestemmelsen. Desuden kan der argumenteres for, at en generel underkendelsesadgang ved usaglige afskedigelser, ville være en så betydelig indgriben i medlemsstaternes ansættelsesretlige principper og lovgivning, og at en generel underkendelsesadgang derfor må kræve en meget klar hjemmel i direktivet.

Når man fra EU’s side har valgt ikke at lade retsvirkningen fremgå direkte af bestemmelsen, skaber dette usikkerhed omkring retsstillingen. Dette skal ses i lyset af, at der er tale om et minimumsdirektiv, som de enkelte medlemsstater skal implementere i deres egen lovgivning. Usikkerheden kan derfor medføre, at retsvirkningen kommer til at afhænge af, hvilken medlemsstat man er lønmodtager i.

Den omstændighed at direktivet er tavs omkring retsvirkningen, kan på baggrund af de nævnte årsager ovenfor, næsten kun betyde, at det har været meningen, at bestemmelsen skal fungere som et supplement til anden lovgivning i de enkelte medlemsstater. Direktivets art. 4, stk. 1 giver desuden medlemsstaterne mulighed for at undtage visse afgrænsede kategorier af lønmodtagere, der ikke er dækket af medlemsstaternes lovgivning eller praksis, i forhold til beskyttelse mod afskedigelse, fra direktivets beskyttelse. Det forhold, at beskyttelsen mod afskedigelse efter direktivet, er op til medlemsstaternes egen lovgivning og praksis, kunne tyde på, at det også skulle være op til medlemsstaternes egen lovgivning og praksis på området, at fastsætte retsvirkningen af afskedigelser i strid med direktivet. Dette stemmer også bedst overens med, at der fra EU-rettens side alene kræves minimumsharmonisering. Medlemsstaterne kan dermed bevare forskellige reguleringer på nationalt niveau, når blot de overholder det mindste niveau, som direktivet stiller. Da formålet med direktiver ikke nødvendigvis er, at skabe en identisk retsstilling i alle medlemsstater, kunne dette derfor tyde på, at man i forhold til retsvirkningen af afskedigelser i strid med direktivet, har ville overlade dette til de enkelte medlemsstater selv, for dermed at opretholde de nationale lovgivningstraditioner på området for usaglige afskedigelser.

Som beskrevet i afsnit 2.3 har EU-Domstolen i sagen C-283/81, CILFIT, om fortolkning af EU-retlige bestemmelser, fremhævet, at der skal tages hensyn til den omstændighed, at de EU-retlige bestemmelser er affattet på flere forskellige sprog, og at alle sproglige versioner er autentiske. Fortolkningen af EU-retlige bestemmelser, kan derfor først ske, efter en sammenligning af de sproglige versioner. Ud fra denne betragtning kunne det således være relevant at sammenligne den danske udgave af art. 4, stk. 1, med eksempelvis den engelske udgave, for at se om de forskellige sproglige versioner, kan give et fortolkningsbidrag til retsstillingen. Dog findes dette ikke at være relevant her, idet art. 4, stk. 1, uanset forskellige sproglige versioner, ikke tager konkret stilling til retsvirkningen af en afskedigelse i strid med direktivet. En analyse af den engelske version vil derfor ikke kunne hjælpe som fortolkningsbidrag, idet det ikke er selve ordlyden af bestemmelsen, der hersker tvivl om.

## Fortolkning af VOL § 3, stk. 1

Det skal i det følgende analyseres, hvordan den danske udgave af direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1 og dermed VOL § 3, stk. 1, skal fortolkes, i forhold til retsvirkningen af en usaglig afskedigelse. For at kunne analysere dette, vil det alene være relevant at inddrage de danske forarbejder til loven, idet den bagvedliggende direktivbestemmelse og dennes forarbejder, er analyseret i afsnittet ovenfor. Bestemmelsen i VOL § 3, stk. 1 lyder således:

*”Afskedigelse på grund af overdragelse af en virksomhed eller en del heraf anses ikke for rimeligt begrundet i virksomhedens forhold, medmindre afskedigelsen skyldes økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer.”*

Der er således intet i selve bestemmelsen, der behandler spørgsmålet om, hvilken retsvirkning en afskedigelse i strid med loven, skal være.

### Forarbejder

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at dette indeholder følgende hovedprincipper:

* Erhververen af en virksomhed eller en del heraf indtræder i overdragerens rettigheder og forpligtelser over for lønmodtagerne
* **Overdragelse af en virksomhed eller en del heraf kan ikke i sig selv begrunde afskedigelse (art. 4)**
* Beskyttelse af lønmodtagerrepræsentanter efter overdragelsen
* Overdrageren og erhververen har pligt til at informere repræsentanterne for de lønmodtagere, der berøres af overdragelsen, og at indlede forhandlinger med disse om eventuelle foranstaltninger for lønmodtagerne.[[76]](#footnote-76)

Beskyttelsen af lønmodtagerne mod afskedigelse, i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, er således nævnt som en af hovedprincipperne bag loven. Det fremgår også, at det er lovens § 2, stk. 1, der er hovedbestemmelsen. Denne fastslår, at den der køber en virksomhed, eller på anden måde erhverver en virksomhed ved overdragelse, umiddelbart indtræder i den tidligere ejers rettigheder og forpligtelser med hensyn til de løn- og arbejdsforhold, som bestod forud for overdragelsen. Betydningen af bestemmelsen skulle dermed være, i modsætning til hvad der var gældende før lovens ikrafttræden, at erhververen bliver forpligtet til at opretholde løn- og arbejdsvilkår på virksomheden i samme omfang som overdrageren forud for overdragelsen.[[77]](#footnote-77) Det fremgår af bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, at erhververens ændrede retsstilling både kommer til udtryk i lovens §§ 2 og 3, men at det er fundet mest rigtigt at tydeliggøre lønmodtagerens rettigheder i en særskilt bestemmelse (VOL § 3). Dette begrundes med, at der dermed ikke vil kunne rejses tvivl om den danske implementeringslovs overensstemmelse med direktivets krav.[[78]](#footnote-78)

Bestemmelsen tager sigte på områder, hvor der i henhold til lovgivning eller kollektiv overenskomst findes regler, der hjemler *godtgørelse* for såkaldt usaglige afskedigelser, men vil også finde anvendelse, såfremt det af det individuelle kontraktforhold måtte følge, at lønmodtageren har et *økonomisk krav* på arbejdsgiveren, i tilfælde af en usaglig afskedigelse, jf. bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser. [[79]](#footnote-79) Det fremgår også af bemærkningerne, at der i Hovedaftalens § 4, stk. 3, er indeholdt regler om godtgørelse til lønmodtageren, hvis afskedigelsen ikke har været rimeligt begrundet i enten lønmodtagerens eller virksomhedens forhold, og at en tilsvarende bestemmelse er indeholdt i FUL § 2 b. Ud fra lovforslagets bemærkninger er det således tydeligt, at bestemmelsen tager sigte på situationer, hvor lønmodtageren allerede har en form for økonomisk krav på arbejdsgiveren, i tilfælde af misligholdelse eller usaglig afskedigelse. Dette kan som nævnt enten være på en *godtgørelse* i henhold til Hovedaftalens § 4, stk. 3 eller efter FUL § 2 b, samt tilfælde, hvor lønmodtageren efter individuel aftale, har et *økonomisk* krav på arbejdsgiveren. Det er således bemærkelsesværdigt, at der kun anvendes ord som ”godtgørelse” og ”økonomisk krav.” Særligt fordi der i Hovedaftalens § 4, stk. 3, faktisk er hjemmel til også underkende en afskedigelse. Det at man ikke har fremhævet denne underkendelsesadgang tyder derfor på, at man fra Udvalgets side alene har tænkt sanktionen som en økonomisk godtgørelse.

Det fremgår yderligere af bemærkningerne, at der i forhold til overdrageren af en virksomhed, alene er tale om en lovfæstelse af gældende praksis, og at der derfor ikke er grundlag for at antage, at bestemmelsen vil medføre ændringer i den domspraksis, der har dannet sig på baggrund af FUL § 2 b.[[80]](#footnote-80) Her er det således bemærkelsesværdigt, at man ikke regner med en ændring i praksis i forhold til FUL § 2 b. Såfremt det havde været meningen, at der med VOL § 3 skulle være indført en hjemmel til at underkende en afskedigelse, ville dette således medføre en stor ændring i domstolenes hidtidige praksis, i forhold til usaglige afskedigelser, idet FUL § 2 b alene hjemler en godtgørelse.

Det fremgår også, i forhold til en sanktionsbestemmelse, at såfremt lønmodtageren er omfattet af Hovedaftalens § 4, stk. 3, eller af FUL § 2 b, skal arbejdsgiveren udrede en godtgørelse, der fastsættes under hensyn til ansættelsestiden og sagens øvrige omstændigheder, der kan udgøre op til 26 ugers løn for den pågældende lønmodtager.[[81]](#footnote-81) Her er der igen tale om et godtgørelseskrav, der minder om funktionærlovens.

Det fremgår desuden, at ligebehandlingsloven, som også er direktivstyret, har en godtgørelsesbestemmelse, som svarer til funktionærlovens, og at denne sanktionsbestemmelse blev indført direkte i loven, for at opfylde ligebehandlingsdirektivets krav. Direktivet om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, stiller ikke et lignede krav til den nationale lovgivning, hvorefter en sanktionsbestemmelse, efter Udvalgets opfattelse, ikke var påkrævet,[[82]](#footnote-82) og dermed begrundelsen for ikke at have en sanktionsbestemmelse med i VOL § 3. Det forhold at der ikke er nogen sanktionsbestemmelse, kommer i dansk ret til at betyde, at bestemmelsen kun fungerer i forbindelse med en anden bestemmelsen, som måtte indeholde hjemmel til en sanktion. Såfremt det var meningen ved implementeringen af loven, at denne skulle give hjemmel til at underkende en usaglig afskedigelse, må det have stået lovgiver klart, at dette ikke ville opnås ved alene at henvise til andre bestemmelser, idet disse bestemmelser hovedsageligt kun indeholder hjemmel til en godtgørelse.

Sammenfattende kan der dermed ikke være tvivl om, at der med den danske lov, ikke har været tilsigtet en egentligt underkendelsesadgang med den konsekvens, at et ansættelsesforhold, der er bragt til ophør i strid med loven, skal opretholdes i forhold til erhververen af virksomheden, og at den afskediget lønmodtager dermed skal genansættes. Denne retstilstand vil også stemme bedst overens med et af de grundlæggende principper i virksomhedsoverdragelsesloven – nemlig at en lønmodtager kun kan gøre samme rettigheder gældende overfor erhververen, som han kunne overfor overdrageren af virksomheden. Såfremt der var tale om et egentligt afskedigelsesforbud, ville virksomhedsoverdragelsesloven medføre, at en lønmodtager, i tilfælde af en afskedigelse i strid med loven, ville få en beføjelse til at kræve genansættelse overfor erhververen, som han ikke havde overfor overdrageren efter eksempelvis FUL § 2 b.

## De to retskilder set i forhold til hinanden

Ud fra en sammenligning af art. 4, stk. 1, og VOL § 3, stk. 1, kan det først og fremmest konkluderes, at begge bestemmelser, efter deres ordlyd, minder om hinanden, og at ingen af dem tager konkret stilling til retsvirkningen af en afskedigelse i strid med bestemmelserne. Der er således, ud fra begge bestemmelsers ordlyd, ikke noget der tyder på, at de skal forstås som et egentligt afskedigelsesforbud, der giver adgang til at underkende afskedigelser. Den omstændighed at direktivet er tavs omkring retsvirkningen, at der er tale om et minimumsdirektiv, samt det forhold, at EU alene kræver minimumsharmonisering, må derfor fortolkes som om, at det må være op til medlemsstaterne selv at fastsætte retsvirkningen. Forarbejderne til virksomhedsoverdragelsesloven viser også, at man fra dansk lovgivnings side, har opfattet direktivet sådan, og at det dermed er op til medlemsstaternes egen lovgivning og praksis, at fastsætte retsvirkningen. Når man sammenligner de to bestemmelser med hinanden, er der derfor ikke noget der tyder på, at disse skal fortolkes sådan, som der i retslitteraturen har været argumenteret for, at EU-Domstolen fortolker direktivets art. 4, stk. 1.

## Sammenfatning

På baggrund af sammenligningen mellem direktivets art. 4, stk. 1 og den danske implementering heraf i VOL § 3, stk. 1, kan der ikke påvises nogen uoverensstemmelse mellem bestemmelserne, der derfor umiddelbart tyder på, at en afskedigelse i strid med direktivet, skal sanktioneres efter national rets egen lovgivning og praksis på området.

# Retspraksis i forhold til afskedigelser i strid med direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1 og VOL § 3, stk. 1

Som nævnt i afsnit 1.4.3, er domspraksis, i form af afgørelser afsagt af Domstolen, en meget vigtig retskilde i EU-retten. Dette skal sammenholdes med, at forarbejder i EU-retlig sammenhæng, er af meget begrænset betydning, og i øvrigt i begrænset omfang er offentliggjorte. Det er derfor ikke tilstrækkeligt til at svare på problemformuleringen, at det ovenfor er blevet konkluderet, at der ikke kan påvises nogen uoverensstemmelse, mellem direktivets art. 4, stk. 1 og den danske implementering heraf i VOL § 3, stk. 1. Det er derfor nødvendigt også at analysere de relevante domme, der er blevet afsagt på området, set ud fra deres retskildemæssige værdi. I det følgende vil det derfor blive analyseret, hvordan EU-Domstolen fortolker direktivets art. 4, stk. 1, og dermed retsvirkningen af en afskedigelse i strid med direktivet, og sammenholde dette med dansk retspraksis’ fortolkning af VOL § 3, stk. 1.

## C-101/87 P. Bork International

I denne dom af 15. juni 1988, tog EU-domstolen for første gang stilling til fortolkningen af art. 4, stk. 1.

Sagen omhandler en anmodning fra Højesteret i den danske hovedsag, jf. U.1989.372/4H, der ved beslutning af 4. December 1985, forelagde EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål, vedrørende fortolkningen af art. 1, stk. 1 i direktiv 77/187/EØF. Spørgsmålet blev rejst under nogle sager anlagt dels af Foreningen af Arbejdsledere i Danmark mod P. Bork International A/S, og dels af en række lønmodtagere mod Junckers Industrier A/S. I en af sagerne har Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, rejst krav om betaling af løntilgodehavender og feriegodtgørelse over for P. Bork International, ud fra den påstand, at Junckers Industriers erhvervelse af virksomheden, ikke udgjorde en virksomhedsoverdragelse, som var omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven. Kravene derfor skulle honoreres af P. Bork Internationals konkursbo. I de tre andre sager har de lønmodtagere, som blev afskediget af P. Bork International og genansat af Junckers Industrier, derimod rejst krav om betaling af løntilgodehavender og feriegodtgørelse overfor Junckers Industrier, med den påstand, at der forelå en overdragelse af virksomheden, som var omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven. P. Bork Internationals forpligtelser var derfor overgået til Junckers Industrier.

Spørgsmålet var således, om direktiv 77/187/EØF fandt anvendelse i en sag, som er karakteriseret ved følgende tre faktiske omstændigheder:

* Overdrageren havde indtil ca. en uge før overdragelsen udlejet virksomheden til et andet selskab (P. Bork International), og det var således ikke overdrageren, men lejeren, der var lønmodtagernes arbejdsgiver
* Lejeren havde opsagt eller ophævet lejekontrakten, og ved lejemålets ophør standsede virksomhedens drift
* Erhververen (Junckers Industrier) genoptog driften af virksomheden og genansatte godt halvdelen af de lønmodtagere, der havde været ansat i virksomheden af den tidligere lejer

Sagen vedrører dermed i det væsentlige spørgsmålet om, hvorvidt P. Bork Internationals forpligtelser, over for lønmodtagerne i virksomheden, navnlig med hensyn til løn og feriegodtgørelse, er overgået til Junckers Industrier, som ny arbejdsgiver. Da Højesteret fandt, at dette afhang af fortolkningen af direktiv 77/187/EØF, forelagde Højesteret derfor EU-Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

”*Finder Rådets direktiv 77/187 af 14. Februar anvendelse i tilfælde, hvor udlejeren af de til driften af en virksomhed hørende bygninger, installationer og maskiner efter opsigelse eller ophævelse af lejekontrakten og virksomhedens standsning modtager det udlejede tilbage og derefter overdrager dette til tredjemand, der kort efter genoptager driften af virksomheden, uden at der er indgået aftale herom hverken med den tidligere lejer eller overdrageren eller mellem disse indbyrdes – genansætter godt halvdelen af de lønmodtagere, der var ansat i virksomheden af den tidligere lejer?”*

Med dette præjudicielle spørgsmål ønskede Højesteret dermed oplyst, om art. 1, stk. 1 i Rådets direktiv 77/187, skulle fortolkes således, at direktivet fandt anvendelse i en situation, hvor ejeren af en virksomhed, efter opsigelse eller ophævelse af en lejekontrakt, igen overtager virksomheden, for senere at sælge den til tredjemand, som kort tid efter fortsætter driften med lidt over halvdelen af den tidligere lejers ansatte personale.

Spørgsmålet i dommen berører således ikke en fortolkning af direktivets art. 4, stk. 1 og dermed retsvirkningen af en afskedigelse i strid med direktivet. Grunden til at sagen alligevel er interessant er, at der i retsmøderapportens begrundelse for det præjudicielle spørgsmåls besvarelse, henvises til fortolkningen af art. 4, stk. 1. Det fremgår således af retsmøderapporten, at: *”for at en arbejdstager er beskyttet af direktivet, skal der imidlertid også bestå en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold på tidspunktet for overførslen. Hvad det angår, må det antages, at ansættelsesforholdet fortsætter, selv om opsigelse er afgivet, indtil fratrædelse sker…*” Endvidere fremgår det, at: ”*Det fremgår imidlertid af direktivets artikel 4, at arbejdstagere, som er blevet ulovligt afskediget, må betragtes, som om de stadig var ansat, og at de derfor er beskyttet af direktivet. Såfremt den pågældende overførsel er omfattet af direktivet, medfører artikel 4, at afskedigelsen af arbejdstagere, som bliver genansat af erhververen, er uden virkning…”*  Ud fra den forudsætning, at der i sagen var tale om en overførsel efter art. 1, stk. 1, skulle: *”direktivets artikel 4, stk. 1 fortolkes således, at parterne ikke kan forhindre direktivet i at finde anvendelse på genansatte arbejdstagere, som på grund af lejerens standsning af virksomhedens drift er blevet afskediget kort før overførslen, og sådanne arbejdstagere kan ikke blive frataget den anciennitet, de har opnået ved deres arbejde for lejeren.”* I dommens præmis nr. 12 fremgår ligeledes, at: *”såfremt direktivet finder anvendelse, forudsætter dets artikel 4, stk. 1, at de arbejdstagere, som er blevet afskediget i strid med denne bestemmelse, må betragtes, som om de stadig er ansat i virksomheden. Det gælder navnlig med hensyn til arbejdstagere, som er blevet genansat af den nye arbejdsgiver efter at være blevet afskediget kort tid før overførslen.”* I præmis nr. 18 fremgår, at: *”… de i virksomheden ansatte arbejdstagere, hvis arbejdskontrakt eller arbejdsforhold i strid med direktivets artikel 4, stk. 1, er blevet bragt til ophør på et tidligere tidspunkt end overførselstidspunktet, betragtes, som om de stadig var ansat i virksomheden på overførselstidspunktet, hvilket bl.a. bevirker, at arbejdsgiverens forpligtelser over for arbejdstagerne uden videre overgår fra overdrageren til erhververen i medfør af direktivets artikel 3, stk. 1.”* En sammenligning med den engelske udgave af dommens præmis nr. 18 lyder således: ” contrary to Article 4 (1) of the directive, must be regarded as still in the employ of the undertaking on the date of the transfer…”

En direkte ordlydsfortolkning af dommens præmisser, både den danske og den engelske, herunder bl.a. formuleringen: ”*betragtes som om de stadig var ansat i virksomheden*,” kunne give det indtryk, at retsvirkningen af en afskedigelse, i strid med bestemmelsen, skulle være, at fordi man ”*betragtes som om man stadig var ansat i virksomheden*,” derfor skulle genansættes. Når man ser på de faktiske omstændigheder i dommen, er det dog værd at bemærke, at selve dommen ikke handler om hvilken retsvirkning en afskedigelse i strid med art. 4, stk. 1 skulle være. I hovedsagen er der ikke fra de sagsøgende lønmodtageres side gjort gældende, at de foretagne afskedigelser var usaglige. Dommen handler alene om fortolkningen af direktivets anvendelsesområde (art. 1, stk. 1). Der bliver derfor ikke på noget tidspunkt bedt om en fortolkning af art. 4, stk. 1. Ud fra fakta i dommen er der tale om en situation, hvor godt halvdelen af personalet allerede er blevet genansat af erhververen af virksomheden, og hvor tvisten i dommen derfor går på hvem, af overdrageren og erhververen, der skal betale for løntilgodehavender og feriegodtgørelser. Der er dermed ikke tale om en situation, hvor en lønmodtager er blevet afskediget kort tid før en virksomhedsoverdragelse, og som ikke er blevet genansat af erhververen, og som derfor, overfor erhververen af virksomheden, påberåber sig, at der er tale om en afskedigelse i strid med direktivet, og at retsvirkningen derfor skulle være en genansættelse. Når man derfor sammenholder de faktiske omstændigheder i sagen med EU-Domstolens udtalelser, kunne disse fortolkes således, at de alene fortolker art. 4, stk. 1, med henblik på at sige, at netop fordi direktivet og virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, er lønmodtagerene blevet usagligt afskediget. Derfor må formuleringen: ”*betragtes som om de stadig var ansat,*” alene fortolkes således, at lønmodtagerne ikke kan blive frataget den anciennitet, som de har opnået fra deres arbejde hos P. Bork International, og indtil deres genansættelse hos Junckers Industrier. Der kan derfor også argumenteres for, at når der i dommens præmis nr. 12 står, at: ”*de arbejdstagere, som er blevet afskediget i strid med denne bestemmelse, må betragtes, som om de stadig var ansat i virksomheden*” og i præmis 18, at: ”*arbejdstagere, hvis arbejdskontakt eller arbejdsforhold i strid med direktivets art. 4, stk. 1, er blevet bragt til ophør på et tidligere tidspunkt end overførselstidspunktet, betragtes, som om de stadig var ansat i virksomheden på overførselstidspunktet*,” i den konkrete sag, fra tidspunktet fra deres afskedigelse af P. Bork International, indtil tidspunktet hvor de blev genansat af Junckers Industrier, alene skal ”betragtes som om de stadig var ansat i virksomheden på overførselstidspunktet” i forhold til deres løntilgodehavender og feriegodtgørelse samt anciennitet. Ordene ”*betragtes*” og ”*som om*” tyder også på, at man kunne fortolke en afskedigelse ”som om” denne egentlig står ved magt, og at det dermed kun er i forhold til hæftelsen for lønmodtagernes krav og anciennitet, at man ”betragter” ansættelsesforholdet som stadig bestående. Desuden kunne ordlyden af dommens præmisser ”*betragtes som om de stadig var ansat i virksomheden på overførselstidspunktet*” også helt generelt forstås sådan, at man alene ud fra et økonomisk perspektiv, skal *betragtes som om* man stadig var ansat i virksomheden på overførselstidspunktet – og dermed en ”godtgørelsestankegang.” Dette ville også stemme bedst overens med de nedlagte påstande i dommen, der alene går på, hvem der skal betale lønmodtagerne deres løntilgodehavender og feriegodtgørelse.

I modsætning hertil er det af advokat Per Walsøe, i artiklen U.1991B.17, der i øvrigt i den danske Højesteretsdom i sagen repræsenterede Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, på baggrund af dommen, blevet fremført, at art. 4, stk. 1: ”… *Er altså efter EF-Domstolens opfattelse en præceptiv regel, som indebærer, at hvis arbejdsforholdet i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse er bragt til ophør, uden at det skyldes økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, så skal ansættelsesforholdet – desuagtet – betragtes, som om det ikke var bragt til ophør*.” Dermed skulle de ansatte: ”*betragtes som om de stadig var ansat i virksomheden, en naturalopfyldelsestankegang*.” Per Walsøe tager dermed fortolkningen af dommen et stykke videre, således at dommen skal forstås som om at art. 4, stk. 1 generelt skal opfattes som en præceptiv regel, der indebærer, at retsvirkningen af afskedigelser, i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, er en genansættelse. I artiklen fremgår at sagens problem bl.a. var, om retsvirkningen af en afskedigelse, i strid med direktivet, skulle være, at afskedigelsen ansås for ikke sket, og at ansættelsesforholdet derfor blev opretholdt, eller om retsvirkningen af en opsigelse i strid med direktivet, var muligheden for en godtgørelse af den type, som kendes fra FUL § 2 b og Hovedaftalens § 4, stk. 3. I EU-Domstolens svar på Højesterets spørgsmål, mener Per Walsøe derfor, at EU-Domstolen imidlertid også kom til at beskæftige sig med problemstillinger, der ikke direkte var blevet spurgt til af Højesteret, og at EU-Domstolens opfattelse af retsvirkningen af en afskedigelse i strid med art. 4, stk. 1, dermed kom frem i forbindelse med sagen. Såfremt dette er tilfældet, skulle EU-domstolen således i dommen have slået fast, at retsvirkningen af en afskedigelse, i strid med direktivet eller virksomhedsoverdragelsesloven, er en genansættelse. Dette forekommer dog mærkeligt, idet lønmodtagerne i sagen allerede var blevet genansat, og i denne forbindelse alene ville have afklaret, hvem af overdrageren og erhververen som de skulle rette deres tilgodehavender mod, som var opstået forud for virksomhedsoverdragelsen. Det ville derfor være mærkeligt, såfremt EU-Domstolen skulle have taget stilling til, om retsvirkningen af en afskedigelse, i strid med art. 4, skulle være en genansættelse, idet disse lønmodtagere allerede var blevet genansat. Dette skal samtidig ses i lyset af, at EU-domstolens udtalelser, ud fra de nedlagte påstande, alene er sket i en ren hæftelsesmæssig sammenhæng, og som også rent ordlydsmæssigt kan fortolkes ud fra et økonomisk perspektiv i sig selv.

Det er som nævnt ovenfor i afsnit 4.1.1 også værd at bemærke, at en indførsel af en generel underkendelsesadgang ved afskedigelser i strid med art. 4, ville være en meget stor indgriben i medlemsstaternes ansættelsesretlige principper og lovgivning, at en fortolkning af denne sag i en sådan retning, derfor må kræve nogle klare og utvetydige udtalelser fra EU-Domstolen.

 Ud fra det anførte ovenfor er det derfor min påstand, at en analyse af Bork-sagen ikke kan fortolkes som om, at EU-Domstolen skulle have haft til hensigt at slå fast, at retsvirkningen af en afskedigelse, i strid med art. 4, skulle være en genansættelse. Det er således samtidig min påstand, at Domstolens udtalelser som fx: ”… *at de arbejdstagere, som er blevet afskediget i strid med denne bestemmelse, må betragtes, som om de stadig er ansat i virksomheden…,”* alene skal forstås i en hæftelsesmæssig sammenhæng. Dermed skal de pågældende lønmodtagere, alene betragtes som om de stadig var ansat i virksomheden på overførselstidspunktet og indtil tidspunktet for genansættelsen, i forhold til deres anciennitet, løntilgodehavender og feriegodtgørelser. Dermed bliver retsvirkningen af en afskedigelse i strid med art. 4, i den konkrete sag, at man i forhold til anciennitet, løn og feriegodtgørelse, skal stilles som om afskedigelsen ikke havde fundet sted, i tidsrummet fra deres afskedigelse og indtil deres genansættelse.

### Sammenfatning

Sammenfattende kan det konkluderes, at det er min påstand, at Bork-sagen ikke skal fortolkes sådan som det bl.a. har været fremført af Per Walsøe, og at det dermed har været EU-Domstolens hensigt at slå fast, at retsvirkningen af en afskedigelse i strid med direktivet, skulle være en underkendelse og dermed en genansættelse. Min påstand er dermed, at EU-Domstolens udtalelser i Bork-sagen alene skal forstås i en ren hæftelsesmæssig sammenhæng. Bork-sagen kan derfor ikke tages som udtryk for, at retsvirkningen af en afskedigelse i strid med direktivet, skulle være en underkendelse.

## C-319/94 Dethier Equipement

I denne dom af 12. Marts 1998, tog EU-Domstolen for anden gang stilling til fortolkningen af direktivets art. 4, stk. 1.

Sagen omhandler en anmodning fra Cour du travail de Liège i Belgien, om en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 77/187/EØF. Spørgsmålet blev rejst under en sag mellem Jules Dethier Équipement SA (i det følgende kaldt ”Dethier”), og henholdsvis Jules Dassy og Svoam SPRL (i det følgende kaldt ”Svoam”), vedrørende udbetaling af en fratrædelsesgodtgørelse samt visse andre godtgørelser.

Jules Dassy havde siden 1974 været ansat i Sovam. Den 15. maj 1991 blev der truffet en afgørelse om en retslig likvidation af Sovam, hvorefter Jules Dassy, den 5. juni 1991, blev afskediget af dennes likvidator. Den 27. juni 1991 overdrog likvidator Sovams aktiver til Dethier. Den 22. maj 1992 anlagde Jules Dassy sag mod både Sovam og Dethier med påstand om, at disse var solidarisk ansvarlige for betalingen af hans tilgodehavender i form af fratrædelsesgodtgørelse, feriegodtgørelse og nytårsgratiale. Ved en afgørelse af 17. december 1993, pålagde den nationale ret i Belgien, både Sovam og Dethier et solidarisk ansvar for betalingen. Retten fandt bl.a., at der forelå solidarisk hæftelse, selv om ansættelseskontrakten var blevet opsagt inden overførslen, idet EU-Domstolen i C-101/87 (Bork-sagen) havde fastslået, at ansatte som er blevet uberettiget afskediget inden overførslen, skal betragtes som om de stadig var ansat i virksomheden på tidspunktet for overførslen. Dethier ankede denne afgørelse, og gjorde bl.a. gældende, at en solidarisk hæftelse for overdrageren og erhververen, alene kunne gælde i forhold til lønmodtagere, der var blevet overtaget af erhververen, og dermed ikke for lønmodtagere, som var blevet afskediget inden overførslen og ikke genansat af erhververen.

På denne baggrund blesuttede Cour du travail de Liège at udsætte sagen, og forelægge EU-Domstolen to spørgsmål. Det første spørgsmål vedrører alene direktivets anvendelsesområde, og vil derfor ikke blive beskrevet i det følgende. Det andet spørgsmål er dog interessant for analysen af EU-Domstolens praksis, i forhold til afskedigelser i strid med direktivets art. 4. Andet spørgsmål lød således:

*1. del: ”Når arbejdskontrakterne med alle ansatte er blevet opsagt af likvidator, og kun enkelte ansatte er blevet genansat for at kunne gennemføre likvidationen, kan afskedigelsen af de ikke senere af erhververen genansatte ansatte da betragtes som sket af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, jf. direktivets artikel 4, stk. 1, eller er det kun erhververen, der kan foretage afskedigelse af de nævnte årsager?*

*2. del: ”Kan de af erhververen ikke genansatte ansatte, blot fordi der foreligger en overførsel af en økonomisk enhed kort tid efter deres afskedigelse af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, over for erhververen gøre gældende, at overdragerens fremgangsmåde i forhold til dem er retsstridig, hvis de i henhold til aftalen om overførslen ikke skal genansættes?”*

Det er således anden del af spørgsmålet, der i denne analyse er særlig interessant. Med dette spørgsmål ønskede den nationale ret nærmere bestemt oplyst om lønmodtagere, som retsstridigt er blevet afskediget af overdrageren kort tid før overførslen af virksomheden, og som ikke overtages af erhververen, over for erhververen kan påberåbe sig, at afskedigelsen er retsstridig, jf. præmis 38. Herefter fremgår det af præmis 39, at det for det første følger af Bork-sagen, at lønmodtagere, som i strid med direktivets art. 4, stk. 1, er blevet afskediget på et tidligere tidspunkt end overførselstidspunktet, skal betragtes, som om de stadig var ansat i virksomheden på overførselstidspunktet. Som følge heraf skulle arbejdskontrakten, i det tilfælde en lønmodtager retsstridigt er blevet afskediget kort tid før overførslen, i forhold til erhververen, betragtes som om denne stadig bestod, selv om lønmodtageren ikke er blevet overtaget af erhververen efter virksomhedens overførsel, jf. præmis 41. Anden del af det præjudicielle spørgsmål skulle derfor besvares med, at lønmodtagere, som retsstridigt er blevet afskediget af overdrageren kort tid før overførslen af virksomheden, og som ikke overtages af erhververen, også over for erhververen kan påberåbe sig, at afskedigelsen er retsstridig, jf. præmis 42.

Som det også var tilfældet i Bork-sagen, blev der ikke i sagen taget konkret stilling til, hvilken retsvirkning en afskedigelse, i strid med art. 4, stk. 1, skulle have. Spørgsmålet var alene om lønmodtagere, som retsstridigt var blevet afskediget af overdrageren, og som ikke overtages af erhververen, overfor erhververen kan påberåbe sig, at afskedigelsen er retsstridig. Der bliver således ikke spurgt om, hvilken retsvirkning denne eventuelle retsstridige afskedigelse skulle have.

Som nævnt i afsnit 1.4.3 henviser EU-Domstolen ofte til tidligere afsagte domme, som en del af grundlaget for en ny dom, der derfor giver EU-Domstolens praksis en væsentlig præjudikatsværdi. Dette gør sig også gældende i denne sag, der, uanset at de faktiske omstændigheder i de pågældende sager er forskellige, alligevel bruger Bork-sagens præmisser, som grundlag for denne afgørelse. Det fremgår således af præmis 39, at det for det første følger af Bork-sagen, at lønmodtagere som i strid med direktivets art. 4, stk. 1, er blevet afskediget på et tidligere tidspunkt end overførselstidspunktet, skal betragtes som om de stadig var ansat i virksomheden på overførselstidspunktet. Forskellen på denne sag og Bork-sagen er dog, at der i Bork-sagen var tale om en situation, hvor godt halvdelen af personalet allerede var blevet genansat af erhververen, og hvor tvisten i dommen gik på, hvem af overdrageren og erhververen, der derfor skulle betale for løntilgodehavender og feriegodtgørelser. Som det er blevet argumenteret for i analysen af Bork-sagen, kan formuleringen: ”*betragtes som om de stadig var ansat”,* alene være et udtryk for, at sådanne lønmodtagere, i den konkrete situation, ikke kan blive frataget deres anciennitet, og dermed også deres løntilgodehavender og feriegodtgørelser. Fælles for begge domme er, at der foreligger en tvist om, hvem af overdrageren og erhververen, der skal betale for nogle tilgodehavender. I Bork-sagen var der tale om løntilgodehavender og feriegodtgørelse, og i denne sag er der tale om fratrædelsesgodtgørelse og ”visse andre godtgørelser.” Den væsentlige forskel mellem de to domme er dog, at der i Bork-sagen er tale om lønmodtagere, der allerede var blevet genansat af erhververen. I modsætning hertil er der i denne sag tale om et tilfælde, hvor de pågældende lønmodtagere ikke er blevet genansat. I forhold til at analysere, om retsvirkningen af en afskedigelse i strid med art. 4, stk. 1, evt. er en genansættelse, er der derfor en væsentlig forskel i de faktiske omstændigheder i disse domme, som gør det betænkeligt at bruge den samme præmis’ formulering ”*betragtes som om de stadig var ansat*.” En ren ordlydsfortolkning af præmis nr. 41, hvorefter arbejdskontrakten, som følge af Bork-sagen, skulle: *”… i tilfælde hvor en lønmodtager retsstridigt er blevet afskediget kort tid før overførslen, i forhold til erhververen, betragtes som om denne stadig bestod, selv om arbejdstageren ikke er blevet overtaget af erhververen efter virksomhedens overførsel***,”** kunne godt fortolkes som om, at EU-Domstolen har haft til hensigt at slå fast, at retsvirkningen af en afskedigelse i strid med art. 4, skulle være en genansættelse. Som det dog er blevet konkluderet ovenfor, er det efter en analyse af Bork-sagen min påstand, at formuleringen ”*betragtes som om de stadig var ansat*,” alene skal ses i forhold til lønmodtagernes anciennitet, løntilgodehavender og feriegodtgørelser, Når dette lægges til grund, er det således væsentligt at bemærke, at der i denne sag ikke er tale om lønmodtagere, som er blevet genansat. Derfor må dommens præmisser i nr. 41 og 42 skulle fortolkes således, at de pågældende lønmodtagere kan påberåbe sig, at afskedigelsen af dem er retsstridig efter art. 4, og at de derfor kan rette deres krav om fratrædelsesgodtgørelser mod erhververen. Dermed bliver retsvirkningen af en afskedigelse, i strid med art. 4, i den konkrete sag, at fordi der er tale om en virksomhedsoverdragelse, som gør at afskedigelserne var retsstridige, kan de pågældende lønmodtagere derfor rette deres krav om fratrædelsesgodtgørelse, og visse andre godtgørelser, mod erhververen af virksomheden. Det er derfor min påstand, at retsvirkningen af en afskedigelse i strid med art. 4, i den konkrete sag er, at fordi der er tale om retsstridige afskedigelser, kan de pågældende lønmodtagere derfor rent hæftelsesmæssigt rette deres krav om fratrædelsesgodtgørelse mod erhververen. Dette skal ses i sammenhæng med, at der igen i den pågældende sag, ikke var nedlagt påstand om, at der var tale om en usaglig afskedigelse. EU-Domstolens udtalelser er derfor igen fremkommet i en ren hæftelsesmæssig sammenhæng.

### Sammenfatning

Ud fra det anførte ovenfor, og ud fra den forudsætning, at analysen af Bork-sagen kan lægges til grund, er der således heller ikke efter en analyse af Dethier-sagen, grundlag for at konkludere, at EU-Domstolen igen skulle have slået fast, at retsvirkningen af en afskedigelse i strid med art. 4, skulle være en genansættelse.

## C-51/00 Temco Service Industries SA

I denne dom af 24. januar 2002, blev formuleringerne i Bork-sagen igen gentaget af EU-Domstolen.

I dommen er det igen Cour du travail i Belgien, der bad EU-Domstolen om en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af art. 1, stk. 1 og art. 3, stk. 1 i Rådets direktiv 77/187/EØF. Spørgsmålene blev rejst under en sag mellem på den ene side rengøringsselskabet Temco Service Industries SA (i det følgende kaldt Temco), som havde en kontrakt om rengøring af industrianlæg tilhørende Volkswagen, og på den anden side fire ansatte i virksomheden General Maintenance. General Maintenance havde forinden, som underentreprenør for Buyle-Medros-Vaes Associates, udført de samme ydelser, som Temco efterfølgende overtog, om rengøring af Volkswagens industrianlæg, der blev opsagt. I den forbindelse, hvor Temco overtog arbejdet, har Temco bestridt, at de ansatte i General Maintenances arbejdskontrakter, automatisk var blevet overført til Temco i medfør af direktivet. Den nationale ret ønskede derfor oplyst, om direktivets art. 1, stk. 1, fandt anvendelse på den pågældende situation.

Der var således igen tale om en sag, der hovedsageligt omhandlede direktivets anvendelsesområde, og ikke retsvirkningen af en afskedigelse i strid med direktivet. I den forbindelse udtalte EU-Domstolen i præmis nr. 28, med henvisning til Bork-sagen, at: ”… ”*den omstændighed, at overdragerens personale først blev opsagt nogle dage inden, personalet blev overtaget af erhververen, hvilket viser, at grunden til opsigelsen var overførslen af opgaven, ikke medfører, at arbejdstagerne mister deres ret til fortsættelse af deres arbejdskontrakt hos erhververen. Under disse omstændigheder må dette personale anses for stadig at være ansat på tidspunktet for overførslen*,” jf. Bork-sagens præmis nr. 18. I både Bork-sagen og Dethier-sagen, er grundsætningen i Bork-sagen, angående ansættelsesforholdet, og dermed formuleringerne: ”*betragtes som om denne stadig bestod*”, og ”*betragtes som om de stadig var ansat,*” blevet brugt i begge domme. I denne sag er der dog i den danske udgave brugt formuleringen: ”*må anses for stadig at være ansat på tidspunktet for overførslen.*” Ud fra en ren ordlydsfortolkning af den danske udgaves præmis 28, er denne sag derfor den, der kommer tættes på, at kunne fortolkes som om, at EU-Domstolen skulle have haft til hensigt at fastslå, at retsvirkningen af en afskedigelse i strid med direktivet, skulle være en genansættelse. Dette modsvares dog af, at der i både den franske, engelske og tyske udgave af dommen, er anvendt de helt samme formuleringer, som blev anvendt første gang i Bork-sagen.

Desuden er denne dom, i forhold til Bork-sagen og Dethier-sagen, den dom, der i forhold dommens præmisser, beskæftiger sig mindst med fortolkningen af art. 4, stk. 1. Art 4 bliver således ikke nærmere omtalt i sagen, og det er således kun henvisningen til Bork-sagen i præmis nr. 28, der gør dommen relevant for denne analyse.

Retsvirkningen af afskedigelserne, i forhold til retsforholdet til overdrageren og erhververen, bliver desuden ikke nærmere belyst i dommen.

Da det tidligere er blevet konkluderet, at EU-Domstolens udtalelser i Bork-sagen, alene skal fortolkes i en hæftelsesmæssig sammenhæng, kan udtalelserne derfor heller ikke i denne sag betyde, at EU-Domstolen, ved at henvise til udtalelserne i Bork-sagen, skulle have gentaget, at der er tale om en underkendelsesadgang ved afskedigelser i strid med art. 4.

### Sammenfatning

Ud fra det anførte ovenfor, og ud fra den omstændighed, at retsvirkningen af afskedigelserne i dommen ikke bliver nærmere belyst, kan en henvisning til Bork-sagen derfor heller ikke i denne sag fortolkes som om, at EU-Domstolen skulle have gentaget, at retsvirkningen af en afskedigelse i strid med art. 4, skulle være en genansættelse.

## C-14/83 Von Colson

I denne dom af 10. april 1984 blev EU-Domstolen bedt om en præjudiciel afgørelse, vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 76/207 af 9. februar 1976, om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår.

Der er ikke tale om en sag, der vedrører fortolkningen af direktiv 2001/23/EF, eller som gentager grundsætningen i Bork-sagen, som det har været tilfældet i de tidligere domme. Grunden til at dommen alligevel er interessant er, at den vedrører et andet arbejdsretligt direktiv, der beskæftiger sig med hvilken sanktion, en overtrædelse af direktivet skal være, idet dette ikke fremgår direkte af direktivet.

I dommen er der tale om et tilfælde, hvor to stillinger som socialrådgivere skulle besættes. De to sagsøgere i sagen ansøgte om disse stillinger, men resultatet blev, at to andre ansøgere, der begge var mænd, blev ansat. Den nationale tyske ret fandt, at der forelå forskelsbehandling. I den forbindelse mente Retten, at den eneste sanktion over for forskelsbehandling, ifølge tysk ret, bestod i erstatning af den negative kontraktsinteresse. Den nationale ret var derfor af den opfattelse, at der i medfør af tysk ret, alene kunne tilkendes sagsøgeren de befordringsudgifter, der var afholdt af hende, i anledning af hendes stillingsansøgning. For at kunne fastslå, hvilke retsregler, der ifølge EU-retten, var gældende om sanktion af forskelsbehandlingen, forelagde den nationale ret bl.a. EU-Domstolen følgende spørgsmål:

*”Følger det af bestemmelserne i Rådets direktiv af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (76/207/EØF), at en forskelsbehandling på grundlag af køn i forbindelse med adgang til beskæftigelse (afslag på at indgå en arbejdsaftale på grund af ansøgerens køn/fortrinsstilling for en anden ansøger på grund af dennes køn) skal sanktioneres således, at den arbejdsgiver, der gør sig skyldig i forskelsbehandling, pålægges en forpligtelse til at indgå en arbejdsaftale med den ansøger, der er blevet udsat for forskelsbehandling?”*

Med spørgsmålet skulle det således afgøres, om direktiv 76/207 pålægger medlemsstaterne en forpligtelse til at fastsætte bestemte retsvirkninger eller sanktioner, i tilfælde af forskelsbehandling ved adgang til beskæftigelse. Den nationale ret søgte dermed klarlagt, om direktivet indebærer, at forskelsbehandling på grundlag af køn, ved adgang til beskæftigelse, skal sanktioneres med, at den arbejdsgiver, der har gjort sig skyldig i forskelsbehandlingen, pålægges en pligt til at indgå en arbejdsaftale med den krænkede ansøger.

Ifølge den nationale ret fremgår det af betragtningerne til direktivet, og af dettes ordlyd, at direktivet stiller krav om, at der ved implementeringen af direktivet, skal ske indførelse af lovbestemmelser, der kan sanktionere direktivet effektivt. Det var efter Rettens opfattelse alene naturalopfyldelse, og dermed ansættelse af de personer, der har været udsat for forskelsbehandling, der ville være en effektiv sanktion, jf. præmis 9.

Forbundsrepublikken Tysklands regering anerkendte nødvendigheden af, at direktivet skulle gennemføres effektivt, men lagde vægt på, at den enkelte medlemsstat, jf. traktatens art. 189, stk. 3, råder over et skøn med hensyn til de retsvirkninger, der skal knyttes til en overtrædelse af princippet om ligebehandling, jf. præmis 11.

I dommen kom den danske regerings opfattelse af sagen også til udtryk. Det var således dennes opfattelse, at direktivet udtrykkeligt har overladt det til medlemsstaterne selv, at udforme sanktionerne i harmoni med deres nationale forhold og retsorden. Medlemsstaterne skulle derfor sanktionere overtrædelser af ligebehandlingsprincippet på samme måde, som de sanktionerer tilsvarende overtrædelser af nationale regler på beslægtede områder, der ikke er reguleret af fællesskabsretten, jf. præmis 12. Det var ligeledes den danske regerings opfattelse, at det tilkommer medlemsstaterne at vælge de foranstaltninger, som de finder egnede til at sikre, at de forpligtelser, der påhviler dem i medfør af direktivet, opfyldes, og at direktivet ikke indeholder nogen vejledning om, hvilke foranstaltninger medlemsstaterne skal træffe, jf. præmis 13

Kommissionen for De europæiske Fællesskaber anførte, at selv om direktivet overlader valget og fastsættelsen af sanktionerne til medlemsstaterne, skal gennemførelsen af disse ikke desto mindre være faktisk effektiv i resultatet. Princippet om den effektive gennemførelse af direktivet, skulle derfor indebære et krav om, at sanktionerne udformes således, at de for den krænkede ansøger udgør en passende erstatning, og mod arbejdsgiveren en pression, som han må tage alvorligt, og som tilskynder til, at princippet om ligebehandling overholdes, jf. præmis 14.

Det er art. 6 i direktivet, der pålægger medlemsstaterne en pligt til at gennemføre de nødvendige nationale bestemmelser for, at enhver person, der mener sig krænket ved en forskelsbehandling, kan gøre sine rettigheder gældende for retlige instanser. Det følger således af denne artikel, at medlemsstaterne er forpligtede til at gennemføre foranstaltninger, der er tilstrækkeligt effektive til at opfylde direktivets formål, og drage omsorg for, at de pågældende rent faktisk kan påberåbe sig disse foranstaltninger for de nationale domstole. Sådanne foranstaltninger kan fx være bestemmelser, der pålægger arbejdsgiveren at ansætte den krænkede ansøger, eller bestemmelser, som sikre en passende økonomisk godtgørelse, der efter omstændighederne kan forstærkes gennem en bødeordning. På baggrund af dette fastslår EU-Domstolen, at direktivet *ikke* pålægger indførelsen af en bestemt sanktion, men overlader det til medlemsstaterne frit at træffe deres valg blandt de forskellige løsninger, der kan virkeliggøre direktivets formål, jf. præmis 18.

Det præjudicielle spørgsmål, der blev forelagt EU-Domstolen, skulle derfor besvares med, at direktiv 76/207 ikke kræver, at en forskelsbehandling på grundlag af køn, ved adgang til beskæftigelse, belægges med den sanktion, at vedkommende arbejdsgiver, der gør sig skyldig i forskelsbehandling, har pligt til at indgå en arbejdsaftale med den ansøger, der er blevet udsat for forskelsbehandling, jf. præmis 19.

Der er således tale om et arbejdsretligt direktiv, der tidsmæssigt blev udstedt i sammenhæng med direktiv 77/187/EØF, og som har til hensigt at beskytte lønmodtagere, i forhold til at sikre disse beskæftigelse. Ud fra det præjudicielle spørgsmål, der i sagen er blevet forelagt EU-Domstolen, minder sagen meget om den problemstilling, der er genstand for denne analyse. Der er således tale om en sag, hvor EU-Domstolen skulle tage stilling til, om retsvirkningen af en krænkelse af forskelsbehandling i strid med direktivet, skulle sanktioneres med, at vedkommende arbejdsgiver har en pligt til at ansætte den ansøger, der er blevet udsat for forskelsbehandling, og dermed en naturalopfyldelsestankegang. Dermed vedrører dommen, hvordan et arbejdsretligt direktiv, der ikke direkte i direktivet tager stilling til, retsvirkningen/sanktionen af en krænkelse af direktivet, og hvem der derfor har kompetencen til at fastsætte retsvirkningen/sanktionen.

I dommen kommer EU-Domstolen som nævnt frem til, at direktivet ikke pålægger indførelsen af en bestemt sanktion, men derimod overlader det til medlemsstaterne selv, frit at træffe deres valg af retsvirkning/sanktion, blandt de forskellige løsninger, der kan virkeliggøre direktivets formål.

I forhold til analysen af, om retsvirkningen af en afskedigelse, i strid med direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1, er en genansættelse, kan præmisserne i C-14/83 bruges som argumenter for, hvorfor der heller ikke, i henhold til direktiv 2001/23/EF, kan være tale om en bestemt retsvirkning, som efter en fortolkning af Bork-sagen, skulle være en genansættelse.

Et af de argumenter for, at retsvirkningen af en afskedigelse i strid med direktiv 2001/23/EF art. 4, således ikke er en genansættelse, er bl.a. den tyske regerings argument i præmis 11, hvorefter den enkelte medlemsstat, jf. traktatens art. 189, stk. 3, råder over et skøn, med hensyn til de retsvirkninger, der skal knyttes til en overtrædelse af princippet om ligebehandling, og derfor også generelt råder over et skøn, med hensyn til retsvirkninger af direktiver, såfremt disse ikke fremgår direkte af direktivet.

Et andet argument er den danske regerings opfattelse, hvorefter direktivet udtrykkeligt har overladt det til medlemsstaterne selv, at udforme sanktionerne, i harmoni med deres nationale forhold og retsorden. Medlemsstaterne skulle derfor sanktionere overtrædelser af ligebehandlingsprincippet på samme måde, som de sanktionerer tilsvarende overtrædelser af nationale regler på beslægtede områder, der ikke er reguleret af fællesskabsretten, jf. præmis 12. I forhold til direktiv 2001/23/EF, kan der således argumenteres for, at fordi direktivet ikke tager stilling til retsvirkningen/sanktionen, skal dette tages som udtryk for, at direktivet udtrykkeligt har overladt det til medlemsstaterne selv, at udforme sanktionerne i harmoni med deres nationale forhold og retsorden, jf. også afsnit 2.4. Samtidig kan der argumenteres for, at fordi medlemsstaterne skulle sanktionere overtrædelser af ligebehandlingsprincippet på samme måde, som de sanktionerer tilsvarende overtrædelser af nationale regler på beslægtede områder, betyder dette, at Danmark, i forhold til direktiv 2001/23/EF, også skal sanktionere overtrædelser af afskedigelsesforbuddet på samme måde, som Danmark sanktionerer tilsvarende overtrædelser af nationale regler på beslægtede områder. I forhold til dansk lovgivning, vil en overtrædelse af nationale regler på beslægtede områder, være overtrædelser af bestemmelser om usaglig afskedigelser, jf. FUL § 2 b eller hovedaftalens § 4, stk. 3.

Det var ligeledes regeringens opfattelse, at det tilkommer medlemsstaterne at vælge de foranstaltninger, som de finder egnede til at sikre, at de forpligtelser, der påhviler dem i medfør af direktivet, opfyldes, og at direktivet ikke indeholder nogen vejledning om, hvilke foranstaltninger medlemsstaterne skal træffe, jf. præmis 13. Ud fra dette argument vil det således, i forhold til direktiv 2001/23/EF, betyde, at de danske forarbejder til virksomhedsoverdragelsesloven, hvori der i bemærkningerne til lovforslagets § 3 fremgår, at bestemmelsen tager sigte på områder, hvor der, i henhold til lovgivning eller kollektiv overenskomst, findes regler, der hjemler *godtgørelse* for usaglige afskedigelser,[[83]](#footnote-83) er i overensstemmelse med EU-retten. Dette skyldes, at man fra dansk lovgivnings side, dermed har valgt de foranstaltninger, som man fandt egnede til at sikre de forpligtelser, der påhvilede dem i medfør af direktivet.

Kommissionen for De europæiske Fællesskaber var desuden enige i, at direktivet overlader valget og fastsættelsen af sanktionerne til medlemsstaterne. Dette kunne tyde på, at den omstændighed, at der heller ikke i direktiv 2001/23/EF er taget stilling til retsvirkningen/sanktionen, betyder, at man bevidst har valgt at overlade dette til medlemsstaterne selv.

Ud fra det anførte ovenfor, er der således tale om en dom, hvor retsvirkningen/sanktionen af et arbejdsretligt direktiv, er genstand for et præjudicielt spørgsmål, der er forelagt EU-Domstolen. En sammenligning af problemstillingen i denne analyse og det præjudicielle spørgsmål, er dermed udtryk for den samme problemstilling, der dog gør sig gældende i to forskellige arbejdsretlige direktiver. Selv om der er tale om to forskellige direktiver, er det alligevel min påstand, at man kan lave en sammenligning mellem problemstillingen i denne analyse, og præmisserne i denne dom, for at finde frem til retsvirkningen af en afskedigelse i strid med direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1. Når EU-Domstolen derfor kommer frem til, at direktivet ikke pålægger indførelsen af en bestemt sanktion, men derimod overlader det til medlemsstaterne selv, må dette betyde, at der i forhold til direktiv 2001/23/EF, som heller ikke i direktivet pålægger indførelsen af en bestemt sanktion, at retsvirkningen/sanktionen af en afskedigelse i strid med art. 4, stk. 1, er op til medlemsstaternes egen lovgivning.

### Sammenfatning

Ud fra det anførte ovenfor, er der i dommen er tale om en fortolkning, af et arbejdsretligt direktiv, hvor det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt EU-Domstolen, er den samme problemstilling, som er genstand for denne analyse. Det er derfor min påstand, at man kan lave en sammenligning af de to problemstillinger i de to direktiver, og derfor kan anvende dommens præmisser, i et forsøg på at finde frem til, hvad der fra EU’s side har været meningen i forhold til retsvirkningen af en afskedigelse i strid med direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1.

Det er derfor også min påstand, dommens argumenter for, hvorfor det forelagte spørgsmål skal besvares benægtende, kan anvendes som argument for, hvorfor der heller ikke i forhold til direktiv 2001/23/EF kan være tale om en bestemt retsvirkningen/sanktion, som der i retslitteraturen har været argumenteret for, skulle være en underkendelse.

## Fortolkning af VOL § 3 i dansk retspraksis – U.2009.307V

I denne danske dom af 21. oktober 2008, blev der for første gang taget direkte stilling til denne analyses problemstilling, og dermed fortolkningen af VOL § 3, samt den bagvedliggende direktivbestemmelses art. 4.

I dommen kommer Vestre Landsret frem til, at en kommune dømmes til at betale en godtgørelse til en afskediget skolevejleder, da virksomhedsoverdragelsesloven ikke var overholdt. Der var dermed ikke krav på en genansættelse, som der ellers fra sagsøgerens side, var nedlagt påstand om.

I forbindelse med at Vejen Kommune skulle etablere et kommunalt samarbejde om driften af en skolevejledningsordning, opsagde kommunen en skolekonsulent, med henvisning til at hans stilling ville blive nedlagt. UU Sydvestjylland overtog således de vejledningsopgaver, som skolekonsulenten varetog, men der var ikke givet nogen forklaring på, hvorfor skolekonsulenten, som den eneste af 14 fuldtidsansatte skolekonsulenter, blev afskediget. Skolekonsulenten mente, at afskedigelsen var i strid med virksomhedsoverdragelsesloven. Skolekonsulenten nedlagde derfor påstand om, at Vejen Kommune, som overdrager, skulle anerkende, at afskedigelsen af ham var ugyldig. Samtidig blev der nedlagt påstand om, at UU Sydvestjylland, som erhverver, skulle anerkende, at hans ansættelsesforhold var overgået til den nye institution, og at der dermed ved sagens anlæg, var et bestående ansættelsesforhold. Vejen kommune og UU Sydvestjylland nedlagde overfor skolekonsulentens påstand, påstand om frifindelse.

Retsvirkningen af, at afskedigelsen var ugyldig, herunder at den var i strid med virksomhedsoverdragelsesloven, var efter sagsøgerens påstand, at afskedigelsen skulle underkendes, og at ansættelsesforholdet dermed blev overført til UU Sydvestjylland. I Skolekonsulentens procedure blev der således henvist til, at EU-Domstolen, i sagen P. Bork International A/S, har udtalt, at konsekvensen af, at en afskedigelse er sket i strid med virksomhedsoverdragelsesdirektivet er, at lønmodtageren forsat skal betragtes som om, at denne stadig er ansat i virksomheden. En effektiv gennemførelse af virksomhedsoverdragelsesdirektivet kræver derfor, at man anser ansættelsesforholdet for forsat at bestå, og at direktivet desuden er umiddelbart anvendeligt over for en offentlig arbejdsgiver. Konsekvensen af, at skolekonsulenten må anses for ansat hos UU Sydvestjylland skulle desuden være, at han har krav på løn for den tid der er gået, siden han fratrådte.

UU Sydvestjyllandhar til støtte for sin frifindelsespåstand anført, at den omstændighed, at overdragelsen af vejledningsopgaven er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, ikke er ensbetydende med, at afskedigelse ikke kan finde sted. Det blev således anført, at betingelserne for at foretage en saglig afskedigelse, i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, jf. § 3, var opfyldt. Såfremt det blev lagt til grund, at det ikke var muligt at afskedige skolekonsulenten efter virksomhedsoverdragelsesloven, kunne der alene rejses krav om en økonomisk kompensation, og ikke en underkendelse af afskedigelsen, med den konsekvens, at skolekonsulenten skulle anses for ansat i UU Sydvestjylland. Dette blev begrundet med, at der hverken efter dansk retspraksis, eller efter praksis fra EU-Domstolen, er grundlag for at stille krav om underkendelse. Det blev således anført, at afgørelsen i Bork-sagen ikke kunne fortolkes sådan, som det var blevet anført af sagsøgeren, idet Bork-sagen alene drejede sig om en økonomisk kompensation til tidligere ansatte, og ikke en genansættelse af disse.

Som det er anført i afsnit 2.3, har EU-Domstolen fastslået, at medlemsstaterne har en pligt til at fortolke national ret, i overensstemmelse med de EU-retlige regler, og dermed til at fortolke national ret direktivkonformt. Dette betyder, at en dansk domstol har pligt til at fortolke national ret, i overensstemmelse med de præjudicielle afgørelser, der er afsagt af EU-Domstolen. En sådan forpligtelse vil dermed betyde, at Vestre Landsret ville være forpligtet til at fortolke VOL § 3, i overensstemmelse med EU-Domstolens afgørelser af direktiv 2001/23/EF art. 4, og dermed i lyset af C-101/87 (Bork-sagen).

Landsretten fandt det ikke godtgjort, at de organisatoriske ændringer gjorde det nødvendigt at afskedige skolekonsulenten. Afskedigelsen var derfor ikke sagligt begrundet i virksomhedens forhold, jf. VOL § 3, stk. 1. Der var dog ikke efter virksomhedsoverdragelsesloven og det bagvedliggende direktiv grundlag for at antage, at virkningen af en usaglig afskedigelse, i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, er, at afskedigelsen af skolekonsulenten underkendes med den konsekvens, at han forsat må anses for ansat. Det anføres i dommens resultat, at: ”*Det bemærkes særligt vedrørende direktivet om virksomhedsoverdragelse, at dette ikke angiver, hvilken retsvirkning en afskedigelse i strid med direktivet har, og at EF-domstolens udtalelser i sagerne C-101/87 og C-319/94, der begge vedrører spørgsmålet om hæftelse over for ansatte for økonomiske krav, ikke kan tages som udtryk for, at konsekvensen af en afskedigelse i strid med direktivet er en annullering af afskedigelsen. Da der ikke i øvrigt er oplysninger, der peger på, at et sådant krav har støtte i den EU-retlige regulering, finder Landsretten ikke grundlag for præjudicielt at forelægge et spørgsmål herom for EF-domstolen.*” Da afskedigelsen af skolekonsulenten ikke var sagligt begrundet i hans eller i kommunens forhold, havde skolekonsulenten således alene krav på en godtgørelse, efter overenskomsten for lærer m.fl. i folkeskolen.

Det fremgår således af dommen, at Vestre Landsret ikke mener, at grundsætningen: ”*Skal betragtes som om de stadig var ansat*…,” der første gang blev nævnt i Bork-sagen, kan tages som udtryk for, at retsvirkningen af en afskedigelse, i strid med direktivets art. 4, er en underkendelse af afskedigelsen. Vestre Landsret mener heller ikke, at der er andre omstændigheder, der peger i retning af, at retsvirkningen skulle være en genansættelse, og valgte derfor ikke at forelægge spørgsmålet for EU-Domstolen. Spørgsmålet er ikke blevet afgjort af Højesteret.

## Sammenligning af retspraksis i forhold til afskedigelser i strid med direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1 og VOL § 3, stk. 1

Efter en analyse af Bork-sagen, er det min påstand, at EU-Domstolens udtalelser i Bork-sagen, ikke kan fortolkes som om, at EU-Domstolen har haft til hensigt at slå fast, at retsvirkningen af en afskedigelse, i strid med art. 4, skulle være en genansættelse. Det er dermed også min påstand, EU-Domstolens udtalelser i Bork-sagen, alene skal forstås i en hæftelsesmæssig sammenhæng, i forhold til anciennitet, løntilgodehavender og feriegodtgørelse. Ud fra den forudsætning, at analysen af Bork-sagen kan lægges til grund, er derfor heller ikke på baggrund af Dethier-sagen, der henviser til EU-Domstolens udtalelser i Bork-sagen, grundlag for at konkludere, at EU-Domstolen igen skulle have slået fast, at retsvirkningen af en afskedigelse, i strid med art. 4, skulle være en genansættelse. Der må derimod igen være tale om et tilfælde, hvor man i en ren hæftelsesmæssig sammenhæng, i forhold til krav om fratrædelsesgodtgørelse, kan påberåbe sig, at afskedigelsen var retsstridig.

Når der i Temco-sagen igen henvises til Bork-sagen, men på en måde, der i forhold til de to tidligere domme, rent ordlydsmæssigt tyder mest på en genansættelse, modsvares dette dog igen af, at de andre sproglige formuleringer, alene gentager Bork-sagens oprindeligt sproglige formulering.

På baggrund af de særlige faktiske omstændigheder i dommene, som EU-Domstolens udtalelser er baseret på, kan EU-Domstolens fortolkning af direktivets art. 4, stk. 1, ikke give et tilstrækkeligt grundlag for at antage, at der er tale om en underkendelsesadgang, da dette må forudsætte nogle helt klare og utvetydige udtalelser fra EU-Domstolen. Dette stemmer også overens med dansk praksis’ fortolkning af VOL § 3 og den bagvedliggende direktivbestemmelse.

Når dette sammenholdes med analysen af Vol Colson-sagen, hvorefter det præjudicielle spørgsmål, der var forelagt EU-Domstolen, svarer til denne analyses problemstilling, er der ikke, på baggrund af EU-Domstolens praksis, grundlag for at konkludere, at direktiv 2001/23/EF art. 4 skal fortolkes som et egentligt afskedigelsesforbud, med den retsvirkning, at en afskedigelse skal underkendes, og den pågældende lønmodtager derfor skal genansættes.

# Konklusion

På baggrund af sammenligningen mellem direktiv 2001/23/EF art. 4, stk. 1 og VOL § 3, stk. 1, kan det konkluderes, at der ikke påvises nogen uoverensstemmelse mellem direktivets art, 4, stk. 1, og den danske implementering heraf i VOL § 3, stk. 1. Dette skyldes bl.a., at både direktivets art. 4, stk. 1 og VOL § 3, stk. 1, efter deres ordlyd, ikke tager stilling til retsvirkningen af en afskedigelse i strid med direktivet. De tilgængelige forarbejder til direktivet, giver heller ikke et bidrag til fortolkningen af retsvirkningen.

Derimod tager forarbejderne til den danske implementeringslov stilling til retsvirkningen, som herefter er, at retsvirkningen af en afskedigelse, i strid med VOL § 3, er en sanktionering efter dansk rets gældende regler om usaglige afskedigelser, og dermed FUL § 2 b og Hovedaftalens § 4, stk. 3. Når dette sammenholdes med direktivets karakter, hvorefter der alene er tale om et minimumsdirektiv, samt den omstændighed, at der ifølge TEUF art. 153 alene kræves minimumsharmonisering, kan der ikke påvises nogen uoverensstemmelse mellem direktivets art. 4, stk. 1 og den danske implementering heraf i VOL § 3, stk. 1.

Dette bekræftes af EU-Domstolens praksis. Ifølge EU-Domstolens udtalelser i Bork-sagen, er der alene tale om udtalelser, der skal forstås i en hæftelsesmæssig sammenhæng, i forhold til anciennitet, løntilgodehavender og feriegodtgørelse. Det kan derfor konkluderes, at det, efter en analyse af Bork-sagen, ikke har været EU-Domstolens hensigt at slå fast, at retsvirkningen af en afskedigelse skulle være en underkendelse. Dette stemmer desuden også overens med Vestre Landsrets fortolkning af Bork-sagen. Tilsvarende gælder derfor, for så vidt angår de efterfølgende domme, hvor der henvises EU-Domstolens udtalelser i Bork-sagen, og på baggrund af de faktiske omstændigheder i disse domme. Her kan det også konkluderes, at retsvirkningen af en afskedigelse, ifølge EU-Domstolen, derfor ikke skulle være en underkendelse.

Når disse betragtninger sammenholdes med sagen C-14/83 Von Colson, der vedrører den samme problemstilling, som har været genstand for analysen, og hvor EU-Domstolen kom frem til, at det pågældende direktiv ikke stiller krav om en bestemt sanktion, men derimod overlader dette til medlemsstaterne selv, må det konkluderes, at EU-Domstolens praksis ikke kan fortolkes som et afskedigelsesforbud med underkendelsesadgang.

Da der således ikke kan påvises nogen uoverensstemmelse mellem direktiv 2001/23/EF art. 4 og VOL § 3, og eftersom EU-Domstolens praksis ikke fortolker direktivbestemmelsen som indeholdende et egentligt afskedigelsesforbud med en underkendelsesadgang, er konklusionen på problemformuleringen derfor, at Rådets Direktiv 2001/23/EF art. 4, er tilstrækkeligt implementeret i dansk ret i virksomhedsoverdragelseslovens § 3.

# Litteraturliste

**Litteratur:**

Andersen, Lars Svenning, Vejby, Bjarke, Jørgensen, Jeppe Høyer: Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse – med kommentarer. Jurist- og Økonomforbundets forlag, 5. Udg. 2009.

Bruun, Jørgen Rønnow: Usaglig afskedigelse – en håndbog. Forlaget Informatics 1. Udg. 1. Oplag 2006.

Hansen, Lone L.: Medarbejdernes retsstilling ved grænseoverskridende overtagelse og fusion 1. Aalborg Universitet 2010. Ph-d.-afhandling.

Hasselbalch, Ole: Arbejdsret. Jurist- og Økonomforbundets forlag, 11. Udg. 2013.

Hasselbalch, Ole: Lærebog i ansættelsesret & personalejura. Jurist- og Økonomforbundets forlag, 4. Udg. 1. Oplag 2012.

Klingsten, Mette: Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse. Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1. Udg. 2002.

Kristiansen, Jens: Grundlæggende arbejdsret. Jurist- og Økonomforbundets forlag, 3. Udg., 1. Oplag 2014.

Nielsen, Ruth: Dansk arbejdsret. Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2. Udg. 2012.

Paulsen, Jens: Afskedigelse (genansættelse, godtgørelse og erstatning). Gadjura, 1. Udg. 1. Oplag 1997.

Sørensen, Karsten Engsig, Nielsen, Poul Runge og Danielsen, Jens Harting: EU-Retten. Jurist- og økonomforbundets forlag, 6. Udg. 1.oplag 2014.

**Artikler:**

U.2009B.45: Opsigelse ved virksomhedsoverdragelse – om konsekvenser af retsstridig opsigelse, af Lone L. Hansen.

U.1991B.164: Om direktivers virkning og forrang, af Erik Werlauff.

U.1991B.17: Om EF-direktivers direkte anvendelighed og forrang for dansk lovgivning, af Per Walsøe.

U.1996B.1 – Implementering af EU-direktiver inden for arbejds- og ansættelsesret, af Steen A. Rasmussen.

**Domme:**

Dansk retspraksis:

U.2009.307V

U.2005.886H

U.2003.1570

EU-Domstolen:

C-101/87 Bork

C-319/94 Dethier Equipement

C-51/00 Temco

C-14/83 Von Colson

C-283/81 CILFIT

C-371/02

**Andet:**

LKB nr. 441 af 7. juni 2001

LBK nr. 710 af 20. august 2002

Rådets direktiv 77/187/EØF

Rådets direktiv 2001/23/EF

De Europæiske Fællesskabers Tidende nr. C 104 af 13.09.74

De Europæiske Fællesskabers Tidende nr. C 255 af 7.11.75

De Europæiske Fællesskabers Tidende nr. C 95 af 28.04.75

Rapport fra Udvalget til forberedelse af gennemførelseslovgivning af EF-direktiv om lønmodtagernes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse – R 1408b – afgivet maj 1979.

1. Lov nr. 710 af 20. august 2002 [↑](#footnote-ref-1)
2. Medarbejdernes retsstilling ved grænseoverskridende overtagelse og fusion, s. 195 [↑](#footnote-ref-2)
3. Medarbejdernes retsstilling ved grænseoverskridende overtagelse og fusion, s. 211 [↑](#footnote-ref-3)
4. Dansk arbejdsret, s. 34 [↑](#footnote-ref-4)
5. Dansk arbejdsret, s. 35 [↑](#footnote-ref-5)
6. Lov nr. 710 af 20. august 2002 [↑](#footnote-ref-6)
7. Dansk arbejdsret, s. 37 [↑](#footnote-ref-7)
8. Lov nr. 710 af 20. august 2002 [↑](#footnote-ref-8)
9. EU-retten, s. 107 [↑](#footnote-ref-9)
10. EU-retten, s. 107 [↑](#footnote-ref-10)
11. EU-retten, s. 109 [↑](#footnote-ref-11)
12. EU-retten, s. 110 [↑](#footnote-ref-12)
13. EU-retten, s. 110 [↑](#footnote-ref-13)
14. Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse, s. 12 [↑](#footnote-ref-14)
15. Direktiv 2001/23/EF [↑](#footnote-ref-15)
16. Lov nr. 710 af 20. august 2002 [↑](#footnote-ref-16)
17. Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse, s. 24 [↑](#footnote-ref-17)
18. Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse, s. 137 [↑](#footnote-ref-18)
19. Lov nr. 710 af 20. august 2002 [↑](#footnote-ref-19)
20. EFT nr. C 104 af 13.09.1974, s. 1 [↑](#footnote-ref-20)
21. Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, s. 28 [↑](#footnote-ref-21)
22. Udvalgets rapport, s. 1 [↑](#footnote-ref-22)
23. Udvalgets rapport, s. 1 [↑](#footnote-ref-23)
24. Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, s. 25 [↑](#footnote-ref-24)
25. Udvalgets rapport, s. 2 [↑](#footnote-ref-25)
26. Udvalgets rapport, s. 3 [↑](#footnote-ref-26)
27. Medarbejdernes retsstilling ved grænseoverskridende overtagelse og fusion, s. 208 [↑](#footnote-ref-27)
28. Dansk arbejdsret, s. 82 [↑](#footnote-ref-28)
29. Dansk arbejdsret, s. 82 [↑](#footnote-ref-29)
30. EU-retten, s. 97 [↑](#footnote-ref-30)
31. EU-retten, s. 98 [↑](#footnote-ref-31)
32. Dansk arbejdsret, s. 83 [↑](#footnote-ref-32)
33. EU-retten, s. 151 [↑](#footnote-ref-33)
34. EU-retten, s.159 [↑](#footnote-ref-34)
35. EU-retten, s. 160 [↑](#footnote-ref-35)
36. EU-retten, s. 160 [↑](#footnote-ref-36)
37. EU-retten, s. 160 [↑](#footnote-ref-37)
38. EU-retten, s. 165 [↑](#footnote-ref-38)
39. EU-retten, s. 166 [↑](#footnote-ref-39)
40. EU-retten, s. 165 [↑](#footnote-ref-40)
41. EU-retten, s. 170 [↑](#footnote-ref-41)
42. EU-retten, s. 172 [↑](#footnote-ref-42)
43. EU-retten, s. 171 [↑](#footnote-ref-43)
44. EU-retten, s. 171 [↑](#footnote-ref-44)
45. EU-retten, s. 172 [↑](#footnote-ref-45)
46. EU-retten, s. 174 [↑](#footnote-ref-46)
47. U.1996B.1 – Implementering af EU-direktiver inden for arbejds- og ansættelsesret, s. 1 [↑](#footnote-ref-47)
48. U.1996B.1 – Implementering af EU-direktiver inden for arbejds- og ansættelsesret, s. 2 [↑](#footnote-ref-48)
49. U.1996B.1 – Implementering af EU-direktiver inden for arbejds- og ansættelsesret, s. 5 [↑](#footnote-ref-49)
50. Udvalgets rapport, s. 43 [↑](#footnote-ref-50)
51. Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse, s. 259 [↑](#footnote-ref-51)
52. Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, s. 254 [↑](#footnote-ref-52)
53. Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, s. 256 [↑](#footnote-ref-53)
54. Grundlæggende arbejdsret, s. 20 [↑](#footnote-ref-54)
55. Grundlæggende arbejdsret, s. 361. [↑](#footnote-ref-55)
56. Arbejdsret, s. 162 [↑](#footnote-ref-56)
57. Grundlæggende arbejdsret, s. 370. [↑](#footnote-ref-57)
58. Grundlæggende arbejdsret, s. 376. [↑](#footnote-ref-58)
59. Usaglig afskedigelse – en håndbog, s. 245 [↑](#footnote-ref-59)
60. Usaglig afskedigelse – en håndbog, s. 246 [↑](#footnote-ref-60)
61. Usaglig afskedigelse – en håndbog, s. 252 [↑](#footnote-ref-61)
62. Grundlæggende arbejdsret, s. 376 [↑](#footnote-ref-62)
63. Grundlæggende arbejdsret, s. 376 [↑](#footnote-ref-63)
64. Afskedigelse, s. 151 [↑](#footnote-ref-64)
65. Afskedigelse, s. 151 [↑](#footnote-ref-65)
66. Usaglig afskedigelse – en håndbog, s.248 [↑](#footnote-ref-66)
67. Grundlæggende arbejdsret, s. 377 [↑](#footnote-ref-67)
68. Lærebog i ansættelsesret & personalejura, s. 273 [↑](#footnote-ref-68)
69. Per Walsøe kommer bl.a. frem til i artiklen U.1991B.17 s. 19, at der efter en fortolkning af Bork-sagen, med direktivets art. 4, stk. 1, er tale om en ”*naturalopfyldelsestankegang*,” som har den retsvirkning, at afskedigelsen anses for ikke sket, og at ansættelsesforholdet således opretholdes. Erik Werlauff anfører også i artiklen U.1995B.272, s. 278, at der i art, 4, stk. 1 er en forskrift, der ”*kun kan opfattes som et egentligt forbud mod afskedigelse*,” samt i U.1991B.164, s. 164, hvor det anføres, at ”*virksomhedsoverdragelse ikke kan begrunde afskedigelse; denne må således ikke finde sted,*” og at art. 4, stk. 1 er præceptiv. Mette Klingsten anfører også i bogen: Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse, s. 253, at ”*bestemmelsen i EF-Domstolens praksis nærmest er blevet fortolket som indeholdende et absolut forbud mod afskedigelser som følge af en virksomhedsoverførsel…”* Modsat anfører Lone L. Hansen i artiklen U.2009B.45 side 48, at det ”…*må antages, at en retsstridig afskedigelse, der er gennemført forud for overdragelsen, alene får hæftelsesmæssige konsekvenser for erhververen…”* og at ”*den foretagne opsigelse står ved magt.”* Ifølge Lone L. Hansen er der således kun tale om en underkendelsesadgang, i det tilfælde national ret hjemler det. [↑](#footnote-ref-69)
70. U.2009B.45: Opsigelse ved virksomhedsoverdragelse, s. 48 [↑](#footnote-ref-70)
71. EFT nr. C 104 af 13.09.74, s. 1 [↑](#footnote-ref-71)
72. EFT nr. C 255 af 7.11.75, s. 25 [↑](#footnote-ref-72)
73. EFT nr. C 255 af 7.11.75, s. 28-29 [↑](#footnote-ref-73)
74. EFT nr. C 95 af 28.04.75, s. 16 [↑](#footnote-ref-74)
75. EFT nr. C 95 af 28.04.75, s. 19 [↑](#footnote-ref-75)
76. Udvalgets rapport, s. 35 [↑](#footnote-ref-76)
77. Udvalgets rapport, s. 36 [↑](#footnote-ref-77)
78. Udvalgets rapport, s. 44 [↑](#footnote-ref-78)
79. Udvalgets rapport, s. 43 [↑](#footnote-ref-79)
80. Udvalgets rapport, s. 43 [↑](#footnote-ref-80)
81. Udvalgets rapport, s. 21 [↑](#footnote-ref-81)
82. Udvalgets rapport, s. 22 [↑](#footnote-ref-82)
83. Udvalgets rapport, s. 43 [↑](#footnote-ref-83)