



# NOTAT

## Virksomhedsoverdragelseslovens anvendelsesområde ved konkurrenceudsættelse

April 2011

side 1/15

Dette notat redegør for, hvornår virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, herunder hvilke kriterier der skal inddrages med henblik på i den konkrete situation at kunne foretage en vurdering af, om loven finder anvendelse. Notatet er udarbejdet af KL's Juridiske Kontor, og lanceres af Udbudsportalen.dk.

### 1. Indledning

Loven implementerer et EU-direktiv<sup>1</sup>. Gennemførelsen af direktivet begrundes bl.a. med, at det er nødvendigt at fastsætte bestemmelser til beskyttelse af arbejdstagere i tilfælde af, at virksomheden får en ny indehaver.

Virksomhedsoverdragelsesloven er beskyttelsespræceptiv og kan ikke fraviges til skade for lønmodtageren.

Virksomhedsoverdragelseslovens § 1<sup>2</sup> har følgende ordlyd:

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

*Stk. 2. Denne lov finder anvendelse på offentlige og private virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de virker med gevinst for øje. En administrativ eller ved lov foretaget omorganisering af offentlige administrative myndigheder eller en*

---

<sup>1</sup> Rådets direktiv nr. 187 af 14. februar 1977 og Rådets ændringsdirektiv 98/50 af 29. juni 1998.

<sup>2</sup> Lov nr. 111 af 21. marts 1979 om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, med de ændringer, der følger af lov nr. 441 af 7. juni 2001 bekendtgjort ved LBK 710 af 20/08 2002.

*overførsel af administrative funktioner mellem offentlige administrative myndigheder er ikke en overførsel i denne lovs forstand.*

*Stk. 3. Denne lov finder anvendelse ved et konkursbos videresalg af en virksomhed eller en del heraf til en erhverver.*

*Stk. 4. Loven finder ikke anvendelse på søgående skibe.*

Nedenfor vil alene § 1, stk. 1 og stk. 2 blive behandlet, idet det vurderes, at § 1, stk. 3 og stk. 4 er mindre relevante i forhold til de situationer, hvor offentlige ordregivere anvender konkurrenceudsættelse og i den forbindelse skal håndtere spørgsmål i forhold til virksomhedsoverdragelseslovens anvendelsesområde.

## **2. Virksomhedsoverdragelseslovens anvendelsesområde**

Der stilles tre betingelser for, at loven finder anvendelse:

- overførslen skal indebære et arbejdsgiverskifte,
- overførslen skal ske ved aftale ("overdragelse"), og
- overførslen skal vedrøre en virksomhed eller en del heraf

Hvis en af disse betingelser ikke er opfyldt, finder loven ikke anvendelse.

### **2.1 Arbejdsgiverskifte**

Det fremgår af direktivets ordlyd, at der stilles krav om, at overførslen indebærer, at en anden fysisk eller juridisk person bliver ejer af virksomheden eller får en ejers stilling som arbejdsgiver for lønmodtageren.

Det afgørende for direktivets – og dermed lovens – anvendelse er "arbejdsgiverskiftet" og ikke, som ovennævnte terminologi kunne antyde, "ejerskiftet". EU-domstolen har senest bekræftet dette i sin dom vedrørende Temco Service Industries<sup>3</sup>.

Det forhold at det er arbejdsgiverskiftet, der er afgørende betyder i praksis, at situationer som udlicitering, lejeforhold, forpagtningsforhold samt entreprisforhold vil kunne være omfattet af loven. Dette gælder også i de såkaldte trekantssituationer, hvor en opgave i henhold til kontrakt udføres af en leverandør for ved kontaktperiodens udløb at blive afløst af en ny kontrakt med en anden leverandør.

### **2.2 Overførsel**

Det andet kriterium der skal være opfyldt er, at overførslen skal ske ved aftale. Spørgsmålet er, hvilke krav der stilles til en sådan aftale, idet der i mange tilfælde sker overdragelse, uden der foreligger et aftaleforhold.

---

<sup>3</sup> EU-domstolens dom af 24. januar 2002, C-51/100, Temco Service Industries SA. VW havde udliciteret rengøring af industrianlæg, som nu blev taget tilbage.

### 2.2.1 Overførsel ved aftale

Det fremgår af bemærkningerne til virksomhedsoverdragelsesloven, at direktivet – og loven – alene vedrører overførsel ved aftale. Der kan være tale om salg, licitation, forpagtning, leje mv.

Overførsel ved aftale omfatter efter loven også egentlige og uegentlige fusioner, hvor der sker overførsel af virksomheden til en anden juridisk person.

Retspraksis viser, at kravet om, at der skal foreligge en aftale for, at der er tale om en overdragelse er for snæver en fortolkning af lovens anvendelsesområde.

I præmisserne til Abels-dommen<sup>4</sup> udtalte EU-domstolen, at direktivet ikke fandt anvendelse på overførsel af en virksomhed, hvor overdrageren var erklæret konkurs, når den pågældende virksomhed var en del af konkursmassen. Domstolen udtalte videre: ”*Dette berører dog ikke medlemsstaternes frihed til på egen hånd at anvende direktivets principper på en sådan overførsel. Direktivet finder derimod anvendelse på overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift til en anden indehaver, foretaget inden for rammerne af en procedure så som ”surséance van betaling”*” (en af retten meddelt betalingshæftning).

Det blev endvidere i en dom ved Vestre Landsret<sup>5</sup> fastslået, at der ikke findes holdepunkter for at antage, at lov om virksomhedsoverdragelse ikke skulle finde anvendelse, når overdragelsen sker fra et konkursbo.

Det er ligeledes fastslået, at overførslen ikke alene kan ske via aftale direkte mellem to arbejdsgivere men kan også ske i kraft af tredjemandsdispositioner, fx ved en fornyet udlicitering hvor der ofte ikke foreligger en aftale/et kontraktforhold mellem den nuværende leverandør (overdrager) og den (nye) fremtidige leverandør (erhverver), jf. nedenfor om ”trekantsituationer”.

Det må således lægges til grund, at ”aftale-begrebet” her skal fortolkes bredt, og at der ikke stilles strenge krav til, at dette kriterium er opfyldt.

### 2.2.2 Andre former for overførsel

---

<sup>4</sup> EU-domstolens dom af 7. februar 1985, C-135/83, H.B.M. Abels, præmis 30 og 38. Et andelselskab der opnåede en af retten meddelt betalingshæftning og senere erklæret konkurs. Overført til et andet anpartsselskab, som drev virksomheden videre og overtog størstedelen af arbejdstagerne.

<sup>5</sup> Ufr. 1986.202 VL

Det fremgår af Kommissionens oprindelige forslag til ændringsdirektiv, at man af hensyn til retssikkerheden og gennemskueligheden ønskede, at det blev uddybet, at begrebet overførsel dækkede enhver form for overførsel i henhold til aftale, viljeserklæring, administrativ foranstaltning, retsafgørelse eller lov, herunder fusioner og spaltninger. Kommissionen angav, at uddybningen havde grundlag i EU-domstolens retspraksis. Det Økonomiske og Sociale Udvalg (ØSU) konstaterede i sin udtalelse til forslaget til ændringsdirektivet, at denne nye definition var tydeligere og mere fyldestgørende, og baseret på Fællesskabets retspraksis.

I forbindelse med vedtagelsen af ændringsdirektivet blev den foreslåede uddybning imidlertid udeladt.

Lars Svenning Andersen m.fl. anfører<sup>6</sup>, at det ikke vil være korrekt at tolke den undladte uddybning af, hvilke overførselsformer der er omfattet af direktivet, som et udtryk for, at Kommissionens og ØSU's opfattelse af EU-domstolens retspraksis var urigtig.

I EU-domstolens dom, *Collino og Chiappero*<sup>7</sup> fandt domstolen, at den omstændighed, at den tjenesteydelse, der overføres, er blevet koncessioneret af en offentlig myndighed, såsom en kommune, ikke kan udelukke anvendelsen af direktivet, når aktiviteten ikke vedrører udøvelsen af offentlig myndighed, og den omstændighed, at overførslen er en følge af afgørelser, som er truffet ensidigt af offentlige myndigheder, og ikke beror på en aftale, udelukker ikke, at direktivet kan finde anvendelse.

På baggrund af denne dom må det konstateres, at også overførsler ved lov efter omstændighederne kan være omfattet af direktivet, når den overdragne aktivitet ikke vedrører udøvelsen af offentlig myndighed, jf. lovens § 1, stk. 2, 2. punktum, jf. nedenfor i afsnit 2.4.2 om myndighedsudøvelse. Dette bekræftes endvidere i EFTA-domstolens rådgivende udtalelse af 22. marts 2002<sup>8</sup>, hvor det fastslås, at en overførsel ved lov af en økonomisk enhed fra staten til et af staten 100% ejet selskab kan indebære en overførsel i direktivets forstand.

I de danske forarbejder til ændringsloven (2001) fastslås det, at overdragelser ved lov indtil ændringsloven var blevet anset for at falde uden for virksomhedsoverdragelseslovens anvendelsesområde, fordi den alene

---

<sup>6</sup> Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer af Lars Svenning Andersen m.fl., DJØF, 5. udgave, 2009, side 46.

<sup>7</sup> EU-domstolens dom af 14. september 2000, C-343/98, *Collino og Chiappero*. Ansat i et statsligt organ, der varetog administration af visse offentlige telekommunikationsydelser. Overført til andet selskab. Uenighed om beregning af lønforhøjelser som fælde af anciennitet optjent i det statslige organ.

<sup>8</sup> EFTA's rådgivende udtalelse af 22. marts 2002, *Viggósdóttir*, E-3/01, præmis 23-24.

ansås at omfatte aftalemæssige dispositioner. Ved ændringsloven erkendte man, at virksomhedsoverdragelsesloven alligevel har været aktuel ved lovmæssige overdragelser, idet den ofte har forudsat indgåelse af aftaler mv., som har medført, at loven alligevel fandt anvendelse, eller det af bemærkningerne til lovforslaget om overdragelser har fremgået, at virksomhedsoverdragelsesloven skulle finde anvendelse.

Hvis lovgivning og bemærkninger til lovforslag er tavs om virksomhedsoverdragelse, og loven udtømmende regulerer overdragelse af opgaven, således at der ikke forudsættes, at der indgås aftaler herom, må det formentlig antages, at virksomhedsoverdragelsesloven som udgangspunkt ikke vil finde anvendelse.

#### *Faktisk overtagelse af virksomhed*

Uanset virksomhedsoverdragelseslovens krav om, at der skal foreligge en ”overdragelse” har retspraksis i en række tilfælde fastslået, at en anden juridisk persons rent faktiske fortsættelse af en virksomhed konkret var tilstrækkelig til, at loven fandt anvendelse.

Hvis den nye virksomhed fx ansætter en efter antal og kvalifikationer væsentlig del af arbejdsstyrken<sup>9</sup> fra den tidligere virksomhed og evt. også overtager aktiver i form af varelager, materiel, bygninger o.l., kan den nye virksomheds faktiske ageren således medføre, at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse. Der er således de facto tale om videreførelse af en økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet, jf. nedenfor.

#### *Trekantsituationer*

Der tænkes her på den situation, hvor den offentlige ordregiver A har haft udliciteret en opgave til leverandør B, og nu efter en ny udlicitering overdrager opgaven til leverandør C. I disse situationer er der ofte ikke nogen direkte relationer mellem den nuværende leverandør B og leverandør C, som fremover skal løse opgaven.

Der er imidlertid ingen tvivl om, at trekantsituationen kan – og i mange tilfælde vil – være omfattet af virksomhedsoverdragelseslovens regler. Det afgørende er således ikke den form, under hvilken en overdragelse finder sted, men afklaringen af, om den pågældende del af virksomheden kan karakteriseres som en økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet, jf. nedenfor under afsnit 2.3.1.

---

<sup>9</sup> Ayse Süsen dommen af 11. marts 1997 (13/95)

EU-domstolen og de danske domstole har i flere tilfælde taget stilling til trekantsituationer.<sup>10</sup>

I Ri-Bus-sagen<sup>11</sup> udtalte Arbejdsretten: ”Da det er uden betydning for lovens anvendelse, om den overførsel af virksomheden, der – som tilfældet er her – har resulteret i et arbejdsgiverskifte, er baseret på en direkte kontraktrelation mellem erhverver og den tidligere indehaver, da det afgørende er indholdet af den indgåede aftale herom og ikke den måde, hvorpå den er blevet til, efter afholdt licitation, da virksomheden - driften af bybuskørslen i Esbjerg – uanset det af Danske Arbejdsgiverforening anførte vedrørende det ændrede rutenet, kundekreds mv., må anses for identisk med den hidtidige virksomhed, er der således sket en virksomhedsoverdragelse i lovens forstand.”

EU-domstolen har i Ford Motor-sagen<sup>12</sup> under henvisning til praksis udtalt, at det ikke er en forudsætning for, at direktivet finder anvendelse, at der består et direkte aftaleforhold mellem overdrager og erhverver. Domstolen fastslog, at direktivets anvendelsesområde omfattede et tilfælde, hvor et selskab, der er indehaver af en ret til at forhandle biler i et bestemt område, indstiller sin virksomhed, og forhandlerretten derefter overdrages til et andet selskab, som overtager en del af personalet, og drager fordel af en anbefaling over for kundekredsen, uden at der sker nogen overførsel af aktiver.

Det må på baggrund af retspraksis lægges til grund, at loven kan finde anvendelse ved gentagne overdragelser i forbindelse med udliciteringer, forpagtningsaftaler, forhandleraftaler, lejeaftaler mv. – uagtet, at der ikke er et aftaleforhold mellem overdrager (den der løser opgaven i dag) og erhverver (den der fremover skal løse opgaven).

### **2.3 Begrebet ”virksomhed eller en del af en virksomhed”**

Det tredje kriterium, der skal være opfyldt, for at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse er, at der skal ske overdragelse af en ”virksomhed eller en del af en virksomhed”.

Det fremgår af virksomhedsoverdragelseslovens § 1, stk. 1, at loven ikke alene kan finde anvendelse ved overdragelse af en virksomhed men ligeledes ved overdragelse af ”en del af en virksomhed”. Det er særligt

---

<sup>10</sup> EU-domstolens dom af 10.02.1988, Daddy’s Dance Hall, sag 324/86 gengivet i U89/69H, som omhandlede overdragelse af en forpagtningsaftale til en ny forpagter.

Virksomhedsoverdragelsesloven fandt anvendelse.

U89/372H – efter forelæggelse for EU-domstolen - var overdragelse af en lejekontrakt til en ny lejer omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

Se endvidere Temco Service, C-51/100 (rengøringskontrakt), Abler, C-340/01 (køkkendrift) Ayse Süsen C-13/95 (rengøring)

<sup>11</sup> AT 94/118 (ARD 94/227 og ARD 94/249 – Ri-Bus A/S)

<sup>12</sup>EU-domstolens dom af 07.03.1996, Ford Motor Company – C-171/94 og C-172/94)

sidstnævnte begreb, der kan give anledning til fortolkningsspørgsmål, når dette skal relateres til om der er medarbejdere, der er omfattet af loven.

### **2.3.1. ”En del af en virksomhed”**

Der kan være tale om overdragelse af dele af virksomheder, der er afgrænset i teknisk, lokal (geografisk) eller arbejdsmæssig henseende.

EU-domstolen<sup>13</sup> har udtalt, at det er et krav, at overførslen omfatter en tilstrækkeligt struktureret og selvstændig enhed.

En del af en virksomhed kan bestå i interne funktioner (rengøring, kantinedrift) eller udadvendte opgaver som overdragelse af vedligeholdelsesopgaver, tjenesteydelser, produktion etc.

Det er sjældent afgrænsningen af, hvilken del af en virksomhed der overdrages, der volder vanskeligheder, men derimod rejser disse overdragelser en række problemstillinger i forhold til, hvilke medarbejdere der i givet fald skal overdrages. Der henvises i forhold til denne problemstilling til notat; ”Udvælgelse af medarbejdere ved overdragelse af en del af en virksomhed”.

Det afgørende kriterium for om der er tale om ”en del af en virksomhed” er, om den afdeling, lønmodtagerne var tilknyttet, og som fra et organisatorisk udgangspunkt dannede rammen om deres arbejdsforhold, overføres eller ej.<sup>14</sup>

Spørgsmålet er herefter, om der findes en undergrænse for begrebet ”del af en virksomhed”.

I henhold til tidligere retspraksis anlagde EU-domstolen den fortolkning, at en enkelt medarbejder kunne udgøre en del af en virksomhed.<sup>15</sup>

Med Ayse Süsen-dommen<sup>16</sup> er det efterfølgende præciseret, at der er ”en nedre grænse” for lovens anvendelsesområde. Det fremgår af dommen, at hvor kravet om overførsel af materielle eller immaterielle aktiver ikke er opfyldt, må der være tale om overførsel af en efter antal og kvalifikationer betydelig del af arbejdsstyrken for, at der kan siges at være tale om en overførsel af en ”del af en virksomhed”.

---

<sup>13</sup> Hidalgo m.fl. C-173/96 og 247/96.

<sup>14</sup> Arie Botzen-dommen C-186/83.

<sup>15</sup> Christel Schmidt-sagen c-392/92

<sup>16</sup> Ayse Süsen-dommen C-13/95 af 11. marts 1997

Dette medfører, at i de tilfælde hvor der kun overdrages opgaver ved udliciteringen i form af *retten* til at løse en opgave, er situationen som udgangspunkt ikke omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

Dette udelukker imidlertid ikke, at én medarbejder kan udgøre en sådan enhed, at der er tale om overdragelse af en del af en virksomhed. Der skal imidlertid være tale om en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet.

### 2.3.1 Økonomisk enhed, der bevarer sin identitet

Ved vurderingen af om der er tale om en virksomhed eller en del af en virksomhed er det således afgørende, om der bliver overført *en økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet*.

#### *En økonomisk enhed*

En forudsætning for lovens anvendelse er, at overførelsen vedrører en økonomisk enhed, der er organiseret på en stabil måde, og hvis aktiviteter ikke er begrænset til udførelsen af en enkeltstående entreprise. Der er ikke krav om, at virksomheden udøves med gevinst for øje.

Begrebet enhed er af EU-domstolen defineret som ”... *en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål.*”

Det er ikke altid, at der er knyttet materielle eller immaterielle aktiver af betydning til aktiviteten. I visse brancher, som fx rengøring og bevogtning, er disse aktiver ofte begrænset til det mest elementære, og den aktivitet, der udøves er hovedsagelig baseret på arbejdskraften. En sådan organiseret helhed af lønmodtagere, som specielt og i længere tid udfører opgaver i fællesskab kan, når der ikke er tale om andre produktionsfaktorer, udgøre en økonomisk enhed.<sup>17</sup>

#### *Bevarelse af identitet*

EU-domstolen har i Ayse Süzen-dommen<sup>18</sup> fastlagt, hvad der ligger i identitetsbegrebet.

En af konklusionerne i Ayse Süzen-dommen er, at afgørelsen af hvorvidt direktivet finder anvendelse i en situation, hvor en virksomhed, som en gang har overladt en aktivitet til udførelse af en virksomhed, opsiger denne aftale, og med henblik på udførelse af tilsvarende arbejde indgår kontrakt med en anden virksomhed, afhænger af om den pågældende økonomiske enhed, der overgår,

---

<sup>17</sup> Hildago- og Ziemann-dommene C-173/96 og C-247/96

<sup>18</sup> Ayse Süzen dommen af 11. marts 1997 (13/95) præmis 21– dommen omhandler udlicitering af rengøringen på et gymnasium til en ny leverandør.



har bevaret sin identitet, hvilket bl.a. indikeres af den omstændighed, at aktiviteterne fortsættes eller genoptages.

Anderledes udtrykt spiller det en afgørende rolle, om man ”set i bakspejlet” kan konstatere, at den *aktivitet*, der fortsættes, er den samme som den, overdrageren beskæftigede sig med.

I henhold til nugældende praksis kan selve det forhold, at der er overdraget en aktivitet ikke begrunde, at der statueres virksomhedsoverdragelse. Der kræves, at også andre momenter er til stede, så som om der rent faktisk overdrages personale, aktiver mv. og omfanget heraf.

I Süsen-dommen anføres det, at en enheds identitet – udover aktiviteten - også består af andre forhold, som fx det personale, der er ansat i enheden, dens ydre rammer, tilrettelæggelsen af dens arbejde, dens driftsmåde og i givet fald også de driftsmidler, enheden råder over.

En økonomisk enhed kan i visse brancher fungere uden væsentlige materielle eller immaterielle aktiver, og det kan i så fald ikke være afgørende for, om enheden opretholdes efter den pågældende overførsel, at der overdrages sådanne aktiver. Det anføres videre i Süsen-dommen:

*”I visse brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed, og en sådan enhed vil kunne opretholde sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidiges aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængeren specielt udførte denne opgave.”*

Identitetsbegrebet skal i praksis dog ikke underlægges en for snæver fortolkning. Det fremgår af retspraksis, at der ikke skal meget til for at fastslå, at en virksomhed har bevaret sin *identitet*. Dette skal ses i lyset af formålet med direktivet og dermed loven, nemlig at forhindre at omstruktureringer – herunder udliciteringer – sker på bekostning af lønmodtagerne i de berørte virksomheder.

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

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

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

#### *Ad 1) Hvilken form for virksomhed*

Det er uden betydning for bedømmelsen af virksomhedsoverdragelseslovens anvendelsesområde, om virksomheden opererer med gevinst for øje.

Det er endvidere uden betydning, under hvilken juridisk form og finansieringsmåde virksomheden drives, om den er personligt ejet, et selskab, en fond, en forening etc.

Loven kan således også finde anvendelse i det tilfælde, hvor offentlig støtte til en juridisk person standses og overføres til en anden juridisk person, hvis de øvrige betingelser for, at loven finder anvendelse er til stede.<sup>19</sup>

Begrebet ”virksomhed eller en del af en virksomhed” kan omfatte såvel hoved- som bifunktioner, og aktiviteter som retter sig udadtil såvel som indadtil i virksomheden, jf. i øvrigt afsnittet vedrørende begrebet ”en del af en virksomhed”.

#### *Ad 2) Overdragelse af materielle eller immaterielle aktiver*

Det følger af retspraksis, at overdragelse af en i kvalitativ eller kvantitativ henseende væsentlige del af de materielle eller immaterielle aktiver kan føre til, at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, såfremt der i øvrigt er tale om bevarelse af den økonomiske enhed.

Betydningen af overførslen af aktiver/materiel afhænger af, hvilken opgave/branche der er tale om. EU-domstolen har fastslået, at anlæg af minegang<sup>20</sup>, drift af et hospitalsstorkøkken<sup>21</sup> og busdrift<sup>22</sup> ikke kan betragtes som aktiviteter, der i det væsentligste er baseret på arbejdskraft, idet der kræves omfattende materiel og udstyr. For at loven finder anvendelse i disse tilfælde, skal der således ske overdragelse af aktiver/materiel.

Den omstændighed, at *ejendomsretten* til de aktiver, der er nødvendige for virksomhedens drift, ikke er overgået til den nye leverandør, er ikke en hindring for, at der er tale om en overførsel i henhold til loven. Det er således

---

<sup>19</sup> Redmond Stichting-dommen C-29/91

<sup>20</sup> Allen m.fl. C-234/98. Mineejereren stillede de væsentligste aktiver, der var nødvendige for udførelsen af anlægsarbejdet til rådighed. Direktivet fandt anvendelse

<sup>21</sup> Abler/Sodexo, C-340/01. Hospitalet stillede udsyr og lokaler til rådighed for driften. Direktivet fandt anvendelse.

<sup>22</sup> Liikenne C-172/99. Busser anset for uundværlig for en tilfredsstillende drift af enheden.

Ingen overdragelse af busser – enheden havde ikke bevaret sin identitet, selv om man overtog 33 af de 45 chauffører fra tidligere leverandør – direktivet fandt ikke anvendelse. (præmis 42)

tilstrækkeligt, at *rådigheden* over de pågældende aktiver overføres (fx i form af leje, brugsret/-pligt).<sup>23</sup>

#### *Ad 3) Overtagelse af hidtidige medarbejdere*

Med Ayse Süsen-dommen er det præciseret, at det er muligt at komme under ”den nedre grænse” i loven. Hvor kravet om overførsel af materielle eller immaterielle aktiver ikke er opfyldt, må der være tale om overførsel af en efter antal og kvalifikationer betydelig del af arbejdsstyrken for, at der kan siges at være tale om overførsel i lovens forstand.

Efter omstændighederne kan én medarbejder udgøre en del af en virksomhed såfremt kriterierne for, at der er tale om en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet i øvrigt er opfyldt.

#### *Ad 4) Identitet vedrørende kundekreds*

Det fremgår af retspraksis, at i de tilfælde hvor kundekredsen overføres til erhververen ved overdragelsen, kan dette forhold indgå som et element i vurderingen af, om virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse.<sup>24</sup>

#### *Ad 5) Aktiviteter før og efter overførelsen er de samme*

Der henvises til afsnittet ovenfor vedrørende identitet.

#### *Ad 6) Om aktiviteterne har været indstillet og i givet fald hvor længe*

Spørgsmålet er her, om den overdragne virksomhed er ”i drift”. I det tilfælde hvor en virksomhed ligger stille i en periode, og hvor lønmodtagerne fortsat er ansat, men midlertidigt hjemsendte, antages der at gælde det samme som for ansatte i en virksomhed i drift.

I de tilfælde hvor det er naturligt, at virksomheden i forbindelse med overtagelsen ligger stille i en kortere periode, fx på grund af istandsættelse af lokaler, ferie-/sæsonlukning mv. vil sådanne kortvarige stop i driften ikke indgå med nogen særlig vægt i vurderingen af, om der foreligger en virksomhedsoverdragelse.

Er virksomheden derimod definitivt ophørt og medarbejderne fratrukket ved ophøret, er der ikke tale om en virksomhedsoverdragelse.

#### *Opsamling – økonomisk enhed der har bevaret sin identitet*

EU-domstolens praksis som den blev fastlagt ved Süsen-dommen i 1997 medfører, at en enhed ikke kan begrænses til den aktivitet, den udfører. Hvis

---

<sup>23</sup> Allen m.fl. C-234/98.

<sup>24</sup> U02/1128ØL – En advokats overdragelse af inkassosager. Kundekredsen fulgte med og var her et væsentligt aktiv for den pågældende opgavevaretagelse. Virksomhedsoverdragelsesloven fandt anvendelse for én medarbejder.

der kun er tale om overførsel af en aktivitet/opgave finder direktivet – og dermed loven – ikke anvendelse. Yderligere skal der sondres mellem brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, og brancher, hvor dette ikke er tilfældet.

EU-domstolens praksis hvoraf ovennævnte kriterier er udledt afspejler sig i dansk retspraksis.

Det er statueret, at brancher som rengøring, hjemmepleje, bevogtning af bygninger, advokatvirksomhed er brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten. Hvorimod kantinedrift, vejvedligeholdelse, ambulancekørsel, renovation og bybusdrift er brancher, hvor der også må foreligge overdragelse af materiel/aktiver for, at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse.

#### *Parternes indflydelse på lovens anvendelse*

Som følge af Süsen-dommen har det været drøftet i den juridiske litteratur, om der kan fastlægges en undergrænse, hvorunder loven med sikkerhed ikke finder anvendelse. Kan erhververen således bevidst styre uden om loven ved ikke at overtage nogen form for aktiver eller lønmodtagere?

Flere forfattere<sup>25</sup> mener, at erhverver på denne måde kan undgå at blive omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, mens en anden forfatter, Lars Svenning Andersen nævner, at der kan være en risiko for, at domstolene vil statuere omgåelse.

Lars Svenning Andersen anfører til støtte herfor, at det bl.a. fremgår af en EU-dom<sup>26</sup>, at det forhold at størstedelen af personalet blev afskediget i forbindelse med overførslen, ikke kan være tilstrækkelig til, at direktivet ikke kan finde anvendelse. For det første kan en del af disse afskedigelser være sket af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager i henhold til direktivets artikel 4 (lovens § 3). For det andet gælder det under alle omstændigheder, at en eventuel tilsidesættelse af denne bestemmelse ikke kan indebære, at der ikke foreligger en overførsel af den i direktivet forudsatte betydning.

Det fremgår således, at EU-domstolen er opmærksom på eventuelle omgåelser af direktivet.

---

<sup>25</sup> Kåre Mønsted og Niels Kjellerup Jensen i U97B/429, Erik Werlauf; Udlicitering og Medarbejdere, 4. udgave 2006 side 39, Anders Vibe Andreasen i Justitia 2000, nr. 3, side 27 taler for muligheden for at styre uden om loven, mens Lars Svenning Andersen, Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, DJØF, 5. udgave, 2009, side 121ff., mener, der kan være risiko for omgåelse.

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

Problemstillingen er ikke endelig afklaret i retspraksis. Lars Svenning Andersen<sup>27</sup> anfører, at hvis erhverver bevidst kan styre uden om loven, vil man udhule medarbejdernes beskyttelse, som er formålet med loven. Man kunne på den anden side forestille sig, at domstolene ville stille store krav til beviset for omgåelse. Omgåelse kunne særligt tænkes at foreligge, hvor det godtgøres, at afskedigelserne forud for overdragelsen er gennemført efter krav fra erhverver.

## **2.4 Offentlig virksomhed eller myndighedsudøvelse – lovens § 1, stk. 2**

Offentlige ordregiveres opgaver spænder vidt fra aktiviteter, der kan betegnes som faktisk forvaltningsvirksomhed til aktiviteter, der har karakter af åbenbar myndighedsudøvelse. Hertil kommer en række opgaver, som indeholder både faktisk forvaltningsvirksomhed og myndighedsudøvelse. Det er således centralt at få fastlagt, hvorvidt og i hvilket omfang disse aktiviteter er omfattet af lovens anvendelsesområde.

Det fremgår af virksomhedsoverdragelseslovens § 1, stk. 2, 1. pkt., at virksomheder, der udøver økonomisk aktivitet er omfattet af loven. Man må deraf modsætningsvis kunne slutte, at overdragelse af myndighedsopgaver ikke er omfattet af loven, idet der ikke er tale om en økonomisk aktivitet.

Videre følger det af lovens § 1, stk. 2, 2. pkt., at loven ikke finder anvendelse ved en administrativ eller ved lov foretaget omorganisering af offentlige administrative myndigheder eller en overførsel af administrative funktioner mellem offentlige administrative myndigheder. Der kan her være tale om opgaver af såvel faktisk økonomisk karakter som myndighedsopgaver.

### **2.4.1 Offentlig virksomhed**

Der er i dag ikke tvivl om, at virksomhedsbegrebet også omfatter opgaver på det offentlige område. Efter ændringsloven (2001) fremgår det nu af lovens § 1, stk. 2, 1. punktum, at loven finder anvendelse på offentlige og private virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de virker med gevinst for øje. Formuleringen bygger på EU-domstolens praksis, hvor synspunktet blev fastslået i bl.a. Redmond Stichting-dommen.

### **2.4.2 Myndighedsudøvelse**

Det fremgår af § 1, stk. 2, 2. punktum, at administrativ omorganisering af offentlige administrative myndigheder eller overførsel af administrative

---

<sup>27</sup> Lars Svenning Andersen, Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, DJØF, 5. udgave, 2009, side 123.

funktioner mellem offentlige administrative myndigheder falder uden for lovens anvendelsesområde.

Denne formulering bygger i vidt omfang på den såkaldte Henke-dom<sup>28</sup>, hvor EU-domstolen anførte følgende i præmis 14;

*”Direktivets begreb ”overførsel af virksomheder” omfatter således ikke en reorganisering af den offentlige forvaltning eller en overførsel af forvaltningsopgaver mellem offentlige myndigheder.”*

og præmis 17:

*”I det i hovedsagen omhandlede tilfælde synes overførslen af opgaver mellem kommunen og forvaltningsfællesskabet kun at have drejet sig om opgaver i forbindelse med udøvelse af offentlig myndighed. Selv om det måtte lægges til grund, at der også har været tale om opgaver i forbindelse med økonomisk virksomhed, kan disse kun have haft sekundær betydning.”*

Det følger således af dommen, at udøvelse af offentlig myndighed ikke opfylder direktivets betingelse om, at der skal være tale om udøvelse af en økonomisk aktivitet, hvorfor direktivet ikke finder anvendelse for disse opgaver. Det ansås ikke for tilstrækkeligt til at blive omfattet af direktivet, at der ligeledes blev overført økonomiske aktiviteter, når de overførte opgaver primært vedrørte myndighedsudøvelse.

Lars Svenning Andersen anfører<sup>29</sup>, at det modsætningsvis synes at følge af dommen, at såfremt der primært er tale om overførsel af økonomiske aktiviteter (altså faktisk forvaltningsvirksomhed), og uanset at der også samtidig overføres et mindre element af myndighedsudøvelse, vil dette være omfattet af direktivets og lovens anvendelsesområde.

Det fremgår imidlertid ikke af dommen, om de overførte opgaver i forbindelse med økonomisk virksomhed ud fra en selvstændig vurdering kunne betragtes som en virksomhed eller en del af en virksomhed, der har bevaret sin identitet.

---

<sup>28</sup> EU-domstolens dom af 15. oktober 1996, C-298/94, Anette Henke mod Gemeinde Schierke, Saml. 1996 I 4989. Overdragelse af forvaltningsopgaver fra en kommune til et kommunalt forvaltningsfællesskab. Anette Henke var ansat som borgmestersekretær i Schierke Kommune. Hovedsagelig overdragelse af aktiviteter, der var typiske for offentlige myndigheder. Overdragelsen var ikke omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

<sup>29</sup> Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer af Lars Svenning Andersen m.fl., DJØF, 5. udgave, 2009, side 138.

Efter Henke-dommen har EU-domstolen i en række domme<sup>30</sup> foretaget en delvis negativ afgrænsning af begrebet ”udøvelse af offentlig myndighed”, idet den har fastslået, at det ikke omfatter hjemmehjælp til personer med behov herfor, bevogtningsopgaver, rengørings- og vedligeholdelsesarbejde, drift af offentlige telekommunikationssystemer, posttjeneste eller persontransport med bus.

### **2.3.3. Administrativ omorganisering/administrative funktioner i øvrigt**

Det følger af bemærkningerne til ændringerne af virksomhedsoverdragelsesloven, at afgrænsningen mellem § 1, stk. 2, 1. og 2. punktum beror på en konkret vurdering af, hvorvidt den overdragede opgave har administrativ karakter. Det anføres, at lønadministration typisk vil være omfattet af 2. punktum, og dermed undtaget fra loven, mens fx offentligt ansatte gartnere, skolelærere og sundhedspersonale vil være omfattet af 1. punktum, og dermed omfattet af loven.

Det følger videre af bemærkningerne til lovens § 1, stk. 2, at bestemmelsen skal sikre, at loven som udgangspunkt skal finde anvendelse ved alle overdragelser, uanset om der er tale om offentlig eller privat virksomhed, bortset fra at overførsel af opgaver, som indebærer egentlig myndighedsudøvelse, ikke omfattes af loven. Dette gælder uanset, om overførslen sker administrativt eller ved lov.

---

<sup>30</sup> EU-domstolens domme; Hildalgo m.fl.(Udlicesteret hjemmehjælp og overvågning af offentlige bygninger), Hernandez Vidal (Udlicesteret rengøring), Collino og Chiappero, Efta-domstol E-3/01, Liikenne (Anden gangs udlicitering af busdrift).