

LIND & CADIVIUS

Afdeling 12 kommentar:

Notat af advokat Nicolai Westergaard af 27. maj 1999. Notatet er anerkendt af Dansk Industri i forbindelse med tilpasningsforhandlingerne.

NOTAT

om overenskomsters status i følgende situationer:

1. Køb af virksomhed.
2. Køb af (datter)selskab.
3. Udskillelse af aktivitet i datterselskab.
4. Outsourcing.
5. Fusion.
6. Fission.

Notatet er udarbejdet på foranledning af CO-industri.

I notatet tages der udgangspunkt i en undersøgelse af, hvorledes den overenskomstmæssige stilling er for en bestemt virksomhed, der i notatet betegnes V, i de ovenfor angivne situationer.

1. Køb af virksomhed:

Den tænkte situation er, at V køber en igangværende virksomhed, der eventuelt drives i selskabsform, ved at V overtager de aktiver og medarbejdere, der er knyttet til aktiviteten.

I dette tilfælde vil **virksomhedsoverdragelsesloven** finde anvendelse.

Det følger imidlertid af såvel loven som den retspraksis, der knytter sig dertil, at loven, medmindre der foreligger særlige omstændigheder, alene indebærer, at V indtræder i de individuelle rettigheder og forpligtelser over for de overtagne medarbejdere. Disse individuelle rettigheder og forpligtelser kan eventuelt være beskrevet i en kollektiv overenskomst. Derimod indtræder V som udgangspunkt ikke i kraft af virksomhedsoverdragelsesloven som part i de kollektive overenskomster som sådan, der måtte have været gældende for de overtagne medarbejdere.

V kan dog på andet grundlag end virksomhedsoverdragelsesloven, nemlig efter de almindelige arbejdsretlige grundsætninger, der fortsat er gældende ved siden af loven, blive bundet af de overenskomster, der måtte være gældende for de overtagne medarbejdere. Dette vil være tilfældet, såfremt V i forbindelse med overtagelsen eller indenfor en rimelig tid derefter undlader at tilkendegive, at selskabet ikke ønsker at indtræde i overenskomstforholdet. V vil i dette tilfælde blive bundet af overenskomsterne som følge af passivitet.

Såfremt V ikke på denne måde indtræder i de kollektive overenskomster som sådan, som de overtagne medarbejdere har været omfattet af, er selskabet alene forpligtet til at efterleve disse overenskomster i forhold til de enkelte overtagne medarbejdere, indtil overenskomsterne

ifølge deres eget indhold kan bringes til ophør. Efter det tidspunkt vil de overtagne medarbejdere blive omfattet af de for V gældende overenskomster, der dækker de overtagne medarbejders arbejdsområder, herunder i givet fald CO-industris overenskomster og eventuelle tilpasningsaftaler hertil.

2. Køb af (datter)selskab:

Den tænkte situation er, at V køber en igangværende virksomhed, der drives i selskabsform, ved at erhverve dette selskabs aktiekapital.

I denne situation foreligger der ikke nogen overdragelse af virksomhed i virksomhedsoverdragelseslovens forstand. Det er alene ejerforholdene vedrørende selskabets aktier, der er ændret.

Det overtagne selskab er fortsat, indtil der måtte blive truffet særlige dispositioner, for eksempel om fusion, at betragte som en selvstændig juridisk enhed.

De overenskomster, som V henholdsvis det overtagne selskab har indgået for deres medarbejdere, vil derfor som udgangspunkt fortsat bestå for de respektive selskaber og vil kun kunne bringes til ophør efter overenskomsternes regler og almindelige arbejdsretlige grundsætninger herom.

Det er dog ikke udelukket, at det erhvervede selskab kan blive omfattet af moderselskabets overenskomster, såfremt der reelt opstår identitet mellem de to selskaber, for eksempel i relation til ledelsens sammensætning eller virksomhedsområde.

Der kan herom henvises til Per Jacobsen, Kollektiv arbejdsret, 5. udgave, side 122-124.

3. Udskillelse af aktivitet i datterselskab:

Den tænkte situation er, at V udskiller en igangværende aktivitet i et datterselskab.

I dette tilfælde vil virksomhedsoverdragelsesloven finde anvendelse.

Som ovenfor nævnt indebærer loven imidlertid som udgangspunkt ikke i sig selv, at en gældende kollektiv overenskomst som sådan overføres ved overdragelsen, i dette tilfælde til datterselskabet.

Derimod gælder efter almindelige arbejdsretlige grundsætninger, at en overenskomstbundet arbejdsgiver ikke kan frigøre sig fra sine overenskomstmæssige forpligtelser alene ved at omstrukturere virksomheden og lægge den ud i selvstændige selskaber.

Ifølge arbejdsretlig praksis foreligger der i sådanne tilfælde identitet mellem moderselskabet og datterselskabet. I det opstillede eksempel vil identitetssynspunktet indebære, at de overenskomster, der er gældende for V, herunder i givet fald blandt andet CO-industris overenskomster og eventuelle tilpasningsaftaler hertil, også vil være gældende for det datterselskab, hvortil aktiviteten er blevet udskilt. Som eksempel herpå kan henvises til Arbejdsrettens dom i sag nr. 92.228 (AT 1993/83).

Der kan endvidere henvises til Per Jacobsen, side 124-125, og til Lars Svenning Andersen, Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, 2. udgave, side 164-166.

Såfremt formålet med en overdragelse af en virksomhed eller en del af denne alene er at søge at undgå at være bundet af en kollektiv overenskomst, foreligger der tillige omgåelse.

Det fremgår af Arbejdsrettens praksis, at den udskilte virksomhed, hvis der foreligger omgåelse, allerede af denne grund ikke frigøres fra den gældende overenskomst.

Der kan herom henvises til Lars Svenning Andersen, side 167-171.

Det skal tilføjes, at såfremt etablering af et datterselskab sker som led i påbegyndelsen af en

helt ny aktivitet, vil det afhænge af de nærmere omstændigheder, om der kan antages at foreligge identitet eller omgåelse.

Det vil i den forbindelse antagelig spille en rolle, i hvilket omfang den nye aktivitet adskiller sig fra de aktiviteter, V hidtil har drevet, om der overføres medarbejdere fra V til datterselskabet, og i hvilket omfang der foreligger et ledelsesmæssigt sammenfald.

Som et eksempel på, at identitet antoges at foreligge i et sådant tilfælde kan henvises til Arbejdsrettens dom i sag nr. 93.505 (AT 1994/103).

Det vil herudover kun være relevant konkret at overveje, om virksomhedsoverdragelsesloven er gældende i disse tilfælde, såfremt der sker en overførsel af medarbejdere fra V til det nyetablerede datterselskab.

Såfremt datterselskabet bliver medlem af Dansk Industri, siger det sig selv, at de mellem CO-industri og Dansk Industri oprettede overenskomster m.v. derved vil blive gældende for datterselskabet.

Om datterselskabet automatisk ved dets etablering bliver medlem af Dansk Industri, afhænger af de regler og aftaler, der måtte være gældende for indmeldelsen af V i Dansk Industri.

De tilpasningsaftaler, som måtte blive indgået i tilknytning til overenskomsterne mellem CO-industri og Dansk Industri, vil være gældende for det datterselskab af V, som indmeldes i Dansk Industri, såfremt det af tilpasningsaftalerne fremgår eller på anden måde følger, at disse også skal være gældende i sådanne situationer.

4. Outsourcing:

Det tænkte eksempel er, at V træffer beslutning om at udlægge bestemte opgaver eller funktioner, der hidtil har været udført af V, til andre.

Spørgsmålet er, om Vs overenskomster i dette tilfælde helt eller delvis vil være gældende for det arbejde, der er udlagt.

I udgangssituationen vil den selvstændige virksomhed, til hvem V har udlagt udførelsen af opgaver eller funktioner for V, kun være omfattet af de overenskomster, den pågældende virksomhed selv har indgået.

Dette forudsætter imidlertid for det første, at der foreligger et reelt entrepriseforhold, det vil sige at udlægningen af opgaver ikke blot tilsigter en omgåelse af overenskomsten. Hvis der foreligger omgåelse (eller identitet), vil Vs overenskomster fortsat være gældende for det udlagte arbejde.

Der kan herom henvises til Per Jacobsen, side 117-118.

Endvidere vil udlicitering indenfor det offentlige område og outsourcing i mange tilfælde være omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven. Det vil i den forbindelse spille en afgørende rolle, om den selvstændige virksomhed udfører en opgave eller funktion, der ikke tidligere har været udført af V selv, eller om der overføres en aktivitet, som V selv indtil da har udført eller har ladet udføre og som kan betegnes som en økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet.

EF-domstolen har i Christel Schmidt-afgørelsen (afgørelse af 14. april 1994 i sag C-392/92) fastslået, at overførsel af rengøringen i en sparekasses filial, hvortil der kun var knyttet en person, uden samtidig overførsel af nogen aktiver, kunne være omfattet af det direktiv, der ligger til grund for virksomhedsoverdragelsesloven.

Som anført af Lars Svenning Andersen, side 76, vil det på denne baggrund være den absolutte hovedregel, at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, hvor et **bestående** arbejde gives i entreprise eller outsources.

Som anført ovenfor medfører virksomhedsoverdragelsesloven imidlertid ikke, medmindre der

foreligger særlige omstændigheder, at selve overenskomstforholdet overføres til den virksomhed, hvortil en opgave outsources.

Virksomhedsoverdragelsesloven medfører som udgangspunkt alene, at den pågældende virksomhed er forpligtet til at følge Vs overenskomst for de medarbejdere, der er beskyttet af loven, indtil overenskomsten efter sit indhold kan bringes til ophør.

Som særlige forhold kan for eksempel tænkes den omstændighed, at den virksomhed, hvortil der outsources, ikke er overenskomstdækket, eller at der er meget betydelige forskelle i lønniveauet hos den pågældende virksomhed og hos V.

Der kan som eksempel henvises til Arbejdsrettens sag nr. 92.056 (AT 1994/15).

5. Fusion:

Den tænkte situation er, at der gennemføres en såkaldt uegentlig fusion mellem to juridiske enheder, enten således, at V bliver det fortsættende selskab eller således, at V bliver det ophørende selskab.

Det er utvivlsomt, at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse ved fusion, men det rejste spørgsmål om opretholdelse af de for V indgåede overenskomster m.v. belyses imidlertid ikke fuldstændigt alene ved en henvisning til loven.

Som nævnt ovenfor følger det ikke af loven, medmindre der foreligger særlige omstændigheder, at de kollektive overenskomster som sådan overføres ved fusion, og spørgsmålet er derfor, om en sådan overførsel kan ske på andet grundlag.

Såfremt fusionen gennemføres således, at V bliver det fortsættende selskab, opretholdes de for V indgåede overenskomster.

Spørgsmålet er herefter i dette tilfælde, hvorledes de medarbejdere, der hidrører fra den indfusionerede virksomhed, bliver stillet.

Såfremt den indfusionerede virksomhed ikke har været overenskomstdækket, vil de pågældende medarbejdere blive omfattet af de for V som det fortsættende selskab nu gældende overenskomster på de respektive områder.

Er den indfusionerede virksomhed imidlertid allerede dækket af særlige overenskomster, forbliver disse gældende for de pågældende medarbejdere, såfremt den fortsættende virksomhed ikke rettidigt tilkendegiver, at den ikke ønsker at indtræde i disse overenskomstforhold, idet der i så tilfælde foreligger passivitet som ovenfor beskrevet.

Såfremt en fusion omvendt gennemføres således, at V bliver det ophørende selskab, vil de for V gældende overenskomster, herunder i givet fald CO-industris overenskomster og eventuelle tilpasningsaftaler hertil, fortsat være gældende, såfremt den fortsættende virksomhed udviser passivitet med hensyn til spørgsmålet om indtræden i disse overenskomster.

Såfremt den fortsættende virksomhed ikke er overenskomstdækket, vil udgangspunktet derudover formentlig være, at Vs overenskomster vil blive gældende for den samlede fortsættende virksomhed.

Endelig bemærkes, at det uanset det ovenfor anførte som en følge af identitetsbetragtninger generelt gælder, at den fortsættende virksomhed ved fusion skal respektere samtlige de overenskomster, der var gældende ved fusionen.

Der kan herom henvises til Lars Svenning Andersen, side 167.

Såfremt der gennemføres en såkaldt egentlig fusion, det vil sige en sammensmeltning af V med en anden virksomhed i et nyt selvstændigt selskab, vil udgangspunktet være, at dette fortsættende selskab indtræder som part i alle bestående overenskomster, indtil disse kan bringes til ophør efter de gældende arbejdsretlige regler herom.

De problemer, der derved vil opstå ved, at der består dobbelt overenskomstdækning, må løses efter de retningslinier, der gælder herfor og i overensstemmelse med de regler for opsigelse af overenskomster til ophør, der er fastsat.

6. Fission:

Det tænkte tilfælde er, at Vs aktiviteter udskilles i flere særskilte selskaber, eventuelt tillige således, at ejerkredsen af de enkelte udskilte selskaber ikke er identisk.

Virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse i dette tilfælde, og udgangspunktet er, at de for V gældende overenskomster efter fissionen fortsat vil være gældende for de enkelte selskaber i det omfang, der i de pågældende selskaber udføres arbejde indenfor overenskomsternes område.

Der henvises i øvrigt i det hele til bemærkningerne ovenfor om etablering af datterselskaber.

København, den 27. maj 1999

Nicolai Westergaard

