

Frasigelse af kollektive overenskomster i forbindelse med virksomhedsoverdragelse

Med særlig fokus på arbejdsretlig identitet og omgåelse

Termination of collective agreements in business transfers

With particular focus on identity and circumvention

Kandidatafhandling på cand.merc.(jur.)

Den 15. maj 2018

Simone Andersen 107562

Linette Elnef 98772

Juridisk vejleder: Peer H. Schaumburg-Müller

Økonomisk vejleder: Henrik Lando

Tro og love erklæring

Det erklæres herved på tro og love, at undertegnede egenhændigt og selvstændigt har udført met denne rapport. Alle citater i teksten er markeret som sådanne, og rapporten eller væsentlige dele af den har ikke tidligere været fremlagt i anden bedømmelsessammenhæng.

Simone Andersen & Linette Elnef

Abstract

In a business transfer, the issue of whether or not to terminate the collective agreement may arise. Whenever a group of employees or even an entire company is part of a business transfer, the employees are protected by their collective agreement until such an agreement is terminated by the new employer. If the employer decides to opt out of the agreement, an alternative collective agreement must be available to the employees. When the collective agreement is terminated, the employees remains protected until collective agreement's original expiry, after which employees are transferred to a new agreement. The law regulating this is Virksomhedsoverdragelseslovens § 4 a, which is the primary focus in this master thesis.

The purpose of this master thesis is to examine the role of identity between companies and determine if and when such identity occurs. In doing so, the thesis will examine if the changing market is changing case-law with it.

The master thesis examines the possibility of disclaiming a collective agreement in a business transfer. The master thesis will investigate the importance of identity between companies and how it affects the legal possibilities of terminating the agreement.

In doing so, the master thesis will investigate the case-law in an effort to assess if and when identity is present between companies, and based on analysis of previous verdicts by Arbejdsretten, it will investigate how the courts rule on the subject. Furthermore, the master thesis will focus on the economic perspectives of the problem, including consequences and the opportunities that may arise from the possibility of termination.

The master thesis will focus primarily on three verdicts; the SAS-verdict, the KMD-verdict and the HORESTA-verdict. The legal part of the master thesis will focus on how the law is using case-law, while the economic part will show how these laws affect the market and what consequences they may have. Lastly, the interdisciplinary part of the master thesis will focus on whether or not the law is optimal in relation to today's market.

In the master thesis it is concluded from analysis that the court rules more extensively than the law dictates and the economics analysis finds that the reason for this may be societal consideration, as without such help from the courts, large companies may indeed fail to survive.

The master thesis has addressed and clarified a number of issues regarding the termination of a collective agreement in a business transfer, cf. Virksomhedsoverdragelseslovens §4 a.

Indholdsfortegnelse

Abstract	1
Kapitel 1 - Problemstillingen	7
1.1 Indledning	7
1.2 Begrebsafdækning	8
1.3 Afgrænsning	10
1.4 Problemformulering	11
1.5 Struktur	12
1.5.1 Juridisk del	12
1.5.2 Økonomisk del	13
1.5.3 Interdisciplinær del	13
1.6 Metode	14
1.6.1 Juridisk metode.....	14
1.6.2 Økonomisk metode	16
1.6.3 Interdisciplinær metode	18
Kapitel 2 – Kollektive overenskomster	20
2.1 Introduktion	20
2.2 Historisk set.....	20
2.3 Karaktertræk	22
2.4 Indholdet af en kollektiv overenskomst	23
Kapitel 3 - Hvad der forstås ved en virksomhedsoverdragelse	25
3.1 introduktion	25
3.2 Overdragelsesformer.....	27
3.2.1 Fusioner og fusionslignende transaktioner.....	27

3.2.2 Transaktioner mellem koncernforbundne selskaber	28
3.2.3 Spaltning som overdragelsesform	29
3.2.4 Delkonklusion	30
3.3 Sammenspil mellem virksomhedsoverdragelse og overenskomster	30
3.3.1 Erhververs indtræden som part i overdragers overenskomst	31
Kapitel 4 - Fra direktiv til lov	34
4.1 Introduktion	34
4.2 Retstilstanden før indførelse af Virksomhedsoverdragelseslovens §4 a	34
4.3 Tilblivelsen af § 4 a	35
4.4 Forståelse og fortolkning af §4 a	36
4.4.1 Forståelse af §4a, stk. 1, om frister ang. mulighed for frasigelse	38
4.4.2 Opsigelsesfristen i §4a, stk. 1.....	38
4.4.3 Erhververs undersøgelsespligt.....	42
4.5 Mulig retsmangel.....	45
Kapitel 5 - Retspraksis og særligt om identitet	47
5.1 Har virksomheden bevaret sin identitet.....	47
5.1.1 Spijkers.....	48
5.2 Lovens anvendelse i retspraksis	49
5.2.1 Arbejdsrettens dom af 7. April 2016 – SAS dommen	50
5.2.2 Arbejdsrettens dom af 2. december 2015 – KMD dommen	53
5.2.3 Arbejdsrettens dom af 24. september 2015 – HORESTA dommen	56
5.3 Samlet konklusion af domsanalysen	60
Kapitel 6 – Juridisk delkonklusion	61

Kapitel 7 – Transaktionsomkostninger, Den danske model og parternes adfærd	62
7.1 Introduktion	62
7.2 Den danske model	63
7.3 Kollektive forhandlinger	64
7.4 Individuelle forhandlinger	66
7.5 Overlevelse på markedet	67
7.6 Delkonklusion.....	69
Kapitel 8 – Den psykologiske kontrakt.....	71
8.1 Introduktion	71
8.2 Afvejning af fairness og fleksibilitet	74
8.3 Kontinuerlig kontrakt med positive outside options	76
8.3 Specialized labor game	79
8.4 Delkonklusion.....	84
Kapitel 9 – Konsekvenser og muligheder	86
9.1 Konsekvenser – Dobbeltoverenskomster	86
9.2 Muligheder – Kapitalisering af lokalaftaler	89
Kapitel 10 - Økonomisk delkonklusion	92
Kapitel 11 - Interdisciplinær del: er reglerne tilstrækkelige?	94
11.1 Introduktion	94
11.2 Virksomhedsoverdragelseslovens hensigt.....	94
11.3 Grænsen for frasigelse – og nærmere om omgåelse.....	97
11.4 Lovens optimalitet og eventuelle forslag til en lovændring	105
11.5 Interdisciplinær delkonklusion.....	109

Kapitel 12 - Konklusion	110
Litteraturliste.....	112

Kapitel 1 - Problemstillingen

1.1 Indledning

I takt med markedets udvikling ses et øget antal virksomhedsoverdragelser, i hvilke der blandt andet sker en overførsel af arbejdstagere. I den forbindelse opstår et ønske om at beskytte disse arbejdstagere på den mest hensigtsmæssige måde, og dette reguleres i Virksomhedsoverdragelsesloven.

Virksomhedsoverdragelsesloven – Bekendtgørelsen om lov om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse – trådte for første gang i kraft den 1. april 1979. Den blev implementeret på baggrund af direktiv 77/187 EØF, der som udgangspunktet havde, at erhverver af en virksomhed ikke blev bundet af den overtagne virksomheds kollektive overenskomst. Erhverver kunne således frasige sig overenskomsten ved en simpel meddelelse herom til det givne fagforbund, men kunne dog blive bundet af passivitet. Sidenhen kom en præcisering af loven som fulgte med direktiv 2001/23/EF, og loven trådte i kraft den 7. juni 2001, hvor §4 a blev indført. Bestemmelsen opstillede en tidsramme, hvor en erhverver af en virksomhed kunne frasige sig de overenskomstmæssige forpligtelser inden for nærmere bestemte tidsfrister. Forarbejderne, som ligger til grund for indførelsen af §4 a, angiver formålet, som var at opstramme og præcisere retspraksis. Ligeledes blev arbejdsretlig identitet¹ et fokusområde, da tanken var, at virksomheder, der var nært beslægtede, ikke skulle have muligheden for at frasige sig den kollektive overenskomst, hvis formålet hermed var at omgå overenskomsten. Denne problemstilling ses ofte ved overdragelser mellem koncernforbundne selskaber og ved fusioner.

Fra et økonomisk perspektiv ses det, at en overenskomst kan udgøre en stor omkostning for virksomheden, og derfor kan det være et oplagt sted at spare, hvis virksomheden har brug for en turnaround. Det er med andre ord bekosteligt at forhandle og i det følgende afvejes disse transaktionsomkostninger med omkostningerne ved en simpel frasigelse. Således undersøges det om teorien om transaktionsomkostninger kan anvendes til at forstå rationalet bag forhandlingen af den

¹ Det gøres klart at arbejdsretlig identitet i afhandlingen omtales som arbejdsretlig identitet såvel som identitet

mest favorable overenskomst eller muligheden for at frasige sig denne, hvis det medfører at virksomheden bliver mere konkurrencedygtig.

På baggrund af teorier og modeller forsøger afhandlingen at opstille eksempler på en markedssituation, hvor der vælges mellem en mere omkostningsfuld og en mindre omkostningsfuld overenskomst. Endvidere illustreres det, hvordan man opnår en optimal kontrakt og hvordan man allokere omkostningerne efter princippet om *fairness* og fleksibilitet.

Der er en betydelig usikkerhed forbundet med retstilstanden i forhold til frasigelse af kollektive overenskomster i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse og i særdeleshed overdragelser, hvor virksomhederne er nært beslægtede. Denne afhandling forsøger således at analysere og fortolke på nyere retspraksis, for at vise hvordan Arbejdsretten vurderer arbejdsretlig identitet og spørgsmålet om omgåelse. Der ses en tendens til, at Arbejdsretten udvider forståelsen af identitet, og dermed opstår en usikkerhed om, hvor grænsen går. Dertil forsøger den økonomiske analyse at belyse, hvilke konsekvenser og muligheder, der opstår i forhold til denne problemstilling.

1.2 Begrebsafdækning

Lønmodtager

I afhandlingen skal det bemærkes, at begrebet lønmodtager anvendes i flere udgaver. Lønmodtager benævnes således som lønmodtager, ansat, arbejdstager og medarbejder i forskellige sammenhænge.

Den danske model

Den danske model bygger på tre dele:

- Trepartssamarbejde
- Kollektive overenskomst
- Høj organisationsgrad

Parternes store indflydelse på beskæftigelsespolitikken og løn- og ansættelsesvilkår er noget særligt for den danske model. Staten blander sig så vidt muligt ikke i reguleringen af løn- og ansættel-

sesvilkår, så længe parterne er i stand til at løse problemerne selv på en forsvarlig måde. Parterne kan også bedre acceptere vilkår, som de selv har været med til at fastsætte.

Reguleringen af disse vilkår sker gennem kollektive overenskomster. Aftaleparterne vil på arbejds-tagerside altid være en kollektivitet af lønmodtagere, ofte i form af fagforeninger, mens det på arbejdsgivers side kan være en enkelt arbejdsgiver eller en arbejdsgiverorganisation. I de kollektive overenskomster reguleres løn- og ansættelsesvilkår inden for de forskellige brancher. De fastlægger således regler, som har betydning for den enkelte lønmodtagers ansættelsesforhold.

De kollektive overenskomster er hensigtsmæssige, fordi arbejdsmarkedets parter hurtigere og bedre selv kan tilpasse aftalerne til den enkelte branche eller den enkelte virksomhed, end staten kan.

Hvis der opstår uenighed om rettigheder efter overenskomsten, kan der anlægges sag mod arbejdsgiveren, og dette foregår i det fagretlige system².

Lokalaftaler

En lokalaftale er et supplement til overenskomsten, da alle de mange og meget forskellige forhold kan være svært at rumme i en overenskomst. Lokalaftaler kan kun indgås mellem virksomheden og tillidsrepræsentanten – eller talsperson, hvis der ikke er valgt en tillidsrepræsentant – og ikke mellem den enkelte medarbejder og virksomheden. Lokalaftalen vil altid være underordnet overenskomsten, hvilket bevirker, at der som hovedregel ikke kan aftales ringere vilkår end dem, der står i overenskomsten. Lokalaftaler er således et godt redskab til at forhandle sig til mere fleksible arbejdsvilkår eller særlige goder. Svagheden ved disse aftaler er, at de kan opsiges med få måneders varsel. Det sker typisk, hvis virksomheder er økonomisk pressede, eller ved virksomhedsoverdragelser og fusioner, hvor en ny ejer rydder op i bunken af aftaler³.

Fairness

I afhandlingen anvendes begrebet *fairness*, ud fra definitionen "*... a worker's concern for fairness when interacting with a firm. A crucial element of the model is that the worker judges fairness by*

² <https://bm.dk/arbejdsmraader/arbejdsvilkaar/den-danske-model/>

³ <https://www.hk.dk/raadogstoette/overenskomst/hvad-er-en-lokalaftale>

contrasting the current transaction with a “reference transaction,” which is determined by the worker’s recent personal experience⁴”.

I afhandlingen anvendes Kahnemans undersøgelse til at belyse den generelle opfattelse af *fairness*, og det fremgår af det følgende: “... *people think that it can be fair for a firm to raise prices when its costs go up or to lower wages if it is losing money, but not fair for it to raise prices if its product becomes scarce or to lower wages if other workers are willing to work for less⁵”.*

Begrebet vil i afhandlingen således dække over forståelsen af, hvad parterne – i denne sammenhæng i særdeleshed medarbejderne – finder retfærdigt eller i højere grad rimeligt. I afhandlingen anvendes de afledte begreber af *fairness* – *fair* og *unfair*. Begrebet er skrevet med kursiv for at distancere det fra resten af teksten.

1.3 Afgrænsning

Afhandlingen tager udgangspunkt i de ansættelsesretlige aspekter ved en virksomhedsoverdragelse alene inden for Danmarks grænser, og der er således ikke fokus på grænseoverskridende virksomhedsoverdragelser. Når der sker en virksomhedsoverdragelse, kommer Virksomhedsoverdragelsesloven i spil, og denne lov regulerer lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelsen. Der ses på koncernforbundne selskaber, fusioner og spaltning, og yderligere overdragelsesformer ved en virksomhedsoverdragelse vil dermed ikke blive behandlet. I forhold til disse transaktioner behandles lønmodtagernes retsstilling i forbindelse med frasigelse af kollektive overenskomster, mens lønmodtagernes rettigheder i øvrigt ikke vil blive behandlet i denne afhandling. Fokus er lagt på forholdet mellem overdrager og erhverver i overdragelsesprocessen. Der vil således ikke lægges vægt på de forhold, hvor erhverver ikke har en overenskomst før overdragelsen, der bliver blot redegjort kort herfor i afsnit 3.3.1.2.

Forhandlingspligten i lovens §4 a, stk. 3 berøres, men forhandlingsprocessen vil ikke yderligere blive behandlet, ligesom lovens §4 a, stk. 2 ikke vil blive behandlet, da bestemmelsen ikke tjener til at besvare afhandlingens problemstilling.

⁴ j. Benjamin: A Theory of Fairness in Labor Markets, s. 2

⁵ Holonen-Akatwjiuka & Hart: Continuing Contracts, s. 3

Afhandlingen vil indeholde en deskriptiv beskrivelse af en overenskomst generelt, og afdække hvad der særligt gælder for kollektive overenskomster. Dernæst vil det blive belyst, hvilken rolle kollektive overenskomster spiller i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, og hvorfor dette er interessant. Der fremgår en deskriptiv beskrivelse af, hvad der forstås ved en virksomhedsoverdragelse og forholdet mellem en virksomhedsoverdragelse og kollektive overenskomster.

Afhandlingen er afgrænset således, at der lægges vægt på begrebet overenskomster i forbindelse med Virksomhedsoverdragelsesloven, og bestemmelsen §4 a, stk. 1 danner grundlag for analysen i afhandlingen, hvor fokus ligger på arbejdsretlig identitet og eventuelle omgængelsesbetragtninger.

I den økonomiske analyse opstilles et spil ud fra spilteorien om et specialized labour game, hvor spillet ikke spilles, men derimod blot anvendes til at illustrere de givne konsekvenser.

Slutteligt bliver der i forbindelse med den kollektive overenskomst yderligere fokuseret på lokalaf-taler og opsigelse heraf, da der i den økonomiske analyse åbnes op for et alternativ til at lade konflikten mellem arbejdsgiver og fagforbund ende til afgang ved Arbejdsretten. Der findes be-grænset litteratur på området omkring kapitalisering af lokalaf-taler, og afsnittet herom vil derfor blive behandlet på et mindre dybdegående niveau.

I den interdisciplinære del bliver det diskuteret, hvorvidt reglerne i §4 a er optimale. Der vil i den forbindelse ikke blive kommenteret på selve opsætningen af loven eller fremsat forslag til en di- rekte ændring i ordlyden; det bliver blot nævnt for at muliggøre diskussionen om lovens tilstræk- kelighed i nuværende form og om hvorvidt bestemmelsen kan og bør optimeres.

1.4 Problemformulering

Denne afhandling tager sit udgangspunkt i Virksomhedsoverdragelseslovens §4 a og en analyse af, hvordan denne anvendes i forhold til kollektive rettigheder ved en virksomhedsoverdragelse. Lo- ven har til hensigt at sikre lønmodtagernes retsstilling og §4 a i særdeleshed tilstræber at beskytte lønmodtagerne mod uretmæssig frasigelse af kollektive overenskomster. Imidlertid ses det, at Arbejdsrettens praksis ikke udelukkende følger denne hensigt, men i stigende grad tilgodeser virk- somhedernes mulighed for økonomisk overlevelse.

I det følgende belyses gældende ret for frasigelse af kollektive overenskomster. Det diskuteres, hvilken rolle den arbejdsretlige identitet spiller i forbindelse med frasigelsesmuligheden.

Det vurderes, hvordan transaktionsomkostningerne gør sig gældende i overvejelserne af, hvorvidt der skal forhandles og hvordan. Og dernæst vurderes betydningen af *fairness* og fleksibilitet i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse og hvordan disse faktorer påvirker lønmodtagernes adfærd. Endelig vurderes det, om §4 a er tilstrækkelig i bestræbelserne på at sikre den tiltænkte harmonisering eller om dens ordlyd bør ændres.

1.5 Struktur

Afhandlingen er opbygget omkring fem dele. Kapitel 1 indeholder introduktion, formål, metode samt afgrænsning som danner rammen om afhandlingens problemstilling. Herefter vil kapitel 2-6 omhandle den juridiske del af afhandlingen, herunder en analyse af retspraksis.

Kapitel 7-10 omhandler de samfundsmæssige konsekvenser af Arbejdsrettens praksis i den økonomiske del af afhandlingen. For at samle op på den juridiske og økonomiske del af afhandlingen, vil kapitel 11 indeholde den interdisciplinære analyse, hvori der vil blive vurderet, hvorvidt reglerne virker efter hensigten.

Slutteligt vil kapitel 12 indeholde en samlet konklusion af de tre nævnte hoveddele.

1.5.1 Juridisk del

Første del af afhandlingen behandler det juridiske aspekt, og giver indblik og en grundlæggende forståelse for overenskomsters dynamik, samt regler og begrænsninger vedrørende frasigelse heraf. Den juridiske del vil yderligere afspejle, hvordan den retsdogmatiske metode anvendes på området.

Første del af den juridiske del fokuser på retskilder, herunder Virksomhedsoverdragelsesloven samt EU-direktivet⁶, hvor reglerne har hjemmel. Der vil blive beskrevet og fortolket på forarbejderne til loven for at opnå en forståelse af den egentlige hensigt med de anvendte paragraffer.

I anden del af den juridiske del vil det ved hjælp af en analyse af retspraksis blive belyst, hvordan

⁶ Rådets Direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001

reglerne bliver anvendt i praksis, og hvordan loven fortolkes. Herefter vil det kort blive vurderet, hvorvidt reglerne dermed i praksis bliver anvendt efter hensigten.

1.5.2 Økonomisk del

Anden del af afhandlingen er den økonomiske del, der analyserer konsekvenserne af den retspraksis, der er på området. Der vil blive fokuseret på, hvordan denne praksis påvirker markedet og på adfærden blandt arbejdstagerne. Derudover vil der blive fortolket på den adfærd som arbejdsgiver udviser i forbindelse med frasigelse af overenskomsten. Det forsøges at forklare, hvordan adfærden afspejler arbejdsgivers handlinger, herunder hvorfor arbejdsgiver kunne ønske at omgå overenskomsten.

Transaktionsomkostningsteorien vil blive anvendt til at vise, hvordan de omkostninger der kan opstå ved forhandling af overenskomster allokeres mest hensigtsmæssigt ud fra princippet om *fairness*, og som følge heraf belyses adfærden hos såvel arbejdsgiver som arbejdstager.

Dernæst opstilles to modeller, der forsøger at illustrere virksomhedens aktuelle situation. I forhold hertil indgår det i vurderingen hvilken kontrakt er optimal, om overenskomsten skal frasiges og hvilke konsekvenser der kan opstå som følge af en frasigelse.

Slutteligt vil der i det økonomiske afsnit blive fokuseret på mulighederne for at mindske den splid der kan opstå mellem medarbejderne, og derved fagforbundet, og virksomheden, og således kan en konflikt undgås.

1.5.3 Interdisciplinær del

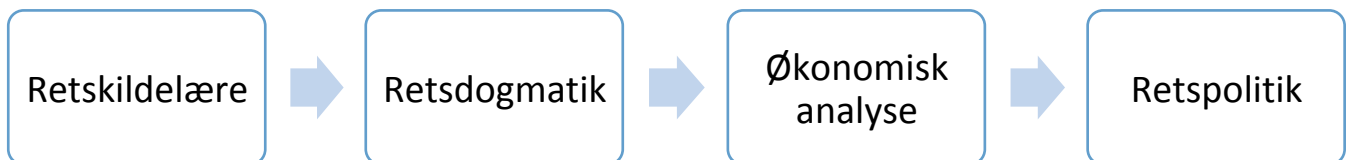
Tredje og sidste del af afhandlingen udgør den interdisciplinære del, der viser sammenkoblingen mellem de juridiske - og økonomiske analyser. Der vil her blive fokuseret på, hvad reglerne er, hvordan de anvendes og konsekvenserne heraf. Det diskuteres, hvorvidt reglerne er optimale, som de er i dag, herunder hvorvidt indførelsen af §4 a opnåede den ønskede hensigt.

Slutteligt diskuteres ændringer til lovens ordlyd, som er baseret på den usikkerhed og de uligheder der eksisterer omkring anvendelsen af §4 a i forbindelse med frasigelse samt identitets- og omgå-

elsesbetragtninger. Det diskuteres endvidere, om der er brug for en præcisering af ordlyden for at skabe en mere ensartet praksis og et mere gennemsigtigt anvendelsesgrundlag.

1.6 Metode

Overordnet tager den almindelige erhvervsjuridiske metode udgangspunkt i et konkret juridisk problem, fænomen eller regulering. Herefter gennemføres en økonomisk analyse for at vise om gældende ret er økonomisk optimal. Denne metode medfører således normative forslag til gældende ret⁷.



Figur 1 - metode

1.6.1 Juridisk metode

1.6.1.1 Retsdogmatiske metode

Afhandlingen tager udgangspunkt i den retsdogmatiske metode. Denne anvendes til at belyse de retskilder, der bliver anvendt i forbindelse med virksomhedsoverdragelse og de ansættelsesretlige aspekter herunder, og dertil hvilken effekt retskilderne har på den udviklede retspraksis.

Den retsdogmatiske metode fortolker, beskriver og systematiserer, hvad gældende ret er – de lege lata. Derudover anvendes metoden også til at tolke på ældre retskilder, der ikke længere er gældende ret og kan på denne måde give et udvidet syn på tingene henholdsvis før og efter ikrafttræden af Virksomhedsoverdragelsesloven af 2001.

I denne afhandling benyttes metoden til at beskrive hvad gældende ret er, gennem undersøgelse af juridisk litteratur, herunder også retsregler, samt den retspraksis, som gør sig gældende på om-

⁷ D. Tvarnø & Nielsen: Retskilder og retsfortolking, s. 434

rådet. I afhandlingen medtages domme, som er analyseret ved brug af metoden. Disse anvendes med henblik på at støtte de synspunkter der findes i den juridiske litteratur. Den juridiske domsanalyse skal være medvirkende til at kvalificere hvorledes retsstillingen er.

Da afhandlingen ønsker at præcisere Virksomhedsoverdragelseslovens §4a, stk. 1, ud fra hvad der kan udledes af forarbejderne og den afledte retspraksis heraf, er den retsdogmatiske metode ideel, da den bruges til at løse problemstillinger inden for forskellige retsdiscipliner.

Den retsdogmatiske analyse baseres på retskilder, regulering, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur jf. den retsdogmatiske metode.

Det er den juridiske litteratur, lovgivning samt relevante domme, der danner grundlag for brugen af den retsdogmatiske metode i denne afhandling. Afhandlingen er baseret på dansk ret og danske retsregler, da afhandlingen kun relaterer sig til de danske retsforhold, herunder det danske marked, og den danske lovgivning omkring virksomhedsoverdragelse. Dog har disse danske retsforhold hjemmel i EU-direktivet⁸.

I Skandinavien har vi en realistisk retsteori, og retsrealismen er centraliseret omkring Alf Ross, som var dansk jurist, retsfilosof og almindeligvis betragtet som forgangsmand for retsrealismen⁹. I 1950'erne, hvor den realistiske retsteori havde sit gennembrug, fandtes ingen rangorden i de danske retskilder, hvilket betød, at retssædvaner udformet af en Domstol fik samme hierarkiske placering som eksempelvis regulering. I dag ser man en tydeligere rangorden mellem retskilderne, hvor der skal mere til for at retssædvaner kan træde i stedet for lovgivning. Dette fremgår af afhandlingen i forbindelse af etableringen af Virksomhedsoverdragelseslovens §4 a.

Afhandlingen gør endvidere brug af relevante domme på området. Disse domme er analyseret for at kunne fastlægge retsstillingen og bruges således til at støtte den juridiske argumentation i afhandlingen. Denne retspraksis er med til at vise hvordan Virksomhedsoverdragelsesloven anvendes på området samt fastlægge gældende ret. De udvalgte domme er af nyere dato, hvor den ældste dom er fra 2015. Dog støttes ret på retspraksis af ældre dato. Alle dommene er behandlet af Arbejdsretten.

⁸ Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001

⁹ D. Tvarnø & Nielsen, Retskilder og retsteorier, s. 379

1.6.1.2 Arbejdsretten

Afhandlingen tager udgangspunkt i sager behandlet af Arbejdsretten. Arbejdsretten er en statslig specialdomstol, som ligger uden for det almindelige domsstolssystem¹⁰ og behandler sager i 1. instans. Arbejdsretten er endvidere en domstol, der har fokus på en hurtigere løsning inden for det arbejdsretlige område, og det er således oplagt at arbejdsretlige tvister anlægges her. I afhandlingen anvendes Arbejdsrettens domme til at belyse den praksis, der udledes af Virksomhedsoverdragelseslovens §4 a, og værnetingsreglen følger af Virksomhedsoverdragelseslovens §4a, stk. 2.

1.6.2 Økonomisk metode

1.6.2.1 Transaktionsomkostningsteori herunder adfærd

Første del af den økonomiske del bygger på forståelsen af transaktionsomkostningsteorien. Teorien er udviklet af Oliver E. Williamson i et forsøg på at forklare, hvorledes de omkostninger en transaktion medfører, kan minimeres, så kontraktrelationens værdi kan maksimeres. Derudover tager teorien udgangspunkt i, om transaktionsomkostningerne påvirker forhandlingsprocessen. I forbindelse med transaktionsomkostningsteorien gælder der endvidere nogle adfærdsantagelser: Parterne kan handle begrænset rationelt. Denne adfærd opstår, når der eksempelvis består asymmetrisk information mellem parterne og i denne afhandling tages udgangspunkt i en overenskomstforhandling, hvor der eksisterer asymmetrisk information blandt parterne. Derudover kan parterne udvise opportunistisk adfærd. Det er muligt for parterne at handle i egen interesse – hvor den ene part ønsker at egenoptimere¹¹ – hvorved der opstår et adfærdsmæssigt problem, som belyses i den økonomiske analyse. Dertil er formålet med teorien at vise, hvilken forhandlingsmetode der er optimal.

I den økonomiske analyse præsenteres ligeledes princippet om den psykologiske kontrakt for at belyse forhandlingsparternes adfærd og den rolle, som *fairness* og fleksibilitet spiller i denne forbindelse.

¹⁰ www.arbejdsretten.dk

¹¹ E. Williamson: The Economic Institutions and Capitalism, s. 30-57

1.6.2.2 Den neoklassiske - og den ny-institutionelle teori

Fælles for den neoklassiske økonomiske teori og ny-institutionel økonomi er, at analyseniveauet er markedet og at analyseenheden er virksomheden. Analyseenheden arbejder med allerede fastlagte aktørforudsætninger og det er således væsentligt for den økonomiske metode, at virksomheden og markedet er omdrejningspunkterne. Tilgangen er dermed præget af disse to – og samtidig begrænset til anvendelsen af – disse to aktører.

I neoklassisk teori anses aktørerne for at være fuldt rationelle og dermed befinde sig på et fuldkomment marked. Der er perfekt information, aktørnes beslutninger kan analyseres uafhængigt af hinanden, produktet er homogent, antallet af sælgere er stort, og der er fri afgang til og fra markedet. På dette perfekte marked eksisterer ingen transaktionsomkostninger, derfor er den neoklassiske ikke relevant i denne sammenhæng, og afhandlingen vil således anvende den ny-institutionelle metode.

I en ny-institutionel økonomi er der fokus på institutioners dannelse og virke, og institutionen har således betydning for ressourceallokering. Juraen opfattes som en institution, der påvirker denne, hvilket betyder, at domstolen, i denne afhandling Arbejdsretten, kan ses som en institution, der forsøger at formindske markedsfejl. I denne metode baseres teorien således ikke på et marked med fuldkommen konkurrence.

I denne metode ses økonomien med en realistisk tilgang og derfor er denne metode oplagt at anvende i denne afhandling, da den giver det bedste billede af hvordan Arbejdsrettens praksis kan have indflydelse på virksomhedens økonomiske situation¹².

1.6.2.3 Spilteorien

Spilteori anvendes i afhandlingen for at strukturere en konfliktsituation ved at bruge "spillerne", deres strategier og de pay-offs som følger af parternes valg. Formålet med spilteorien er at angive en mulig løsning på en konflikt set ud fra spillets parametre. Spilteorien stammer fra anerkendelsen af, at de samme konflikter med samme struktur kan opstå inden for forskellige dele af samfundet. I afhandlingen er "spillerne" erhverver og overdrager, strategierne er overenskomster og

¹² Østergaard: Metode på cand.merc.jur studiet, s. 271-273

herudfra vurderes deres pay-offs i forhold til ønsket om fortsat at være konkurrencedygtige på markedet. Spillet anvendes i afhandlingen til at illustrere den juridiske problemstilling inden for området.

1.6.3 Interdisciplinær metode

1.6.3.1 Erhvervsjuridisk metode

I den interdisciplinære del anvendes den erhvervsjuridiske metode, der tjener til formål at se problemstillingen fra en ny synsvinkel.

Skal den erhvervsjuridiske metode have et selvstændigt videnskabeligt indhold, der rækker videre end den retsdogmatiske metode, må der ske en inddragelse af økonomiske modeller og teorier i samspil med retsdogmatikken. Der bliver i den interdisciplinære del inddraget økonomiske modeller og teorier i et samspil med de foreliggende oplysninger om gældende ret. Derigennem forsøges at opnå en ensartet forståelse af lovens anvendelighed.

Den erhvervsjuridiske metode er en problemorienteret metode. Problemerne tager udgangspunkt i en eller flere juridiske og økonomiske problemstillinger, begge set fra virksomhedens synsvinkel med fokus på at optimere i økonomisk forstand og på samme tid minimere retskonflikter¹³.

I den erhvervsjuridiske metode ses virksomheden som både problemejer¹⁴ og som genstand.

Der er derfor ved brug af denne metode tale om en aktør, der opererer på et markedet ud fra fastlagte forudsætninger. Retsdogmatikken har et fremadrettet og normativt syn på virksomheden, hvilket indebærer, at fastlæggelsen af gældende ret skal suppleres med den økonomiske teori for at optimere beslutningerne for virksomhederne på markedet. Den erhvervsjuridiske metode er således med til at fastlægge, hvordan den økonomiske metode kan forbedre den juridiske tilgang. I denne opgave ses formålet med anvendelsen af den erhvervsjuridiske metode således som optimering af lovens anvendelse i et samfundsmæssigt perspektiv – hvordan loven bedst tager hensyn til markedets parter.

¹³ Østergaard: Metode på cand.merc.jur., studiet, s. 281

¹⁴ Østergaard: Metode på cand.merc.jur. studiet, s. 280

1.6.3.2 Retspolitisk metode

I sidste del af den interdisciplinære del diskuteres det, hvorvidt den økonomiske analyse kan bidrage med en forbedring af den eksisterende lovgivning eller retstilstand - de lege ferenda. Der foretages således en retspolitisk analyse, når det diskuteres om Virksomhedsoverdragelseslovens §4 a er optimal i sin nuværende form eller om den bør ændres for at skabe en bedre forståelse for hensigten bag indførelsen af netop denne bestemmelse. Det overvejes, om der skal ske en ændring af retsregler for at opnå en ønsket retstilstand, som er udledt af den juridiske og økonomiske analyse. Forud for den retspolitiske analyse gennemføres den retsdogmatiske analyse, som har til formål at finde frem til gældende ret. Der analyseres på gældende ret, og dernæst bidrager den økonomiske metode til at belyse konsekvenserne og de adfærdsmæssige problemer som følger heraf. Endelig diskuteres, hvordan fremtidig lovgivning bør udformes i den interdisciplinære analyse¹⁵.

¹⁵ D. Tavrø & M. Denta: få styr på metoden, s. 194-195

Kapitel 2 – Kollektive overenskomster

2.1 Introduktion

På det danske arbejdsmarked findes der ikke lovgivning, der regulerer blandt andet løn, arbejdstid, overtidbetaling, pension og opsigelsesvarsel. Regler om disse findes i stedet i overenskomsterne. Overenskomsterne er medarbejderens rettigheder på jobbet, og de er juridisk bindende¹⁶.

En kollektiv overenskomst er en aftale mellem en arbejdsgiver og en lønmodtagerorganisation, og formålet med kollektive overenskomster er at regulere løn- og ansættelsesvilkår for grupper af arbejdstagere¹⁷. Det særlige ved overenskomster er, at de som udgangspunkt ikke kan frasiges, og de løber til uendelig tid eller til de genforhandles. I praksis ser man, at overenskomster forhandles efter hvert tredje til fjerde år, hvor den gældende aftale med det pågældende fagforbund udløber. Dog ses det også, at der findes overenskomster, der kun løber helt ned til ét år. Det er ikke ensbetydende med, at aftalen bortfalder, hvis der ikke sker genforhandling; det er blot en mulighed, der foreligger, for at både arbejdersgiver og arbejdstagers krav kan blive forhandlet på ny.

Da en overenskomstaftale som nævnt er juridisk bindende, er parterne således forpligtet til at overholde vilkårene i den pågældende aftale. Brydes disse vilkår bliver den brydende part pålagt en bod som fastlægges af Arbejdsretten, jf. arbejdsretslovens §12, stk. 1. Overenskomstbrud kan således være medvirkende til at der opstår konflikt mellem parterne, og sagen kan ende til behandling ved Arbejdsretten. Det bliver i den forbindelse afgjort, om der skal pålægges en bod.

2.2 Historisk set

Den kollektive arbejdsret er opstået gennem tiden ved fagforeningernes konflikter samt deres overenskomster med enkeltvirksomheder. I 1899 blev det, i det såkaldte September-forlig, slået fast, at det er arbejdsgiver, der har retten til at lede og fordele arbejdet, mens det er fagforenin-

¹⁶ <https://www.3f.dk/fagforening/fag/busstewardesse/hvad-er-en-overenskomst>

¹⁷ <http://pav.perst.dk/Publikation/Arbejdsretlige%20forhold%20herunder%20overtraedels/Kollektive%20overenskomster%20som%20arbejdsrettens.aspx>

gerne, der som de eneste har retten til at indgå aftaler omkring løn- og arbejdsforhold. Heraf kommer altså, at den kollektive arbejdsrets hovedgenstand er knyttet til overenskomster og derved relationerne mellem arbejdsgivere og arbejdstageres fagforeninger på arbejdsmarkedet¹⁸.

De lovmæssige rammer for de kollektive overenskomster opstiller de institutionelle og processuelle rammer – alt til håndteringen af de konflikter, der måtte opstå mellem arbejdsgiver og organisationerne. Her har vi Arbejdsretsloven, som i realiteten er en speciel retsplejelov for Arbejdsretten, hvor de faglige Voldgiftsretter samt Forligsmandsloven er en fortsat processuel ramme for Statens Forligsinstitutions virke i interessekonflikter af samfundsmæssig karakter¹⁹. Fælles for disse er, at de er udformet efter forhandlinger med især DA og LO, samt at justeringer heraf som regel sker efter anmodning fra begge organisationer.

Hovedaftalen mellem DA og LO bredte sig til størstedelen af arbejdsmarkedet, hvor aftalen indeholdte generelle principper omkring blandt andet: organisationsret, konfliktret, fredspligt, Arbejdsgiveres ledelsesret, samarbejdspligt og til sidst opsigelse af selve overenskomster. Generelt er hovedaftalens grundprincipper ret ensartede på trods af, at der kan være forskellige udformninger af enkelte bestemmelser såsom varsling af konflikter.

De generelle grundprincipper forgår i høj grad i praksis, da det meget sjældent sker, at to parter når til enighed omkring ændringer i hovedaftalernes indhold. Sådanne aftaler er typisk ret rummelige, og det er det faglige organs pligt at sikre, at de tilpasses de aktuelle samfundsmæssige forhold. Der er dermed stor lighed mellem retspraksis og hovedaftalerne, hvilket vil sige, at det langt hen ad vejen er praksis, der har udviklet de fælles regler i aftalerne.

Voldgiftsretten var de første efter September-forliget, der formulerede en række retsprincipper med et udgangspunkt, der byggede på det grundlag, som forliget havde skabt. Voldgiftsretten havde dog en tydelig tendens til at være præjudikatorienteret, da deres principper sjældent afveg fra allerede fastslået retspraksis. I de seneste år har Arbejdsretten dog haft en meget retsskabende rolle på trods af de allerede fastsatte principper. En betydelig ting er, at arbejdsretten løbende

¹⁸ Kristiansen: Den Kollektive Arbejdsret, side 60 midt.

¹⁹ Kristiansen: Den Kollektive Arbejdsret, side 61 midt.

overvejer og justerer grundsætningerne for at tilpasse dem arbejdsmarkedets aktuelle forhold og sikre, at principperne generelt set er optimale for markedet.

2.3 Karaktertræk

Et ansættelsesforhold indebærer en gensidigt forpligtende aftale mellem en ansat og en arbejdsgiver. Aftalen giver således begge parter både rettigheder og forpligtelser. Ansættelsesaftalen giver ikke en udtømmende beskrivelse af rettigheder og forpligtelser, men disse kan almindeligvis udledes af almindelige ansættelsesretlige principper. Ud over den individuelle aftale og de almindelige arbejdsretlige principper består ansættelsesforholdets juridiske grundlag således af lovgivning. En betydelig del af ansættelsesvilkårene er imidlertid indeholdt af de kollektive aftaler. Et særligt kendetegn ved den danske arbejdsret er, at de kollektive aftaler spiller en stor rolle, og den danske arbejdsretsmodel er kendetegnet ved, at en betydelig del af ansættelsesvilkårene er fastlagt i kollektive overenskomster.

Selv om lovgivningen indeholder regler specielt om konfliktløsning, jf. især Arbejdsretsloven og Forligsmandsloven, så er der ingen lovmæssig definition af begrebet kollektiv aftale. Ser man på indholdet, findes der forskellige typer af kollektive overenskomster. En definition skal rumme både hovedaftaler, som fortrinsvis indeholder bestemmelser af betydning for de kollektive parter, og lokalaftaler, som indeholder bestemmelser om arbejdsvilkår på den enkelte virksomhed eller i lokalområdet og som derfor er betydeligt mere nærværende både for den enkelte virksomhed og for medarbejderne end hovedaftalerne.

Den traditionelt anvendte definition for en kollektiv overenskomst er som følger:

En kollektiv overenskomst er en aftale mellem en organisation af lønmodtagere på den ene side og en organisation af arbejdsgivere eller en enkelt arbejdsgiver på den anden side om løn og om andre arbejdsvilkår, som skal finde anvendelse mellem den enkelte arbejdsgiver og lønmodtager, eller om forholdet mellem overenskomstparterne²⁰.

²⁰ Schaumburg-Müller, Emborg & Budtz Pedersen: Kollektiv arbejdsret, s. 141

Et væsentligt karaktertræk for en kollektiv overenskomst er det forhold, at der er en kollektiv interessebærer på arbejdstagersiden, således at der er en flerhed af arbejdstagere. Det er dermed ikke muligt for den enkelte arbejdstager selv at indgå en kollektiv aftale. Kollektivitet indebærer, at personerne ikke kendes og er forskellige over tid. Dertil gælder, at denne kollektivitet skal have præg af at være organiseret. En virksomhed kan således indgå en kollektiv aftale med en flerhed af arbejdstagere på virksomheden, hvis de udgør en organisation. Dette betyder, at rettigheder og forpligtelser gælder for de til enhver tid værende medlemmer af vedkommende organisation. Overenskomsten gælder dermed også for de medlemmer, der melder sig ind i organisationen, efter overenskomsten er indgået. Dette udgangspunkt gælder ligeledes på arbejdsgiversiden. Som altovervejende hovedregel bliver en arbejdsgiver, der indmelder sig i arbejdsgiverforeningen, også omfattet af vedkommende overenskomst på området. Denne hovedregel kan dog i visse tilfælde fraviges, se nedenfor afsnit 4.1.

2.4 Indholdet af en kollektiv overenskomst

Det følgende angår aftalens indhold. Som nævnt er hovedformålet med den kollektive overenskomst at regulere ansættelsesvilkårene for medarbejderne. Ansættelsesvilkår omfatter bl.a. løn – her definerer nogle overenskomster en minimumsløn, mens andre ikke indeholder lønsatser. Den enkelte overenskomst behøver således ikke konkret at fastlægge ansættelsesvilkårene, men de kan i stedet angive, hvorledes ansættelsesvilkårene fastlægges, f.eks. ved aftale direkte mellem virksomhed og ansat eller ved lokalaftale. Dansk ret bygger på kontraktfrihed, og det er således op til den enkelte selv at bestemme, om man ønsker at kontrahere, med hvem en evt. aftale skal indgås, og hvilket indhold en aftale i givet fald skal have. Bestemmelserne om ansættelsesvilkår har naturligvis direkte betydning for den enkelte medarbejder, men overenskomsten kan imidlertid også indeholde bestemmelser om forhold, der ikke umiddelbart kan betragtes som ansættelsesvilkår. Bestemmelserne kan angå tillidsrepræsentanter, regler om behandling af faglige stridigheder samt samarbejdsforhold mellem organisationerne og på arbejdspladserne, og de tager langt hen ad vejen sigte på at regulere forholdet mellem organisationerne og disses repræsentanter²¹.

²¹ Schaumburg-Müller, Emborg & Budtz Pedersen: Kollektiv arbejdsret, afsnit 3.1 og 3.2

I forlængelse heraf er en overenskomstforpligtet arbejdsgiver forpligtet og berettiget til at anvende overenskomsten på det arbejde, som ansatte udfører inden for dens anvendelsesområde. Det har stor praktisk betydning, om et konkret arbejde falder inden- eller udenfor overenskomstens regler. Hvis arbejdet er omfattet af anvendelsesområdet skal arbejdsgiveren overholde overenskomstens mindstevilkår, mens arbejdstagerne omvendt ikke må konflikte for at få arbejdet særskilt overenskomstdækket. Arbejdsgivernes organisationer er altovervejende inddelt efter branche- og sektormæssige tilhørsforhold. Den enkelte overenskomst omfatter således en afgrænset gruppe af arbejdsfunktioner inden for en bestemt branche eller sektor. Det beror som udgangspunkt på en almindelig fortolkning og i praksis på en række typeforudsætninger, om et bestemt arbejde er omfattet af overenskomstens faglige anvendelsesområde. Det generelle udgangspunkt er, at overenskomsten omfatter alt det arbejde, som medlemmerne af den faglige organisation sædvanligvis udfører for arbejdsgiverforeningens medlemmer.

En overenskomstforpligtet arbejdsgiver skal tilmed overholde overenskomstens regler på ensartet vis for alle arbejdsforhold, der falder under det faglige anvendelsesområde. Overenskomsterne indeholder dog visse muligheder for at fravige nogle af reglerne for særlige grupper, f.eks. lønmodtagere med nedsat erhvervsevne.²²

Afslutningsvis er en overenskomst ikke blot afgrænset til det faglige og personlige område, men også til et bestemt geografisk område²³. For at bestemme det geografiske virkefelt for overenskomstparterne kan der opstilles en række formodningsregler for den geografiske afgræsning. Som udgangspunkt gælder de landsdækkende overenskomster for alt det arbejde, som udføres på det danske arbejdsmarked, og overenskomster mellem danske organisationer hviler derfor på den formodning, at de ikke gælder for arbejde udført i andre lande²⁴.

²² Faglig, personlig og geografiske anvendelsesområder vil der ikke blive kigget nærmere på i afhandlingen.

²³ Kristiansen: Den kollektive arbejdsret, s. 239-240

²⁴ Kristiansen: Den kollektive arbejdsret, s. 266-267

Kapitel 3 - Hvad der forstås ved en virksomhedsoverdragelse

3.1 introduktion

Direktivets og lovens kerneområder er overdragelse af en virksomhed ved en almindelig skriftlig overdragelsesaftale mellem to uafhængige parter. Det er dermed en forudsætning, at der foreligger en virksomhedsoverdragelse for, at Virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse. I henhold til Virksomhedsoverdragelseslovens §1, stk. 1, *"finder denne anvendelse ved overdragelse af en virksomhed eller en del heraf(...)"*, og ifølge direktiv 2001/23 bestemmer artikel 1, stk. 1, litra a og b, at:

- a) Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en virksomhed eller bedrift til en anden indehaver som følge af en overdragelse eller fusion.*
- b) Som overførsel i henhold til dette direktiv anses overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, forstået som en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk, jf. dog litra a) og de følgende bestemmelser i denne artikel²⁵.*

I vurderingen af om loven finder anvendelse på den individuelle virksomhedsoverdragelse, ses der først på artikel 1, stk. 1, litra a, og hvis denne er opfyldt ses der på litra b, for at kvalificere om der foreligger identitet. Virksomhedsoverdragelsesloven bliver ikke relevant i tilfælde, hvor der foreligger identitet mellem overdrager og erhverver, da en afgørende forudsætning for at statuere virksomhedsoverdragelse ikke er til stede.

Ved en virksomhedsoverdragelse forstås i teoriens forstand en transaktion, hvorved et selskab eller anden funktionel enhed, som kaldes målvirksomheden, overføres fra én ejer, kaldet overdrager, til en anden ejer, kaldet erhverver – på begge sider en eller flere fysisk(e) eller juridisk(e) person(er). Forudsætningen for at der foreligger en virksomhedsoverdragelse er, at overdragelsen skal medføre en ændring i kontrollen med målvirksomheden. Det vil enten betyde, at erhverver

²⁵ Kraev: HR JURA Magasinet, kapitel 2

får enekontrol med målvirksomheden eller at målvirksomheden går fra at være ejet af én ejer til en situation, hvor erhverver og overdrager – eller flere erhververe – udøver fælles kontrol med målvirksomheden.

Der er tale om en flerhed af aktiver og passiver, som tilsammen udgør overdragelsens genstand, direkte (i tilfælde af substanssalg) eller indirekte (i tilfælde af salg af kapitalandele, hvilket normalt vil sige aktier eller anpartar). Overdragelse af enkeltstående aktiver falder dermed uden for begrebet virksomhedsoverdragelse²⁶.

EU-Domstolen har gentagne gange fastslået, at direktiv 77/187, som er kodificeret i direktiv 2001/23, finder anvendelse i alle de tilfælde, hvor der som led i en aftale sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift. I medfør af lovens §2, stk.1, indtræder erhververen ved en virksomhedsoverdragelse umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overdragelsestidspunktet, over for arbejdstagerne i virksomheden.

Der er tre kumulative betingelser for, at direktivet finder anvendelse:

- 1) Overdragelsen skal indebære, at der skiftes arbejdsgiver,
- 2) overdragelsen skal vedrøre en virksomhed (eller en del af en virksomhed), og
- 3) overdragelsen skal ske som led i en aftale

Hverken loven eller direktivet finder anvendelse i forbindelse med aktieoverdragelser. Sondringen mellem substansoverdragelser og aktieoverdragelser er begrundet med, at den juridiske arbejdsgivers identitet ikke ændrer sig ved aktieoverdragelser. De enkelte arbejdstagere opretholder således deres rettigheder og forpligtelser overfor selskabet²⁷.

²⁶ Egholm Hansen & Lundgren: køb og salg af virksomheder, s. 29

²⁷ Kraev: HR JURA magasinet, kapitel 2

3.2 Overdragelsesformer

3.2.1 Fusioner og fusionslignende transaktioner

Fusioner er omfattet af Virksomhedsoverdragelsesloven. En fusion indebærer, at et selskab opløses uden likvidation ved overdragelse af aktiver og forpligtelser til et andet selskab. Dette kaldes en uegentlig fusion. En fusion kan ligeledes gennemføres ved opløsning af to eller flere selskaber uden likvidation ved overdragelse, hvilket kaldes for egentlig fusion. Det fremgår af virksomhedsoverdragelsesdirektivet, at begge typer af fusion er omfattet. Det følger udtrykkeligt af direktiv 2001/23, at direktivet finder anvendelse i forbindelse *”overførsel (...) som følge af overdragelse eller fusion”*, jf. direktivets artikel 1, stk. 1, litra a.

Fusioner er ikke nævnt i den danske lov, men er uden tvivl omfattet af Virksomhedsoverdragelseslovens beskyttelse. Det er antaget i teori og praksis, at lovens begreb *”overdragelse”* også omfatter fusion²⁸. Udvalget til forberedelse af den danske gennemførelseslovgivning fandt desuden, at begrebet fusion er en aftalemæssig disposition, der ikke har en videre betydning end begrebet overdragelse.

EU's praksis bidrager endvidere til fortolkningen af begrebet fusion. I artikel 3 i EU's 3. selskabsdirektiv 78/855/EØF defineres fusion, som *”den fremgangsmåde, hvorved et eller flere selskaber ved opløsning uden likvidation overdrager deres aktiver og passiver som helhed til et andet selskab mod vederlag i form af aktier i det overtagende selskab til aktionærerne i det eller de overtagne selskaber og eventuelt et kontant udligningsbeløb”*. Generaladvokaten har desuden anført følgende i sit forslag til afgørelse af d. 24. marts 1992 i sag C-29/91:

”Da der ikke findes en mere nøjagtig definition af begrebet ”fusion” i selve direktivet eller i Domstolens praksis, er det nødvendigt at gå ud fra den sædvanlige betydning af begrebet i forbindelse med virksomheder, idet det skal forstås således, at to eller flere hidtil uafhængige virksomheder forenes eller sammensluttes, hvorved der sker en fusion i videste forstand. Denne betydning bekræftes af præamblen til direktivet, der nævner overførsel af virksomheder som følge af overdragelse eller fusion som manifestationer af ”ændringer i virksomhedens struktur” forårsaget af den økonomiske udvikling. Opfattet således skal begrebet efter min mening forstås som ”fusion” i vide-

²⁸ Kraev: HR JURA magasinet, kapitel 2

ste betydning, således som det f.eks. er anvendt i definitionen på "fusion" i artikel 3, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 3064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser. Ifølge denne bestemmelse opstår der en fusion, når "to eller flere virksomheder ved køb af andele eller aktiver, gennem aftale eller på anden vis erhverver den direkte eller indirekte kontrol over det hele eller dele af den eller flere andre virksomheder"."

Der er således anlagt en mere dynamisk fortolkning af direktivet. Denne fortolkning medfører, at fusioner ved køb og salg af bestemmende aktie – eller anpartsposter vil være omfattet af direktivet²⁹.

3.2.2 Transaktioner mellem koncernforbundne selskaber

Ved vurdering af, om der reelt er sket en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, er det relevant at afklare, om de tætte relationer mellem overdrager og erhverver i koncernforbundne selskaber har nogen betydning.

EU-domstolen fandt i Allen, C-234/98, at direktiv 2001/23 fandt anvendelse på overførsel af selskaber i samme koncern. Domstolen blev anmodet om at udtale sig om, hvorvidt direktivet kunne finde anvendelse på en overførsel mellem to selskaber i samme koncern, der havde ejere, ledelse, lokaler og arbejde til fælles, og som ikke havde nogen reel selvstændighed i forhold til hinanden med hensyn til fastlæggelsen af deres markedsadfærd. Med henblik på at afskære anvendelsen af direktivet blev det gjort gældende, at i henhold til konkurrenceretten vil to selskaber med disse karakteristika blive betragtet som en enkelt virksomhed^{30 31}.

Domstolen, der ikke fulgte denne argumentation, fastslog særligt, "at direktivet skal regulere enhver retlig ændring med hensyn til arbejdsgiverens person, såfremt direktivets øvrige betingelser er opfyldt. Det har medført, at direktivet kan finde anvendelse på en overførsel mellem eksempelvis to datterselskaber i samme koncern, der udgør forskellige juridiske personer, og som hver især har indgået konkrete ansættelsesforhold med deres arbejdstagere. Det forhold, at de pågældende

²⁹ Kraev: HR JURA magasinet, kapitel 2

³⁰ Dom af 24.10.1996, sag C-73/95 P, Viho mod Kommissionen, Sml. I, s. 5457.

³¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=CELEX%3A61999CC0175>

selskaber ikke alene har ejere, men også ledelse, lokaler og arbejde til fælles, er i den forbindelse uden betydning³².

I relation til anvendelsen af direktivet, opfattes moderselskabet og dets datterselskab, mht. deres adfærd på markedet, som én enhed. Moderselskabet og dets datterselskab er dog på trods af denne opfattelse stadig to selvstændige juridiske personer. EU-Domstolen udtalte, at der ikke er noget der kan begrunde denne opfattelse, og således finder direktivet og Virksomhedsoverdragelsesloven anvendelse i tilfælde, hvor der overføres en økonomisk enhed mellem to selskaber i samme koncern. Hensynet til arbejdstageres rettigheder er således mere tungvejende end hensynet til at definere koncernen samlet. Direktivet sikrer dermed universalsuccession i forhold til arbejdstagerne ved overdragelser indenfor en koncern³³.

Hvis overførsler mellem selskaber i samme koncern ville blive udelukket fra direktivets anvendelsesområde, ville det være i strid med direktivets formål, der, som Domstolen har fastslået, er at sikre, at arbejdstageres rettigheder opretholdes, når virksomheden skifter indehaver, således at arbejdstagerne kan forblive ansat i virksomheden på de vilkår, der var aftalt med overdrageren³⁴.

3.2.3 Spaltning som overdragelsesform

EU-domstolens praksis viser, at direktivet er blevet anvendt i en række situationer, hvor der ikke foreligger en virksomhedsoverdragelse i denne terms almindelige danske betydning. Det kan forklares ved, at sprogbrugen i direktivteksten sprogligt er bredere, og det at Domstolen tillægger direktivets formål vægt ved en afgrænsning af direktivets præcise anvendelsesområde.

I praksis er den mest almindelige form for overdragelse, der omfattes af direktivet, overførsler på grundlag af sædvanlige aftaler, der indgås mellem to eller flere fysiske eller juridiske personer, vedrørende køb og salg af samtlige eller nogle af aktiviteterne i en virksomhed. Direktivet omfatter således overførsler som følge af aftale om eksempelvis spaltning³⁵.

³² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CC0175&from=DA>, s. 11

³³ Kraev: HR JURA magasinet, kapitel 2

³⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CC0175&from=DA>, s. 11

³⁵ Klingsten: Ansættelsesretlige aspekter ved en virksomhedsoverdragelse s. 87

En spaltning defineres i 6. selskabsdirektiv 82/891/EØF som ”den fremgangsmåde, hvorved et selskab ved opløsning uden likvidation overdrager sine aktiver og passiver som helhed til flere selskaber, mod at der tildeles aktionærerne i det spaltede selskab aktier i det selskab, der modtager indskud som led i spaltningen”. Det fremgår yderligere af 6. selskabsdirektiv, artikel 11, at beskyttelsen af arbejdstagernes rettigheder i hvert af de deltagende selskaber, sker i henhold til det nuværende direktiv 2001/23/EF. En spaltning er defineret i selskabslovens §254 således: ”ved spaltningen overdrages aktiver og forpligtelser som helhed til flere bestående eller nye aktie – eller anpartsselskaber, der dannes ved spaltningens gennemførelse, mod vederlag til det indskydende kapitalselskabs kapitalejere. Generalforsamlingen kan med samme flertal træffe beslutning om en spaltning, hvorved kapitalselskabet overdrager en del af sine aktiver og forpligtelser til et eller flere bestående eller nye kapitalselskaber, der dannes ved spaltningens gennemførelse”³⁶.

3.2.4 Delkonklusion

Loven og direktivet forudsætter, at der er tale om en overførsel mellem to forskellige retssubjekter. Der kan således ikke statueres virksomhedsoverdragelse, hvis en medarbejder overføres fra et selskab til det pågældende selskabs filial, da der her er tale om samme juridiske person. Der sker derfor ikke et arbejdsgiverskifte i denne situation. Det er efter EU-domstolens praksis ikke afgørende, hvordan overdragelsen præcist er sket. Det iagttages, om der er sket et skifte i arbejdsgiverens identitet samtidig med, at virksomheden har bevaret sin identitet. Der lægges således vægt på, om der ved overførslen sker et arbejdsgiverskifte, mens det ikke i sig selv er afgørende, om der formelt sker et ejerskifte³⁷.

3.3 Sammenspil mellem virksomhedsoverdragelse og overenskomster

Virksomhedsoverdragelsesloven og det bagved liggende direktiv har til formål at beskytte lønmodtagernes individuelle rettigheder. Som tidligere nævnt bestemmer lovens §2, stk. 1, at erhververen umiddelbart indtræder i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overdragelsestidspunktet i henhold til kollektiv overenskomst og aftale. Ifølge direktivets artikel 3, stk. 2, gælder denne

³⁶ Klingsten: Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse s. 123

³⁷ Klingsten: Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse s. 87-88

beskyttelse kun, indtil den overenskomst, som ved overtagelsen af virksomheden var afgørende for medarbejdernes løn- og ansættelsesvilkår, enten opsiges eller udløber eller afløses af en anden overenskomst.

3.3.1 Erhververs indtræden som part i overdragelsens overenskomst

3.3.1.1 Indtræden ved passivitet

indtræden som part i en overenskomst kan ske enten i kraft af en tilkendegivelse om, at erhverver ønsker at indtræde i overenskomsten, eller i kraft af passivitet.

I Superfos-kendelsen er det fastslået, at erhverver må have rimelig tid til at vurdere, om han ønsker at indtræde som part i overenskomsten. Dette støttes af, at der ikke er samme behov som tidligere for en hurtig reaktion, idet den enkelte lønmodtager er beskyttet af Virksomhedsoverdragelsesloven og har mulighed for at påberåbe sig overenskomstens løn- og ansættelsesvilkår.

Skal man vurdere passivitetsproblematikken, er det relevant at skelne mellem, om erhverver er opfordret til at tilkendegive sin holdning, om erhverver vidste eller burde vide, at der var en overenskomst, eller om erhverver ikke havde eller burde have en sådan viden. Der er fastsat en sådan frist for, hvornår overtager bør meddele, om vedkommende vil indtræde i overenskomsten eller ej i lovens §4a, stk.1, hvilket vil blive behandlet i det følgende afsnit 4.1. Dette krav om stillingtagen til indtræden inden for rimelig tid eksisterer, da den overenskomstdækkende organisation har et incitament til hurtigst muligt at få afklaret erhververs holdning til indtræden.

Ved vurderingen af, om erhverver bliver bundet af en overenskomst, fordi han burde vide, at der var overenskomst med overdrager, må man tage udgangspunkt i, at erhverver har en forpligtelse til at undersøge, om virksomheden er bundet af en overenskomst. Dette vil også blive behandlet i afsnit 4.4.3.

3.3.1.2 Erhverver er ikke i forvejen dækket af en overenskomst på området

Det forekommer, at en erhverver ikke på forhånd er omfattet af en kollektiv overenskomst. Forholdet kan være det, at erhververen står uden for det organiserede arbejdsmarked og ikke selv har indgået eller tiltrådt en kollektiv overenskomst. Forholdet kan også være det, at erhververen

nok er omfattet af en overenskomst, men at denne ikke dækker det gyldighedsområde, som de overtagne lønmodtagere og disses arbejdsfunktioner henhører under.

Såfremt erhverver ikke selv er forpligtet af en overenskomst, der i faglig og geografisk henseende omfatter de overtagne lønmodtagere, og erhververen over for forbundet har frasagt sig overdragers overenskomst, bibeholder de overtagne lønmodtagere hidtidige løn- og ansættelsesvilkår i henhold til overdragers overenskomst, nu blot som individuelle vilkår.

Hvis erhverver ikke er omfattet af nogen kollektiv overenskomst, og ikke rettidigt meddeler lønmodtagerforbundet, at erhverver ikke ønsker at indtræde i overdragers overenskomst, bindes erhverver af overdragers overenskomst som overenskomstpart. At erhververen indtræder og bindes som overenskomstpart bevirker, at alle overenskomstens bestemmelser – såvel obligatoriske som normative – finder anvendelse. De overtagne medarbejdere er omfattet af overenskomsten på samme måde som før virksomhedsoverdragelsen³⁸.

3.3.1.3 Erhverver er allerede dækket af en overenskomst på området

Har erhverver rettidigt meddelt, at han ikke ønsker at indtræde i overdragers overenskomst, og er erhverver allerede omfattet af en overenskomst, der dækker det pågældende faglige og geografiske gyldighedsområde, omfattes de overtagne medarbejdere af erhververs overenskomst. Dette gælder, uanset hvilket fagforbund erhverver har indgået overenskomsten med.

De overtagne medarbejdere har imidlertid krav på, at erhververen viderefører deres individuelle rettigheder i henhold til den overtagne virksomheds overenskomst indtil det tidspunkt, hvor denne overenskomst udløber eller erstattes af en anden overenskomst i medfør af §7, stk. 2 i DA/LO-hovedaftale eller tilsvarende bestemmelser.

Det synes ikke afklaret, om den allerede overenskomstdækkende erhverver, som vælger ikke at indtræde i overdragerens overenskomst, forud for udløbet af overdragers overenskomst kan anvende sin egen overenskomst på de overtagne medarbejdere for så vidt angår overenskomstens

³⁸ Schaumburg-Müller, Emborg & Budtz Pedersen: Kollektiv arbejdsret, s. 506-507

obligatoriske bestemmelser³⁹. Efter overførslen skal erhververen som nævnt opretholde de løn- og ansættelsesvilkår, som ifølge en kollektiv overenskomst gjaldt for overdrageren, indtil den kollektive overenskomst opsiges eller udløber, eller en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning. Jf. direktivet 2001/23 artikel 3, stk. 3, kan medlemsstaterne begrænse den periode, hvori løn- og ansættelsesvilkårene skal opretholdes, den kan dog ikke være kortere end ét år. Der er derfor som udgangspunkt ikke noget til hinder for, at erhververen kan anvende sin egen overenskomst på de overtagne medarbejdere forud for, at overdragers overenskomst udløber. Det må antages at være tilfældet i de situationer, hvor både erhververs egen overenskomst, og den overenskomst overdrageren var omfattet af, er indgået af samme fagforbund.

Ønsker erhverver at forringe eller ændre lønmodtagernes ansættelsesvilkår i forhold til de overenskomstmæssige rettigheder, som lønmodtageren nu har som individuel rettighed, kan sådanne forringelser eller ændringer ligeledes først gennemføres ved overenskomstens ordinære udløb, ved udløbet af overenskomstens opsigelsesperiode eller i forbindelse med en ny overenskomsts ikrafttræden. Det vil dog ikke kunne lade sig gøre at forringe eller ændre, da en førtidig ændring vil være et brud på Virksomhedsoverdragelseslovens §2, stk. 1, nr. 1, hvorefter medarbejderne bevarer deres rettigheder i henhold til kollektiv overenskomst indtil overenskomstens udløb.

Da medarbejderne er beskyttet af deres nuværende overenskomst, og derfor ikke kan stilles over for nogle ringere vilkår grundet beskyttelsen i Virksomhedsoverdragelsesloven, vil der ikke være noget til hinder for, at anvende erhververs overenskomst forud for udløbsperioden, hvis ændringen tilgodeser medarbejderen.

Der kan imidlertid også foreligge den situation, at erhverver ikke kan vælge at anvende sin egen overenskomst på de overtagne medarbejdere. Erhverver kan ved overdragelsen blive bundet af overdragers overenskomst, hvis der foreligger passivitet eller arbejdsretlig identitet. Erhverver kan dog også vælge at indtræde i overdragers overenskomst af den simple grund, at den er "billigere" for ham.

³⁹ Schaumburg-Müller, Emborg & Budtz Pedersen: Kollektiv arbejdsret, s. 506-507

Kapitel 4 - Fra direktiv til lov

4.1 Introduktion

Før vedtagelsen af det oprindelige direktiv 77/187 EØF, og dermed den første danske Virksomhedsoverdragelseslov, var det retlige udgangspunkt, at en erhverver af en virksomhed ikke blev bundet af den erhvervede virksomheds kollektive overenskomster. En erhverver kunne uden om opsigelsesreglerne i Hovedaftalens §7, stk. 2, eller tilsvarende bestemmelser, ved en simpel meddelelse til det pågældende fagforbund, frigøre sig fra overenskomsten. Det var dog muligt, at erhverver blev bundet af overdragerens overenskomst, såfremt han forholdt sig passivt over for denne.

Lov om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse⁴⁰ trådte i kraft den 1. april 1979 og er siden da blevet ændret en enkelt gang ved lov nr. 441 af 7. juni 2001. Loven indførte den nye regel i §4 a, som den kendes i dag.

Ved lov nr. 441 af 7. juni 2001 er Virksomhedsoverdragelsesloven blevet ændret på en række punkter. Den hidtidige praksis vedrørende opsigelse og overtagelse af kollektive overenskomster ved virksomhedsoverdragelse er i forbindelse med ændringsloven blevet lovfæstet.

I henhold til Virksomhedsoverdragelseslovens §4 a, stk. 1, kan en erhverver, af en virksomhed, inden for nærmere bestemte frister frasige sig overenskomsten på den virksomhed, der overtages gennem overførsel af alle eller dele af aktiverne.

4.2 Retstilstanden før indførelse af Virksomhedsoverdragelseslovens §4 a

Forud for den retspraksis der førte til lovforslaget (2000/1 LSF 190) og den nuværende Lov om Lønmodtagers retsstilling ved Virksomhedsoverdragelse af 2001, var den oprindelige lov på området Lov nr. 111 af 21. marts 1979.

⁴⁰ Virksomhedsoverdragelsesloven

Er en overenskomstdækket virksomhed eller en del af den overdraget til en anden part, opstår der spørgsmål om og i givet fald i hvilket omfang, overenskomsten eller reglerne heri er bindende for erhververen.

4.3 Tilblivelsen af § 4 a

Efter vedtagelsen af den oprindelige Virksomhedsoverdragelseslov var det indledningsvis opfattelsen, at erhverver efter lovens §2 og almindelige arbejdsretlige principper uden videre indtrådte som part i overdragerens eventuelle overenskomster. Denne opfattelse blev underkendt af Arbejdsretten i Prosa-dommen. Arbejdsretten kunne altså herefter begynde at skelne mellem, hvad virksomhedsoverdragelsesloven kunne have af konsekvenser for de kollektive rettigheder, og hvad de arbejdsretlige regler havde af muligheder for at supplere på dette område⁴¹. Det blev fastslået i dommen, at Virksomhedsoverdragelsesloven på baggrund af det bagvedliggende direktiv (Rådets direktiv nr. 98/50/EØF af 29. juni 1998) indebar, at de lønmodtagere, der fortsatte ved erhververen med henvisning til §2, havde krav på uændrede ansættelsesvilkår indtil udløbet af den gældende overenskomst. Derimod fandt Arbejdsretten ikke, at Virksomhedsoverdragelseslovens regler indebar, at erhverver indtrådte som part i overdragerens overenskomst. Arbejdsretlige principper om passivitet kunne derimod føre til, at erhverver indtrådte som part i overdragerens overenskomster, medmindre denne klart tilkendegav, at man ikke ville indtræde i overenskomstforholdet.

Den efterfølgende praksis var et udtryk for, at Arbejdsretten ikke konsekvent holdt fast ved den med Prosa-dommen indførte sondring mellem; på den ene side overtagelse af de enkelte lønmodtagers rettigheder i medfør af en overenskomst og på den anden side indtrædelse i overenskomsten som sådan. Dette skabte tvivl, idet der fandtes en lov, der var i strid med den retspraksis, der nu var skabt med Prosa-dommen.

⁴¹ Svenning Andersen, Vejby & Høyer Jørgensen: Lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, s. 297

Denne tvivl blev dog endeligt afklaret ved Superfos-kendelsen, som blev afsagt af tre højesteretsdommere ud fra Prosa-dommen. I Superfos-kendelsen blev det for det første fastslået, at erhverver ikke i kraft af Virksomhedsoverdragelseslovens regler automatisk indtrådte som part i overdragerens overenskomster. For det andet blev det fastslået, at de almindelige arbejdsretlige principper om indtræden i overenskomster ved passivitet ikke fandt anvendelse, men at erhververen i stedet kunne frigøre sig fra overdragerens overenskomster ved en simpel meddelelse herom til overenskomstens arbejdstagerpart. Denne skal være afgivet inden rimelig tid, efter at erhververen bliver eller burde blive bekendt med, at de overtagne lønmodtagere ved overdrageren var omfattet af en overenskomst. I Superfos-kendelsen, havde Superfos afsendt meddelelse til modparten, omtrent fem en halv uge efter overtagelsen og det blev derfor vurderet, at de ikke var trådt ind i den gældende overenskomst ved passivitet.

Både Prosa-dommen og Superfos-kendelsen er begge blevet mødt med en del kritik. Dog er de begge efterfølgende blevet bekræftet i Arbejdsrettens praksis, hvilket dannede grundlag for den nuværende §4 a.

Af bemærkningerne til Arbejdsministeriets lovforslag til ændringsloven fremgår det udtrykkeligt, at målet med reglen i §4a er at lovfæste, præcisere og til dels opstramme den praksis, der er fastlagt i Prosa-dommen og Superfos-kendelsen⁴².

4.4 Forståelse og fortolkning af §4 a

Virksomhedsoverdragelseslovens §4 a, der blev implementeret i loven med ikrafttræden pr. 1. juli 2001. §4 a, stk. 1 har følgende ordlyd:

”En erhverver skal inden 5 uger efter det tidspunkt, hvor denne vidste eller burde vide, at de ansatte eller en del af de ansatte på den virksomhed, der overdrages, har været omfattet af en kollektiv overenskomst, dog tidligst 3 uger efter overtagelsen, underrette det pågældende fagforbund, så-

⁴² Milling & Skovsgaard: Opsigelse af kollektive overenskomster ved virksomhedsoverdragelse

*fremt denne ikke ønsker at tiltræde overenskomsten. I modsat fald anses erhververen for at have tiltrådt overenskomsten.*⁴³

Bestemmelsen præciserer altså den ret, en erhverver har til at frasige sig overenskomsten, således at erhververen ikke indtræder som part, men alene er forpligtet af de individuelle vilkår indtil overenskomstens udløb.

Derudover understreger §4 a, stk. 1 i sidste sætning dog også, at erhverver derimod indtræder som part, såfremt overenskomsten ikke frasiges inden for nævnte tidsfrister. Dette er passivitetsreglen.

Formålet med lovens §4 a er at opstille en tidsgrænse, inden for hvilken det er muligt for erhverver at frasige sig den overenskomst, der er på den virksomhed, som overtages. Vælger erhverver ikke at frasige sig overenskomsten, indtræder han i stedet i aftalen. Dette kaldes for passivitetsreglen, hvilket medfører, at hvis erhverver opføre sig passivt, bliver det opfattet som en indtræden i den gældende overenskomst. Det bemærkes dog, at bestemmelsen i §4 a ikke udtømmende gør op med de situationer, hvor erhverver indtræder som part i overdragets overenskomst.⁴⁴

§ 4 a, har ikke direkte hjemmel i direktivet, og er derfor en dansk kollektiv arbejdsretlig særregel. Den oprindelige Virksomhedsoverdragelseslov indeholdt ikke §4 a. Direktivets artikel 3 indeholder en mulighed for, at medlemsstaterne selv kan formulere en bestemmelse, der giver mulighed for at frasige sig en overenskomst. Således er §4 a skrevet ud fra direktivets artikel 3, og har dermed hjemmel i direktivet uden at have det direkte.

I henhold til §4 a, stk. 1, kan en erhverver af en virksomhed inden for nærmere bestemte frister frasige sig overenskomsten med den virkning, at erhververen ikke indtræder som part i overenskomsten, men alene er forpligtet til at overholde de individuelle vilkår, der følger af overenskomsten over for de overtagne individuelle medarbejdere indtil overenskomstperiodens udløb⁴⁵.

⁴³ Virksomhedsoverdragelseslovens

⁴⁴ Svenning Andersen, Vejby & Høyer Jørgensen: Lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, s. 294 nederst.

⁴⁵ Kraev: HR JURA magasinet, kapitel 1

4.4.1 Forståelse af §4a, stk. 1, om frister ang. mulighed for frasigelse

De nye regler giver imidlertid anledning til betydelig fortolkningstvivl, herunder særligt hvad angår beregningen af erhververs opsigelsesfrist, hvilket vil blive behandlet nærmere i det følgende.

I afsnit 4.4.2 vil der på baggrund af artiklen "Opsigelse af kollektive overenskomster ved en virksomhedsoverdragelse" blive skitseret tre fortolkningsmuligheder af fristbestemmelsen i §4a, stk. 1. I forbindelse med fristen indeholder §4a, stk. 1, yderligere et element af, hvornår erhververen burde have kendskab til en overenskomst. Dette indebærer en vis undersøgelsespligt for erhververen, og der vil i afsnittet indgå en afgrænsning af "burde vide"-begrebet⁴⁶.

4.4.2 Opsigelsesfristen i §4a, stk. 1

Ifølge den nye regel i Virksomhedsoverdragelseslovens §4a, stk. 1, skal en erhverver af en virksomhed "*inden 5 uger efter det tidspunkt, hvor denne vidste eller burde vide, at de ansatte eller en del af de ansatte på den virksomhed, der overdrages, har været omfattet af en kollektiv overenskomst, dog tidligst 3 uger efter overtagelsen, underrette det pågældende fagforbund, såfremt denne ikke ønsker at tiltræde overenskomsten*". Såfremt erhververen ikke giver meddelelse inden for fristen, har han ifølge passivitetsreglen tiltrådt overenskomsten.

Det var hensigten, at reglen skulle være en præcisering og opstramning af hidtidig praksis, men i stedet giver den anledning til en del fortolkningstvivl.

Det fremgår af ordlyden i §4a, stk. 1, at bestemmelsen indeholder to fristangivelser. Der er en frist på 5 uger, som løber fra det tidspunkt, erhververen vidste eller burde vide, at de ansatte på den overtagne virksomhed har været omfattet af en kollektiv overenskomst. Når overenskomsten på den overtagne virksomhed kommer til erhververs kendskab, skal han underrette det pågældende fagforbund, såfremt han ikke ønsker at indtræde i overenskomsten. Fristen er således et udtryk for almindelige passivitetsbetragtninger. Såfremt erhverver ikke når at frasige sig overenskomsten inden for en rimelig frist – altså 5 uger efter det tidspunkt, hvor han opnår eller burde have opnået kendskab til en overenskomst – bliver han bundet af denne.

⁴⁶ Milling & Skovsgaard: Opsigelse af kollektive overenskomster ved virksomhedsoverdragelse

Derudover indfører §4a, stk. 1 en absolut grænse på 3 uger efter den faktiske overtagelse af virksomheden. Denne frist afhænger ikke af, hvornår erhverver opnår kendskab til overenskomstforholdene på virksomheden.

Tvivlsspørgsmålene opstår, når det skal fastlægges, hvorledes de to frister skal forstås i sammenhæng. Jf. artiklen "Opsigelse af kollektive overenskomster ved en virksomhedsoverdragelse" foreligger der tre alternative fortolkningsmuligheder af ordlyden i §4a, stk. 1.

For det første kan vægten lægges på bestemmelsens brug af ordet "*tidligst*". Erhverver kan "*dog tidligst 3 uger efter overtagelsen underrette det pågældende fagforbund, såfremt denne ikke ønsker at tiltræde overenskomsten*". 3 uger efter den faktiske overtagelse af virksomheden bliver således det tidligste tidspunkt, erhververen skal underrette det pågældende fagforbund, om hvorvidt han ønsker at indtræde i overenskomsten. I tilfælde af at erhververen opnår kendskab til overenskomsten på et tidspunkt der ligger tidligere end 3 uger efter overtagelsen, er han først forpligtet til at give meddelelse 3 uger efter overtagelsen – uanset 5-ugers-fristen. Dette fastslår det tidligste tidspunkt, erhverver skal underrette det pågældende fagforbund.

Dermed bliver 3-ugers-fristen samtidig det tidligste tidspunkt, 5-ugers-fristen kan begynde at løbe. 5-ugers-fristen får selvstændig betydning i tilfælde, hvor erhververen først opnår eller burde have opnået kendskab til overenskomsten på et tidspunkt, der ligger senere end 3 uger efter den faktiske overtagelse af virksomheden.

I situationen hvor en erhverver på forhånd ved, at han ikke vil indtræde i overenskomsten og alligevel har en frist på 3 uger efter overtagelsen til at frasige sig denne, er denne tolkning ikke hensigtsmæssig. Det må betegnes som usandsynligt, at lovgivningsmagten med bestemmelsen har ønsket at forhindre en erhverver i at give meddelelse på et tidligere tidspunkt.

Fortolkningen medfører endvidere, at de berørte lønmodtagere må leve i uvidenhed i en vis periode, selvom det ikke er nødvendigt. En sådan retlig – og faktisk – usikkerhed har antagelsesvis ikke været hensigten fra lovgivningsmagts side i en lov, der har til formål at sikre og forbedre lønmodtageres rettigheder.

For det andet kan bestemmelsen forstås således, at 3-ugers-fristen på samme vis som ved den første fortolkningsmulighed fastlægger det tidligste tidspunkt, 5-ugers-fristen kan begynde at løbe,

men giver erhververen mulighed for at frasige sig overenskomsten tidligere end 3 uger efter overtagelsen. Fristen på 5 uger har stadig samme selvstændige betydning.

Dette fortolkningsresultat antages heller ikke for at være korrekt, da det ville indebære en betydelig lempelse i forhold til Superfos-kendelsen og det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at reglerne er ment som en præcisering og opstramning af praksis⁴⁷. Hertil kommer, at der ikke er nogen retligt relevant grund til at behandle erhverver forskelligt, alt efter om han opnår kendskab til overenskomsten 1, 3 eller 5 uger efter overtagelsen af virksomheden.

Til støtte for den tredje fortolkningsmulighed kan særligt henvises til bemærkningerne til §4a, stk. 1, i Arbejdsministeriets lovforslag, hvor det anføres: *"Virkningen af bestemmelsen vil f.eks. for den erhverver, der allerede 5 uger inden den faktiske overtagelse af virksomheden ved, at der foreligger en overenskomst, være, at han kan vente i 2 uger, efter at han har overtaget virksomheden, med at meddele, hvorvidt han ønsker at tiltræde overenskomsten"*⁴⁸.

Bestemmelsen kan fortolkes således, at 3 ugers-fristen fastlægger det tidligste tidspunkt, der skal være givet meddelelse, såfremt erhververen ikke ønsker at indtræde i overenskomsten.

Det er en fejl i bemærkningerne, at erhverver kan vente i 2 uger efter overtagelsen med at give meddelelse. Det fremgår af bestemmelsens ordlyd, at erhverver kan vente i op til 3 uger. At dette er en fejl fremgår udtrykkeligt af skrivelse af 3. april 2001 fra Arbejdsministeriet til Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg, hvor ministeriet anfører, at eksemplets anvendelse af 2 uger skal rettes til 3 uger, og at ministeriet har anmodet Folketingets Lovsekretariat derom. Ændringen blev tilsyneladende ikke gennemført.

Ifølge bemærkningerne skal bestemmelsen forstås således, at opnår erhververen kendskab til eller burde have opnået kendskab til overenskomstforholdene på et tidspunkt, der ligger før den faktiske overtagelse af virksomheden, kan han uanset 5 ugers-fristen vente i indtil 3 uger efter overtagelsen med at rette meddelelse til det pågældende fagforbund.

⁴⁷ Se FT 2000/2001, Tillæg A, de almindelige bemærkninger ad punkt 4 til lovforslag nr. 190 af 21. marts 2001 om ændring af lov om lønmodtagernes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse

⁴⁸ Se FT 2000/2001, Tillæg A, de specielle bemærkninger til §1, nr. 4 i lovforslag nr. 190 af 21. marts 2001 om ændring af lov om lønmodtagernes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse

Forarbejderne indeholder to øvrige fortolkningsbidrag vedrørende §4a, stk. 1. I besvarelsen af spørgsmål nr. 25 fra Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg anfører Arbejdsministeriet om fristerne:

”Begge frister vil altid skulle overholdes. 3 ugers-fristen er en absolut frist, som sikrer, at erhververen altid har 3 uger, efter at han har ”sat sig i stolen”, til at vurdere forholdene. 5 ugers-fristen er afhængig af, hvornår han blev bekendt med forholdene på virksomheden. Hvis han kendte dem mere end 2 uger før overdragelsen, har han alligevel 3 uger efter overtagelsen til at beslutte sig. Hvis han først lærer forholdene at kende ved overtagelsen, har han 5 uger efter dette tidspunkt.”

Endnu mere oplysende er arbejdsministerens svar på spørgsmål nr. 6, hvoraf det bl.a. fremgår:

”Hovedreglen er, at erhververen skal give underretning inden 5 uger efter det tidspunkt, hvor erhververen vidste eller burde vide, at de ansatte eller en del af de ansatte på den virksomhed, der overdrages, har været omfattet af en kollektiv overenskomst. Som modifikation hertil gælder imidlertid, at erhververens pligt til at underrette tidligst kan indtræde 3 uger efter overtagelsen af virksomheden. En eventuel forpligtelse ved passivitet kan derfor tidligst opstå fra dette tidspunkt. Bestemmelsen er ikke til hinder for, at erhververen kan give underretning før udløbet af de nævnte frister.”⁴⁹

På baggrund af det ovenstående, af ministeriets besvarelse af de to spørgsmål og herunder eksemplet i bemærkningerne, må det uden tvivl kunne anføres, at den tredje fortolkningsmulighed må anses for at være korrekt. Dermed skal §4 a forstås således, at erhververen, når han opnår kendskab til – eller burde have opnået kendskab de overenskomstforhold, der er gældende for den overtagne virksomhed, senest 5 uger efter dette skal underrette det pågældende fagforbund, i fald han ikke ønsker at fortsætte med denne og derved ikke ønsker at indtræde i aftalen. Ønsker han derimod at indtræde i de forhold, der er gældende i forvejen, kan han agere passivt og derved indtræde i overenskomsten uden at foretage sig yderligere.

Til dette udgangspunkt kan 3 ugers-reglen betragtes som en undtagelse til den ovenstående 5 uger-regel, forstået således, at selv om at erhververen af den nye virksomhed opnår en viden om den pågældende overenskomst før selve overtagelsen, kan han alligevel – uagtet 5 ugers-reglen – vælge at vente til 3 uger efter overtagelsen med at underrette det pågældende fagforbund. Dette ligger særdeles til støtte i forarbejderne til lovforslaget.

⁴⁹ Milling & Skovsgaard: Opsigelse af kollektive overenskomster ved virksomhedsoverdragelse

4.4.3 Erhververs undersøgelsespligt

§4a, stk. 1, indebærer en vis undersøgelsespligt for erhververen. Dette skal sikre, at erhverver ikke kan forholde sig i bevidst uvidenhed om overenskomstforholdene på den overtagne virksomhed. Eftersom 5 ugers-fristen løber fra det tidspunkt, hvor erhververen burde have kendskab til en overenskomst, har vedkommende således pligt til at undersøge den overtagne virksomheds forhold inden for rimelig tid.

Forarbejderne bidrager imidlertid ikke til fastlæggelse af, hvornår erhverver senest burde have opnået kendskab til en overenskomst. Som følge deraf må "burde vide"-begrebet afgrænses i overensstemmelse med hidtidig praksis derom.

Det har – bl.a. med støtte i kendelserne K 1600 og K 2481 – været fastslået, at arten af den overtagne virksomhed kan medvirke til at kvalificere, hvorvidt erhverver burde have opnået kendskab til en overenskomst. Er den overtagne virksomhed af en sådan art, at det kan forventes, at den er omfattet af en kollektiv overenskomst, må erhverver være forberedt på, at der er en overenskomst. Erhververen må derfor undersøge spørgsmålet, og hvis han undlader dette, må han bære risikoen herfor ved at blive bundet af overenskomsten ved passivitet. Dette ses nedenfor i gennemgangen af de to ovenstående kendelser.

4.4.3.1 K1600 – A/S Guld & Marstrands Fabrikkers overtagelse af A/S Carl Lunds Fabrikker

Kendelsen er afsagt af Voldgiftsretten angående sag. Nr. 1600. Der er tale om A/S Guld & Marstrands Fabrikker, som overtager fabrikken A/S Carl Lund – inklusive medarbejdere.

Medarbejderne fra Carl Lund har en højere timeløn end de oprindelige medarbejdere fra Guld & Marstrands og da overenskomsten ikke er blevet frasagt medfører det, at Guld & Marsstrands skal overholde lønvilkårene for de tidligere Carl Lund-medarbejdere. Da denne gruppe medarbejdere udgør et stort flertal, medfører det-

te, at de gamle Guld & Marsstands medarbejdere også har krav på den højere løn, nyansatte fremover vil have det.⁵⁰

Voldgiftsretten var altså her med til at fastslå, at da der er tale om en overtagelse af medarbejdere, skal deres lønvilkår tages i betragtning, og da disse ikke var frasagt, var Guld og Marstrands bundet af disse. Havde der i andet fald været tale om en overførsel af kun maskine og lokaler, ville der ikke skulle tages hensyn til lønvilkårene. På denne måde var kendelsen med til at fastslå, at tidligere lønaftaler måtte være dem uvedkommende, såfremt der ikke var tale om medarbejdere.

4.4.3.2 K2481 – N. N.'s overtagelse af Gl. Estrup Hovedgaard

N. N. overtager Gl. Estrups Hovedgaard, hvormed der følger arbejdere. Han er ikke bekendt med den hertil hørende overenskomst og vælger herefter at følge de lønninger arbejderne i forvejen havde. I oktober vælger han at sætte dagslønnen ned, hvorpå Voldgiftsretten fastslår, at han ved at følge de tidligere lønninger er tiltrådt overenskomsten stiltidende, altså ved passivitet. Denne kendelse er med til at fastslå, at da der er tale om en gruppe arbejdere, burde overtager have undersøgt, hvorvidt de var bundet af en overenskomst. Da der er tale om en gruppe arbejdere, finder Voldgiftsretten, at erhverver burde have undersøgt, hvorvidt de var omfattet af en overenskomst, da en gruppe arbejdere med stor sandsynlighed kan forventes at være omfattet af en kollektiv overenskomst.

Der må yderligere sondres mellem tiden før og efter den faktiske overtagelse af virksomheden. Forud for den faktiske overtagelse må erhververen således i vidt omfang kunne forlade sig på overdragerens oplysninger om overenskomstforholdene.

Virksomhedsoverdragelsesloven fastslår, at erhverver indtræder i overdragers rettigheder og forpligtelser, jf. Virksomhedsoverdragelseslovens §2, stk. 1. Det betyder, at erhververen indtræder i enhver form for forpligtigelse overfor medarbejderne – herunder også hvad angår overenskomstforholdene. Forud for overdragelsen bør erhverver foretage en undersøgelse af, hvilke forpligtel-

⁵⁰ Illum: Den Kollektive Arbejdsret s. 129

ser og eventuelle risici, der følger med den virksomhed, man ønsker at købe. En sådan undersøgelse kaldes due diligence. Formålet med due diligence er, at sikre erhververen indsigt i de rettigheder og forpligtelser, som påhviler den overtagne virksomhed. Erhverver bør i den forbindelse opdage en eventuel overenskomst, da en arbejdsretlig due diligence vil afdække oplysninger om overenskomstforhold⁵¹. Hvis det ikke fremgår af due diligence-materialet eller hvis overdrageren således på forespørgsel eller af egen drift oplyser, at der ikke er indgået overenskomster m.v., skal erhververen ikke foretage yderligere undersøgelser af, om dette er korrekt. Dette udgangspunkt fraviges dog i tilfælde, hvor erhververen har grund til at antage, at overdragerens oplysninger om overenskomstforholdene på virksomheden ikke er korrekte.

På hvilket tidspunkt efter den faktiske overtagelse erhverver bør opnå kendskab til en eventuel overenskomst, afhænger af de nærmere omstændigheder omkring overdragelsen, herunder virksomhedens art, overenskomstens omfang og betydning for virksomheden, branche, erhververens fysiske placering i forhold til den erhvervede virksomhed m.v.

En henvendelse fra det pågældende fagforbund eller lønmodtagerne om overenskomstforholdene på virksomheden vil som udgangspunkt i alle tilfælde være tilstrækkeligt til, at 5 ugers-fristen begynder at løbe.

Derudover vil reglen i ansættelsesbevislovens §4 ofte indebære, at erhverver bør blive opmærksom på overenskomstforholdene på den overtagne virksomhed. Efter reglen skal der gives meddelelse til lønmodtagerne om ændringer i de i lovens §2, stk. 2, og §3, stk. 1, nævnte forhold senest 1 måned efter den dato, hvor ændringen træder i kraft. En gennemgang af lønmodtagernes ansættelsesbeviser, der efter lovens §2, stk.2, nr. 10, skal angive, hvilke kollektive overenskomster ansættelsesforholdet er omfattet af, vil ofte føre til, at erhverver opnår eller bør opnå kendskab til en eventuel overenskomst på virksomheden^{52 53}.

⁵¹ Eksempel på en arbejdsretlig due diligence: <http://www.horesta.dk/da-DK/Arbejdsgiver/Virksomhedsoverdragelse/~media/Filer/Arbejdsgiver/Virksomhedsoverdragelsesdue diligence.ashx>

⁵² Lov nr. 392 af 22. juni 1993 om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet. Loven indebærer således også, at lønmodtagernes ansættelsesbeviser skal ændres, såfremt en overenskomst ikke overtages. Denne ændring skal efter ansættelsesbevislovens §4 finde sted inden 1 måned efter det tidspunkt, erhververen frasiger sig overenskomsten, dog tidligst 4 uger efter den faktiske overtagelse (som ved frasigelse af overenskomsten før overtagelsen af virksomheden er det tidligste tidspunkt overenskomsten bortfalder)

⁵³ Artikel: opsigelse af kollektive overenskomster ved virksomhedsoverdragelse

4.5 Mulig retsmangel

Som tidligere nævnt skal man, hvis man frasiger sig den pågældende overenskomst, opretholde de eksisterende ansættelses- og lønvilkår, indtil den opsagte overenskomst udløber. Her kan altså være tale om mange forskellige tidsperioder og det kan i praksis føre til spekulation om, hvornår det vil være fordelagtigt at overtage en virksomhed med tilhørende overenskomst. Det vil være fordelagtigt at opsiges en overenskomst med kun fire måneder til udløb fremfor en overenskomst, der har 3 år tilbage af sin løbetid. Det bliver herved en faktor, der overvejes i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse.

I direktivet 2001/23 står der dog i artikel 3, stk. 3:

" (...) Efter overførslen skal erhververen opretholde de løn- og arbejdsvilkår, som ifølge en kollektiv overenskomst gjaldt for overdrageren, indtil den kollektive overenskomst opsiges eller udløber, eller en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning.

Medlemsstaterne kan begrænse den periode, hvori løn- og arbejdsvilkårene skal opretholdes, idet den dog ikke kan være kortere end ét år."

Dette kan fortolkes på to måder, hvilket leder til to modstridende udfald:

Et er at direktivets hensigt har været at beskytte lønmodtagere mod en frasigelse af deres løn- og ansættelses rettigheder i det omfang, at de i minimum et år er beskyttet efter de gamle rettigheder.

Dette ses ikke i den danske retspraksis og da man som borger i Danmark ikke kan støtte ret på direktivet, må det anses som en retsmangel i den danske Virksomhedsoverdragelseslov. Der kan altså være tale om en retsmangel, når Danmark ikke har taget direktivet artikel 3, stk. 3 til overvejelse og derved afsat en grænse i den forstand direktivet lægger op til. Dette også, at vi i Danmark ikke beskytter vores lønmodtager efter hensigten i EU.

Dette kan dog fortolkes på anden vis, hvorved der ikke er tale om en retsmangel. I så fald kan det tolkes at reglen ikke finder anvendelse i tilfælde, hvor overenskomst allerede er ved udløb inden for et år. Dog gør den sig gældende, hvis der er tale om en overenskomst, der for eksempel har 3

år tilbage inden udløb. Her kan medlemsstaterne vælge at indføre en regel, der begrænser denne periode til ikke mindre end ét år. Her er der således ikke tale om en retsmangel, da Danmark som medlemsstat ganske enkelt har valgt at udlade denne regel. I tilfælde som eksemplet ovenfor, hvor der er 3 år tilbage, bliver perioden ikke begrænset. Danmark beskytter på den måde løn- og ansættelsesvilkår end den af direktivet tilladte.

Dette er et fortolkningsspørgsmål, men det er dog nærliggende at fortolke det således, at der ikke er tale om en retsmangel og Danmark har valgt at beskytte sine arbejdsgivere bedst muligt ud fra direktivets grænser.

Kapitel 5 - Retspraksis og særligt om identitet

5.1 Har virksomheden bevaret sin identitet

Ved en virksomhedsoverdragelse kan en juridisk person i visse situationer komme til at hæfte for kollektive forpligtelser indgået af en anden juridisk person.

Den generelle beskrivelse af overenskomstens fortsættelse ved virksomhedsoverdragelse modificeres i de situationer, hvor der foreligger identitet mellem overdrager og erhverver. Der er identitet, når der er en så nær forbindelse mellem virksomhederne og ledelsen, at der kunne være tale om én og samme virksomhed før såvel som efter overdragelsen, at de således egentlig er identiske.

Der kan således i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse opstå spørgsmål om, hvorvidt virksomheden har bevaret sin identitet, og ligeledes hvad der skal til for, at virksomheden har bevaret denne. Inden der foretages yderligere vurderinger af, om virksomheden har bevaret sin identitet, er det afgørende, at det vurderes om der er tale om en virksomhedsoverdragelse, hvis kriterier falder ind under selve direktivet. Som tidligere nævnt skal der jf. artikel 1, stk. 1, litra a, i direktiv 2001/23 være tale om "overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift"⁵⁴. Når litra a er opfyldt kan der kigges på litra b, for at afklare om virksomheden har bevaret sin identitet. Er denne bevaret, er der ikke tale om anvendelse af Virksomhedsoverdragelsesloven.

I praksis gav Virksomhedsoverdragelseslovens §4 a anledning til en række sager om, hvorvidt den direkte hjemmel til at frasige sig de kollektive overenskomstforpligtelser kan fraviges i de transaktioner, hvor virksomhederne er så nært beslægtede, at der opstår en vis identitet i arbejdsretlig forstand, og hvor omgåelsesbetragtninger gøres gældende. Problemstillingen opstår ofte i transaktioner mellem koncernforbundne selskaber og i forbindelse med fusioner.

Der er ved hjælp af retspraksis etableret en række kriterier, der hjælper med at fastslå om virksomhedens identitet er bevaret. Disse kriterier er først anvendt ved en afgørelse i EU-Domstolens afgørelse i Spijkers-sagen⁵⁵. Efterfølgende har disse kriterier fundet anvendelse ved en række andre domme.

⁵⁴ Klingsten: Ansættelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelse, s. 89 midt

⁵⁵ Sag 24/85, Spijkers, Saml. 1986 1119.

5.1.1 Spijkers

I Spijkers-sagen blev Colaris solgt til Benedikt. I den forbindelse blev Spijkers som en af de eneste ikke tilbudt beskæftigelse i Benedikt, og Spijkers anlagde derfor sag mod Benedikt med påstand om betaling af løn eller erstatning herfor. Det blev af EF-Domstolen vurderet, at hvis dette opkøb af Colaris blev omfattet af begrebet "virksomhedsoverdragelse", ville de være erstatningspligtige, da Spijkers derfor ville have de samme ansættelsesretslige krav hos Benedikt som hos Colaris.

Det skulle således vurderes, om Colaris' identitet var bevaret i Benedikt. Der ses på, om det er en forsat bestående økonomisk enhed, som er blevet overdraget. Det må dertil vurderes, at identiteten er bevaret, hvis den nye indehaver, Benedikt, rent faktisk fortsætter eller vælger at genoptage den drift, heraf samme økonomiske aktiviteter, der blev fortaget hos Colaris⁵⁶.

Som følge af Spijkers-afgørelsen blev en række forhold udformet, som skulle tages i betragtning i forsøget på at fastslå om den "økonomiske" identitet af den overdragne virksomhed, Colaris, var bevaret,

Der blev udformet en ikke udtømmende liste⁵⁷:

- **Arten af den virksomhed, der er tale om**
- **Hvorvidt der overdrages materielle aktiver såsom bygninger og løsøre**
- **Værdien af de immaterielle aktiver, der overdrages (goodwill, varemærker)**
- **Hvorvidt de fleste af arbejdsgiver 1's ansatte bliver ansat af arbejdsgiver 2**
- **Om virksomhedens kundekreds overdrages**
- **Graden af lighed mellem de aktiviteter, overdrageren og erhververen udøver**
- **Varigheden af en eventuel afbrydelse af virksomheds aktiviteter**

Det bemærkes dog, at det ikke i sig selv er afgørende, om der er tale om tilstedeværelsen eller udeblivelsen af et eller flere af ovennævnte punkter.

⁵⁶ Klingsted: Ansættelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelse, s. 89 nederst.

⁵⁷ Klingsted: Ansættelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelse, s. 90 øverst.

Der er på baggrund af ovenstående udformet tre momenter, der grundlæggende gør sig gældende i vurderingen af, hvorvidt der er tale om en virksomhedsoverdragelse efter Virksomhedsoverdragelsesloven eller ej.

Her er tale om:

- 1) At der er lighed mellem den virksomhed overdrageren drev, og den virksomhed, som erhververen drev**
- 2) At virksomhedens kunder er overtaget, og at der er tale om;**
- 3) En kontinuerligt drevet virksomhed.**

I forlængelse af de to ovenstående lister skal det dog bemærkes, at der i bund og grund ikke kræves en sådan skematisk vurdering, men at der hovedsageligt er brug for en samlet vurdering af, hvorvidt der efter overtagelsen er tale om en forsat bestående økonomisk enhed. Er der tale om dette, forligger der "økonomisk" identitet.

Fastslås denne "økonomiske" identitet, foreligger der også identitet i en grad, så erhverver er bundet af overdragerens overenskomst uden mulighed for at frasige sig denne. Overenskomsten kan dermed kun opsiges efter de allerede aftalte regler i den overtagne overenskomst – med tilknytning til en evt. hovedaftale⁵⁸.

5.2 Lovens anvendelse i retspraksis

Nedenfor gennemgås en række domme. Der ser på retspraksis for at vurdere, hvorvidt reglerne bliver anvendt som hensigten var med dem. Retsspraksis anvendes også for at se på domstolenes vurdering af identitet, og hvor grænserne for denne ligger. Hvilken udvikling har retspraksis taget og hvor er den på vej hen?

⁵⁸ Svenning Andersen, Vejby & Høyer Jørgensen: Lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, s. 308

5.2.1 Arbejdsrettens dom af 7. April 2016 – SAS dommen

I sagen mellem SAS Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden (herefter SAS), Cimber A/S (herefter Cimber) og Cabin Attendants Union (herefter CAU) var spørgsmålet, om Cimber var bundet af overenskomsten mellem CAU og SAS i medfør af Virksomhedsoverdragelseslovens §4 a.

SAS opkøber Cimber i forbindelse med, at Cimber Sterling går konkurs. SAS har overenskomst med CAU og Cimber har overenskomst med Flybranchens Personale Union (herefter FPU). SAS vælger at rykke medarbejdere over til Cimber og spørgsmålet er således, hvorvidt disse medarbejdere skal omfattes af overenskomsten med CAU eller FPU. CAU påstår, at medarbejderne skal være omfattet af CAU's overenskomst, mens SAS påstår, at de skal være omfattet af FPU. For at afklare, hvilken overenskomst de overtagne medarbejdere er bundet af, skal det vurderes, hvorvidt der foreligger arbejdsretlig identitet mellem SAS og Cimber.

SAS får medhold i deres påstand, og bliver dermed frifundet. Domstolene finder, at der er tale om en virksomhedsoverdragelse i medfør af Virksomhedsoverdragelseslovens §4a, og vurderer samtidig, at der ikke foreligger arbejdsretlig identitet mellem SAS og Cimber. Derfor er Cimber berettiget til at frasige sig overenskomsten med CAU i forbindelse med overdragelsen. Endvidere finder de, at det ikke var formålet at omgå CAU's overenskomst med SAS⁵⁹.

Der vil analyseres med udgangspunkt i forholdene på den ikke udtømmende liste, som er udledt af Spijkers sagen, samt forarbejderne til Virksomhedsoverdragelseslovens §4 a. Herefter vurderes det, i hvilken grad domstolene dømmer efter det, der var hensigten med §4 a. Dernæst vurderes det, hvordan domstolene identificerer identitet.

Ud fra Spijkers sagen er der udformet 3 momenter:

1) At der er lighed mellem den virksomhed overdrageren drev, og den virksomhed, som erhververen drev

Første punkt kan vurderes at være opfyldt, da der tidligere var tale om et luftfartsselskab og der efter overdragelsen fortsat er tale om et luftfartsselskab. Cimber havde før overdragelsen et samarbejde med SAS omkring flyvning af visse indenrigsruter og dette samarbejde består fortsat efter

⁵⁹ jf. Arbejdsrettens begrundelse og resultat i dommen

overdragelsen. Det kan derfor konkluderes, at der er lighed mellem den virksomhed overdrageren drev, og den virksomhed som erhververen drev.

2) At virksomhedens kunder er overtaget, og at der er tale om;

Der er ingen ændring i kundekredsen, da Cimber flyver de samme ruter efter overdragelsen som før.

3) En kontinuerligt drevet virksomhed.

Der er tale om en kontinuerligt drevet virksomhed, da driften fortsættes uden betydelige afbrydelser.

På baggrund af de 3 gennemgåede momenter er der tale om en virksomhedsoverdragelse, jf. Virksomhedsoverdragelseslovens §1. En virksomhedsoverdragelse forstås som et videresalg af en virksomhed eller en del heraf. I denne situation er der tale om, at en del af SAS overdrages til Cimber. Det er med henblik på denne del, at det skal vurderes, hvorvidt identiteten er bevaret efter overdragelsen.

Herefter kan det ud fra listen i Spijkers-sagen vurderes, hvorvidt de overdragne medarbejdere og fly har bevaret sin identitet.

- Arten af den virksomhed, der er tale om

Dette forhold er bevaret, da kabinepersonalet udfører samme arbejde ved Cimber som ved SAS.

- Hvorvidt der overdrages materielle aktiver såsom bygninger og løsøre

Dette forhold er bevaret, da der overføres materielle aktiver i form af fly.

- Værdien af de immaterielle aktiver, der overdrages (goodwill, varemærker)

I realiteten overdrages der ikke immaterielle aktiver. Det kan dog diskuteres, om der alligevel er tale herom, idet en kunde, som booker en rejse hos SAS kan risikere, at flyvningen foretages af Cimber på vegne af SAS i forbindelse med omtalte indenrigsflyvninger med de overdragne medarbejdere og fly, som er aktiverne i denne overdragelse. I den forbindelse vil Cimber tjene på SAS' varemærke, da kunden har booket via SAS og ikke Cimber.

- **Hvorvidt de fleste af arbejdsgiver 1's ansatte bliver ansat af arbejdsgiver 2**

Der er kun tale om en lille del af SAS' medarbejdere, som bliver overdraget til Cimber, og derfor anses dette forhold for at være ubetydeligt i forhold til vurderingen af identitet.

- **Om virksomhedens kundekreds overdrages**

Som udgangspunkt overdrager SAS ikke deres kundekreds, idet SAS bevarer sin egen kundekreds og det samme gør Cimber. Derfor er dette forhold uændret efter overdragelsen.

- **Graden af lighed mellem de aktiviteter, overdrageren og erhververen udøver**

Graden af lighed er høj, da Cimber flyver på vegne af SAS og de overtagne medarbejder udøver samme aktiviteter på de samme fly.

- **Varigheden af en eventuel afbrydelse af virksomhedens aktiviteter**

Der er ingen afbrydelse, da SAS' aktiviteter er kontinuerligt videreført i Cimber. Således taler dette forhold for, at identiteten er bevaret.

De ovenstående punkter er ikke i sig selv afgørende, ligesom de ikke har lige stor betydning for vurderingen af, om der foreligger identitet. Der skal således foretages en samlet vurdering set ud fra en større helhed.

Ud fra ovenstående gennemgang vil en samlet vurdering pege i retningen af, at der foreligger identitet. Dette gør der på baggrund af at; det er oplyst i sagen, at Cimber har opkøbt hovedsæde i København – samme sted som SAS; flyene, der benyttes af Cimber og var en del af virksomheds-overdragelsen, fremstår fortsat med SAS' farver samt logo, og SAS varetager vedligeholdelse af flyene; der er tale om personale, der bærer de samme uniformer på Cimbers fly som hos SAS; Cimber benytter i dag SAS' hjemmeside til salg af flybilletter og billetterne sælges i SAS' navn; der bliver på selve rejsen budt velkommen på vegne af SAS og ikke Cimber. Derudover oplyses det slutteligt, at Cimbers personale møder ind samme sted som SAS' personale, jf. udtalelsen af Christa Ceré (formand for CAU).

Imidlertid dømmer domstolen mod disse synspunkter med den følgende begrundelse; at SAS og Cimber er to selvstændige juridiske personer. De er begge datterselskaber af SAS AB. Derudover fastslår domstolen, at "det følger af arbejdsretlig praksis, at en juridisk persons overenskomstind-

gåelse som udgangspunkt ikke forpligter en anden juridisk person, heller ikke et søsterselskab eller andet selskab i samme koncern⁶⁰.

Domstolen lægger yderligere til grund for deres afgørelse; at SAS og Cimber fortsat har selvstændige ledelser samt forskelligt personale. Derudover fastslår de, at SAS og Cimber må anses for at have forskelligt forretningsmæssigt område, da Cimber primært flyver korte, regionale flyruter, og SAS længere og interkontinentale ruter. Domstolen finder derfor ikke, at Cimber havde til formål at omgå CAU's overenskomst med SAS.

Domstolens afgørelse kan begrundes med, at de dømmer ud fra en mere overordnet og samlet vurdering, og derfor i deres bedømmelse går ud over den specifikke og snævre liste i Spijkers-sagen.

Ud fra en rimelighedsvurdering kan det diskuteres om, hvorvidt det i virkeligheden, på trods af domstolens afgørelse, var hensigten for SAS at omgå overenskomsten med CAU. Her tages i betragtning, at SAS på daværende tidspunkt var økonomisk dårligt stillede, og derfor ønskede at flytte medarbejderne over til Cimber i en periode. Trods overdragelsen blev arbejdet stadig udført af de samme medarbejdere – helt uændret. Den eneste forandring var, at medarbejderne fik en dårligere overenskomst end før. Denne mistanke om omgåelse næres af det faktum, at en Cimber kabinemedarbejder er 25-30% billigere end en SAS-medarbejder⁶¹.

5.2.2 Arbejdsrettens dom af 2. december 2015 – KMD dommen

I sagen mellem HK Privat (herefter HK) og KMD A/S – herunder også KMD BPO A/S (herefter KMD og BPO) var spørgsmålet, hvorvidt BPO, efter udskillelse ved spaltning fra KMD, sagligt kunne opsigge lokalaftaler vedrørende spisepauser og valget af tillidsrepræsentant. HK har nedlagt påstand om, at KMD har gennemført en spaltning og derved oprettet BPO med den hensigt at omgå en del af overenskomsten. KMD og BPO har nedlagt påstand om frifindelse⁶².

⁶⁰ Arbejdsrettens dom af 7. April 2016 – SAS dommen s. 17 nederst

⁶¹ <https://politiken.dk/oekonomi/virksomheder/art5571939/En-Cimber-stewardesse-koster-tre-fjerdedele-af-sin-SAS-kollega>

⁶² Arbejdsrettens dom af 2. december 2015 – KMD dommen s. 2

KMD og BPO får medhold i deres påstand, da Arbejdsretten finder, at der er tale om to selvstændige virksomheder og BPO derved indtræder som selvstændig part i overenskomsten med HK. De finder derfor, at BPO sagligt kan opsige lokalaftalerne jf. lokalaftalernes ordlyd. Spaltningen er ikke foretaget med henblik på at omgå overenskomsten og herved lokalaftalerne.

Der er sket en virksomhedsoverdragelse i form af en spaltning, og derved finder reglerne i Virksomhedsoverdragelsesloven anvendelse. Sagen er anlagt på baggrund af HK's mistanke om identitet mellem KMD og BPO.

Der er tale om to lokalaftaler, som BPO har opsagt efter spaltningen med henblik på at få en bedre økonomi. Den ene lokalaftale vedrører betalt spisepause. Medarbejderne havde før opsigelsen en halv times betalt spisepause og denne kunne opsiges med varsel på 6 måneder – hvilket BPO har gjort. Den anden lokalaftale vedrører valget af tillidsrepræsentanter og denne kunne opsiges med minimum 3 måneders varsel.

For analysen af denne dom tages der udgangspunkt i Spijkers-listen med henblik på at vurdere, hvorvidt der foreligger identitet.

- **Arten af den virksomhed, der er tale om**

BPO udfører et uafhængigt og selvstændigt arbejde, da de har deres eget forretningsområde. BPO er blevet udskilt fra KMD, men der er ikke sammenhæng mellem arten af den virksomhed, der drives i det nye KMD og BPO.

- **Hvorvidt der overdrages materielle aktiver såsom bygninger og løsøre**

Der er ikke sket en ændring, da BPO før udskillelsen var en afdeling i KMD, hvor de nu er en selvstændig virksomhed, dog i samme lokaler.

- **Værdien af de immaterielle aktiver, der overdrages (goodwill, varemærker)**

BPO bevarer KMD navnet – KMD BPO A/S. Dermed bevarer de deres association til KMD og således varemærket.

- **Hvorvidt de fleste af arbejdsgivers 1's ansatte bliver ansat af arbejdsgiver 2**

Hele BPO afdelingen udskilles til det nye BPO. Herudover optræder en del af lederne både for KMD og BPO som følge af den indgåede administrationsaftale. Dette gøres, da BPO er et så lille

selskab, at det ville være svært at skulle levere alle serviceydelser selv. Fx er der jf. Carsten Fensholdt's forklaring i sagen ikke brug for en fuldtids marketingsmedarbejder, og derfor køber BPO sig til timerne hos KMD.

- **Om virksomhedens kundekreds overdrages**

BPO kundekreds er uændret.

- **Graden af lighed mellem de aktiviteter, overdrageren og erhververen udøver**

BPO har aldrig været en naturlig del af KMD, men derimod et forretningsområde, der er blevet opbygget over en årrække. BPO og KMD udøver dermed ikke de samme aktiviteter, og som alternativ til spaltning havde KMD overvejet at nedlægge BPO ydelsen.

- **Varigheden af en eventuel afbrydelse af virksomheds aktiviteter**

Der er ingen afbrydelse i BPO's aktiviteter og de fortsætter dermed kontinuerligt.

Sammenlignet med SAS dommen er det i denne sag væsentligt tydeligere, at der ikke er tale om identitet. Der er eksempelvis ikke tale om udøvelse af de samme aktiviteter i BPO og KMD. Dog er der jf. udtalelserne i dommen en indikation på identitet, idet BPO's placering er uændret. Der er tale om samme skriveborde, samme adgangskort, uændrede kundesystemer. På trods af disse forhold kan der ikke statueres identitet, eftersom de er en selvstændig virksomhed med en økonomi, der er uafhængig af KMD.

Det kan skabe tvivl om, hvorvidt KMD havde til hensigt at omgå lokalaftalerne ved at foretage en spaltning af BPO afdelingen. I sagen er blevet offentliggjort en mail, hvori KMD's ledelse orienterer de medarbejdere der skal udskilles med BPO om, at lokalaftalerne følger det nye selskab, BPO. Imidlertid nævnes det også i mailen, at hver enkelt lokalaftale vil blive vurderet med henblik på at beslutte, hvorvidt det vil give mening for BPO at bibeholde dem. I mailen nævnes bl.a. den betalte spisepause.

Denne mail kan få det til at fremstå som om, at det har været en af hovedovervejelserne ved beslutningen om spaltning at opsiges de omtalte lokalaftaler. KMD begrundes dog spaltningen i dårlig økonomi, og dermed har deres intentioner ikke været at omgå overenskomsten, men at give BPO muligheden for at opbygge en stærk økonomi og således undgå at blive nedlagt.

Arbejdsretten finder, at de omtalte lokalaftaler er opsagt korrekt efter lokalaftalernes egne opsigelsesbestemmelser. Derudover finder Arbejdsretten, at BPO selvstændigt kan opsig lokalaftalerne, uden at de skal gøre sig afhængige af KMD.

5.2.3 Arbejdsrettens dom af 24. september 2015 – HORESTA dommen

Sagen mellem Landsorganisation i Danmark, som repræsenterer Fagligt Fælles Forbund og Serviceforbundet (herefter kaldet sagsøger) mod Dansk Arbejdsgiverforening, som repræsenterer DIO og ISS Facility Services A/S, sammen med Dansk Arbejdsgiverforening som også repræsenterer HORESTA og ISS Hotel & Event Services A/S (herefter kaldet sagsøgte) angår ikke, som ved de to tidligere domme, spørgsmålet om, hvorvidt der er sket en virksomhedsoverdragelse og om reglerne i Virksomhedsoverdragelsesloven dermed finder anvendelse. Derimod angår spørgsmålet om ISS Facility Services A/S (herefter moderselskab) har startet virksomhed i form af hotelrengøring i ISS Hotel & Event Services A/S (herefter datterselskab) med det formål at unddrage sig de overenskomstmæssige forpligtelser. Der skulle tages stilling til, hvorvidt der kunne statueres arbejdsretlig identitet, således at datterselskabet var bundet af moderselskabets overenskomstmæssige forpligtelser.

Sagsøger påstår, at sagsøgte skal efterleve gældende overenskomst mellem DI Overenskomst og 3F og Serviceforbundet, og dertil tilpligtes de at betale en bod for overenskomstbruddet samt efterregulering til alle ansatte i datterselskabet. Sagsøgte påstår, at de ikke har begået overenskomstbrud, og har derfor nedlagt påstand om frifindelse.

Sagsøgte får medhold i deres påstand, og bliver dermed frifundet. Arbejdsretten fastslår indledningsvis, at en juridisk persons overenskomstindgåelse eller medlemskab af en arbejdsgiverorganisation ikke som udgangspunkt forpligter andre juridiske personer, heller ikke selvom der er tale om juridiske personer, som indgår i en fælles selskabsstruktur, f.eks. moder – og datterselskab i samme koncern. Skal et moderselskabs overenskomstmæssige forpligtelser også omfatte et datterselskab, forudsætter det således, at der godtgøres et særligt grundlag herfor. Arbejdsretten finder det ikke godtgjort, at det har været til formål at omgå moderselskabets overenskomstmæssige forpligtelser, og der kunne tilmed ikke statueres arbejdsretlig identitet mellem de to selskaber.

For analysen af denne dom tages der indledningsvist udgangspunkt i Spijkers-listen med henblik på at vurdere, hvorvidt der foreligger identitet.

- **Arten af den virksomhed, der er tale om**

Der er ikke tale om den samme art af virksomhed, da ISS Hotel & Event Services specifikt er en målrettet facility services virksomhed inden for hotelbranchen, og her er den dominerende brancheoverenskomst HORESTA-Overenskomsten. HORESTA-Overenskomsten er designet til hotelområdet, herunder hotelrengøring. Der forelå således en naturlig driftsmæssig interesse i, at virksomhedens blev omfattet af HORESTA-Overenskomsten.

Der er ikke tale om noget ledelsessammenfald på hverken direktion – eller bestyrelsesniveau. Virksomheden har dermed egen selvstændig ledelse og har hverken overtaget medarbejdere, materiel eller kontrakter fra moderselskabet. ISS Hotel & Event Services er således et uafhængigt selskab.

- **Hvorvidt der overdrages materielle aktiver såsom bygninger og løsøre**

Virksomheden var uden aktiviteter, da det blev genaktiveret, og der er således tale om en tom og nystartet virksomhed. Der blev i forbindelse med genaktiveringen ikke overdraget nogen aktiver til ISS Hotel & Event Services.

- **Værdien af de immaterielle aktiver, der overdrages (goodwill, varemærker)**

Værdien af immaterielle aktiver er i sagen ikke til at måle på. Der kan dog argumenteres for, at ISS Hotel & Event Services har fået overdraget en vis andel goodwill, idet de bibeholder ISS i deres navn. Det kan således være medvirkende til at skabe merværdi for ISS Hotel & Event Services, da kundekredsen på forhånd kender til ISS' værdier og omdømme.

- **Hvorvidt de fleste af arbejdsgiver 1's ansatte bliver ansat af arbejdsgiver 2**

Der overdrages ingen medarbejdere.

- **Om virksomhedens kundekreds overdrages**

Der overdrages ikke kontrakter til ISS Hotel & Event Services. De har udelukkende budt på nye kontrakter og dermed skabt deres egen kundekreds.

- **Graden af lighed mellem de aktiviteter, overdrageren og erhververen udøver**

I Arbejdsrettens begrundelse og resultat lægges der vægt på, at selskaberne drives som to selvstændige og klart adskilte enheder, der har hvert sit forretningskoncept samt driftsmæssige formål, som er begrundet i almindelige branchemæssige forhold. Der er således ikke lighed mellem selskabernes aktiviteter.

- **Varigheden af en eventuel afbrydelse af virksomheds aktiviteter**

Det giver ikke anledning til at vurdere, hvorvidt aktiviteterne er videreført kontinuerligt eller med en eventuel afbrydelse, da der er tale om en nystartet virksomhed. Virksomheden var uden aktiviteter, da det blev meldt ind i HORESTA.

Ud fra ovenstående gennemgang vil en samlet vurdering pege i retning af, at der ikke foreligger identitet. Det bekræfter Arbejdsrettens meget klare begrundelse og resultat, hvor de ikke finder det godtgjort, at der foreligger identitet mellem de koncernforbudne virksomheder.

Som tidligere nævnt er de ovenstående punkter dog ikke i sig selv afgørende, og listen er således ikke udtømmende. Det er blot indikatorer, som kan hjælpe med at statuere identitet.

Det kræver således, at der foretages en samlet vurdering ud fra nogle flere faktorer. Det skal tilmed vurderes, hvorvidt det var intentionen at omgå moderselskabets overenskomstmæssige forpligtelser.

Ifølge parternes argumentation fremgår det af sagsøger, at ISS hotel er etableret alene med det formål at få en overenskomst med en lavere lønsats, så ISS koncernen dermed kunne forbedre sin konkurrenceevne på området for hotelrengøring. Det er en omgåelse af de krav, der gælder for udmeldelse af Serviceoverenskomsten⁶³.

Det fremgår af sagsøgte, at etableringen af ISS Hotel & Event Services var driftsmæssigt begrundet. Der var tale om en strategisk segmentering af ISS koncernens aktiviteter, idet koncernen ønskede at fokusere på hotelområdet, og det var for at kunne konkurrere på dette område en nød-

⁶³ jf. parternes argumentation, s. 15

vendig disposition at starte en ny virksomhed op i et selvstændigt selskab med en overenskomst svarende til den sædvanlige inden for branchen⁶⁴.

Hotelområdet blev et selvstændigt segment og et strategisk fokusområde. Beslutningen om at gå ind i segmentet havde ikke noget med overenskomstforholdene at gøre. Der var tale om en vækststrategi. Man kunne se, at der var et marked, og da man ønskede at blive større inden for dette marked, blev overenskomstforholdene interessante⁶⁵.

Serviceoverenskomsten er en normallønsoverenskomst, mens HORESTA-Overenskomsten er en mindstelønsoverenskomst. Ses isoleret på lønnen, er der en væsentlig forskel, og det var den forskel, der var interessant for ISS Facility Services, selv om de ikke sagde det udtrykkeligt⁶⁶.

Dertil havde andre virksomheder, omfattet af Serviceoverenskomsten, udfordringer i hotelmarkedet. Man genaktiverede derfor et datterselskab, som ikke var medlem af SBA, men derimod blev indmeldt i HORESTA⁶⁷.

Man kan således diskutere, hvorvidt oprettelsen af ISS & Event Services var sagligt begrundet, da der i det ovenstående er indikatorer, der peger i retningen af, at man spekulerede i overenskomstforholdene for at kunne være konkurrencedygtige på markedet.

Set ud fra dommens resultat, ses det endnu engang, at enkelte fælles forhold mellem selskaberne ikke er ensbetydende med, at der foreligger identitet. Arbejdsretten vurderer ud fra et helhedsbillede og lægger vægt på sagens omstændigheder.

Ligesom i SAS-dommen ser Arbejdsretten bort fra, at selskaberne har fælles adresse og personaleadministration, når det vurderes, om der er identitet mellem selskaberne. Dertil lægges det til grund, at ISS Hotel & Event Services var uden aktiviteter og medarbejdere, da selskabet blev meldt ind i HORESTA.

⁶⁴ jf. parternes argumentation, s. 16

⁶⁵ jf. parternes forklaringer – HR direktør Finn Westergaard, ISS, s. 11

⁶⁶ jf. parternes forklaringer – næstformand John Frederiksen, 3F Privat Service, Hotel & Restauration, s. 9

⁶⁷ jf. parternes forklaringer – HR direktør Finn Westergaard, ISS, s. 12

Dommen viser således, at moderselskabets overenskomstmæssige forpligtelser ikke kan udstrækkes til også at omfatte datterselskabets virksomhed, når der ikke overføres nogen aktivitet til datterselskabet, selvom selskaberne har fælles adresse og personaleadministration. Ej heller finder Arbejdsretten det godtgjort, at det var intentionen at omgå moderselskabets overenskomstmæssige forpligtelser.

5.3 Samlet konklusion af domsanalysen

I vurderingen af om der foreligger identitet, er der som nævnt identitet, når der er en så nær forbindelse mellem virksomhederne og ledelsen, at der kunne være tale om én og samme virksomhed før såvel som efter overdragelsen, at de egentlig er identiske. Som udgangspunkt, og som det ses i parternes forklaringer i de benævnte sager, ville det være oplagt at vurdere ud fra sammensætningen af ledelsen, placering af virksomhederne og personalebeklædning, som det eksempelvis ses i SAS-dommen, hvor Cimbers personale var iført SAS' uniformer og flyene bar SAS' logo. Dog kan der ud fra ovenstående analyse ses en gennemgående tendens til, at Arbejdsretten ikke tillægger det nogen betydning, om der er tale om de samme ledere, lokaler og uniformer, når de skal vurdere, om der er identitet. Derimod fokuseres der en del på den økonomiske identitet mellem virksomhederne, når det fastlægges, hvorvidt der er tale om en selvstændig virksomhed eller ej og dermed om der foreligger identitet. Det ses i de tre behandlede domme, at der fokuseres på, om virksomhederne har en selvstændig økonomi og har opnået hvert sit selvstændige forretningsområde, og erhverver derved er uafhængig af overdrager.

De tre domme har alle det tilfælles, at der er tale om tre store virksomheder – henholdsvis SAS, KMD og ISS – der alle er kommet i en form for økonomisk krise, som har stor betydning for, om de kan overleve på markedet eller ej. Dermed kan spørgsmålet opstå, om virksomhederne forsøger at omgå de allerede eksisterende overenskomster for at undgå et betydeligt økonomisk tab. Trods tydelige indikationer på, at der i sagerne var tale om omgåelse, tager Arbejdsretten ikke dette i betragtning i deres resultat. Dette kan tolkes, som om Arbejdsretten prøver at skabe en praksis, der giver virksomhederne en chance for at overleve på markedet.

Kapitel 6 – Juridisk delkonklusion

Det kan ud fra ovenstående juridiske afsnit konkluderes, at en overenskomst er en aftale, der er indgået mellem et fagforbund og en virksomhed med det formål at opnå en enighed omkring arbejdstagers løn- og ansættelsesvilkår. I 2001 blev Virksomhedsoverdragelsesloven ændret og i den forbindelse blev §4 a indført. Denne paragraf blev indført med det formål at opstramme og præcisere den retspraksis, der var i forvejen. Loven gør sig gældende, når der er tale om en virksomhedsoverdragelse og i afsnittet herover er det hovedsageligt medarbejdere, der overdrages og ikke hele virksomheder. Hovedregelen er således, at de overdragne medarbejdere er beskyttet af deres overenskomst indtil dennes udløb og herefter længere i fald den ikke bliver opsagt af den erhvervende virksomhed. Loven præciserer, at der er en tidsgrænse for denne opsigelse, og som tolket ovenfor kan det forstås således, at der er en minimumsgrænse på tre uger, der dikterer, at man altid har indtil tre uger efter overtagelse til at frasige sig overenskomsten. Der er ligeledes også en 5-ugers regel, der sikrer, at man har fem uger til at opsige en overenskomst efter man har fået bekendt skab til denne. Hvis de overdragne medarbejders overenskomst opsiges, skal den erhvervende virksomhed have en alternativ overenskomst, som medarbejderne overgår til efter udløb af deres egen. Derudover skal det konkluderes, at det jf. §4 a ikke er muligt at frasige sig en overenskomst, såfremt der er identitet mellem overdrager og erhverver.

Det er ud fra tre domsanalyser på henholdsvis SAS -, KMD – og Horesta-dommen, blevet konkluderet, at domsstolen er begyndt at tolke identitetsspørgsmålet bredere. Det er i de tre domme domstolens vurdering, at der ikke foreligger identitet til trods for, at de betingelser, der førhen har gjort sig gældende for identitet – se her Spijkers – har været helt eller delvist opfyldt.

Det tyder på, at der i retspraksis er ved at ske ændringer som følge øget konkurrence på markedet. Uden lovens brede fortolkning af identitet, og deraf følgende mulighed for at opsige en dyr overenskomst, kunne det vise sig vanskeligt for større virksomheder at overleve. Denne problemstilling vil blive belyst i det følgende økonomiske afsnit.

Kapitel 7 – Transaktionsomkostninger, Den danske model og parternes adfærd

7.1 Introduktion

Følgende afsnit vil ud fra teorien om transaktionsomkostninger belyse aktøradfærd. Der vil analyseres på aktørernes valg samt fremstillingen af udgangspunktet hvorfra disse valg træffes. Endvidere diskuteres, hvad den optimale beslutning måtte være i den givne forhandlingssituation. Og endelig belyses, hvorledes fleksibilitet, som et stadig mere afgørende parameter for virksomhedens overlevelse, spiller en væsentlig rolle i disse forhandlinger.

Økonomen Ronald Coase introducerede transaktionsomkostningsteorien, og definerede transaktionsomkostninger som følger: *"In order to carry out a market transaction, it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on"*⁶⁸.

De ressourcer, som er nødvendige for at finde handelspartnere, forhandle og indgå aftaler, kan ikke bruges til andre ting. Transaktionsomkostningerne er således de omkostninger, der er forbundet med at undersøge, forhandle og kontrollere. Søgeomkostninger (ex ante) er de omkostninger, der anvendes til at finde information for at klarlægge, hvem man skal indgå kontrakten med. Forhandlingsomkostninger er de omkostninger, der anvendes i selve forhandlingen mellem parterne. Omkostningerne omfatter således udformningen af kontrakten samt omkostningerne ved møder etc. Kontrolomkostninger (ex post) er de omkostninger, der er med til at sikre, at kontakten overholdes efterfølgende.

⁶⁸ H. Coase: The problem of social cost, s. 15

Det er i virksomhedens interesse at minimere sine omkostninger. Derfor undersøges det om teorien om transaktionsomkostninger kan anvendes til at forstå rationalet bag forhandlingen af den mest favorable overenskomst eller muligheden for at frasige sig denne.

7.2 Den danske model

Den danske model er en betegnelse for, hvordan det danske arbejdsmarked er organiseret. Arbejdsmarkedet er reguleret gennem kollektive overenskomster, individuelle aftaler og lovgivning. Nogle økonomer ser kritisk på reguleringen af arbejdsmarkedet. Kritikken er rettet mod såvel myndigheder som arbejdsmarkedets egne aftaler – kollektive overenskomster og individuelle aftaler. Mindre regulering vil, ifølge nogle økonomer, medvirke en højere grad af fleksibilitet på arbejdsmarkedet. Argumentationen går således på, at fagforbundene er med til at skabe monopoler på arbejdsmarkedet, og dermed potentielt presse prisen på arbejdskraft op.

Yderligere mener disse økonomer, at ansættelsesretlig beskyttelse af lønmodtagerne hindrer effektivitet hos virksomhederne. Dog er der flere økonomer, der i dag peger på regulering, som en fordel for arbejdsmarkedet.

Reguleringen i kollektive overenskomster indeholder forskellige standarder som eksempelvis minimumsstandarder i forbindelse med løn og arbejdstid samt standarder, der sikrer konfliktløsning mellem parterne. Dertil findes en række standarder, hvis formål det er at fremme muligheder på arbejdsmarkedet gennem arbejdsmarkedspolitikker⁶⁹. Disse standarder implementeres i bl.a. fagoverenskomster, hvor faktorer som løn og arbejdstid fastlægges centralt, da fagoverenskomster indgås på et mere overordnet plan mellem fagforbund og brancheorganisationer.

I Danmark ses det i stigende grad, at overenskomster suppleres på lokalt plan gennem lokalaftaler. Der sker således en øget decentralisering i overenskomsterne, når de på lokalt plan overlades til parternes selvbestemmelse.

⁶⁹ Regini, The Dilemmas of Labour Market Regulation

Der er en række omkostninger forbundet med udarbejdelsen af disse kollektive såvel som individuelle aftaler, og det vil i det følgende beskrives, hvordan disse allokeres på optimal vis, samt hvordan virksomhederne bevarer deres konkurrenceevne og markedsposition.

7.3 Kollektive forhandlinger

Arbejdsgiverne har en egeninteresse i et system, hvor der kan ske kollektive forhandlinger med arbejdstagersiden. Det kan være medvirkende til at eliminere en del af den konkurrence, der eksisterer mellem arbejdsgiverne. Når forhandlingerne foregår centraliseret på branche- og organisationsniveau, tages de forhandlede standarder ud fra konkurrencen, og således er arbejdsgiverne i kontrol med markedet på de forhandlede områder. Eksisterer der eksempelvis store lønforskelle i en branche, kan de centrale forhandlinger være medvirkende til at udjævne disse, hvor de ellers ville hæmme den enkeltes virksomheds konkurrenceevne.

Der består et asymmetrisk forhold mellem arbejdsgiverne og lønmodtagerne, da arbejdsgiveren besidder mere information omkring arbejdspladsen end lønmodtageren, og endvidere har retten til at lede og fordele arbejdet samt føre kontrol med lønmodtageren⁷⁰. Ligeledes har arbejdsgiveren ret til at afskedige lønmodtageren med forbehold for de ansættelsesretlige regler, den kollektive overenskomst og individuelle aftaler. Dette forhold bidrager ikke til tillid mellem parterne. At arbejdsgiveren indgår i en kollektiv overenskomstforhandling sender imidlertid et signal om engagement og intention om at overholde de aftalte betingelser mellem parterne.

Kollektive forhandlinger kan medføre en ulempe for arbejdsgiveren, i det omfang forhandlingerne foregår lokalt. Det bidrager til øgede omkostninger til forhandling samt varetagelsen af den kollektive overenskomst. Med henblik på højere produktionskrav og mindre lagerbinding har det en større betydning end tidligere, hvis lønmodtagerne iværksætter en konflikt⁷¹. I denne afhandling er der, på baggrund af den juridiske analyse, fokus på virksomheder, der tilbyder serviceydelser. Disse er mere udsat i den forstand, at disse virksomheder producerer og tilpasser en ydelse til den enkelte kunde, og har derved ikke mulighed for at opbevare sin ydelse på et lager. Hvis ydelsen

⁷⁰ Deakin & Wilkinson: Labour law and economic theory: a reappraisal, s. 22

ikke anvendes, er der tale om tabt indtjening.

Dermed får selv korterevarende konflikter større betydning for den enkelte virksomhed, der ikke kan overholde aftalte handler, og således lider et driftstab i et givent omfang.

De kollektive overenskomster kan ligeledes medføre en ulempe for lønmodtageren, da vedkommende eventuelt kunne ønske sig en anden ordning end den i overenskomsten aftalte. Der består også det asymmetriske forhold mellem arbejdsgiver og lønmodtager, som betyder, at lønmodtager er afhængig af arbejdsgiverens informationer om den virksomhed, man er ansat i.

På trods af kollektive overenskomsters ulemper for lønmodtageren, er der dog stadig flere fordele forbundet hermed. Lønmodtagerne er mere eller mindre nødsaget til at organisere sig for at varetage deres interesser og ifølge litteraturen⁷² er der to overordnet motiver til, at lønmodtagerne organiserer sig. For det første har de en række interessebaserede grunde; en optimeret varetagelse af deres interesser stiller den enkelte lønmodtager bedre. For det andet opstår der et indbyrdes værdifællesskab, der bevirker organisering i en faglig organisation, som danner en fælles front i forhold til arbejdsgiveren, når der skal forhandles overenskomster.

Virksomheder, der ikke er overenskomstdækket, kan have sværere ved at rekruttere end virksomheder, som er dækket. Ud fra et strategisk synspunkt er det vigtigt, at arbejdsgiveren kan forudse omkostninger til arbejdskraft og varigheden af den kollektive overenskomst bliver dermed en vigtig faktor for arbejdsgiveren. I forlængelse heraf kan det tages i betragtning, om samfundet befinder sig i en høj eller lav konjunktur, da man i praksis ser, at overenskomster løber over en længere periode når der er højkonjunktur, mens man ser, at arbejdsgiver binder sig for en kortere periode, når der er lavkonjunktur.

Lønmodtagernes organisationer kan virke som beskyttelse for, at det som aftales i overenskomsten overholdes, og således kan overenskomsten være medvirkende til at begrænse opportunistisk adfærd fra såvel arbejdstager som arbejdsgiver. Det skaber en gensidig tillid til, at det aftalte bliver overholdt, og arbejdsgiver kan dertil undgå situationer, hvor man står uden arbejdskraft som følge af strejker.

Slutteligt giver kollektive overenskomster mulighed for at forudse personaleomkostninger og der-

⁷² Strøby Jensen: Faglig organisering under forandring s. 7-25

ved mindske den enkelte virksomheds transaktionsomkostninger, fordi flere lønmodtageres forhold kan varetages på samme tid gennem en kollektiv overenskomst.

7.4 Individuelle forhandlinger

Det er nødvendigt at tage stilling til de individuelle aftaler, da de har konsekvenser for den enkelte arbejdstager og for samfundet. Ifølge nogle økonomer⁷³ sikres samfundet den rette allokering af ressourcer, hvis parterne udelukkende forhandler individuelt, idet den kollektive regulering skaber ineffektivitet og hæmmer arbejdsgiver i hans måde at handle ud fra virksomhedens drift⁷⁴. Ved individuel forhandling ville arbejdsgiver og arbejdstager have et bedre udgangspunkt for at nærme sig hinanden, og dermed mindske modsatrettede interesser. Dette synspunkt vil medføre en dekollektivisering, hvor både kollektive overenskomster og lovregulerede områder vil forsvinde til fordel for den individuelle aftale og lønmodtageren. Organisationer på såvel lønmodtager- som arbejdsgiverside bliver således overflødige, da forhandling vil ske direkte mellem disse parter. Når parterne er overladt til en individuel forhandling, kan de aftale en løsning, der stemmer overens med deres mellemværende forhold. Individuelle kontrakter kan således bidrage til den fleksibilitet, som de fleste virksomheder efterspørger.

Disse individuelle kontrakter er imidlertid langt mere transaktionsomkostningstunge end de kollektive overenskomster, da de er afhængige af en stor mængde information, som parterne ikke nødvendigvis har kendskab til eller kan tage stilling til på overordnet niveau, men som er i spil i hver forhandling. De øgede transaktionsomkostninger kommer primært af, at ledelsen skal bruge mere tid på forhandlingen med den enkelte medarbejder i en afdeling, hvor medarbejderne muligvis besidder meget forskellige kvalifikationer.

Arbejdsgiveren handler i et vist omfang økonomisk rationelt påvirket af markedet. Arbejdsgiverens primære fokus er naturligvis virksomhedens drift, men også hensynet til medarbejderne vægtes ofte højt, hvilket ses i form af virksomhedens villighed til at investere i eksempelvis uddannelse, pension og andre personalegoder⁷⁵. Dette hensyn håndteres som regel mest effektivt i de kollekti-

⁷³ Milton Friedmann og Richard A. Epstein

⁷⁴ A. Epstein, In Defense of the Contract at Will

⁷⁵ Kaj Andersen og Mailand, *Flexicurity og det danske arbejdsmarked overenskomstsyste*met, s. 3.

ve overenskomster, da det kan være vanskeligt og langt mere omkostningstungt for arbejdsgiveren at tilgodese mere overordnede områder på det individuelle plan. Der må således tilstræbes en afbalancering af kollektive og individuelle aftaler.

7.5 Overlevelse på markedet

Ud fra den juridiske analyse af de tre domme, viser der sig en tendens på markedet. Både SAS, KMD og ISS⁷⁶ var i økonomiske problemer, da de valgte at overføre medarbejdere på en ny overenskomst. De tre forskellige sager vedrørte, hvorledes virksomhederne var bundet af de allerede eksisterende overenskomster, og dermed ikke havde muligheden for at frasige sig disse grundet arbejdsretlig identitet. De tre aktører prøvede således at indrette deres virksomhed på en ny måde i et forsøg på at vende den økonomiske krise og skabe en bedre økonomi. Den tendens man ser efter er, hvorvidt virksomhederne prøver at omgå reglerne eller har en saglig grund til at gøre dette.

Med økonomisk optimalitet for øje, er det transaktionsomkostningsteoriens tilgang at organisere transaktionerne så omkostningerne minimeres. Det skal dermed overvejes, hvordan man bruger ressourcerne bedst, således at de anvendes på den mest efficiente måde og giver det størst mulige udbytte.

I overenskomstforhandlinger forsøger parterne at nå en såkaldt Pareto-optimal forhandlingsløsning, der er defineret ved, at der ikke findes en løsning, der stiller begge parter bedre. En forhandlingsløsning, der stiller begge parter bedre end i udgangssituationen, kaldes en Pareto-forbedring. I de pågældende sager var løsningen ikke Pareto-optimal, da medarbejderne blev stillet værre; de blev omfattet en overenskomst med ringere vilkår end deres hidtidige overenskomst. Med denne betragtning for øje, kan det diskuteres, hvorvidt dette giver adgang til at situationen bliver Kaldor-Hicks efficient. En Pareto-forbedring, hvor mindst en af parterne bliver stillet bedre uden at nogen bliver stillet dårligere, lader sig i praksis sjældent gøre. Som regel vil en part stilles dårligere. Ifølge Kaldor-Hicks kan den part, som bliver dårligere stillet, blive kompenseret af den anden part og dermed kan kriteriet for en Kaldor-Hicks-forbedring betyde, at en Pareto-optimal situation faktisk kan opnås. Som eksempel ses der på kapitalisering af lokalaftaler, hvor erhverver frasiger sig en

⁷⁶ se afsnit 5.2

lokalaftale for så at kompensere de berørte medarbejdere på anden vis – se nærmere herom i afsnit 9.2.

Det kan således skabe en Pareto-optimal situation, og en ændring eller eventuelt frasigelse af overenskomsten kan være den mest efficiente løsning på den lange bane.

Med udgangspunkt i SAS, KMD og ISS er der tale om tre store aktører på hver deres marked. Disse virksomheder tilbyder serviceydelser, hvor deres ydelser tilpasses og produceres til den enkelte kunde, og de har således ikke mulighed for at opbevare deres ydelse på et lager. Det er dermed tale om en tabt ydelse, såfremt den ikke udnyttes. Ud fra dette kan man argumentere for, at denne form for virksomhed har en større udfordring og dermed en mere udsat position på markedet, end virksomheder, der producerer vare til lager. Når der sker udsving på markedet, der gør at virksomhederne kommer i økonomiske vanskeligheder, vil de virksomheder som kan producere til lager undgå et driftstab, da de kan opbevare deres varer, indtil de kan sælges. Virksomheder, der leverer serviceydelser, lider derimod et tab, hvis deres services mod forventning ikke kan udnyttes.

Deraf kan det diskuteres, hvorvidt der er tale om en saglig grund, når det tillades at kriseramte virksomheder har muligheden for at frasige sig overenskomsten. Som udgangspunkt frasiger erhverver sig overenskomsten, hvis den ikke matcher den virksomhed man driver, eller de overtagne medarbejder har nogle vilkår, man ikke kan imødekomme. Når muligheden for at frasige sig overenskomsten er til stede, kan det give anledning til, at den pågældende erhverver har mulighed for at allokere sine transaktionsomkostninger, så omkostningerne minimeres. Dette kan gøres ved at føre medarbejderne over på den overenskomst, man allerede har, da dette ikke vil medføre betydelige omkostninger. Jf. Virksomhedsoverdragelseslovens §4a, stk. 3, har de berørte medarbejdere en ret til gennem deres fagforbund at kræve en forhandling af løn- og ansættelsesvilkår jf. princippet i funktionærlovens §10, stk. 2. Ifølge bemærkningerne til loven skal det dog understreges, at det ikke indebærer en pligt til at nå til enighed om det rejste spørgsmål⁷⁷.

Der er imidlertid god grund for erhverver til at forsøge at imødekomme medarbejderne så vidt, det er muligt. Såfremt de eventuelt ændrede vilkår provokerer medarbejdernes følelse af fairness,

⁷⁷ Forslag til lovændring af Virksomhedsoverdragelsesloven

risikeres en konflikt. Og selvom der er forhandlingsomkostninger forbundet med forhandlingen, så er denne udgift ofte at foretrække frem for en sandsynligvis langt mere omkostningstung konflikt.

Ud fra et samfundsmæssigt hensyn vil der være flere fordele forbundet med at lade erhverver frasige sig overenskomsten. Det vil ofte være mere hensigtsmæssigt at lade medarbejderne overgå til en overenskomst, der er billigere for erhverver, end at lade dem risikere arbejdsløshed, fordi virksomheden kan være nødt til eksempelvis at lukke en afdeling ned pga. krise eller lignende. Man kan kalde det en slags kriseoverenskomst, og det benyttes ofte i praksis. Endvidere kan det være en fordel at lade erhverver frasige sig overenskomsten, ud fra en betragtning om at skabe lighed mellem de arbejdere, der ved en overdragelse således får ens vilkår i samme arbejdsfunktion. På den måde sikrer man forudsætningen for, at virksomheden kan performe optimalt.

7.6 Delkonklusion

Det særlige ved den danske arbejdsmarkedsmodel er, at den bygger på frivillige aftaler mellem arbejdsgivere og arbejdstagere. Det er dermed overladt til arbejdsmarkedsparterne at forhandle løn- og ansættelsesvilkår, og staten spiller en tilbagetrukket rolle på dette punkt. Der består en ulig magtfordeling mellem arbejdstager og arbejdsgiver, og derfor er det nødvendigt for arbejdstagerne at organisere sig. Når arbejdstagerne organiserer sig, øger de deres forhandlingsstyrke, og den ulige magtfordeling mindskes. Dertil øges forhandlingsstyrken overfor arbejdsgiverorganisationerne, når fagorganisationen opnår større tilknytning fra flere arbejdstagere.

Arbejdsgiverne opnår en reducere af transaktionsomkostningerne, når der forhandles med fagorganisationen frem for den enkelte medarbejder, hvilket er en fordel for arbejdsgiveren. Med tiden er der sket en større decentralisering af lønforhandlingerne, hvor den endelige lønforhandling foregår mellem den enkelte arbejdstager og arbejdsgiver direkte. Dette øger omkostningerne for den enkelte virksomhed, da der skal forhandles med den enkelte medarbejder. Ud fra ovenstående kan det konkluderes, at det vil være at foretrække at anvende den kollektive overenskomst suppleret af individuelle aftaler frem for at aftale sig til rette hver gang. Dette vil spare virksomheden for omkostningerne forbundet hermed.

Dertil skal spørgsmålet om transaktionsomkostninger indgå i overvejelserne vedrørende om man som erhverver bør frasige sig overenskomsten eller ej, da disse omkostninger er forbundet med

bl.a. forhandling. Frasiger erhverver sig overenskomsten, kan der være forhøjede transaktionsomkostninger forbundet herved, da der skal forhandles en ny overenskomst. Frasiger erhverver sig ikke overenskomsten er transaktionsomkostningerne minimale, men der kan derimod opstå en adfærdsproblematik.

Afhandlingen tager udgangspunkt i virksomhederne SAS, KMD og ISS, der alle var i økonomiske vanskeligheder. Vedrørende vurderingen af, om virksomhederne frasiger sig overenskomster for at omgå reglerne eller om der foreligger saglige grunde hertil, vil følgende analyse tage udgangspunkt i teorien om den psykologiske kontrakt. Det vil blive vurderet, hvilken rolle denne kontrakt spiller og den deraf afledte adfærd hos medarbejderne vil blive belyst.

Kapitel 8 – Den psykologiske kontrakt

8.1 Introduktion

En kontrakt mellem arbejdsgiver og arbejdstager er en juridisk bindende kontrakt, men også andre faktorer binder arbejdsgiver og arbejdstager til hinanden, og her kommer den psykologiske kontrakt i spil. Den psykologiske kontrakt er skabt ud fra en forudsætning om individuelle forventninger på baggrund af vilkårene i organisationen. Den psykologiske kontrakt går videre end den juridiske fortolkning af kontrakter, og den dækker de huller, juraen ikke kan udfylde. Ifølge Rousseau eksisterer en kontraktlig forpligtigelse kun, fordi der er en gensidig opfattelse af de betingelser, hvorunder aftalen blev indgået. For at kontrakten skal holde, er det vigtigt, at parterne regelmæssigt afstemmer den i forhold til deres opfattelse og ændrede omstændigheder. Gensidig forudsigelighed er således en stærk faktor i koordineringen af planlægningen og arbejdsindsatsen.

Hvis man ser på individniveau, kan opfattelsen hos den enkelte medarbejder være psykologisk betinget, og dermed præge de forestillinger, medarbejderen har om sit job. Den psykologiske kontrakt kan have en stærk indflydelse på medarbejderens engagement.

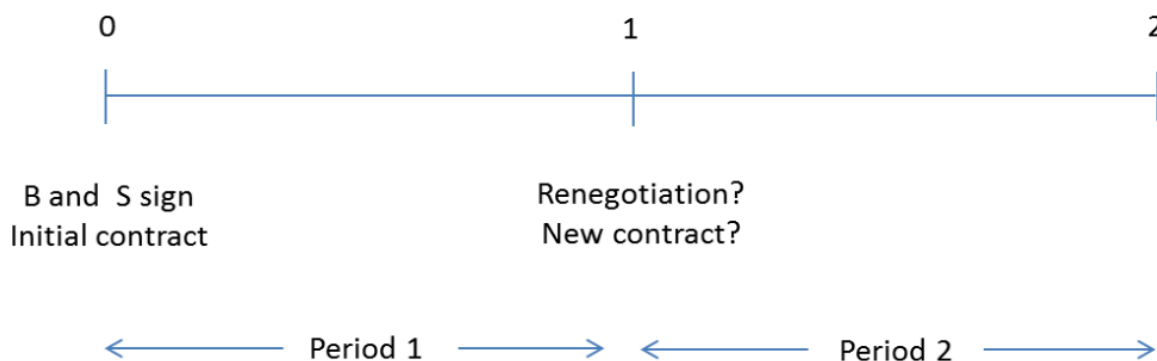
Opfattelsen af kontrakten kan også være normativ betinget. Dette kan opstå, hvis parterne har en fælles identitet. Medarbejdere, der udfører samme stykke arbejde i den samme organisation, vil sammenligne sig med hinanden og hinandens synlige goder og arbejdsforhold⁷⁸.

Ud fra tanken om den psykologiske kontrakt, vil det efterfølgende tage udgangspunkt i, hvad medarbejderen opfatter som *fair*, og hvordan en kontinuerlig kontrakt skaber et implicit løfte om et gensidigt tillidsforhold samt anvendelsen af de oprindelige vilkår som referencepunkt ved genforhandling. Teorien vil blive vinklet således, at forholdet mellem arbejdsgever og det fagforbund der forhandler overenskomster på medarbejdernes vegne, prioriteres.

⁷⁸ Rousseau: Psychological contracts in organizations, kapitel 2

Det er på baggrund af en undersøgelse foretaget af Kahneman (1986), blevet vurderet hvornår arbejdstager finder ændringer *fair* og hvornår de finder dem *unfair*. Det ses blandt andet tydeligt, at folk ser ændringer forskelligt fra, om de selv er omfattet af ændringerne eller om de betragter ændringerne udefra. Kahneman opstillede en række fiktive situationer for at finde folks standarder med hensyn til *fairness*. Blandt andet fandtes det, at folk finder det *fair*, at en virksomhed sætter priserne op, hvis det begrundes med øgede omkostninger i forbindelse af produktet. På samme måde opfattes det som *fair*, hvis en virksomhed sænker lønningerne, fordi den taber penge. Omvendt finder undersøgelsen, at det ikke er *fair*, at en virksomhed hæver priserne, hvis det kun begrundes, at et produkts efterspørgsel er steget eller produktet er blevet mere sjældent. Ligeledes findes det, at folk finder det *unfair*, hvis lønningerne falder, fordi der er andre, der vil arbejde for mindre, end man selv gør. Undersøgelsen viser, at *fairness* er et vigtigt moment i forbindelse med virksomhedernes beslutninger både i forhold til forbrugeren og de ansattes efterfølgende adfærd. Man spejler sig i andre og det man er vant til. Hvis de nye forhold ikke matcher eller kan retfærdiggøres med at virksomheden rammes på samme måde som medarbejderen, vil det resultere i, at folk føler sig *unfair* behandlet. Der er på baggrund af artiklen "Continuing Contracts" af Halonen og Hart taget udgangspunkt i tre forskellige typer kontrakter: kortsigtet -, langsigtet- og kontinuerlige kontrakter.

Herunder vises en tidslinje, hvor der i punkt 0 indgås en aftale. I punkt 1 bliver der genforhandlet eller dannet en ny kontrakt alt efter hvilken kontrakttype, der indgås i punkt 0. Tidslinjen danner ramme for periode 1 og periode 2.



Figur 2 – Kontraktens tidslinje⁷⁹

⁷⁹ Halonen-Akatwijuka & Hart: Continuing contracts, s. 7

Kortsigtet kontrakt

En kortsigtet kontrakt specificer kun vilkårene for periode 1 uden nogen former for aftaler eller forståelse for periode 2, således at de ikke er bundet af *fairness*, hvis de vælger at forhandle en ny kontrakt. Der vil eksempelvis ved lønnedgang ikke tages hensyn til, om ændringerne er *fair*, da man ikke referer tilbage til første periodes kontrakt⁸⁰.

Langsigtet kontrakt

Når der indgås en langsigtet kontrakt binder parterne sig til aftaler i både periode 1 og 2. En langsigtet kontrakt udformes således, at der vil være tale om store konsekvenser, hvis en af parterne bryder kontrakten.

Kontinuerlig kontrakt

En kontinuert kontrakt specificer aftalerne i første periode, men parterne er ikke bundet til at forhandle i anden periode. Hvis de gør, er man bundet af nogle indgåede forpligtelser, som parterne er bundet af med henblik på *fairness*, såfremt de forhandler en fremtidig kontrakt for anden periode⁸¹. Der findes to typer af kontinuerte kontrakter – den kontinuerte kontrakt uden outside options og den kontinuerte kontrakt med positive outside options. Der vil i den økonomiske analyse blive anvendt den kontinuerte kontrakt med positive outside options, da der fokuseres på muligheden for at frasige sig en overenskomst i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse. Der vil således være en outside option, idet der kan forhandles med et udefrakommende fagforbund, hvis det oprindelige fagforbund frasiges.

En kontinuert kontrakt medfører, at parterne føler sig forpligtet til hinanden, og det skaber en lyst til at behandle hinanden *fair* og med ansvar, selvom der ikke nødvendigvis er tale om en juridisk bindende kontrakt. Den kontinuerte kontrakt fremmer således *fairness* og den ansvarsfølelse, der opstår i et samarbejde mellem to parter, da det giver gode muligheder for genforhandling. Samtidig skabes en tryghedsfølelse, da der er stor sandsynlighed for, at kontrakten vil forlænges.

⁸⁰ Halonen-Akatwijuka & Hart: Continuing contracts, s. 10

⁸¹ Halonen-Akatwijuka & Hart: Continuing contracts, s. 11

En kontinuerlig kontrakt kan således reducere forhandlingsomkostningerne relativt i forhold til en kort- og langsigtet kontrakt⁸².

8.2 Afvejning af *fairness* og *fleksibilitet*

En kontinuerlig kontrakt kan reducere forhandlingsomkostningerne relativt i forhold til kortsigtede eller langsigtede kontrakter. Dette er tilfældet, da der ikke skal forhandles helt på ny, men ud fra et referencepunkt. Dog kan dette også resultere i, at det kan være svært at tilpasse sig udefrakommende forandringer, da følelsen af *fairness* vil danne grundlag i den forrige kontrakt, der nu anvendes som referencepunkt. Dette kan begrænse den fleksibilitet, der er behov for i en kontrakt. Den tidligere kontrakt, der bliver referencepunkt for den nye kontrakt, vil altså være det primære grundlag for den *fairness*, man søger.

Det er meget forskelligt, hvad folk betragter som *fair*. Det afhænger både af, hvad den enkelte er vant til og hvilke forhold der gør sig generelt gældende for andre på området. Derudover er der også stor forskel på, hvad folk vil betragte som fleksibelt, ligesom der vil være forskellige opfattelser af hvilken grad af fleksibilitet, de forskellige kontrakter kræver for at være konkurrencedygtige. Det bliver mere og mere nødvendigt på markedet, at en kontrakt er fleksibel, da det er afgørende for at optimere partnerskabet. Det er yderligere en udfordring for samarbejdet, at det nemt kan skabe splid i tilliden mellem parterne. Arbejdsgiver er ikke vant til denne form for fleksibilitet, da der ikke tidligere har været fokus på dette. Derved skal der ikke meget til for at provokere den følelse af *fairness*, som den enkelte arbejdstager har.

Denne teori kan overføres til arbejdsgiver og fagforbunds forhandlinger af overenskomster. Som sagt antages det, at en overenskomst ligger en kontinuerlig kontrakt nærmere end både en kortsigtet og en langsigtet kontrakt. Dette antages, da en overenskomst er endelig i den forstand, at den aldrig uden videre ophører, men derimod skal forhandles i perioder. Der skal dog genforhandles ved overenskomstens udløb, og modsat teorien bag den kontinuerlige kontrakt er dette ikke valgfrit. Ved disse forhandlinger udgør den tidligere aftale en reference for den nye forhandling, og derved også for hvad der findes *fair*. I tilfælde af en virksomhedsoverdragelse, hvor der er mulighed for at frasige den eksisterende overenskomst, skal her sondres mellem, om det bedst kan

⁸² Halonen-Akatwijuka & Hart: Continuing contracts, abstract

betale sig at forhandle den allerede eksisterende overenskomst på ny, og dermed behandle overenskomsten som en kontinuerlig kontrakt, eller på den anden side er mest hensigtsmæssigt at starte helt forfra og forhandle uden referencepunkt.

Det antages for simpelhedens skyld, at der er tale om to risikoneutrale parter, der er ingen kontraktuelle investeringer, der er systematisk information, men ingen begrænsninger af ressourcer⁸³. Det kan her betale sig at bruge en langsigtet kontrakt, hvis det kan antages at anden periode er lige så efficient som første periode. Man er i så fald bundet af kontrakten i længere tid. Hvis anden periode er inefficent, vil en kortsigtet kontrakt være til fordel, da den så skal forhandles helt på ny i anden periode uden nogen form for referencer til første periodes kontrakt. Er man imidlertid usikker på, hvorvidt anden periode vil vise sig lønsom, er hverken den langsigtede eller den kortsigtede kontrakt en optimal løsning. En langsigtet kan genforhandles, hvis den viser sig inefficent i anden periode, men den kan være svært at genforhandle, da parterne vil diskutere, hvordan omkostningerne skal fordeles. En kortsigtet kontrakt vil være svær at forhandle, hvis det viser sig at den ville have været efficient i anden periode, fordi parterne så vil diskutere, hvordan fortjenesten skal fordeles. Begge eksempler vil føre til en følelse af forurettethed, som vil medføre shading. Shading er den adfærd, den forurettede part vil udvise, og som eksempler herpå vil vedkommende; ikke besvare e-mails hurtigt, ikke videregive vigtig information til den anden part, eller generelt ikke engagere sig i kontrakten, men overholder kun minimumskravene som fremgår af kontrakten⁸⁴. En kontinuerlig kontrakt vil således være et godt kompromis.

Markedet kan regulere sig på mange måder og i nogle perioder mere end andre. Dette kan gøre en forhandling vanskelig, da et sådan varierende marked kræver fleksibilitet, og det er vanskeligt at opretholde både fleksibilitet og en tilfredsstillende grad af *fairness*. Som nævnt i afsnit 8.1 – introduktion forsøgte Kahneman i sin undersøgelse at statuere, hvad der blev defineret som *fair*. Undersøgelsen viste, at ændringer i medarbejdernes vilkår kunne retfærdiggøres, hvis de skyldes ændringer på markedet, som den enkelte virksomhed ikke var herre over. Var det derimod virksomheden selv, der blot ønskede et større overskud, ville dette blive opfattet som *unfair*. Der er således en vanskelig afvejning af *fairness* og fleksibilitet, og man vil ofte finde det vanskeligt at

⁸³ Halonen-Akatwijuka & Hart: Continuing contracts s. 3

⁸⁴ Lando: Teaching note about Fehr, Hart og Zehnder, s. 2

afstemme de to, selv om det muligvis ville skabe et optimalt marked med optimale kontrakter og ansættelsesforhold.

En kontinuerlig kontrakt er et godt kompromis, der i nogen grad opnår både *fairness* og fleksibilitet. Den sikrer begge parter ved ikke at forpligte dem til genforhandling i anden periode, men foreskriver, at en genforhandling ved første periodes udløb skal ske med den tidligere kontrakt som referencepunkt. Herudfra – og under hensynstagen til den aktuelle markedssituation – forhandles så den nye kontrakt.

Forhandlingen af den kontinuerlige kontrakt tager altid sit afsæt i forskellen på de forhold, der gjorde sig gældende ved første periodes begyndelse og de forhold der kendetegner anden periodes begyndelse. Kontrakten forhandles ikke på ny, men kun ud fra de ændrede forhold. Grundideen er, at både tab og udbytte skal fordeles ligeligt mellem arbejdsgiver og arbejdstager: Lider virksomheden tab, kan det medføre ringere løn- og ansættelsesvilkår, mens et opsving i virksomhedens økonomi også skal komme arbejdstageren til gode. Sådan sikres både fleksibilitet og *fairness*.

Der vil i det efterfølgende gennemgås en model, der har til hensigt at vise, hvordan en kontinuerlig kontrakt bliver forhandlet i anden periode med fokus på forholdet mellem fleksibilitet og *fairness* i forhandlingssituationen. Endvidere vil vi fokusere på medarbejderes adfærd i forbindelse med et overenskomstskift ved en virksomhedsoverdragelse.

Dernæst opstilles et simpelt spil – et såkaldt specialized labor game – for gennem spilteori at belyse Arbejdsrettens praksis og illustrere hvordan denne også tjener et samfundsmæssigt hensyn.

8.3 Kontinuerlig kontrakt med positive outside options

Med udgangspunkt i artiklen "Continuing contracts"⁸⁵ opstilles en model, der behandler en overenskomstforhandling som en kontinuerlig kontrakt. Som tidligere antaget forpligter en kontinuerlig kontrakt ikke parterne til at handle i anden periode, hvis kontrakten ikke er gavnlig. Er den imidlertid gavnlig, vil parterne anvende de aftalte vilkår fra første periodes kontrakt som referencepunkt, når de skal forhandle. En kontinuerlig kontrakt er således optimal i en overenskomstforhandlingssituation, hvor det er nemmere og billigere at forhandle med de oprindelige vilkår som

⁸⁵ Halonen-Akatwijuka & Hart: Continuing contracts

referencepunkt ved genforhandling af overenskomsten. Når man bruger kontrakten fra første periode som referencepunkt, reduceres stridpunkter, hvilket kan reducere shading costs og medarbejderens følelse af at være forurettet.

I forbindelse med en virksomhedsoverdragelse må det ofte vurderes, om det bedre kan betale sig at frasige sig de overtagne medarbejderes overenskomst og føre dem over på virksomhedens egen overenskomst eller lade de overtagne medarbejdere blive på deres nuværende overenskomst. Holdt op mod teorien om en kontinuerlig kontrakt, der bevæger sig fra første periode til anden periode kontra at forhandle en overenskomst på ny i punkt 0, kan det som udgangspunkt betale sig at blive i den kontinuerlig kontrakt, hvis aftalerne forbliver sig realistiske i forhold til markedsværdien. Er man derimod i en kontinuerlig kontrakt, der vurderer markedsværdien for højt, vil det kunne betale sig at starte forfra med en helt ny forhandling uden et referencepunkt. På denne måde vil man kunne opnå en optimal kontrakt, der afspejler udviklingen i markedet.

Eksemplet i artiklen tager udgangspunkt i en situation med en køber og en sælger. Eksemplet anvendes udvidet, for at kunne anvendes på en overenskomstforhandlingssituation. I stedet for to parter er der således tre parter i det følgende eksempel; nemlig medarbejderne, arbejdsgiver og fagforening.

Modellen indeholder faktorer som kost-, salgs- og markedspris. Kostprisen afspejler medarbejderens leveomkostninger, mens salgsprisen afspejler den løn som medarbejderen modtager for sit stykke arbejde hos en given virksomhed, og endeligt afspejler markedsprisen den værdi medarbejderens stykke arbejde kan omsættes til og sælges for på markedet. Som nævnt tages der udgangspunkt i en overenskomstforhandling, hvor et givent fagforbund forhandler med arbejdsgiver på medarbejdernes vegne. For eksemplets skyld antages det, at der er tale om medarbejdere der udfører det samme stykke arbejde i en organisation og dermed er omfattet af samme overenskomst. Disse medarbejdere har samme leveomkostninger og modtager den samme løn.

Første periode:

Leveomkostninger (Kostpris)	Løn (Salgspris)	Markedspris (Salgspris på markedet)
20	40	60

Anden periode:

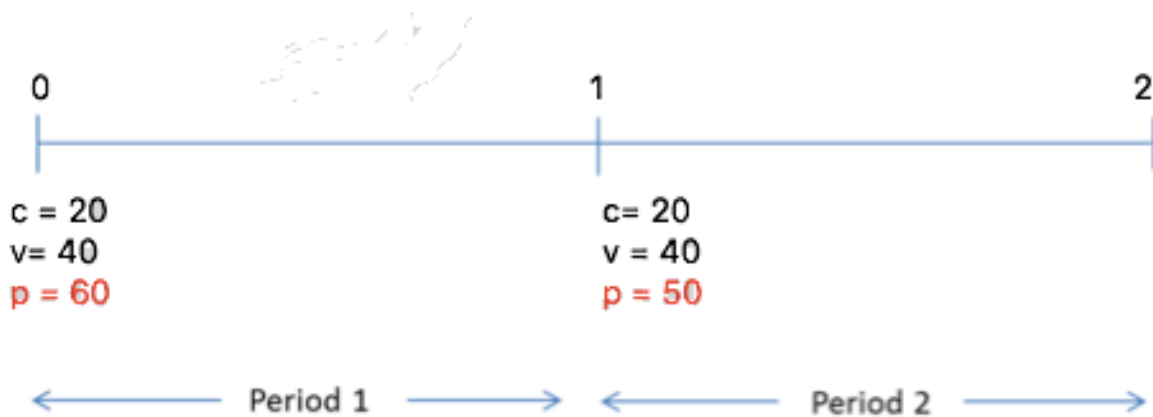
Leveomkostninger (Kostpris)	Løn (Salgspris)	Markedspris (Salgspris på markedet)
20	40	50

Model 1 – kontinuerlig kontrakt

Det antages i første periode, at medarbejderens leveomkostninger (kostpris) er 20 og vedkommende modtager en løn (salgsprisen) på 40, mens værdien af ansættelsesforholdet⁸⁶ (markedsprisen) er 60. I begyndelsen af anden periode erkender parterne, at arbejdsgiverens pay-off er faldet til 50. Ved at bruge den første periodes kontrakt, vil diskussionen blive begrænset til at omhandle, hvordan et tab i indtjeningen skal fordeles mellem parterne. Når der skal forhandles om en ny overenskomst i anden periode, vil arbejdsgiver have en interesse i at sænke lønnen for at bevare et overskud. Ved den kontinuerlige kontrakt forholder man sig således udelukkende til de ændringer der er sket og derfor vil den nye lønsats ligge mellem 30 og 40, da tabet er på 10. Bliver lønnen 30, er det til ulempe for medarbejderen, da de går ned i løn. Bliver lønnen 40, er det til ulempe for arbejdsgiver, da vedkommende bærer alle omkostninger forbundet med tabet.

Eksemplet er sat op på en tidlinje, for at illustrere ændringerne i punkt 1 i forhold til punkt 0.

⁸⁶ Den pris til hvilken arbejdsgiveren kan sælge det stykke arbejde, som arbejdstageren har udført (det færdige produkt)



Figur 3 – Kontraktens tidlinje efter eksempel

Man kan således vurdere, hvordan tabet fordeles på en retfærdig måde mellem parterne. Der sondres mellem systemiske chok og idiosynkratiske chok. Rammes markedet af et systemisk chok, betyder det, at en faktor rammer hele markedet, og folk vil derfor – jf. Kahnemans undersøgelse – opfatte det som *fair*, at der sker ændringer i deres ansættelsesvilkår⁸⁷.

Rammes markedet derimod af et idiosynkratisk chok, er folk mindre tilbøjelige til at acceptere en ændring, da de ikke finder det *fair*. I forhold til modellen vil folk derfor være villige til at gå 10 ned i løn, hvis markedet rammes af et systemisk chok. De vil udvise forståelse over for virksomhedens situation, og vil hellere opleve en lønnedgang end en eventuel fyring. Hvis lønnedgangen derimod skyldes et idiosynkratisk chok, hvor arbejdsgiver eksempelvis er grådig og bare gerne vil have et større overskud, rammes folk på deres *fairness*-følelse, og vil dermed ikke acceptere ændringen.

8.3 Specialized labor game

Den tidligere omtalte SAS-dom danner udgangspunkt for den videre økonomiske analyse. Dommen skal være medvirkende til at vise, hvordan Arbejdsretten spiller en afgørende rolle, når det skal vurderes, hvorvidt en virksomhed kan frasige sig overenskomsten ved en virksomhedsoverdragelse med flere mulige konsekvenser heraf i spil.

Med SAS-dommen åbnede Arbejdsretten op for en udhuling af overenskomster, der gjorde det muligt for virksomheder at frasige sig overenskomsten ud fra et samfundsmæssigt hensyn. Der var

⁸⁷ Se afsnit 8.1

tale om et systemisk chok i en kriseramte branche og dermed bliver der i det følgende foretaget en afvejning mellem fleksibilitet og *fairness*.

For at illustrere hvordan en domstols afgørelse kan påvirke samfundet og for at vise, at domstolen til tider må træffe beslutninger, der i nogen grad afviger fra lovgivningen, vil der via et simpelt Specialized labor game-spil blive opstillet en model på baggrund af SAS-dommen.

SAS ønskede med en virksomhedsoverdragelse at overflytte en gruppe medarbejdere til Cimber. Dette ville medføre en betydelig forringelse i medarbejdernes overenskomst, men da SAS var i økonomiske vanskeligheder, var det en mulighed for vende virksomhedens økonomien. Sagen blev prøvet ved Arbejdsretten, hvor det blev vurderet, om dette var et brud på lovgivningen. Sagens udgangspunkt var, da der angiveligt var tale om identitet mellem SAS og Cimber, og at man derved ikke kunne tillade, at Cimber frasagde sig de overflyttede medarbejderes overenskomst fra DIO til fordel for deres egen.

Selv om mange forhold kraftigt indikerede identitet, fandt domstolen ikke, at der var tale herom. Det bliver i denne afhandling vurderet, at dette kan været sket af samfundsmæssige årsager; simpelthen for at redde en stor konkurstruet virksomhed, hvis kollaps potentielt havde resulteret i omfattende arbejdsløshed til skade for samfundet.

Den grundlæggende opstilling af et Specialized labor game er, at det er en ændret udgave af et Prisoners dilemma. Spillet opstilles som i nedenstående figur:

		Player Two	
		Work	Shirk
Player One	Work	B, B	D, A
	Shirk	A, E	C, C

Figur 4 – Specialized-Labor game

På baggrund af figur 2 opstilles der en situation, hvor SAS og Cimber er henholdsvis Shirk og Work. Dermed viser spillet konsekvenserne af, at medarbejderne fra SAS får lov til at blive rykket over på Cimbers overenskomst, holdt op mod konsekvenserne af, at de som følge af dommen om identitet ikke får lov og derimod skal blive på SAS' overenskomst. Modellen bruges altså udvidet.

Det spil udformer sig på følgende måde:

		Arbejds- tager	
		SAS over- enskomst	Cimber overenskomst
Arbejdsgiver	SAS over- enskomst	-2,2	0,0
	Cimber overenskomst	0,0	2,1

Model 2 – Specialized-Labor Game

Modellen læses således: Domstolen kan dømme, at der er tale om identitet og derved bliver arbejdstagers løn på SAS' overenskomst (2), da denne overenskomst medfører en højere lønning. I modsatte fald dømmes der ikke identitet, og arbejdstagerne bliver derved flyttet over på Cimbers overenskomst, hvilket stadig vil medføre lønninger, som nu falder til (1), da Cimbers overenskomst medfører lavere lønninger til arbejdstagerne.

På den anden side står arbejdsgiveren, der ved en SAS-overenskomst er tvunget til at bibeholde de høje lønninger for arbejdstagerne, og derfor oplever en negativ fortjeneste på (- 2). Dette er tilfældet, da vi i forvejen ved, at SAS' overenskomst er meget dyr at opretholde, og at virksomhedens dårlige økonomi gør det nødvendigt at overflytte nogle arbejdstagere til Cimber, indtil økonomien er bedre.

Får arbejdsgiver derimod lov til at overflytte arbejdstagerne til den billigere overenskomst, vil deres økonomi blive bedre, og de vil således have en indtægt på (2).

I modellens øvrige to felter står der (0,0), hvilket betyder, at der ikke er indgået nogen aftale og arbejdstagere forbliver hermed på den dyre overenskomst. Det antages, at dette med tiden vil føre til konkurs; ingen indtægt til arbejdsgiver, ingen lønninger til arbejdstager og derfor (0,0) i modellen. Dette resultat er sammenligneligt med, at arbejdsgiverne forbliver på SAS' overenskomst (-2,2), da dette i sidste ende antages også at medføre konkurs på grund af manglende indtjening. Dette kan illustreres ved følgende model:

	Nuværende overenskomst (SAS)	Fremtidig overenskomst (Cimber)
Identitet	Konkurs	Konkurs
Ikke identitet	Konkurs	Overlevelse

Model 3 – Specialized Labor game II

Det kan altså tolkes ud fra modellen, at hvis domstolen dømmer for identitet, og dermed tvinger arbejdstagerne til at forblive på SAS' overenskomst, vil det medføre en stor omkostning for SAS, og dermed et underskud, der senere antages at ville resultere i konkurs.

Der kræves altså en grad af fleksibilitet fra domstolens side for at give SAS mulighed for at overleve den økonomiske situation. Det kan ud fra modellen diskuteres, hvorvidt domstolens anvendelse af loven i nogen grad afspejler et hensyn til markedet og samfundet generelt. Alt imens identitetsreglen er skabt for at beskytte samfundet og dets medarbejdere imod, at virksomheder omgår reglerne omkring frasigelse af en overenskomst for at generere et større overskud gennem en nedgang i medarbejderes lønninger, så synes der at være etableret en praksis, hvor virksomheder

tillades at frasige sig overenskomsten hellere end at risikere en konkurs, som vil sende utallige medarbejdere ud i arbejdsløshed.

Det kan således diskuteres, hvorvidt lovgivningen er optimal. Det skal ses i lyset af, at der siden loven blev vedtaget er sket en markant udvikling i markedet, herunder en omfattende finanskrise, hvilket givetvis har medvirket til, at flere virksomheder forsøger at omgå reglerne, og at Arbejdsretten finder dette grundlag sagligt. Eksempelvis kan det i SAS-dommen bemærkes, at luftfartsbranchen har været igennem store økonomiske problemer, som opstod da en række nytilkomne selskaber med billigere overenskomster var i stand til at underbyde blandt andre SAS og skabe massiv konkurrence på markedet.

Arbejdsretten tager ikke spørgsmålet om *fairness* med i deres bedømmelse af sagens omstændigheder. Der ses i markedet et stigende behov for fleksibilitet for at imødekomme de skiftende konjunkturer. Det viser sig imidlertid vanskeligt at oppebære denne fleksibilitet, uden at det sker på bekostning af *fairness*.

Når forhandlingen af den kontinuerlige kontrakt tager udgangspunkt i første periodes vilkår, danner disse ligeledes en referenceramme for, hvad medarbejderne opfatter som *fair*. Det kan derfor være vanskeligt for virksomheden at opnå den ønskede fleksibilitet, hvis eksempelvis en lønning ikke kan retfærdiggøres af systemisk påvirkning, fordi forringelserne af medarbejdernes vilkår i sådanne tilfælde vil opfattes som *unfair*.

Et andet referencepunkt med betydning for oplevelsen af *fairness* er markedets generelle vilkår for arbejdstagere med tilsvarende funktioner. Såfremt andre arbejdstagere på markedet udfører samme arbejde til en højere løn, vil også dette danne udgangspunkt for forhandlingen og potentielt hindre den fleksibilitet, som kan være et afgørende konkurrenceparameter for mange virksomheder.

SAS-dommen er et udtalt eksempel på en sådan manglende fleksibilitet. Da SAS rammes af økonomiske problemer som følge af ændringer i markedet, ser de sig bundet af en overenskomst med langt mere omkostningsfulde ansættelsesvilkår end de øvrige aktører på markedet er underlagt – og det truer med at slå bunden ud af virksomhedens konkurrenceevne. I denne situation havde det være gavnligt, hvis kontrakten mellem SAS og overenskomstforbundet DIO i stedet havde givet

mulighed for at genforhandle efter de nye markedsvilkår. Dermed kunne problemet være løst gennem forhandling og SAS havde ikke set sig nødsaget til at benytte metoder, som kunne opfattes som forsøg på omgåelse.

8.4 Delkonklusion

Det kan altså ud fra ovenstående teori, modeller og diskussion konkluderes, at afvejningen af *fairness* og fleksibilitet er yderst vanskelig. Det er imidlertid tydeligt, at markedet i dag har et større behov for fleksibilitet end nogensinde og SAS-dommen er et udtalt eksempel herpå. Det er derfor vigtigt at fremme en forståelse for, at den *fairness*-grænse inden for hvilken forhandlinger hidtil er foretaget, må rykke sig, så fleksibilitet og *fairness* sammen kan harmonisere markedet.

Kapitel 9 – Konsekvenser og muligheder

9.1 Konsekvenser – Dobbeltoverenskomster

I SAS-dommen fik virksomheden mulighed for at frasige sig overenskomsten. Hvis det ikke havde været tilfældet, ville Cimber i praksis have set sig selv bundet af en dobbeltoverenskomst, idet virksomheden i tillæg til egen overenskomst ville overtage SAS-medarbejdernes medfølgende overenskomst uden mulighed for at frasige sig den. Det følgende vil tage udgangspunkt i dette teoretiske scenarie og belyse, hvilke konsekvenser det kunne have for såvel Cimbers ansatte som de overtagne medarbejdere fra SAS.

Konstellationen med to forskellige overenskomster på samme arbejdsplads kan medføre etableringen af et A- og B-hold blandt medarbejderne, hvor A-holdet har gunstigere overenskomstmæssige vilkår end B-holdet. Det lægges til grund, at medarbejderne ikke kan påberåbe sig de gunstigste af vilkårene i hver af overenskomsterne, da overenskomsterne skal betragtes om et hele. Medarbejderne kan således ikke ”cherry pick’e” i overenskomsternes vilkår – dvs. håndplukke de enkelte vilkår fra hver overenskomst, som de finder mest favorable. Der er således skabt et arbejdsmiljø, hvor medarbejder i samme branche, i samme virksomhed og i samme arbejdsfelt har ulige vilkår.

I det følgende vil det vurderes, hvorvidt dette påvirker adfærden og den sociale kapital på arbejdspladsen. De ressourcer der findes mellem medarbejderne i en virksomhed, kaldes virksomhedens sociale kapital, og den dannes gennem samspillet mellem medarbejdere og ledelsen. Tanken bag den sociale kapital er, at man ved at opbygge stærke relationer i virksomheden kan skabe kvalitet og effektivitet. Det handler om at styrke trivsel og det gode arbejdsmiljø gennem fokus på tre hovedelementer – nemlig tillid, *fairness* og samarbejdsevne⁸⁸.

I forhold til SAS-dommen vil en opdeling af medarbejdere i et A- og B-hold påvirke følelsen af *fairness* negativt. Når SAS-medarbejdere overgår til Cimber med nogle bedre løn- og ansættelsesvil-

⁸⁸ https://www.arbejdsmiljoweb.dk/trivsel/social_kapital/hvad-er-social-kapital

kår, vil de eksisterende medarbejdere i Cimber føle sig berettiget til de samme vilkår, da de udfører samme stykke arbejde. Hvis man som arbejdsgiver ikke forsøger at imødekomme medarbejdernes behov, og samtidig ikke prøver at udligne den ulighed, der eksisterer mellem medarbejderne, kan det føre til konflikt, da medarbejderne med de ringeste vilkår ikke vil acceptere en sådan ulighed.

Et eksempel på det modsatte kan dog også finde sted. Ud fra den tidligere nævnte kendelse K1600⁸⁹, kan der opstilles et eksempel, hvor det viser sig, at konsekvensen af to overenskomster kan være positiv. I eksemplet ønsker fabrik X at opkøbe fabrik Y. Fabrik X bliver bundet af Fabrik Y's overenskomst, da de ikke har frasagt sig den rettidigt og problematikken ved en dobbeltoverenskomst blev dermed belyst; et stort antal medarbejdere arbejdede på begge fabrikker og den dobbelt overenskomst betød, at ikke alene de nyansatte men også de lavtlønnede medarbejdere nu havde krav på den højeste løn. Det var således muligt at opnå "det bedste fra begge verdener" i overenskomsterne, og man kunne dermed sikre den sociale kapital i virksomheden. Man kan næppe forestille sig, at denne situation ville give anledning til en følelse af *fairness* hos medarbejderne, og dermed undgås en eventuel konflikt.

Baseret på det ovenstående kan problemstilling ved dobbeltoverenskomster opstå i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse. Når arbejdsgiver har flere overenskomster for det samme arbejde, opstår spørgsmålet, om arbejdsgiveren kan anvende begge overenskomster eller vælge den ene frem for den anden. Der foretages en helhedsvurdering, hvilket betyder, at lønmodtagerne ikke kan kræve det bedste fra hver overenskomst – såkaldt "cherry picking" – men derimod må vælge den overenskomst, der samlet set stiller dem bedst. Udgangspunktet bliver dermed, at lønmodtagerne har krav på at blive overført til den mest fordelagtige overenskomst. Dette er tilfældet, da der i praksis synes at være en åbenhed over for, at arbejdsgiverne kan overføre medarbejdere til den mest fordelagtige overenskomst.

Når medarbejderne overføres til en bedre overenskomst vil det ikke medføre konflikt, da man ikke kan forestille sig, at nogen ville være utilfredse med at få bedre vilkår.

⁸⁹ Afsnit 4.4.3.1 K1600 A/S Guld og Marstrands fabrikkers overtagelse af A/S Carl Lunds fabrikker

Problemet opstår imidlertid, hvis arbejdsgiver overfører medarbejdere til eller fastholder dem på overenskomsten med de ringeste vilkår. Det antages, at det ville resultere i en konflikt, da det uden tvivl ville skabe en følelse af *fairness* blandt de medarbejdere, der var på den dårligste overenskomst ud af de to.

Som nævnt er hovedreglen⁹⁰, at medarbejderne overføres til den overenskomst, der stiller dem bedst. SAS-dommen viser sig dog som en undtagelse til denne regel, da Arbejdsretten gjorde det muligt for arbejdsgiver at frasige sig den fordelagtige SAS overenskomst til fordel for Cimbers overenskomsten med ringere vilkår. I forhold til grundtanken bag social kapital, var der i forbindelse med SAS-dommen tale om et brud på tilliden mellem ledelsen i SAS og de overdragne SAS-medarbejdere. Da SAS medarbejderne fik muligheden for at komme tilbage, var dette brud imidlertid af midlertidig karakter. Det må antages, at SAS havde til hensigt at bevare tilliden ved tydeligt at vise, at man ønskede at forsætte samarbejdet, når økonomien tillod medarbejderne at vende tilbage til SAS. På deres side kunne SAS-medarbejderne acceptere ændringen, da årsagen hertil kunne retfærdiggøres. Samtidig stod det klart, at såfremt SAS-medarbejderne ikke overgik til overenskomsten med de ringere vilkår, ville det formodentlig resultere i, at de mistede deres arbejde. Mennesker er således villige til at tilsidesætte følelsen af *fairness* til fordel for fleksibilitet i tilfælde, hvor det kan redde deres ansættelse.

Til trods herfor vil det alligevel som udgangspunkt være mest fordelagtigt for virksomheden at have medarbejdere, der er på samme overenskomst og er ansat under de samme vilkår. Det vil være med til at sikre lighed og gavne produktiviteten og effektiviteten i virksomheden. Når medarbejderne føler sig *fair* behandlet og føler sig anerkendt som en værdifuld del af virksomheden, vil de i højere grad være villige til at yde optimalt.

Arbejdsgiver skal således grundigt overveje konsekvenserne en dobbeltoverenskomst, da en sådan kan medvirke til at splitte virksomheden i to grupper af medarbejdere med store konsekvenser for den sociale kapital og virksomhedens sammenhængskraft til følge. Der bør altid foretages en helhedsvurdering, for at fastslå, hvad den optimale løsning for virksomheden er.

⁹⁰ Kristiansen: Den kollektive arbejdsret, s. 228-229.

9.2 Muligheder – Kapitalisering af lokalaftaler

Der er ikke altid tale om frasigelse af hele overenskomstaftaler, men kun af dele heraf. Her gør de samme love og regler sig gældende og dermed også de samme problemstillinger som tidligere diskuteret og illustreret i modellerne.

En lokalaftale er en tillægsaftale til den oprindelige overenskomst, som altid kan opsiges med den varsel, der gælder for selve aftalen. Et eksempel kan som i KMD-dommen være en aftale om betalt frokostordning. Ud over den faste overenskomst, som fastsatte løn og ansættelsesvilkårene, blev her lavet en lokalaftale om betalt frokostpause.

Da fagforbundet og KMD BPO ikke var enige, valgte KMD BPO at opsiges en lokalaftale, der skabte konflikt. Det følgende vil vise et alternativ til den direkte opsigelse, nemlig kapitalisering af lokalaf-taler, hvilket muligvis ville føre til mindre konflikt mellem parterne og bibeholde tilfredse medarbejdere.

Kapitalisering af en lokalaftale betyder, at virksomheden i stedet for at opsiges en lokalaftale indgår en aftale med tillidsrepræsentanten om, at et lønelement gøres til et individuelt tillæg, frem for et kollektivt, således at nyansatte ikke kommer til at opleve virkningen af lokalaftalens tiltag.⁹¹ Der fastsættes en skæringsdato, hvor lokalaftalen ophører og de medarbejdere, der er ansat før denne dato, får således et erstattende tillæg i form af individuelle varige tillæg.

Ved en opsigelse heraf frigør en virksomhed medarbejderen ensidigt fra en aftale om løn- og ansættelsesvilkår. I ovenstående eksempel kunne løsningen være, at nuværende medarbejdere fik deres løn hævet med en procentsats svarende til den beregnede værdi af frokostpausen i lønkro-ner, som fremtidige medarbejdere ikke får.

Forskellen på kapitalisering af lokalaftaler og opsigelse er således, at mens lokalaftalen bevares for nuværende medarbejdere og bortfalder for fremtidige medarbejdere, så frafalder aftalen helt for både nuværende og fremtidige ansatte ved opsigelse.

⁹¹ Durck Hovej, Kapitalisering af lokalaftaler, s. 2

Dette illustreres i nedenstående model:

*Hvad sker der med
nuværende lokalaftale-
vilkår?*

	Nuværende medarbejdere	Fremtidlige medarbejdere
Kapitalisering af lo- kalaftaler	Besvares	Bortfalder
Opsigelse af lokal- aftaler	Bortfalder	Bortfalder

Model 4 – Overblik over opsigelse og kapitalisering af lokalaftaler⁹²

For at vurdere, hvorvidt det er en bedre løsning at kapitalisere lokalaftaler frem for at opsig dem, vurderes fordele og ulemper ved begge løsninger:

Kapitalisering

Fordele:

- En mindre konfronterende og konfliktoptrappende fjernelse af lokalaftaler
- Den forringer ikke vilkår for nuværende medarbejder
- Den kan gennemføres hurtigere end en opsigelse, da det kan ske uden hensyn til opsigelsesfrister

Ulemper:

- Personaleomkostninger reduceres alene fremadrettet ved naturlig udskiftning af medarbejdere.

⁹² Durck Hovej, Kapitalisering af lokalaftaler, s. 2

- Lønforskel kan medføre et A- og et B-hold blandt medarbejdere
- Mindre attraktive vilkår kan gøre rekrutteringen vanskeligere

Opsigelse

Fordele:

- Endegyldig frigørende af bebyrdende vilkår
- Alle medarbejdere bliver behandlet på lige vilkår

Ulemper:

- Særlige overenskomstmæssige procedurer skal følges og det tager lang tid at opsiges en aftale
- Det kan påvirke samarbejdet omkring andre eksisterende lokalaftaler
- Mindre attraktive vilkår kan gøre rekrutteringen vanskeligere

Det kan altså konkluderes ud fra ovenstående sondring mellem fordele og ulemper, at en kapitalisering af lokalaftaler danner en mindre konfliktskabende situation end en opsigelse. Kapitalisering kan ikke bruges i de situationer, hvor det er nødvendigt at komme af med udgiften til lokalaftalen grundet dårlig økonomi og behovet for en hurtig turn-around. En opsigelse er således mere fordelagtig ved ønsket om en øjeblikkelig reducere af omkostningerne, da udfasning af en kapitalisering af lokalaftalen vil kræve længere tid for virksomheden.

Hvis virksomhedens økonomi tillader det, vil kapitalisering af lokalaftale imidlertid være en åbenlys fordel, idet medarbejderne ikke rammes på deres følelse af *fairness* med heraf følgende konflikt, og med tiden vil den naturlige udskiftning af medarbejdere helt udfase lokalaftalen.

Med kapitaliseringen undgås dels den uhensigtsmæssige opdeling i et A- og B-hold af medarbejdere og dels at nuværende medarbejdere mister deres etablerede lokalaftale. Lønforskellen mellem de to grupper af medarbejdere vil være minimal (højst 3-5%) og til fulde være dækket af en almindelig lønspredning. Samtidig vil det være medarbejdere med høj anciennitet, der oppebærer den høje løn, hvilket ud fra et organisatorisk synspunkt er både legitimt og almindeligt.

Kapitel 10 - Økonomisk delkonklusion

Ud fra ovenstående kan det konkluderes, at der består asymmetrisk information i et ansættelsesforhold, og det bidrager således til en ulig magtfordeling mellem arbejdstager og arbejdsgiver. Arbejdstagerne er dermed nødsaget til at organisere sig for at øge deres forhandlingsstyrke over for arbejdsgiver, og ligeledes øger fagorganisationerne deres forhandlingsstyrke overfor arbejdsorganisationerne, når de opnår større tilknytning fra flere arbejdstagere. Arbejdsgiverne opnår en reduktion af transaktionsomkostningerne, når der forhandles med fagorganisationen frem for den enkelte medarbejder, hvilket er en fordel for arbejdsgiveren. Dog ses en decentralisering af lønforhandlingerne, hvor forhandlingen således foregår mellem den enkelte arbejdstager og arbejdsgiver direkte. Dermed har det kollektive system suppleret af individuelle aftaler vist sig som den foreløbigt optimale form for forhandling.

Den juridiske analyse påviser, at koncernforbundne selskaber, der frasiger sig den overtagne virksomheds overenskomst, i høj grad risikerer en konflikt, da fagforbundene almindeligvis betragter dette som et forsøg på at omgå reglerne til skade for arbejdstagerne. Fagforbundene forsøger således at beskytte arbejdstagerne bedst muligt.

I forlængelse heraf spiller den psykologiske kontrakt en rolle i forbindelse med medarbejderens adfærd, når virksomheden frasiger sig overenskomsten. Det fremgår af analysen, at når frasigelsen sker som følge af et systemisk chok, vil medarbejderne være mere imødekommende, hvorimod hvis der sker som følge af idiosynkratiske chok, vil medarbejderne finde handlingen *unfair*.

Med udgangspunkt i samme domme som i den juridiske analyse, belyser den økonomiske analyse den adfærd, som arbejdsgiver udviser og hvilke overvejelser der ligger til grund for frasigelsen. På baggrund af den juridiske analyse valgtes SAS-dommen som grundlag for en økonomisk analyse af beslutningen om frasigelse. I det opstillede spil konkluderes det, at omend hensigten med lovens §4a er at beskytte medarbejderne, så tager Arbejdsretten i sin vurdering af identitet og omgåelse i høj grad et samfundsmæssigt hensyn, som vægter virksomhedens overlevelse højere end lønmodtagerne opfattelse af *fairness*.

Til sidst i den økonomiske analyse blev opstillet en række konsekvenser som følger af, at arbejdsgiver ikke har muligheden for at frasige sig overenskomsten. Der opstår således en problemstilling

med dobbeltoverenskomster, hvor det centrale fokus er den sociale kapital i virksomheden. Derudover opstilles en mulighed for at undgå konflikten i form af kapitalisering af lokalaftaler, der på den lange bane kan spare virksomheden for omkostninger. Begge giver anledning til spørgsmålet om, hvorvidt der skabes et A- og et B-hold.

Slutteligt kan det konkluderes, at markedet har behov for fleksibilitet. De opstillede modeller forsøger at afspejle, hvordan Arbejdsretten er mere fleksibel i vurderingen af identitet, og dermed lader virksomhederne frasige sig overenskomsterne, og dette ses særligt i SAS-dommen.

Det vises, at den kontinuerlige kontrakt er den, der ligger en overenskomstforhandling nærmest, og dermed er en kontinuerlig kontrakt et godt kompromis til at opnå både *fairness* og fleksibilitet. Det er derfor vigtigt at udvikle en ny form for forståelse af, at den *fairness*-grænse man før har kendt, må rykke sig, så fleksibilitet og *fairness* fremover kan harmonisere markedet.

Kapitel 11 - Interdisciplinær del: er reglerne tilstrækkelige?

11.1 Introduktion

Den interdisciplinære del fokuserer på de gældende regler og deres anvendelse samt konsekvenserne heraf. Slutteligt vil en opsamling foretage en vurdering af, hvorvidt reglerne er optimale og i forlængelse heraf diskutere behovet eventuelle ændringer.

Først vil lovens hensigt om at beskytte arbejdstager diskuteres i lyset af en praksis, hvor der tilsyneladende i vid udstrækning tages hensyn til arbejdsgiver og dennes overlevelse på markedet.

Dernæst diskuteres, hvorfor det i to sammenlignelige situationer kan være lovligt at frasige sig en overenskomst i den ene men ikke i den anden. Diskussionen vil belyse, hvordan vurderingen af identitet begrænser muligheden for frasigels, hvor grænsen herfor går samt om muligheden for frasigelse bør bortfalde helt eller tværtimod gøres tilgængelig for alle. Endeligt behandles konsekvenserne af de forskellige udfald og deres påvirkning af arbejdsmarkedet.

Slutteligt vil kapitlet undersøge ordlyden af den nuværende Virksomhedsoverdragelseslov §4 a, stk. 1 og vurdere, om loven er optimal i dens nuværende form. Det diskuteres, hvorvidt den er mangelfuld og dermed for besværgelig at anvende på et almindeligt virksomhedsniveau, og i forlængelse heraf vil der kommenteres på, hvorvidt paragraffen bør ændres og i givet fald hvordan.

11.2 Virksomhedsoverdragelseslovens hensigt

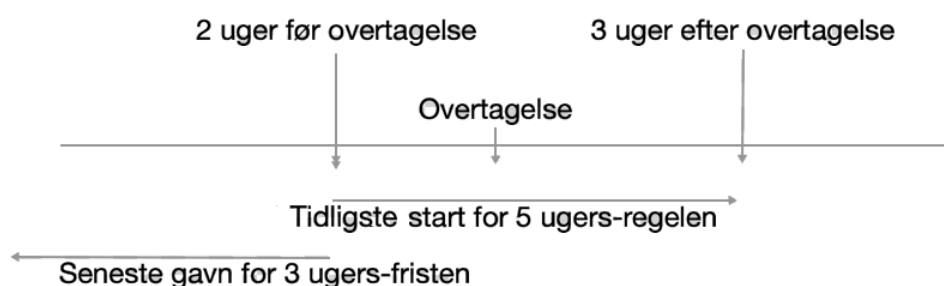
Som hovedregel er Virksomhedsoverdragelseslovens formål at beskytte arbejdstager i tilfælde af, at disse overdrages i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse. Dette fremgår således af lovens fulde navn: "Bekendtgørelse af lov om lønmodtagers retstilling ved virksomhedsoverdragelse" samt af lovens første fodnote⁹³. Det er hensigten at sikre, at arbejdstager ved en frasigelse af overenskomsten bibeholder deres løn- og ansættelses vilkår, indtil den omfattende overenskomst ville være udløbet til genforhandling.

⁹³ Virksomhedsoverdragelseslovens, første fodnote.

Virksomhedsoverdragelseslovens § 4 a har til hensigt at informere parterne, overdrager og erhverver, om muligheden for at frasige sig den overenskomst, de overtagne medarbejdere tilhører.

Der er, som det redegøres for i det juridiske afsnit⁹⁴, to tidsgrænser for frasigelsen af en overenskomst i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse. 5 ugers-fristen og 3 ugers-fristen. De fem uger angiver, at der efter opnåelse af kendskab til overenskomsten haves fem til at opsige denne, såfremt erhververs skulle ønske det. Overskrides denne tidsfrist, indgår man automatisk i den overenskomst, der var gældende for overdrager. De tre uger angiver, at man endegyldigt har tre uger efter overtagelse til at frasige sig den pågældende overenskomst, selvom der er opnået kendskab til overenskomsten eksempelvis seks uger før overtagelsen. Overskrides denne frist bliver man ligeledes bundet af passivitet, og indtræder dermed i den overtagne virksomheds overenskomst.

Som diskuteret i kapital 4, afsnit 4.4.2, kan der være mange tolkningsmuligheder af denne tidsgrænse. Det er dog nærliggende at opstille det således, at de fem uger vil være til gavn i tilfælde, hvor der opstår kendskab til overenskomsten senere end to uger før overtagelsen, og 3 ugers-fristen vil være til gavn, hvis der opnås kendskab på et tidspunkt, der ligger forud for to uger før overtagelsen. Dette illustreres herunder:



Figur 4 – tidslinje over tidsgrænser for opsigelse af en overenskomst

På trods af Virksomhedsoverdragelseslovens § 4 a's ordlyd ligger der dog mere bag bestemmelsen end opstilling af en tidsgrænse. Det fremgår af forarbejderne til bestemmelsen, at der opstilles en begrænsning ved frasigelsesmuligheden i form af identitet, som betyder, at såfremt der foreligger

⁹⁴ Se afsnit 4.4.2

identitet, er det ikke muligt at frasige sig overenskomsten. Hvorfor dette er en begrænsning, diskuteres længere nede i afsnit 11.3. Hvis der i en virksomhedsoverdragelsessituation er tale om koncernforbudne selskaber, der udøver virksomhed, som findes for nært beslægtet, er det ikke muligt at frasige sig den overenskomst, der følger med medarbejderne. Denne regel beskytter arbejdstager og har til hensigt at forhindre en situation, hvor koncernforbundne selskaber forsøger at flytte sine medarbejder internt mellem virksomhederne for at omgå en dyr overenskomst.

Som diskuteret i afhandlingens kapitel 5, afsnit 5.2 ses det dog i retspraksis, at afgørelser dømmes ud fra et andet perspektiv end den nuværende forståelse af identitet. Herved opstår spørgsmålet, om domstolen beskytter lønmodtagerne optimalt i forhold til lovens hensigt.

I denne afhandlings økonomiske del begrundes dette i samfundsmæssige hensyn, idet det antages at en større virksomheds overlevelse er til samfundets fordel. Virksomheden har derved mulighed for en turn-around ved brug af en billigere overenskomst frem for at risikere at miste sit økonomiske fodfæste. Det kan diskuteres, hvorvidt en ansættelsesretlig beskyttelse hindrer effektiviteten i en virksomhed, hvilket nok er forståeligt fra et økonomiske synspunkt, men fraværet af en sådan beskyttelse ville lønmodtagerne i en umådelig udsat position. Der er derfor brug for domstolen til at opretholde såvel denne beskyttelse samt den rette og ensartede anvendelse af Virksomhedsoverdragelsesloven.

I forbindelse med udviklingen i samfundet og det danske arbejdsmarked bliver det stadig mere nødvendigt med mere fleksible kontrakter⁹⁵ for at undgå, at den ansættelsesretlige beskyttelse skal blive for stor en hindring for virksomheden forsatte overlevelse. Udfordring bliver dermed at sikre et hensigtsmæssigt samspil den ansættelsesretlige beskyttelse og virksomhederne for at opnå et optimalt marked. Lønmodtagernes rettigheder skal sikres samtidig med, at det virksomhederne gives en chance for at overleve på et marked præget af hård konkurrence. Der skal således defineres en grænse for, hvornår identitet forhindrer frasigelse af en overenskomst og hvornår det alligevel skal være muligt. Dette vil blive diskuteret i afsnit 11.3.

⁹⁵ Se. afsnit 8.2

Domstolen udviser en tendens, jf. domsanalysen i afsnit 5.2, til at dømme ud fra et ønske om at skabe en vis fleksibilitet. Men hvis domstolen forfølger en retspraksis, der i overvejende grad beskytter arbejdsgiver, kan det efterlade lønmodtagerne i en problematisk position. Fagforbundene er til for at beskytte lønmodtagerne og det gør de gennem overenskomstforhandlinger. Hvis fagforbundene som følge af en ny retspraksis taber ved domstolen, når en virksomhed bryder gældende lov, kan det potentielt skabe en konflikt, der på længere sigt underminerer fagforbundene og svækker deres forhandlingsstyrke. Det er en problemstilling, som domstolen skal være opmærksom på og handle ud fra, og det bliver således domstolens opgave at definere en grænse for, hvordan virksomhedernes behov for fleksibilitet tilgodeses uden at der derved gives køb på lønmodtagernes krav på beskyttelse.

Det vurderes, at domstolen set i lyset af den udvikling arbejdsmarkedet er gennemgået i dag, fortsat udgør en beskyttende enhed over for lønmodtagerne. Overenskomsterne har stadig deres fulde retsvirkning, der udelukkende er til for at beskytte lønmodtagerne, men grænsen for hvornår der foreligger identitet er ved at rykke sig, og det skaber ny retspraksis.

11.3 Grænsen for frasigelse – og nærmere om omgåelse

Virksomhedsoverdragelseslovens §4a, stk. 1 præsenterer muligheden for, at erhververen i en virksomhedsoverdragelsessituation kan frasige sig den kollektive overenskomst, og at den dertilhørende tidsfrist skal overholdes. Loven tillader således, at virksomheder kan frasige sig overenskomsten, hvis de beslutter at ville overføre de overtagne medarbejdere til den allerede eksisterende overenskomst.

Ud fra forarbejderne kan det udledes, at der eksisterer en begrænsning i muligheden for at kunne frasige sig overenskomsten – nemlig arbejdsretlig identitet. Denne begrænsning er opstillet fra lovgivers side og undtagelsen til hovedreglen gælder udelukkende for koncernforbudne selskaber. Dette har været medvirkende til, at beskyttelsen af lønmodtagerne skærpes, idet der sker en begrænsning af, hvem der har muligheden for at frasige sig overenskomsten. Således var hensigten.

Arbejdsretten har imidlertid skabt en praksis, hvor denne begrænsning i form af arbejdsretlig identitet fortolkes i en bredere forstand, og hvor der således forsøges ikke at lade arbejdsretlig identitet begrænse koncernforbundne selskabers mulighed for at frasige sig overenskomsten. Eksempelvis blev det af Arbejdsretten i HORESTA-dommen⁹⁶ statueret, at en juridisk persons overenskomstindgåelse eller medlemskab af en arbejdsgiverorganisation ikke som udgangspunkt forpligter andre juridiske personer, heller ikke selv om der er tale om juridiske personer, som indgår i en fælles selskabsstruktur, f.eks. som moder – og datterselskab i samme koncern⁹⁷. ISS kunne, på trods af indikatorer på arbejdsretlig identitet, dermed frasige sig overenskomsten, og som resultat heraf blev det tilladt ISS at lade medarbejderne høre ind under en mindstelønsoverenskomst fremfor en normallønsoverenskomst. HORESTA-dommen er blot et eksempel ud af flere, og der kan som tidligere nævnt være tale om en tendens, hvor virksomhedens situationen tages op til vurdering. Denne tendens kan medføre en svækkelse i beskyttelsen af lønmodtagerne, da disse bliver stillet med ringere vilkår.

Der opstår i den forbindelse fortolkningstvivl, da lovgiver og Arbejdsretten har modsatrettede synspunkter, og der eksister således ikke harmoni mellem lovgivning og retspraksis.

Dermed opstår en diskussion af, hvorvidt muligheden for at frasige sig overenskomsten slet ikke burde være tilstede eller hvorvidt det burde være tilgængeligt for alle virksomheder uden undtagelse.

Først vurderes det, hvornår muligheden for at frasige sig ikke burde være til stede. Som udgangspunkt bør man ikke kunne frasige sig den overtagne virksomheds overenskomst, hvis det udelukkende er for at omgå reglerne. Dette slås fast i den juridiske analyse⁹⁸, hvor alle tre virksomheder blev anklaget for at have frasagt sig overenskomsten på et ikke lovmæssigt grundlag. Ud over spørgsmålet om hvorvidt der forelå arbejdsretlig identitet mellem virksomhederne, blev der således også taget stilling til, om deres handlemåde var reel og ikke havde til formål at omgå reglerne med henblik på at opnå en billigere overenskomst. Omgåelse kan bidrage til, at den danske model bringes i fare, og derfor er det afgørende at beskytte samfundet mod dette. Her spiller Arbejdsret-

⁹⁶ Arbejdsrettens dom af 24. september 2015 – Horesta dommen

⁹⁷ Arbejdsrettens begrundelse og resultat i Horesta dommen, s. 17

⁹⁸ Se afsnit 5.2

ten en vigtig rolle, da den, gennem den praksis den former, skaber en ensartet forståelse og beskyttelse ud fra gældende regler. Der tages således stilling til, hvordan Arbejdsretten forholder sig til spørgsmålet om omgåelse.

Der blev i KMD-dommen⁹⁹ taget stilling til, om det var hensigten at omgå overenskomsten eller ej. Der var tale om en virksomhed – KMD – der på baggrund af rentabilitet valgte at udskille et forretningsområde – BPO – til egen selvstændig virksomhed. Arbejdsretten lagde til grund, at udskillelsen af forretningsområdet BPO var driftsmæssigt begrundet, og udskillelsen var ligeledes i overensstemmelse med reglerne i Virksomhedsoverdragelsesloven. Dertil følger det af deres begrundelse, at udskillelsen ikke havde til formål at give det nye selskab KMD BPO mulighed for at frasige sig overenskomstgrundlaget, der netop ikke frasagde sig og derfor indtrådte i KMD's overenskomstmæssige forpligtelser, herunder lokalaftalerne.

KMD BPOs opsigelse af lokalaftalerne skete i overensstemmelse med lokalaftalernes opsigelsesbestemmelser. På baggrund af disse overvejelser fandt Arbejdsretten, at KMD BPO var berettiget til at opsigelse lokalaftalerne.

Selvom det var lokalaftalerne, og opsigelsen heraf, der umiddelbart var mest i fokus, viser denne dom alligevel, hvordan Arbejdsretten argumenterer, når det skal fastlægges, hvorvidt der er tale om en omgåelse.

Det ses, at identitetssynspunktet i høj grad kobles sammen med omgåelsesbetragtninger. Såfremt en virksomhed overdrages i forsøg på at frasige sig en kollektiv overenskomst, vil det normalt konstateres, at der er tale om et forsøg på at omgå overenskomsten, og at erhverver dermed er bundet af denne. Omgåelsestilfælde vil typisk vedrøre situationer, hvor der er et interessefællesskab af en vis karakter mellem overdrager og erhverver. Når det vurderes, om der foreligger omgåelse, vil der typisk blive lagt vægt på formålet med overdragelsen. Der bliver således lagt vægt på, om der er en klar og ret objektiv konstaterbar forretningsmæssig årsag til overdragelsen eller om den først og fremmest skyldes ønsket om eksempelvis billigere eller mere fleksible overenskomstvilkår. Fra praksis kan ses AT92.55 (91.196)¹⁰⁰, hvor Arbejdsretten fastslog, at overførslen af kør-

⁹⁹ Arbejdsrettens dom af 2. december 2015 – KMD dommen

¹⁰⁰ Arbejdsrettens dom af 17. juni 1992 - Danbor Service A/S

selsopgaver til et anpartsselskab alene havde til formål at undgå at lønne efter den gældende overenskomst¹⁰¹. Der blev taget en del forhold i betragtning, som i den forbindelse viste, at der var en vis grad af identitet mellem de to selskaber. Derfor vurderede Arbejdsretten, at der var tale om et forsøg på at omgå overenskomsten, og virksomheden blev således bundet af de overenskomstmæssige forpligtelser. Som nævnt bliver der ved vurderingen af, om der er tale om forsøg på omgåelse, typisk lagt stor vægt på formålet med overdragelsen. I Arbejdsrettens dom af 6. april 1983¹⁰² ses argumentationen for det modsatte resultat. Her udtalte Arbejdsretten, at det afgørende for, om der var handlet overenskomststridigt, var, om der var tale om en reel virksomheds-overdragelse eller om et forsøg på omgåelse af de overenskomstmæssige bestemmelser. Arbejdsretten fandt, at baggrunden herfor talte imod, at hensigten var at omgå overenskomsten. Det blev i den forbindelse tillagt betydelig vægt, at det var af afgørende betydning for virksomheden at opnå besparelser. Med denne dom ses det tilmed, at det økonomiske aspekt har været et gennemgående element i Arbejdsrettens argumentation i de domme, der behandles i denne afhandling.

Det ses dog, at Arbejdsretten dømmer mildere i sager, hvor flere af kriterierne for definitionen på omgåelse er opfyldt, hvis virksomheden kan argumentere for, at frasigelsen er sket af driftsmæssige hensyn. Der foretages således en afvejning af, om virksomheden er i økonomiske vanskeligheder eller ej.

Hvis virksomheden ikke er i økonomiske vanskeligheder og formålet tydeligvis er at undgå reglerne, bør de naturligvis ikke kunne frasige sig overenskomsten. I den forbindelse findes andre metoder og således mere optimale måder at komme ud af sine overenskomstmæssige forpligtelser. Som beskrevet i den økonomiske del kunne en løsning være en form for kapitalisering af lokalaftalerne. Derved kunne man over tid blive fri af en eller flere lokalaftaler, og på den måde se frem til en besparelse på sigt. Ved denne løsning ville man undgå konflikt med fagforbundet og medarbejderne samt spare udgifterne ved en retssag. Man undgår utilfredse medarbejdere og virksomhedens sociale kapital bliver bevaret. Man kan ydermere argumentere for, at den sociale kapital endda

¹⁰¹ Schaumburg-Müller, Emborg & Budtz Pedersen: Kollektiv arbejdsret, s. 521

¹⁰² Arbejdsrettens dom 1983.9763 – Fyns Amts Avis

bliver styrket, da medarbejderne, ifølge eksemplet med kapitalisering af lokalaftaler i forbindelse med lønnen, vil opleve en lønstigning, set i forhold til nyansatte¹⁰³.

Hvis virksomheden er i økonomiske vanskeligheder, vil det altså være mest hensigtsmæssigt at lade virksomheden frasige sig overenskomsten ud fra et samfundsmæssigt hensyn. Fra et samfundsmæssigt hensyn er der flere fordele forbundet ved at lade erhverver frasige sig overenskomsten, da det vil være at foretrække at lade medarbejderne overgå til en for erhverver billigere overenskomst end at lade dem risikere arbejdsløshed, hvis virksomheden er nødt til at lukke en afdeling ned på grund af krise eller lignende. Man kan kalde det en slags kriseoverenskomst, og det er ikke ualmindeligt i praksis. Endvidere kan det være en fordel at lade erhverver frasige sig overenskomsten for at skabe lighed mellem arbejdere, der således ved en overdragelse får ens vilkår, når de har samme arbejdsfunktion. Derved sikrer man forudsætningen for, at virksomheden kan performe optimalt¹⁰⁴.

På baggrund af det ovenstående må udgangspunktet således være, at det ikke er skal være muligt at frasige sig overenskomsten, hvis formålet hermed blot er at omgå overenskomsten eller en del heraf. Der kan imidlertid iagttages visse undtagelser hertil, som gør frasigelsen sagligt begrundet.

Dernæst vurderes det, om muligheden for at frasige sig burde være tilgængeligt for alle virksomheder uden undtagelse. Af Virksomhedsoverdragelseslovens §4a's ordlyd fremgår det ikke specifikt, hvem der kan frasige sig overenskomsten. Der henføres til "en erhverver", og denne kunne således i udgangspunktet være en hvilken som helst erhverver i en virksomhedsoverdragelsessituation. Det er i denne forbindelse afgørende at bemærke, at det ikke defineres i lovens ordlyd, at virksomheder med en vis grad af identitet er undtaget denne frasigelsesmulighed. Dette formuleres udelukkende i forarbejderne. Der opstår således en situation, hvor koncernforbudne virksomheder, eller virksomheder mellem hvilke der består et interessefællesskab mellem overdrageren og erhververen – eksempelvis sammenfaldende ejerkreds – ikke kan frasige sig overenskomsten. Dermed er der altså tale om, at ikke alle har muligheden for at frasige sig overenskomsten, og denne problemstilling vil blive behandlet senere i afsnit 11.4.

¹⁰³ se afsnit 9.2

¹⁰⁴ se afsnit 7.5

Hvis det antages, at det hverken i loven eller forarbejderne er defineret, hvem "en erhverver" er, ville det betyde, at alle havde den omtalte frasigelsesmulighed. Det ville fra virksomhedernes side åbne mulighed for spekulation i, hvorvidt det er muligt at omgå reglerne, og som resultat heraf ville alle de dyre overenskomster i høj grad blive valgt fra. Hvis medarbejdernes overenskomst uden videre kunne siges op, ville det ikke alene stille dem med ringere vilkår men også i en situation, hvor de ikke længere kunne være sikre på deres retsstilling.

Det er derfor vigtigt at skelne mellem, om erhverver er en udefrakommende opkøber eller en erhverver inden for koncernforbundne selskaber. En udefrakommende erhverver vil i sagens natur ikke spekulere i omgåelse, da de ikke på forhånd er kendt med den overdragede virksomheds forhold. Der handles ud fra et ønske om gennem opkøbet af en virksomhed at øge og optimere sin egen virksomhed, og der vil således som udgangspunkt være et ønske om at føre de eventuelle overtagne medarbejdere over på sin egen velkendte overenskomst. Det er naturligvis ikke udelukket, at erhverver, såfremt det bliver denne bekendt, at den overdragede virksomhed har en billigere overenskomst, vil ønske at forsætte med denne. Det fastslås imidlertid, at der i så tilfælde ikke er tale om en omgåelse, men derimod en favorabel mulighed. Dertil kommer princippet om *fairness* i spil, da man som udgangspunkt ikke bør været bundet af andres beslutninger, og derfor skal muligheden for at frasige sig overenskomsten forsat bestå. Er der derimod tale om koncernforbundne selskaber vil spørgsmålet om spekulation i omgåelse af overenskomsten melde sig, da identitets- og omgåelsesbetragtninger bevæger sig tæt op ad hinanden. Da de interne forhold i koncernforbundne selskaber er bedre kendt, vil der være større mulighed for at spekulere i omgåelse. Den indsigt virksomhedernes indbyrdes relation begunstiger erhverver med, skaber i højere grad forudsætninger for at gennemskue fordelene ved at omfordele og dermed overføre medarbejdere til en dårligere overenskomst. Selvom Arbejdsretten gentagne gange fastslår, at en juridisk persons overenskomstindgåelse som udgangspunkt ikke forpligter andre juridiske personer, heller ikke selvom der er tale om juridiske personer, der indgår i fælles selskabsstruktur, skal det stadig, i forbindelse med koncernforbundne selskaber, vurderes, hvorvidt formålet med virksomhedsoverdragelsen er omgåelse, da muligheden herfor er meget nærliggende.

På baggrund af det ovenstående må udgangspunktet være, at alle bør have frasigelsesmuligheden – både en udefrakommende erhverver og en erhverver inden for koncernforbundne selskaber.

Dette udledes af princippet om, at ingen bør være bundet af andres beslutninger og forpligtelser, som man ikke er i stand til at efterleve, da man ikke selv var med til at indgå aftalerne, og det ville placere erhververen i en bebyrdende position, hvis han ikke selv er herre over hvilken overenskomst, der skal gælde. Det er dog vigtigt at tage identitetsbetragtningerne for øje, når der er tale om virksomhedsoverdragelse mellem koncernforbundne selskaber, da denne konstellation gør det mere relevant – og langt nemmere – at omgå reglerne. Alle skal således have muligheden for at frasige sig, men ikke alle skal have lov. Det vil bero på en konkret vurdering af den enkelte sag.

Af dette følger behovet for at fastlægge en grænse for, hvornår en virksomhed skal have lov til at frasige sig en overenskomst og i denne sammenhæng er identitetsspørgsmålet afgørende. Der eksisterer imidlertid nogle uoverensstemmelser mellem teori, lovgivning og retspraksis og der er således behov for nogle præciseringer for at gøre den samlede hensigt tydelig.

Af teorien fremgår det, at der foreligger identitet mellem overdrager og erhverver, når der er en så nær forbindelse mellem virksomhederne og ledelsen, at der kunne være tale om én og samme virksomhed før såvel som efter overdragelsen, at de således egentlig er identiske. Problemet opstår derved ofte i transaktioner mellem koncernforbundne selskaber og i forbindelse med fusioner.

I lovgivningen fremgår det ikke af Virksomhedsoverdragelseslovens §4a, at arbejdsretlig identitet er en undtagelse til hovedreglen – dette vil blive behandlet nærmere i afsnit 11.4.

Der er ved hjælp af retspraksis opstået en række kriterier, der hjælper med at fastslå, om virksomhedens identitet er bevaret. Ud fra den juridiske analyse ses det, at Arbejdsretten foretager en samlet vurdering af både virksomhedens interne sammensætning og virksomhedens situation i forhold til markedet, når de skal fastlægge, hvorvidt der foreligger identitet.

Selvom der er forhold, der taler for identitet, vil Arbejdsretten ikke nødvendigvis finde det bevist, at der er identitet. Arbejdsretten baserer især deres resultat på et driftsmæssigt grundlag og i de gennemgåede domme – SAS, KMD, HORESTA samt Fyns Amts Avis – tillagde Arbejdsretten det betydelig vægt, at virksomhederne var i økonomiske vanskeligheder. Dermed var der tale om en nødvendighed af at lade virksomhederne frasige sig overenskomsten, da det ellers kunne have

haft negative konsekvenser for såvel virksomheden som medarbejdere, som det tidligere er blevet belyst i afhandlingen.

Det er således svært at opstille en grænse for, hvornår der foreligger identitet, og hvornår der ikke foreligger identitet. Man tilstræber en ensartet praksis, hvor det er entydigt, i hvilke tilfælde der foreligger identitet, men der må dog nødvendigvis stadig være en vis fleksibilitet og en åbenhed over for fortolkning, da en helt stringent praksis kan risikere at være til mere skade end gavn. Der til skal der yderligere tages hensyn til lønmodtagerne og målet om at sikre dem den optimale beskyttelse.

Dette er vanskeligt på grund af den forskel, der eksisterer mellem en udefrakommende erhverver og en erhverver fra koncernforbundne selskaber, når identitetsspørgsmålet skal behandles. For det koncernforbundne selskab skal det naturligvis slås fast, at de som udgangspunkt gerne må frasige sig, men såfremt der foreligger en vis grad af identitet, må de ikke. Men da koncernforbundne selskaber og spørgsmålet om identitet ligger sig så tæt op ad hinanden, som de gør, bliver det svært at fastlægge en grænse. Der skal tages hensyn til princippet om, at man ikke bør være bundet af andres beslutninger, men samtidig vil man gerne beskytte bedst muligt mod omgåelse.

Således finder man en udmærket balance i retspraksis, når Arbejdsretten tager hensyn til princippet om, at overdragerens beslutninger ikke er forpligtende over for erhververen. Retspraksis afspejler virkeligheden, hvor man stadig har respekt for reglerne og fortolkningen heraf. I forbindelse med den behandlede problemstilling spiller Arbejdsretten en stor rolle, da de er medvirkende til at skabe en ensartet retspraksis, hvor reglerne overholdes, og slår fast, at reglerne gælder ens for alle. Derfor må det vurderes, at , at lovgivningen bør strammes op og præciseres, således at lovgivning og retspraksis udgør en harmonisk enhed, hvorved risikoen for misforståelse af identitetsreglen mindskes.

11.4 Lovens optimalitet og eventuelle forslag til en lovændring

Slutteligt skal det vurderes, hvorvidt loven er optimal i sin nuværende form, og om den siden indførelsen af §4 a, er blevet mere tilpasset den praksis der er i dag. Som tidligere nævnt i afhandlingens juridiske afsnit, var hensigten med indførelsen af §4 a at præcisere og opstramme den praksis, der blev fastlagt med Prosa-dommen og Superfos-kendelsen.

Som det blandt andet belyses i domsanalysen¹⁰⁵, har praksis i løbet af de seneste par år ændret sig igen. Derfor bør det vurderes, hvorvidt det er nødvendigt, at også loven ændrer sig, så den afspejler den praksis, der nu er ved at forme sig eller om det måske mere er et spørgsmål, om den burde have været endnu mere præciseret gennem den seneste ændring, hvor §4 a i 2001 blev indført.

§4 a, stk. 1's, ordlyd er som følgende:

*"Inden 5 uger efter det tidspunkt, hvor denne vidste eller burde vide, at de ansatte eller en del af de ansatte på den virksomhed, der overdrages, har været omfattet af en kollektiv overenskomst, dog tidligst 3 uger efter overtagelsen, underrette det pågældende fagforbund, såfremt denne ikke ønsker at tiltræde overenskomsten"*¹⁰⁶.

Ud fra ordlyden forstås det, at der er tale om to tidsgrænser, men det skaber anledning til forvirring, dels hvorledes disse to tidsgrænser skal forstås i forhold til hinanden¹⁰⁷, dels hvordan det skal tolkes, hvornår man vidste eller burde vide. Bestemmelsen kunne således præciseres så anvendeligheden blev styrket og den ikke gav anledning til flere fortolkningsmuligheder.

Før §4 a blev implementeret i Virksomhedsoverdragelsesloven, var den således mangelfuld, og det resulterede i, at domstolen dømte uden at kunne støtte sig til et lovreguleret grundlag ud over den retspraksis, de selv havde skabt. Indførslen af §4 a skulle præcisere og opstramme hidtidig praksis og det lykkedes i et vist omfang, da der således kom en lovgivning, som domstolen kan støtte ret på. Det kan derfor konkluderes, at indførelsen af §4 a imødekom hensigten om at præcisere og opstramme. Imidlertid står problemstillingen omkring til forståelsen af spørgsmålet om

¹⁰⁵ se afsnit 5.2

¹⁰⁶ Virksomhedsoverdragelsesloven

¹⁰⁷ Se afsnit 4.4.1

identitet tilbage og her lever bestemmelsen i §4 a ikke op til ønsket om en opstramning og præcisering, da det ikke fremgår af bestemmelsen, men derimod af forarbejderne.

Det ses ud fra den juridiske og økonomiske del, at praksis ændrer sig. Ud fra domsanalysen i den juridiske del, ses det, at domstolen dømmer meget bredt, set i forhold til hvordan forarbejderne til §4 a egentlig forholder sig til spørgsmålet om identitet. Holdt op mod de økonomiske analyser, ses det ligeledes, at det bliver en tendens for virksomhederne at spekulere i vurderingen af identitet og omgåelse. Da paragraffen ikke er særlig specifik, giver det anledning til, at virksomhederne i praksis spekulerer i, hvorvidt det er muligt at omgå overenskomsten til fordel for en billigere overenskomst, og dette er særlig aktuelt i forbindelse med koncernforbundne selskaber. Som det vurderes i afsnit 11.3, er identitetsreglen yderst vigtig, fordi det ville lede til meget ringere vilkår for lønmodtagerne, hvis der ikke var opstillet en begrænsning i frasigelsesmuligheden. Identitetsreglen er afgørende nødvendig for beskyttelsen af lønmodtagerne, og derfor kan det diskuteres, hvorvidt den burde fremstå mere tydeligt i selve paragraffen. Selvom identitetsreglen fremgår af forarbejderne, og domstolen dømmer ud fra gældende lov samt det forarbejde, der ligger til grund for denne, er dette ikke tilstrækkeligt. Der skabes en forventning om, at man som virksomhedsejer kender til denne regel, men eftersom reglen ikke fremgår af bestemmelsen, er man som virksomhedsejer muligvis ikke bevidst om, at man overtræder. Bestemmelsen er således ikke så let anvendelig i dagligdagen, da man således skal arbejde sig ind i forarbejderne for at finde denne omtalte identitetsregel. Når der er et så stort fokus på identitet, er det på ingen måde optimalt, at det ikke fremgår af selve paragraffens ordlyd.

På baggrund af den tidligere analyse, må det konkluderes, at vurderingen af, hvorvidt en virksomhed kan blive bundet af en anden virksomheds overenskomstforpligtelser i forlængelse af en virksomhedsoverdragelse, består af to adskilte og uafhængige led. Indledningsvist skal der foretages en vurdering af identitet virksomhederne imellem på et objektivt grundlag, hvor parternes hensigter og interesser i den konkrete transaktion holdes udenfor. Dernæst skal der foretages en vurdering af parternes reelle hensigter og interesser, og dermed opstår der et spørgsmål vedrørende

omgåelse. Dette sker således på et subjektivt grundlag, hvor vurderingen af transaktionens driftsmæssige begrundelse vil indgå¹⁰⁸.

Baseret på tidligere diskussion, kan det konkluderes, at der er brug for noget mere fleksibilitet i forbindelse med den begrænsning, som spørgsmålet om identitet medfører. Det ses tydeligt i den seneste retspraksis, SAS –, KMD – og Horesta-dommen, at domstolen forsøger at dømme ud fra de forandringer og vanskeligheder som nogle virksomheder møder på markedet. Såfremt domstolen fortsætter med denne fortolkning af identitet, vil det være muligt for virksomheder i en virksomhedsoverdragelsessituation at frasige sig overenskomsten på trods af, at forholdet mellem virksomhederne har karakter af et identitetslignende forhold. Der vil således skabes en ny retspraksis. Historisk set var det den praksis, som man også så i Prosa-dommen og Superfos-kendelsen, der lå til grundlag for indførslen af lovens §4 a og det giver anledning til en underen over, hvorfor identitetsreglen ikke er indført eksplicit i bestemmelsen. Så længe fagforbundene bliver ved med at få prøvet spørgsmålet vedrørende rækkevidden af fortolkningen af identitet ved domstolen, giver det anledning til usikkerhed herom.

Der er brug for en tydeligere grænse for, hvornår der forligger identitet, som betyder, at erhverver ikke kan frasige en overenskomst i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse. Dertil er der brug for en lovgivning, der åbner op for den fleksibilitet, der er nødvendig, set i forhold til et dynamisk marked, der konstant er i udvikling.

Selvom der fortsat eksisterer et behov for en opstramning og præcisering, er der som nævnt stadig behov for en vis grad af fleksibilitet, hvor der bliver taget forbehold for løn- og ansættelsesvilkår og sikrer, at lønmodtagerne til en vis grad bevarer nogle rimelige forhold. Man har fra lovgivers side været opmærksom på problemstillingen i forhold til spørgsmålet omkring identitet og omgåelse. Det blev fremlagt med lovforslagets behandling, men det blev valgt ikke at regulere på området med følgende begrundelse:

”Omgåelsessituationer håndteres som regel af domstolene på ulovbestemt grundlag. Til spørgsmålet om identitet skal bemærkes, at hvis der er identitet mellem overdrager og erhverver, er

¹⁰⁸ Kraev: HR JURA magasinet, s. 46

Virksomhedsoverdragelsesloven ikke relevant, idet en afgørende forudsætning for at statuere virksomhedsoverdragelse – nemlig arbejdsgiverskifte – ikke er til stede”¹⁰⁹.

Fortolkningen af identitet og omgåelse er således overladt til domstolen. Når domstolen har kompetencen til at dømme på et ulovbestemt grundlag, danner det den grad af fleksibilitet, som der er behov for. Denne fremgangsmåde er fleksibel, fordi der kan lægges varierende vægt på de forskellige elementer i den givne transaktion. Det rum, der er overladt til Arbejdsrettens vurdering af identitet, er dog begrænset, da vurderingen må baseres på konkrete faktuelle og objektive forhold i den givne transaktion. Vedrørende omgåelseshensigter er der overladt Arbejdsretten et friere skøn. Såfremt Arbejdsretten konstaterer punkter, der kunne rejse tvivl om parternes reelle hensigter, skal der foretages en dybdegående vurdering af den driftsmæssige begrundelse for den konkrete transaktion. Derudover vurderes det, hvilke omstændigheder der foreligger samt hvordan en virksomheds kollektive forpligtelser kunne have påvirket parternes interesse og hensigter¹¹⁰.

Det bliver dermed i højere grad et spørgsmål om parternes intentioner med den givne transaktion, og således omgåelsesbetragtninger, end om identitet, da det i domsanalysen fremgår, at det på trods af tydelige indikationer på identitet, var Arbejdsrettens afgørelse, at frasigelsen ikke er i strid med loven.

Det spørgsmål der således står tilbage er, hvorvidt det er mest hensigtsmæssigt, at Arbejdsretten er overladt med disse friere fortolkningsmuligheder eller om det bør reguleres, så loven bliver mere stringent. Selvom identitetsreglen skulle blive lovreguleret, ville det ikke ændre på Arbejdsrettens fleksibilitet, da de stadig dømmer ud fra en helhedsvurdering. Derfor bør en lovændring overvejes, da det ville styrke lovens anvendelighed.

¹⁰⁹ Arbejdsministerens besvarelse af spørgsmål nr. 18 af 24. april 2001 fra Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg (L 190 – bilag4) jf. Kraev HR JURA magasinet s. 8

¹¹⁰ Kraev: HR JURA magasinet, s. 46

11.5 Interdisciplinær delkonklusion

Der er i den interdisciplinære del blevet fokuseret på, hvorvidt reglerne er optimale, herunder om de lever op til den hensigt, der har været med dem.

Det kan ud fra den interdisciplinære analyse konkluderes, at begrænsningen, der opstår ved identitet, er relevant, men at der bør fastlægges en tydeligere grænse. Denne grænse vil være med til at skabe en mere ensformet retspraksis og gøre reglen mere brugervenlig.

Ude fra analysen kan det konkluderes at grænsen skal tage udgangspunkt i sondringen mellem omgåelse og driftsmæssige årsager. Er frasigelsen af en overenskomst begrundet i virksomhedens økonomiske krise, skal der således være en mere lempelig grænse for, hvornår der foreligger identitet. Dette vurderes at være nødvendigt for at skabe nødvendig balance på markedet.

Det bliver i afsnittet diskuteret, hvorvidt alle bør have muligheden for at frasige sig overenskomsten i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, og mens det konkluderes, at muligheden bør være alle virksomheders ret, så bør det imidlertid ikke være alle tilladt faktisk at frasige sig, da dette ville betyde, at alle dyre overenskomster ville blive valgt fra med markante forringelser for lønmodtagernes vilkår til følge.

Det konkluderes i analysen at identitetssynspunktet i høj grad kobles sammen med omgængelsesbetragtninger. Disse hænger og vurderes sjældent uafhængigt af hinanden. I behandlingen af spørgsmålet om identitet, vurderer domstolen således formålet med overdragelsen. Sker overdragelsen af driftsmæssige årsager, dømmer domstolen mildere i forhold til identitetsspørgsmålet. foreligger der ingen driftsmæssige årsager, vurderes det, at der er tale om omgåelse og frasigelse er derfor ikke en mulighed.

Endeligt konkluderes det i afsnittet, at ordlyden i §4 a er svært anvendeligt, da den ikke tydeliggør hele hensigten med bestemmelsen. Denne findes i forarbejderne og kræver en indsigt, som man ikke kan forvente af lægfolk. Det konkluderes endvidere, at der er brug for mere fleksibilitet for at få markedet til at hænge sammen med den udvikling der løbende sker, hvilket resulterer i at der er ved at opstå en anden retspraksis end den man så omkring lovændringen i 2001.

Kapitel 12 - Konklusion

Afhandlingen har medvirket til at klarlægge de problematikker, der opstår i forbindelse med en frasigelse af den kollektive overenskomst ved en virksomhedsoverdragelse jf. Virksomhedsoverdragelseslovens §4 a. Isoleret set medfører frasigelsesmuligheden som udgangspunkt ikke et problem, da alle har ret til at frasige sig overenskomsten. Bestemmelsen opstiller dog en tidsgrænse for denne opsigelse, som er blevet fortolket i afhandlingen.

Problemet som ønskes belyst opstår i forbindelse med identitets- og omgåelsesbetragtningerne, da det ikke er muligt for erhverver at frasige sig overenskomsten, hvis der er identitet mellem erhverver og overdrager. Afhandlingen har i den forbindelse været med til at klarlægge, hvilken rolle identitet spiller. Den juridiske domsanalyse har været medvirkende til at fastlægge, hvordan Arbejdsretten fortolker identitet og hvordan de tager hensyn til virksomhedernes bagvedliggende hensigt med at frasige sig overenskomsten. Det kan således konkluderes, at Arbejdsrettens brede fortolkning af identitet bunder i et samfundsmæssigt hensyn, der vægter virksomhedens overlevelse på et dynamisk og konkurrencefyldt marked højere end medarbejdernes følelse af *fairness*.

Den økonomiske problemstilling opstår, når virksomhederne frasiger sig overenskomsten. Derved bliver medarbejdernes rettigheder udsat og fagforbundene forsøger derfor at beskytte disse rettigheder. I den forbindelse kan der opstå konflikt med betragtelige omkostninger til følge. Afhandlingen belyser den adfærd, som både medarbejderne og arbejdsgiver udviser i forbindelse hermed. I forlængelse heraf forsøger den økonomiske analyse at vurdere og klarlægge forholdet mellem *fairness* og fleksibilitet, hvor det endeligt kan konkluderes, at markedet har behov for en vis grad af fleksibilitet. De opstillede modeller i den økonomiske analyse forsøger at afspejle, hvordan Arbejdsretten er mere fleksibel i forhold til vurderingen af identitet, og dermed lader virksomhederne frasige sig overenskomsterne, hvilket i særdeleshed ses i SAS-dommen. Ud fra dette synspunkt vurderes medarbejdernes opfattelse af *fairness* på baggrund af forskellige markedschok.

Hvis en virksomhed ikke frasiger sig den overtagne virksomheds overenskomst, er transaktionsomkostningerne minimale. Frasiges den, er der som minimum omkostninger forbundet med forhandlingen af en ny. Imidlertid kan frasigelse også betyde, at medarbejdernes følelse af *fairness* påvirkes negativt, hvilket kan føre til yderligere omkostninger som følge af ændret medarbejder-

adfærd, såsom shading, og i værste fald konflikt. Dermed er transaktionsomkostninger et uomgængeligt økonomisk aspekt ved virksomhedsoverdragelse og det er i det foregående vist, at selv om kollektive overenskomster indebærer de ubestridt laveste transaktionsomkostninger sammenlignet med individuelle aftaler, så kan det konkluderes, at fremtiden i høj grad vil kendetegnes af kollektive overenskomster suppleret med individuelle aftaler. Ligeledes er det påvist, at såfremt en overenskomst er suppleret med lokalaftaler, er kapitalisering af disse en hensigtsmæssig måde at sikre medarbejdernes følelse af *fairness* ved opsigelse af lokalaftaler i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse. Herved undgås også uhensigtsmæssig medarbejderadfærd og konflikt samtidig med, at lokalaftalerne udfases over tid til fordel for arbejdsgiver.

Slutteligt bliver det i afhandlingen vurderet, hvorvidt Virksomhedsoverdragelseslovens §4 a er optimal, og om bestemmelsen virker efter hensigten. Afhandlingen forsøger endvidere at klarlægge, hvorvidt retspraksis skaber den rette forståelse af begrebet identitet, og om det er muligt at forme en mere ensartet retspraksis, hvis en grænse for identitet blev lovreguleret.

Det er denne afhandlings konklusion, at ordlyden i §4 a er svært anvendeligt, da den ikke tydeliggør hele hensigten med bestemmelsen. Denne findes i forarbejderne og kræver en indsigt, som man ikke kan forvente af lægfolk, hvilket gør det vanskeligt for en erhverver at navigere hensigtsmæssigt i denne sammenhæng. Det konkluderes endvidere, at der er brug for mere fleksibilitet for at få markedet til at hænge sammen med den udvikling der løbende sker, hvilket resulterer i at der er ved at opstå en anden retspraksis end den man så omkring lovændringen i 2001. Det er denne afhandlings holdning, at en lovændring bør overvejes for at styrke lovens anvendelighed og sikre, at den mere præcist afspejler nyere retspraksis.

Litteraturliste

Bøger

Illum: Den Kollektive Arbejdsret

Knud Illum: Den Kollektive Arbejdsret, Nyt Nordisk forlag Arnold Busck, Anden udgave, 1941.

Kristiansen: Den kollektive arbejdsret

Jens Kristensen: Den kollektive arbejdsret, Jurist- og Økonomforbundets forlag 2. udgave, 2008

Schaumburg-Müller, Emborg & Budtz Pedersen: Kollektiv arbejdsret

Peer Schaumburg-Müller, Oluf Emborg & Line Budtz Pedersen: Kollektiv arbejdsret, Forlaget Thomson, 1. udgave 2007

D. Tvarnø & M. Denta: Få styr på metoden

Christina D. Tvarnø & Sarah Maria Denta, Få styr på metoden – Introduktion til juridisk metode og samfundsvidenskabelig projektmetode, Ex Tuto Publishing A/S, 1. udgave, 1. oplag, 2015

D. Tvarnø & Nielsen: Retskilder og retsteorier

Christina D. Tvarnø & Ryth Nielsen, Retskilder og retsteorier, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave, 1. oplag, 2011

E. Williamson: The economic institutions and capitalism

Oliver E. Williamson: The Economic institutions and capitalism – firms markets relational contracting, New York Free Press, 1985

Klingsten: Ansættelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelse

Mette Klingsted: Ansættelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelse, Jurist og økonomforbundets forlag, 2. udgave, 2016

Svenning Andersen, Vejby & Høyer Jørgensen: Lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse

Lars Svenning Andersen, Bjarke Vejby & Jeppe Høyer Jørgensen: Lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse – med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave, 2009

M. Rousseau: Psychological Contracts in Organizations

Denise M. Rousseau: Psychological Contracts in Organizations Understanding Written and Unwritten agreements, Sage Publications Inc, 1995

Egholm Hansen & Ludgren: Køb og salg af virksomheder

Johannus Egholm Hansen & Christian Lundgren, Nyt juridisk forlag, 5. udgave, 2014

Artikler

j. Benjamin: A Theory of Fairness in Labor Markets

Daniel J. Benjamin, A Theory of Fairness in Labor Markets.

Halonen-Akatwijuka & Hart: Continuing Contracts

Maija Halonen-Akatwijuka & Oliver Hart, Continuing Contracts, first version, Aug. 2016

Østergaard: Metode på cand.merc.jur. studiet

Kim Østergaard: Metode på cand.merc.jur studiet

Kraev: HR JURA Magasinet

Anton Kraev: HRJURA Magasinet, ansættelses- og arbejdsret: Kollektive overenskomster forbindelse med fusioner og transaktioner mellem koncernforbundne selskaber – arbejdsretlig identitet og omgåelse, 8. nummer / vinter 2016

Milling & Skovsgaard Haugaard: Opsigelse af kollektive overenskomster ved virksomhedsoverdragelse

Heike Milling & Rasmus Skovsgaard Haugaard: opsigelse af kollektive overenskomster ved virksomhedsoverdragelse, UFR ONLINE.

Durck Hovej: Kapitalisering af lokalaftaler

Claus Durck Hovej: Kapitalisering af lokalaftaler, LinkedIn, 2018

H. Coase: The Problem of Social Cost

R. H. Coase: The Problem of Social Cost, Chicago Journals, 2010

A. Epstein: In Defense of the Contract at Will

Richard A. Epstein, In Defense of the Contract at Will, University of Chicago Law Review, 1984

Deakin & Wilkinson: Labour law and economic theory: a reappraisal

Simon Deakin & Frank Wilkinson, Labour law and economic theory: a reappraisal, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 92, 1998

Strøby Jensen: Faglig organisering under forandring

Carsten Strøby Jensen: Faglig organisering under forandring – komparative perspektiver på faglige organisationsgrader i Europa, Tidsskrift for arbejdsliv, 2004

Kaj Andersen & Mailand: Flexicurity og det danske arbejdsmarked

Søren Kaj Andersen & Mikkel Mailand: Flexicurity og det danske arbejdsmarked – er review med fokus på overenskomstsysteet, Faos forskningsnotat, 2005

Teaching note

Lando: Teaching note about Fehr, Hart & Zehnder

Henrik Lando: Teaching note about Fehr, Hart og Zehnder: How do informal agreements and revision shape contractual reference point

Hjemmesider

Den danske model: <https://bm.dk/arbejdsmraader/arbejdsvilkaar/den-danske-model/>

Hvad er en lokalaftale: <https://www.hk.dk/raadogstoette/overenskomst/hvad-er-en-lokalaftale>

Hvad er en overenskomst: <https://www.3f.dk/fagforening/fag/busstewardesse/hvad-er-en-overenskomst>

Overenskomst definition:

<http://pav.perst.dk/Publikation/Arbejdsretlige%20forhold%20herunder%20overtraedels/Kollektive%20overenskomster%20som%20arbejdsrettens.aspx>

Arbejdsrettens opbygning: www.arbejdsretten.dk

Social kapital: https://www.arbejdsmiljoweb.dk/trivsel/social_kapital/hvad-er-social-kapital

Google books – The Dilemmas of Labour Market Regulation af Marino Regini:

https://books.google.dk/books?hl=da&lr=&id=LQVEA3i7yVIC&oi=fnd&pg=PA11&dq=regulation+labour+market&ots=v8n_O5TVDo&sig=71N23AgVRMIpSFW-z-myun3WW-s&redir_esc=y#v=onepage&q=regulation%20labour%20market&f=false

Regulering

Rådets Direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0023&from=DA>

Virksomhedsoverdragelsesloven

Bekendtgørelse af lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, lov nr. 111 af 21. marts 1979.

<https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=29514>

Forslag til lovændring af Virksomhedsoverdragelsesloven

Forslag til Lov om ændring af lov om lønmodtagernes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse

http://webarkiv.ft.dk/samling/20001/lovforslag_som_fremsat/L190.htm

Bemærkninger til virksomhedsoverdragelsesloven:

http://webarkiv.ft.dk/Samling/20001/lovforslag_som_fremsat/L190.htm

forslag til afgørelse

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CC0175&from=DA>

Domme

Dom af 24.10.1996, sag C-73/95 P, Viho mod Kommissionen, Sml. 1.

Sag 24/85, Spijkers, saml. 1986 1119

Arbejdsrettens dom af 7. april 2016 – SAS dommen

Arbejdsrettens dom af 2. december 2015 – KMD dommen

Arbejdsrettens dom af 24. september 2015 – Horesta dommen

Arbejdsrettens dom af 17. juni 1992 – Danbor Service A/S

Arbejdsrettens dom 1983.9763 – Fyns Amts Avis