

VEJLEDNING TIL KOMMUNER:

Reglerne om virksomhedsoverdragelse og konkurser hos private leverandører af hjemmehjælp



Titel:

Vejledning til kommuner: Reglerne om virksomheds-
overdragelse og konkurser hos private leverandører af
hjemmehjælp

Udgivet af Beskæftigelsesministeriet

December 2017

Foto: Colourbox.com

ISBN: 87-91892-33-3

Del 1: Rammerne og den relevante regulering

Baggrund og grundlag

I lyset af de senere års betydelige antal konkurser i private virksomheder, der leverer hjemmehjælp til borgere i kommunerne, blev der i foråret 2017 nedsat en tværministeriel arbejdsgruppe, som skulle komme med forslag til tiltag, der kunne forebygge konkurser på området. Sideløbende med det tværministerielle arbejde blev der af konsulentvirksomheden BDO gennemført en faktuel undersøgelse af konkurser i private hjemmehjælpsfirmaer og konsekvenser og håndtering heraf i kommunerne, og undersøgelsen viste blandt andet, at der i kommunerne er usikkerhed omkring reglerne om virksomhedsoverdragelse og deres betydning i forbindelse med en privat leverandørs konkurs.

Den 5. oktober 2017 blev der indgået en bred politisk aftale om forebyggelse af konkurser på hjemmehjælpsområdet. Et element i aftalen er, at Beskæftigelsesministeriet udarbejder en vejledning vedrørende virksomhedsoverdragelse. Ifølge aftalen skal det i vejledningen beskrives, hvad der kan være risikoen ved at overtage medarbejdere inden konkursen, hvordan en virksomhedsoverdragelse efter konkursen er mindre problematisk, og hvordan en kommune kan reagere hensigtsmæssigt ved oplysning om, at en privat leverandør af fx hjemmehjælp står foran en konkurs, samt hvad en kommune bør afholde sig fra at gøre for at undgå, at der bliver tale om virksomhedsoverdragelse.

Kort om virksomhedsoverdragelsesloven

Den officielle titel på virksomhedsoverdragelsesloven er ”lov om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse”, og det er vigtigt at være opmærksom på i den forstand, at der er tale om lønmodtagerbeskyttelseslovgivning, og at loven ikke regulerer retsstillingen for andre end lønmodtagere. Det indbyrdes forhold mellem overdrageren af en virksomhed og erhververen af virksomheden er ikke reguleret i virksomhedsoverdragelsesloven.

Virksomhedsoverdragelsesloven bygger på et EU-direktiv (direktiv 2001/23/EF) og der findes en omfattende retspraksis om loven og direktivet ved henholdsvis nationale domstole og EU-Domstolen. EU-Domstolen har således i mange sager taget stilling til, om der har fundet en virksomhedsoverdragelse sted, og hvornår der har fundet en virksomhedsoverdragelse sted, og det betyder, at der ikke er

noget nationalt råderum til at regulere disse spørgsmål¹.

At der er tale om lønmodtagerbeskyttelseslovgivning på EU-plan indebærer desuden, at det i det hele taget ikke er muligt nationalt at give lønmodtagerne en ringere retsstilling end efter direktivet. Det er således ikke muligt at undtage en lønmodtagergruppe som fx hjemmehjælperne fra lovens anvendelsesområde.

Vedrørende virksomhedsoverdragelseslovens anvendelsesområde bemærkes i øvrigt, at det efter direktivets artikel 5, stk. 1, er op til medlemsstaterne at bestemme, om reglerne skal finde anvendelse ved overdragelse fra et konkursbo, og at det gør de i Danmark. Der er imidlertid ikke adgang til nationalt at bestemme, at reglerne ikke finder anvendelse ved overdragelse forud for en konkurs. Konkursen indtræder, når konkursdekret afsiges.

En af de grundlæggende bestemmelser i loven går ud på, at erhververen indtræder i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overdragelsestidspunktet. Det indebærer, at en erhverver hæfter for de tilgodehavender – fx løn og feriepenge – som de ansatte havde hos overdrager på det tidspunkt, hvor overdragelsen fandt sted. De ansatte, der omfattes af overdragelsen, har ifølge loven et umiddelbart krav overfor erhverver på sådanne tilgodehavender, uanset hvad erhverver og overdrager eventuelt måtte have aftalt om, hvem af de to der i sidste ende skal udrede beløbet.

De relevante bestemmelser i virksomhedsoverdragelsesloven

Virksomhedsoverdragelsesloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 710 af 20. august 2002, indeholder i § 1 en afgrænsning af lovens anvendelsesområde. § 1, stk. 1 og 2, har følgende ordlyd:

§ 1. Loven finder anvendelse ved overdragelse af en virksomhed eller en

¹ Den daværende beskæftigelsesminister sendte den 7. oktober 2015 et notat til Folketingets Beskæftigelsesudvalg om virksomhedsoverdragelseslovens anvendelsesområde. I notatet er der kort gjort rede for, hvornår der er tale om en virksomhedsoverdragelse omfattet af loven. Notatet kan findes her: <http://www.ft.dk/samling/20151/almdel/BEU/bilag/3/index.htm>

del heraf, der ligger inden for det område, hvor traktat en om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab finder anvendelse.

Stk. 2. Denne lov finder anvendelse på offentlige og private virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de virker med gevinst for øje. En administrativ eller ved lov foretaget omorganisering af offentlige administrative myndigheder eller en overførsel af administrative funktioner mellem offentlige administrative myndigheder er ikke en overførsel i denne lovs forstand.

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

Der er ikke i loven eller i det tilgrundliggende direktiv fastsat nærmere om, hvornår der er tale om overdragelse af en virksomhed eller en del heraf. Dette er fastlagt via domstolspraksis, herunder afgørelser fra EU-Domstolen.

Erhververens retsstilling i forhold til lønmodtagerne er reguleret i blandt andet § 2 i loven. § 2, stk. 1, har følgende ordlyd:

§ 2. Overdrages en virksomhed eller en del heraf, indtræder erhververen umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overtagelsestidspunktet i henhold til 1) kollektivt overenskomst og aftale, 2) bestemmelser om løn- og arbejdsforhold, der er fastsat eller godkendt af offentlig myndighed og 3) individuel aftale om løn- og arbejdsforhold.

Virksomhedsoverdragelse og lov om Lønmodtagernes Garantifond

I lov om Lønmodtagernes Garantifond² reguleres, hvordan Lønmodtagernes Garantifond dækker lønmodtagertilgodehavender ved arbejdsgiverens konkurs. Det ses af lovens § 2, stk. 1, at garantien blandt andet omfatter krav på løn og feriegodtgørelse. Det fremgår af lovens § 6, at hvis kravet bestrides af arbejdsgiveren eller hans bo, kan fonden henvise lønmodtageren til at søge kravet fastslået ved domstolene.

² Jf. lovbekendtgørelse nr. 686 af 20. juni 2011 med senere ændringer.

Efter fast praksis dækker Lønmodtagernes Garantifond krav, der bestod ved konkursdekretets afsigelse, ved virksomhedsoverdragelse fra et konkursbo. I sådanne tilfælde vil en erhverver alene kunne komme til at hæfte for krav, der stammer fra perioden fra konkursdekretets afsigelse frem til overdragelsestidspunktet. Det vil således være overskueligt og forholdsvis begrænset, hvad en kommune kan komme til at hæfte for i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, der finder sted fra et konkursbo.

Hvis det derimod gøres gældende fra kuratorside, at der har fundet en virksomhedsoverdragelse sted forud for konkursdekretets afsigelse, er der tale om en indsigelse omfattet af den ovenfor nævnte § 6 i lov om Lønmodtagernes Garantifond.

Der verserer aktuelt to sager ved Vestre Landsret om netop dette spørgsmål, hvor der skal tages stilling til, om de skridt til at overtage medarbejdere, som fra kommunal side blev taget forud for afsigelsen af et konkursdekret, er tilstrækkelige til at udgøre en overdragelse omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven forud for dette tidspunkt. Indtil disse konkrete sager er endeligt afgjort, vil det være uhenigtsmæssigt at gå ind i eller komme med bud på, hvad en kommune eventuelt vil kunne gøre risikofrit i forhold til at tage konkrete skridt til at overtage medarbejdere fra et privat hjemmehjælpsfirma forud for dettes konkurs³.

³ Som eksempler på, hvad der konkret kan udgøre skridt til at overtage medarbejdere forud for konkursdekretets afsigelse, kan der nævnes opfordringer til den private leverandørs medarbejdere om at overveje ansættelse i kommunen, samtaler om ansættelse med enkelte medarbejdere og kontakter til den private leverandør om overtagelse af medarbejdere.

Del 2: Problemstilling og håndtering af konkurser på hjemmehjælpsområdet

Problemstillingen

I forbindelse med, at et privat hjemmehjælpsfirma går konkurs, kan en kommune, for hvilken det private hjemmehjælpsfirma har udført opgaver, have behov for hurtigt at sikre, at kommunens borgere fortsat får den hjemmehjælp, som de efter lovgivningen har krav på.

I nogle tilfælde vil kommunen være i stand til at levere de ydelser, som det private hjemmehjælpsfirma har stået for, uden at særlige tiltag er nødvendige. Det kan fx være, hvis det private hjemmehjælpsfirma alene har leveret til kommunens borgere i begrænset omfang, eller hvis kommunen gennem omorganisering, brug af vikarer eller lignende kan sørge for, at der er tilstrækkeligt med hjemmehjælpere til, at opgaven kan løftes.

I andre tilfælde kan kommunen have et akut problem, fordi man ikke uden videre kan skaffe hjemmehjælpere nok til, at de opgaver, som den private leverandør hidtil har løst for kommunen, umiddelbart kan overtages. I den situation er det nærliggende, at kommunen løser det presserende behov for mandskab ved, at medarbejderne i det konkursramte private hjemmehjælpsfirma fortsat udfører de hjemmehjælpsopgaver, som de hidtil har løftet.

Hvis kommunen forud for konkursdekretets afsigelse har været klar over, at en konkurs var forestående, og på dette tidspunkt har taget skridt til at overtage medarbejdere fra den private leverandør af hjemmehjælp, kan kommunen blive mødt med en påstand om, at der har fundet en virksomhedsoverdragelse sted inden konkursen. Dette har kommuner været ude for i forbindelse med, at det private hjemmehjælpsfirma "Kærkommen" gik konkurs.

Hvis der ved domstolene statueres virksomhedsoverdragelse i en sådan situation, kan dette medføre betydelige omkostninger for kommunen, da virksomhedsoverdragelsesloven fastsætter, at ved en virksomhedsoverdragelse indtræder erhververen umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overdragelsestidspunktet. Det betyder blandt andet, at kommunen skal udrede tilgodehavender (løn, feriepenge mv.), som medarbejderne i det private hjemmehjælpsfirma har haft hos deres arbejdsgiver på det tidspunkt, hvor der anses for at have fundet en virksomhedsoverdragelse sted.

Hvis der derimod finder en virksomhedsoverdragelse sted efter konkursdekretets afsigelse, dvs. en virksomhedsoverdragelse fra konkursboet til kommunen, vil de økonomiske konsekvenser for kommunen være anderledes begrænsede, da Lønmodtagernes Garantifond (LG) vil dække de tilgodehavender, som medarbejderne i det private hjemmehjælpsfirma har haft hos deres arbejdsgiver på tidspunktet for konkursdekretets afsigelse. Der, hvor en kommune risikerer at komme i klemme, er således kun, hvis virksomhedsoverdragelse statueres at have fundet sted forud før dette tidspunkt.

Om og i givet fald på hvilket tidspunkt, der finder en virksomhedsoverdragelse sted, beror på en konkret vurdering, som i sidste ende foretages ved domstolene⁴. Der findes en omfattende retspraksis om dette spørgsmål fra såvel danske domstole som EU-Domstolen. Virksomhedsoverdragelsesloven bygger på et EU-direktiv (direktiv 2001/23/EF), hvis formål er at sikre lønmodtagernes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, og det er således ikke muligt efter EU-retten at indskrænke lønmodtagerbeskyttelsen nationalt ved fx generelt at undtage medarbejdere på hjemmehjælpsområdet fra lovens anvendelsesområde.

Det fremgår af såvel virksomhedsoverdragelsesloven som af det for loven tilgrundliggende direktiv, at en lønmodtager kan kræve eventuelle tilgodehavender, som lønmodtager havde hos overdrager på overdragelsestidspunktet, indfriet af erhververen. Det er derimod ikke reguleret i hverken loven eller direktivet, hvordan det indbyrdes forhold mellem overdrager og erhverver håndteres. Dette indbyrdes forhold er af ren obligationsretlig karakter og eventuel regulering, der vedrører aftalen mellem overdrager og erhverver, hører ikke hjemme i ansættelsesretlig lovgivning.

⁴ Se note 1.

Hvad kan en kommune gøre?

Hvis en kommune står i en situation, hvor en privat leverandør af hjemmehjælp er på vej mod konkurs, og hvor kommunen kan se, at det kan være et problem at sikre, at kommunens borgere får den hjemmehjælp, som de har krav på, er det nærliggende for kommunen med det samme at tage skridt til at overtage de nødvendige medarbejdere fra den private leverandør, så disse medarbejdere fortsat kan udføre hjemmehjælpsopgaver efter konkursdekretets afsigelse. Men hvis kommunen ikke fx i forbindelse med udbud via en bankgaranti eller anden sikkerhedsstillelse har sikret sig, at man kan få dækket betaling af tilgodehavender, som man kan hæfte for efter virksomhedsoverdragelsesloven, kan det blive dyrt for kommunen at tage skridt til at overtage medarbejdere inden afsigelsen af konkursdekret.

I stedet kan kommunen bruge tiden frem til konkursdekretets afsigelse til at forberede en kontakt til kurator umiddelbart efter dette tidspunkt. Dette kan dels være med henblik på at overtage de pågældende medarbejdere fra konkursboet straks efter konkursdekretets afsigelse, hvorved der ganske vist vil kunne ske en virksomhedsoverdragelse, men i så fald vil LG dække tilgodehavender, som medarbejderne har haft ved konkursdekretets afsigelse. Alternativt kan kontakten til kurator gå ud på, at kommunen garanterer for betaling af løn mv. til relevante medarbejdere i konkursboet i en periode, hvor konkursboet så fortsat leverer de aftalte hjemmehjælpsydelse.

Der gives ingen garanti for, at kurator i konkursboet vil indgå en aftale med kommunen om overdragelse af medarbejdere fra konkursboet eller at fortsætte driften midlertidigt for kommunens regning, men det er i praksis svært at forestille sig, at det ikke vil være økonomisk gunstigt for konkursboet at indgå en sådan aftale, da man vil kunne spare konkursboet for lønudgifter til medarbejderne i en opsigelses- eller fritstillingsperiode. Det må derfor antages, at kurator, som har til opgave at forvalte konkursboet bedst muligt, generelt vil være interesseret i at indgå en aftale, men det er vigtigt at være opmærksom på, at kommunen kan have meget kort frist til at indgå en aftale som nævnt med kurator, og det vil derfor være nødvendigt at følge situationen nøje og agere hurtigt, når konkursdekretet er afsagt.

Lykkes det at indgå en aftale om løngaranti og fortsat drift i fx 14 dage med kurator, vil kommunen i forholdsvis ro og mag kunne planlægge overtagelse af relevante medarbejdere fra konkursboet samtidig med, at de hjemmehjælpere, der hidtil har leveret hjemmehjælp til borgerne, kan fortsætte hermed i første omgang i konkursboets regi. Som nævnt er det overordnet svært at se, at en kurator vil have saglige grunde til ikke at indgå en aftale om løngaranti og fortsat drift med en kommune⁵.

⁵ Den eneste reelle mulighed for, at kurator ikke er parat til at indgå en aftale som beskrevet med en kommune, er i tilfælde, hvor en anden privat leverandør af hjemmehjælp måtte ønske at overtage de pågældende medarbejdere umiddelbart. En sådan overtagelse vil imidlertid kun give mening, hvis den private leverandør samtidig overtager opgaven med levering af hjemmehjælp.

Hovedpunkter

Checkliste: Hvordan kan en kommune agere hensigtsmæssigt, hvis en privat leverandør af hjemmehjælp er på vej mod konkurs?

Hvis en kommune erfarer, at en privat leverandør af hjemmehjælp er ved at gå konkurs, *hvis* kommunen ikke vil risikere, at der kan blive statueret virksomhedsoverdragelse forud for konkursen, og *hvis* kommunen vurderer, at den ikke uden medarbejdere fra den private leverandør kan sikre borgerne den nødvendige hjemmehjælp, bør kommunen

- **Undlade** at tage kontakt til den konkurstruede virksomhed med henblik på at overtage medarbejdere
- **Følge** udviklingen nøje
- **Forberede** sig på at agere straks efter afsigelsen af konkursdekret

Hurtigst muligt efter afsigelsen af konkursdekretet bør kommunen

- **Kontakte** kurator i konkursboet med henblik på
- **Enten** at indgå en aftale med kurator om øjeblikkelig overtagelse af relevante medarbejdere (virksomhedsoverdragelse efter konkursen)
- **Eller** at indgå en aftale med kurator om, at kommunen i en periode (fx 14 dage) garanterer for løn mv. for relevante medarbejdere for sikre fortsat levering af hjemmehjælp, mens kommunen finder ud af, hvordan borgerne på det længere sigt kan sikres den nødvendige hjemmehjælp.

Svar på 4 grundspørgsmål:

Hvad er risikoen ved at overtage medarbejdere inden konkursdekretets afsigelse?

At kommunen kommer til at hæfte for tilgodehavender, som medarbejderne havde på overdragelsestidspunktet.

Hvorfor er en overtagelse efter konkursdekretets afsigelse mindre problematisk?

Fordi Lønmodtagernes Garantifond dækker tilgodehavender, som medarbejderne havde på tidspunktet, hvor konkursdekretet blev afsagt.

Hvordan skal en kommune reagere ved oplysning om en forestående konkurs?

Overvåge udviklingen nøje og være klar til at tage kontakt til kurator straks efter at et konkursdekret er afsagt.

Hvad skal en kommune passe på med?

At tage kontakt til den private leverandør om overtagelse af medarbejdere og at tage kontakt til medarbejderne om ansættelse i kommunen inden det tidspunkt, hvor konkursdekretet afsiges.

