

Håndtering af medarbejderforpligtelser ved overdragelse af insolvente virksomheder – i lyset af C-126/16 Smallsteps

Managing employee obligations during transfers of insolvent businesses – in the light of C-126/16 Smallsteps

af MAJA ROSENKRANTZ SØRENSEN

Afhandlingen undersøger og redegør for den teoretiske og praktiske behandling af medarbejderforpligtelser ved overdragelse af insolvente virksomheder. Afhandlingen er koncentreret om de hæftelsesmæssige problemstillinger, der opstår i samspillet mellem insolvens- og ansættelsesretlige regler. I en efterfølgende analyse undersøges det, hvorvidt EU-Domstolens afgørelse i C-126/16 Smallsteps har konsekvenser for dansk ret og insolvente virksomhedsoverdragelser i praksis.

Afhandlingen indleder med en fastlæggelse af retsgrundlaget for virksomhedsoverdragelser, hvor både virksomhedsoverdragelsesloven og direktiv 2001/23/EF gennemgås med fokus på de særlige regler, der gælder for overdragelser af virksomheder under insolvensbehandling. Dernæst belyses medarbejderkravenes stilling i konkursboet, og det undersøges, hvilken betydning konkursboets indtræden eller ikke-indtræden ifølge konkursloven har for erhververens overtagelse af hæftelsen efter virksomhedsoverdragelsesloven. I forbindelse hermed undersøges også erhververens regreskrav mod overdrageren for indfrielse af medarbejderforpligtelser, som rettelig påhviler overdrageren, herunder regreskravets stilling i overdragerens konkursbo.

Håndteringen af medarbejderforpligtelser fører i en række typetilfælde til en skævdeling af kreditorerne eller et tab for konkursboet, og med inddragelse af repræsentativ retspraksis undersøges det således, i hvilket omfang der kan rettes op på konkursboets eller den enkelte kreditors tab ved dels at rette omstødelseskrav mod enten erhververen eller den enkelte medarbejder, dels at gøre erstatningskrav gældende mod de i overdragelsen deltagende rådgivere.

Slutteligt analyserer afhandlingen EU-Domstolens afgørelse i C-126/16 Smallsteps med henblik på at diskutere, hvorvidt dommen har konsekvenser for dansk ret. I afgørelsen fandt EU-Domstolen, at erhververen af en insolvent virksomhed hæftede fuldt ud for de ansattes krav, og det afdækkes således i afhandlingen, hvorvidt afgørelsen medfører, 1) at virksomhedsoverdragelser oftere må anses for sket inden konkursen, 2) at erhververens hæftelse altid omfatter samtlige ansatte, og 3) at en gennemførelse af Konkursrådets forslag i betænkning 1555/2015 hindres.

Indholdsfortegnelse

Abstract	2
1. Indledning	3
1.1. Problemformulering	3
1.2. Afgrænsning.....	4
1.3. Metode	4
2. Virksomhedsoverdragelsesloven	4

2.1. Direktiv 2001/23/EF	4
2.1.1. Valgmuligheder for medlemsstaterne	5
2.2. Lovens anvendelsesområde.....	6
2.3. Beskyttelsen	8
2.3.1. Erhververens hæftelse ved overdragelse i konkurs.....	10
3. Medarbejderkravenes stilling	12
3.1. Lønprivilegiet.....	12
3.2. Lønmodtagernes Garantifond	14
3.3. Betydningen af konkursboets indtræden eller ikke-indtræden	14
3.4. Erhververens regreskrav	16
4. Modregning med medarbejderforpligtelser	18
4.1. Dækning af krav i strid med konkursordenen.....	18
4.2. Omstødelse.....	19
4.2.1. Omstødelse over for erhververen	19
4.2.2. Omstødelse over for medarbejderne	22
4.3. Rådgiveransvar.....	23
5. EU-Domstolens afgørelse i sag C-126/16 <i>Smallsteps</i>	25
5.1. Konsekvenser for dansk ret.....	27
5.1.1. Overdragelse aftalt inden konkurs	27
5.1.2. Hæftelse for samtlige ansatte	32
5.1.3. Konkursrådets betænkning.....	34
5.2. COM(2016) 723 final af 22.11.2016	37
6. Konklusion.....	37
7. Litteraturliste	38
7.1. Litteratur.....	38
7.2. Artikler	39
7.3. Retspraksis	40
7.4. Love, direktiver, lovforslag, betænkninger mv.....	40

Abstract

This thesis analyses the theoretical and practical management of obligations arising from an employment relationship during transfers of insolvent businesses, including the issues regarding liability that arise in the interaction between insolvency law and employment law. Furthermore, the thesis analyses the judgment by the Court of Justice of the European Union in C-126/16 *Smallsteps* for the purpose of discussing its potential consequences for Danish law and transfer of insolvent businesses in practice.

The initial analysis shows that when dividing the liability for debts arising out of employment relationships, only debts arisen after the issuance of the bankruptcy order regarding employees who are in existing employment relationships at the date of the transfer are transferred to the transferee. Nevertheless, the transferee will often be compelled to redeem the employee's monetary claims arisen before the bankruptcy order. The thesis finds, that in these instances § 99 [2] of the Bankruptcy Act provides, either directly or by analogue, that the transferee's recourse claim against the transferor

adopts the same position in the order of priorities of creditors in the bankruptcy estate as the redeemed claim.

If the transferee sets off the recourse claim against the purchase sum, there is a risk of this resulting in a loss for the bankruptcy estate or an unequal division between the creditors contrary to the priority prescribed in the Bankruptcy Act §§ 93-98. The thesis concludes, that claims for avoidance can be made towards both 1) the transferee and 2) the employees whose monetary claims the transferee has redeemed. As an alternative or a supplement hereto, the estate or the other creditors are often entitled to make claims for damages towards the advisors involved in the transfer.

The final analysis and discussion regarding the judgment in C-126/16 *Smallsteps* shows that the judgment touches upon some of the main principles in directive 2001/23/EC. However, the conclusion is that even though the considerations of the Court of Justice of the European Union have potentially far-reaching effects in the Netherlands, the judgment does not hold any consequences for current Danish law.

1. Indledning

For en virksomhed udgør medarbejderne typisk en stor værdi, idet de besidder en betydelig viden og erfaring og er altafgørende for udviklingen af virksomheden og dens produkter. Samtidig udgør økonomiske forpligtelser over for medarbejderne typisk en stor del af en virksomheds udgifter, herunder i form af lønudbetalinger, fratrædelsesgodtgørelser, betaling af kompensation ved konkurrenceklausuler mv. Det er derfor af afgørende betydning i en virksomhedsoverdragelse, at overdrager og erhverver er klar over, hvilke forpligtelser, der påhviler dem hver især, og at arbejdsgivers rettigheder og forpligtelser over for medarbejderne håndteres korrekt.

Dette gælder ikke mindst ved overdragelser af insolvente virksomheder, hvor de ansættelsesretlige regler om fordeling af hæftelsen for medarbejderforpligtelserne mellem overdrager og erhverver suppleres af regler i konkursloven, som opstiller betingelserne for fyldestgørelse af konkursboets kreditorer. I insolvente virksomhedsoverdragelser påhviler det således parterne at sikre, at medarbejderforpligtelserne – ligesom alle øvrige passiver i konkursboet – behandles i overensstemmelse hermed. Denne ekstra dimension er medvirkende til, at overdragelser af virksomheder under konkursbehandling eller med konkurs nærtforestående ofte udgør særligt komplicerede transaktioner.

I praksis foretages overdragelser af insolvente virksomheder typisk, når der øjnes en reel mulighed for, at virksomheden eller en del heraf fortsat er levedygtig, de aktuelle økonomiske problemer til trods. Gennemførelsen af en sådan overdragelse afhænger imidlertid af, at blandt andet reglerne for behandlingen af og hæftelsen for medarbejderforpligtelser understøtter dette formål.

1.1. Problemformulering

Formålet med denne afhandling er at undersøge og redegøre for den teoretiske og praktiske behandling af medarbejderforpligtelser ved overdragelse af insolvente virksomheder, herunder ved beskrivelse af det lovmæssige grundlag og undersøgelse af de hæftelsesmæssige problemstillinger, der opstår i samspillet mellem insolvens- og ansættelsesretlige regler. Afhandlingen vil endvidere analysere EU-Domstolens dom i C-126/16 *Smallsteps* med henblik på at diskutere, hvorvidt dommen har konsekvenser for dansk ret og insolvente virksomhedsoverdragelser i praksis.

1.2. Afgrænsning

Afhandlingen indeholder alene en stillingtagen til medarbejderkravenes stilling og håndteringen heraf ved insolvente virksomhedsoverdragelser, der gennemføres efter en substansmodel. Der bortses således fra kapitalandelsoverdragelser, om end visse af de behandlede problemstillinger også har relevans ved sådanne.

Udelukkende virksomhedsoverdragelser fra et konkursbo eller overdragelser foretaget fra en virksomhed, der sidenhen tages under konkursbehandling, vil være genstand for behandling. Overdragelser som led i indenretlig rekonstruktion ligger uden for denne afhandlings rammer.

Afhandlingens emne indeholder adskillige grænseflader til en række interessante problemstillinger. Grundet afhandlingens begrænsede omfang er mange af disse udeladt eller blot kortfattet behandlet, i hvilke tilfælde der henvises til anden relevant litteratur på området.

1.3. Metode

Afhandlingen er forfattet med udgangspunkt i den retsdogmatiske metode, hvorved forstås beskrivelse, fortolkning og systematisering af gældende ret, de lege lata.¹ Gældende ret udledes ved en behandling af relevante danske og EU-retlige retskilder, herunder love, bekendtgørelser, forarbejder og retspraksis, og der tages udgangspunkt i princippet om EU-konform fortolkning. Juridisk litteratur udgør ikke en selvstændig retskilde, men anvendes i nyeste udgave som redskab til forståelsen af retskilderne.

Under analysen og fortolkningen af EU-Domstolens dom i C-126/16 *Smallsteps* anvendes den komparative metode til afdækning af dommens konsekvenser for dansk ret. I sidste del af afhandlingen vil også enkelte retspolitiske betragtninger, de lege ferenda, blive inddraget.

2. Virksomhedsoverdragelsesloven

2.1. Direktiv 2001/23/EF

Den danske regulering af de ansattes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse har sin baggrund i EU-retten, idet virksomhedsoverdragelsesloven (herefter "VOL") udspringer af et EU-retligt direktiv. Direktivet blev oprindeligt udstedt i 1977 ved Rådets direktiv 77/187/EØF med hjemmel i EØF-traktatens artikel 100 og med særlig henvisning til artikel 117, som fastslår nødvendigheden af at fremme forbedringen af arbejdernes leve- og arbejdsvilkår. Formålet med direktivet var at varetage arbejdstagernes rettigheder i tilfælde af overførsel af en virksomhed, bedrifter eller dele af bedrifter og at tilnærme medlemsstaternes lovgivning på dette område, da forskellene kunne indvirke på det fælles markeds funktion.²

Direktivet er sidenhen undergået en række materielle forandringer ved direktiv 98/50/EF af 29. juni 1998, idet man fandt behov for at foretage en række sproglige præciseringer på baggrund af EU-

¹ Evald (2016) s. 13

² Indledning til direktiv 77/187/EØF

Domstolens retspraksis samt at regulere nye problemstillinger i forbindelse med virksomhedsoverdragelser.³ Det var således ved ændringsdirektivet, at reguleringen af overdragelse af insolvente virksomheder blev introduceret.

De to direktiver blev i 2001 sammenskrevet til ét ved direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter (herafter ”direktivet”). Man vurderede, at en kodificering var nødvendig for at sikre, at bestemmelserne fremstod klart og rationelt.⁴ Ligesom de foregående direktiver er direktiv 2001/23/EF et minimumsdirektiv, hvilket fastslås i art. 8. Medlemsstaterne er således ikke afskåret fra at indføre bestemmelser, der behandler arbejdstagerne gunstigere end, hvad der er påkrævet efter direktivets bestemmelser.

Direktivet finder ifølge art. 1, stk. 1, litra a, 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. Ved en sådan overdragelse tilvejebringer direktivet en række regler, som søger at beskytte virksomhedens medarbejdere. Blandt disse regler skal her nævnes art. 3, som foreskriver virksomhedserhververens indtræden i samtlige forpligtelser over for de ansatte og art. 4, som udgør et værn mod afskedigelse af medarbejdere alene på grund af virksomhedsoverdragelsen.⁵

2.1.1. Valgmuligheder for medlemsstaterne

Ud over at tillade en vis divergens i implementeringen grundet dets karakter af minimumsdirektiv, angiver direktivet selv en række valgmuligheder for medlemsstaterne til at anvende eller undlade at anvende bestemmelserne i specifikke situationer. Således bestemmer direktivets art 5, stk. 1:

”Medmindre medlemsstaterne bestemmer andet, gælder artikel 3 og 4 ikke for overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en virksomhed eller bedrift, når der mod overdrageren er indledt konkursbehandling eller en anden tilsvarende insolvensbehandling, som tager sigte på realisering af overdragerens aktiver, og som er under tilsyn af en kompetent offentlig myndighed (som kan være en kurator, der er godkendt af en kompetent offentlig myndighed).”

Medlemsstaterne er frit stillet til at bestemme ”andet”, altså at art. 3 og 4 skal finde anvendelse ved overdragelse fra et konkursbo, og har en medlemsstat benyttet denne mulighed, giver direktivets art. 5, stk. 2 yderligere valgmuligheder.

Art. 5, stk. 2, litra a, foreskriver, at en medlemsstat kan bestemme, at hæftelse for overdragerens økonomiske forpligtelser i henhold til arbejdskontrakter eller –forhold, som skal opfyldes inden overførslen eller indledningen af insolvensbehandlingen, ikke skal overgå til erhververen af virksomheden som det ellers er foreskrevet i art. 3, stk. 1.⁶ Medlemsstaterne kan desuden efter art. 5, stk. 2, litra b, som supplement eller alternativ hertil beslutte, at erhververen eller overdrageren kan forhandle med arbejdstagerrepræsentanter om løn- og arbejdsvilkår med henblik på at bevare beskæftigelsesmuligheder ved at sikre virksomhedens overlevelse.

³ Indledning til direktiv 98/50/EF

⁴ Indledning til direktiv 2001/23/EF, pkt. 1

⁵ Se nærmere herom afsnit 2.3

⁶ Se afsnit 2.3.1

For så vidt angår art. 5, stk. 2, litra a, som giver medlemsstaterne mulighed for at vedtage en tidsmæssig begrænsning af erhververens hæftelse, er anvendelsesområdet bredere end for art. 5, stk. 1. Sidstnævnte bestemmelse hjemler kun fravigelse af arbejdstagerbeskyttelsen i art. 3 og 4 ved overdragelse fra et konkursbo eller en anden type insolvensbehandling, som tilsigter en realisering af overdragerens aktiver, mens art. 5, stk. 2, litra a tillader en begrænsning af erhververens hæftelse i tilfælde af *alle* typer af insolvensbehandling, så længe denne finder sted under tilsyn af en kompetent offentlig myndighed.

Valgmulighederne i art. 5 muliggør en differentieret implementering og anvendelse af direktivet på overdragelser under insolvensbehandling af forskellig art i medlemsstaterne.

2.2. Lovens anvendelsesområde

Direktiv 77/187/EØF blev implementeret i dansk ret ved ”Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse”, lov nr. 111 af 21. marts 1979, som trådte i kraft den 1. april 1979. Loven blev ændret ved lov nr. 441 af 7. juni 2001, som, ud over at implementere ændringsdirektivet og indeholde en række sproglige præciseringer, indfører regler om opsigelse af kollektive overenskomster. De to love er sidenhen blevet sammenskrevet ved lovekendtgørelse nr. 710 af 20. august 2002. Den seneste ændring af loven er sket i 2017 ved lov nr. 385 af 26. april 2017, som bl.a. regulerer anvendelsen af VOL på søgående skibe.

En række betingelser skal være opfyldt for, at loven og dens arbejdstagerbeskyttelsesregler finder anvendelse. Det følger af VOL § 1, stk. 1, at:

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

Ordlyden efterlader ganske megen rum til fortolkning af de enkelte dele, og præcisering af bestemmelsen er sket lidt efter lidt gennem den i retspraksis foretagne fortolkning af såvel VOL som direktivet. Ifølge EF-Domstolens dom i sag C-51/00 *Temco* er der tre kumulative betingelser, der skal være opfyldt for, at direktivet finder anvendelse:

”Overførslen skal indebære, at der skiftes arbejdsgiver, overførslen skal vedrøre en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift, og overførslen skal ske ved aftale (»overdragelse«).”⁷

Betingelsen om, at der sker et arbejdsgiverskifte, er efter fast praksis i dansk ret blevet tillagt den betydning, at kun virksomhedsoverdragelser i form af substansoverdragelser – modsat overdragelser af kapitalandele – omfattes af VOL.⁸

Derimod har spørgsmålet om, hvad der nærmere ligger i kravet om overdragelse af en virksomhed eller en del heraf, voldt betydelige vanskeligheder i praksis.⁹ Ved udstedelsen af ændringsdirektivet søgte man at afgrænse begrebet ved at indføre følgende i art. 1, stk. 1, litra b:

⁷ *Temco*, præmis 21

⁸ En nærmere analyse heraf ligger uden for rammerne af denne afhandling. Se hertil Andersen m.fl. (2009) s. 47f

⁹ Andersen m.fl. (2009) s. 40

”Som overførsel i henhold til dette direktiv anses overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, forstået som en enhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk (...).”

Ydermere er det fastslået i art. 1, stk. 1, litra c, at direktivet finder anvendelse på såvel offentligretlige som privatretlige virksomheder, der udøver økonomisk aktivitet, uanset om denne udøves med gevinst for øje. Bestemmelsen er gengivet næsten ordret i VOL § 1, stk. 2.

Det er herved tydeligt, at virksomhedsbegrebet skal forstås ganske bredt. Vurderingen må foretages konkret fra sag til sag på baggrund af de opstillede kriterier i direktivet og VOL samt de fortolkningsbidrag, der er givet i EU-Domstolens og danske domstoles praksis.¹⁰

Hvorvidt der er tale om en virksomhedsoverdragelse i lovens forstand vil som hovedregel være uproblematisk at fastslå ved overdragelser, der sker i henhold til en egentlig overdragelsesaftale mellem en køber og en sælger.¹¹ Eksistensen af en formel aftale er dog ikke nødvendig, og det ses navnlig i konkurssituationer, at overdragelserne kun i begrænset omfang er formaliserede i egentlige overdragelsesaftaler.¹² Heller ikke den omstændighed, at der ikke foreligger noget kontraktforhold mellem overdrageren og erhververen, er i sig selv afgørende. Afgørende for, hvorvidt der foreligger en overførsel i lovens og direktivets forstand er derimod, om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet, hvilket navnlig må lægges til grund, hvis driften fortsættes eller genoptages efter overdragelsen.^{13 14}

I Danmark har man valgt at lade VOL gælde ved overdragelse af en virksomhed fra et konkursbo, som det er muliggjort efter direktivets art. 5, stk. 1. Således fastslår VOL § 1, stk. 3:

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

Bestemmelsen blev indføjet i VOL som følge af ændringsdirektivets nye regler om overdragelse af virksomheder under konkurs. Selv inden ændringsdirektivets ikrafttræden havde EF-Domstolen fortolket direktivet således, at det ikke forhindrede medlemsstaterne i at anvende reglerne ved et konkursbos salg af en virksomhed,¹⁵ men med den nye art. 5, stk. 1 fandt man det nødvendigt at indsætte en udtrykkelig lovbestemmelse i VOL for at opretholde den hidtidige retstilstand.¹⁶ En virksomheds overgang til et konkursbo udgør derimod ikke en overførsel i direktivets eller lovens forstand, idet denne overførsel er baseret på en retsakt, og direktivet og VOL finder folgelig ikke anvendelse.¹⁷

¹⁰ Spørgsmålet om lovens anvendelse på overdragelse af en del af en virksomhed har været prøvet ved de danske domstole adskillige gange, hvor virksomhedsbegrebets brede anvendelse er blevet bekræftet. Se eksempelvis U 2008.2416 H og U 2002.1128 Ø

¹¹ Hansen & Lundgren (2014) s. 378

¹² Andersen m.fl. (2009), s. 45

¹³ Sag C-172/99 *Liikenne*, præmis 27-29

¹⁴ For en belysning af de forhold, der kan tillægges betydning i denne henseende, se EF-domstolens dom i sag C-24/85 *Spijkers*

¹⁵ Klingsten (2016) s. 185

¹⁶ Bemærkninger til lovforslag nr. L 190, Folketingstidende 2000-01, tillæg A, s. 5657

¹⁷ Klingsten (2016) s. 179

Den beskyttede personkreds angives i lovens titel at være ”lønmodtagere”, mens direktivet taler om ”arbejdstagernes rettigheder”. Der er ikke med terminologien i VOL tilsigtet nogen ændring af den beskyttede personkreds i forhold til direktivet,¹⁸ ifølge hvilket en arbejdstager er ”(...) enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i henhold til den nationale lovgivning.”¹⁹ I dansk ret er det således lønmodtagerbegrebet, som dette er fastlagt i ferieloven, konkursloven, funktionærloven mv., som må være afgørende for fortolkningen.²⁰ Det overordnede kendetegn ved en lønmodtager er, at denne udfører arbejde mod vederlag i en andens tjeneste og herunder er underlagt dennes instruktionsbeføjelser.²¹ En virksomheds lønmodtagere må afgrænses over for dennes direktører, ejere mv., som ikke bærer de samme karakteristika som lønmodtagere og dermed ikke nyder den samme beskyttelse, og en klarlægning heraf er af afgørende betydning i en virksomheds-overdragelsesproces.²²

I det følgende anvendes begreberne ”lønmodtager”, ”arbejdstager”, ”medarbejder” og ”ansat” synonymt om en person, der falder inden for den beskyttede personkreds i VOL og direktivet, med mindre andet eksplicit anføres.

2.3. Beskyttelsen

Når en virksomhedsoverdragelse falder inden for anvendelsesområdet for VOL, tilvejebringer loven en omfattende beskyttelse for de ansatte. Hovedprincipperne i VOL er, at erhververen af virksomheden indtræder umiddelbart og direkte i rettigheder og forpligtelser over for de medarbejdere, hvis arbejdsforhold bestod på tidspunktet for overtagelsen, og at medarbejderne som udgangspunkt har krav på at følge med ved virksomhedsoverdragelsen. Disse principper er fastslået i lovens §§ 2 og 3.

Erhververens indtræden i medarbejderforpligtelserne er angivet i VOL § 2, stk. 1, ifølge hvilken erhververen overtager hæftelsen for de rettigheder og forpligtelser, der følger af kollektiv overenskomst og aftale, bestemmelser om løn- og arbejdsforhold fastsat eller godkendt af offentlig myndighed og individuelle aftaler om løn- og arbejdsforhold. De typiske økonomiske forpligtelser, som erhververen indtræder i, er krav på almindelig løbende månedsløn, bonus, tantieme og feriepenge vedrørende løn optjent før overtagelsen.²³ Erhververen indtræder som skyldner i alle krav vedrørende tiden før overtagelsesdagen uanset optjenings- eller forfaldstidspunktet.²⁴

Udelukkende rettigheder og forpligtelser i forhold til medarbejdere, hvis ansættelsesforhold bestod på tidspunktet for erhververens overtagelse af virksomheden, overføres til erhververen. Medarbejdere, der er bortviste eller fritstillede inden overtagelsesdagen, anses ikke som værende i et bestående ansættelsesforhold, og erhververen indtræder derfor ikke i krav vedrørende disse.²⁵ Det ses dog ofte, særligt i konkurssituationer, at tidligere ansatte tilbydes ansættelse hos erhververen af virksomheden, og der må herefter tages stilling til, om der foreligger et ubrudt ansættelsesforhold. Der må i den forbindelse lægges vægt på, om der er tale om en definitiv fratræden, og om ansættelsesforholdet

¹⁸ Ibid. s. 207

¹⁹ Direktivets art. 2, stk. 1, litra d

²⁰ Andersen m.fl. (2009) s. 31

²¹ Klingsten (2016) s. 210

²² For en uddybende undersøgelse se eksempelvis Klingsten (2016) s. 207ff

²³ Klingsten (2016) s. 258

²⁴ Ibid. s. 243

²⁵ Ibid. s. 247

reelt er ophørt.²⁶ Er dette ikke tilfældet, vil erhververens ansættelse af medarbejderen anses som en overtagelse af ansættelsesforholdet efter VOL § 2, stk. 1.²⁷ Ved vurderingen af, hvilke ansættelsesforhold, der overgår til erhververen, bliver det afgørende tidspunkt det *faktiske* overtagelsestidspunkt, uanset om overdrageren og erhververen har aftalt eller oplyst en anden skæringsdato.²⁸

Direktivets art. 3, stk. 1 overlader det til den enkelte medlemsstat at bestemme, om der skal ske et debitorskifte, eller om overdrageren og erhververen skal hæfte solidarisk. I Danmark er førstnævnte mulighed valgt. Selvom det ikke kan udelukkes, at overdrageren og erhververen kan blive solidarisk ansvarlige på andet grundlag,²⁹ sker der efter loven et fuldstændigt debitor- og kreditorskifte, hvorfor de ansatte, der overgår til erhververen, udelukkende kan rette sine krav i anledning af ansættelsesforholdet mod denne.

De ansattes beskyttelse mod afskedigelse på grund af virksomhedsoverdragelse følger allerede implicit af VOL § 2, stk. 1, men denne er tillige eksplicit fastslået i § 3, stk. 1:

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

En virksomhedsoverdragelse er dermed ikke en saglig afskedigelsesgrund, eller som direktivets art. 4, stk. 1 formulerer det: *”Overførsel af en virksomhed (...) giver ikke i sig selv³⁰ overdrageren eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser.”* Foretages der afskedigelser i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, må arbejdsgiveren således kunne godtgøre, at der foreligger én af ovennævnte begrundelser herfor.³¹ Til eksempel kan nævnes, at erhververen ved sammenlægning af sin eksisterende og den købte virksomhed oplever, at stordriftsfordele muliggør en reduktion af medarbejdere, der udfører stabsfunktioner.

Af direktivets ordlyd ses det, at beskyttelsen omfatter såvel overdragerens som erhververens afskedigelser. Tilsvarende kan både overdrageren og erhververen opsiges medarbejdere af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse.³² Overdrager og erhverver kan også aftale, hvem der skal opsiges og fritstilles inden overtagelsen, således at erhververen ikke hæfter over for disse, men i givet fald må opsigelsen foretages af overdrageren.³³

²⁶ Andersen m.fl. (2009) s. 195

²⁷ Afgrænsningen af bestående contra ikke-bestående ansættelsesforhold indeholder mange problemstillinger, der er indgående behandlet i teori og praksis. For en omfattende redegørelse se Klingsten (2016) s. 244ff, samt Andersen m.fl. (2009) s. 189ff

²⁸ Klingsten (2016) s. 240

²⁹ Se hertil Klingsten (2016) s. 260ff samt Andersen m.fl. (2009) s. 152ff

³⁰ Egen fremhævnning

³¹ En indgående undersøgelse af lovlige afskedigelsesårsager ligger uden for denne afhandlings rammer. Se herom bl.a. Klingsten (2016) s. 374, hvor det anføres, at disse forhold antagelig er de samme, som efter retspraksis kan begrunde, at en opsigelse er rimelig og begrundet i virksomhedens forhold efter Hovedaftalens § 4, stk. 3, eller saglig efter funktionærlovens § 2 b

³² Sag C-319/94 *Dethier Équipement*, præmis 37

³³ ET. 2018.112 (s. 4)

2.3.1. Erhververens hæftelse ved overdragelse i konkurs

Det er anført ovenfor, at erhververen indtræder som skyldner i alle medarbejderkrav vedrørende tiden før overtagelsesdagen uanset optjenings- eller forfaldstidspunktet for så vidt angår de medarbejdere, hvis ansættelsesforhold bestod på tidspunktet for overtagelsen. Dette er imidlertid kun en hovedregel, som er genstand for en omfattende undtagelse i tilfælde af overdragelse fra et konkursbo.

Der er i direktivets art. 5, stk. 2, litra a givet hjemmel for medlemsstaterne til at begrænse en erhververs hæftelse ved overdragelse fra et konkursbo,³⁴ men denne hjemmel er ikke udnyttet i den danske implementering i VOL. Alligevel antages det i både teori og praksis, at erhververens hæftelse er tidsmæssigt begrænset, således at kun krav vedrørende tiden efter konkursdekretets afsigelse overgår til erhververen. Denne praksis har støtte i følgende skrivelse af 4. marts 1980 fra Arbejdsministeriet til Lønmodtagernes Garantifond (herefter "LG"):

*"Hvor der er tale om overdragelse fra et konkursbo, er det arbejdsministeriets opfattelse efter drøftelse med justitsministeriet, at erhververen indtræder i de rettigheder og forpligtelser, som bestod på overdragelsestidspunktet mellem boet som arbejdsgiver (d.v.s. krav på vederlag for tiden efter dekretets afsigelse, jf. Konkurslovens § 56, stk. 2) og de lønmodtagere, der fortsætter ansættelsen. Da der med hensyn til disse krav er sket et skyldnerskifte ved overdragelsen, kan kravene ikke efter overdragelsen gøres gældende mod boet og dermed heller ikke mod LG (Lønmodtagernes Garantifond). Det er derimod arbejdsministeriets opfattelse, at erhververen ikke indtræder i krav som boet ikke ved at indtræde i arbejdsaftalen er blevet forpligtet til at udrede som massekrav, jf. Konkurslovens § 56, stk. 2. Disse krav må således også efter overdragelsen gøres gældende over for boet og vil dermed kunne gøres gældende overfor LG."*³⁵

På dette tidspunkt var det endnu ikke afklaret, hvorvidt direktivet fandt anvendelse på overdragelser fra et konkursbo og i givet fald, hvilke konsekvenser dette havde for erhververens hæftelse. Selvom Arbejdsministeriets skrivelse var ganske utvetydig, var emnet således genstand for megen diskussion i teorien.

Lennart Lyng Andersen og Jørgen Nørgaard indtog det synspunkt, at man måtte følge direktivets almindelige regler om debitorskifte, idet dette nødvendigvis måtte følge af direktivteksten og EF-Domstolens praksis på området.³⁶ På linje hermed fandt Louis Beck Nielsen, at det var vanskeligt at se, at ministeriets opfattelse var hjemlet, selvom han ikke som Andersen og Nørgaard anså problemstillingen for at være endeligt afklaret.³⁷ Per Schaumburg-Müller var også af den opfattelse, at et fuldstændigt debitorskifte efter direktivets almindelige regler formentlig var det rigtigste. Som begrundelse herfor anførte han bl.a., at man herved kunne undgå spekulation i at lade en virksomhed gå

³⁴ Afsnit 2.1.1

³⁵ Det almindelige lønprivilegium, konkursboets indtræden og lønmodtagerkravs massekravsstatus behandles nedenfor i kapitel 3

³⁶ U 1987B.113 (s. 117)

³⁷ U 1987B.330 (s. 334)

konkurs med henblik på at frigøre erhververen for hæftelse og i stedet placere kravene hos konkursboet og/eller LG.³⁸ Betragtningen var, at konkurs havde en sanerende effekt i forhold til lønmodtagerne, og at det kunne forventes, at retsstillingen ville medføre et øget antal konkurser, fordi virksomheden herved burde kunne sælges til en højere pris.^{39 40}

Blandt fortalerne for den af Arbejdsministeriet fremlagte fortolkning var Sven Fristrup, A.S. Albrechtsen og Mikael Wissum. Med støtte i et synspunkt om, at man ved erhververens fuldstændige overtagelse af hæftelsen indirekte ville ændre konkursordenen og ophøje lønkravene til massekrav, fandt de den af Arbejdsministeriet præsenterede løsning både rimelig og praktisk.⁴¹

Der blev således fremført en række forskelligartede argumenter både for og imod en tidsmæssig begrænsning af erhververens hæftelse. Direktivet er som bekendt sidenhen blevet ændret, så det nu tager højde for overdragelser fra et konkursbo, og man kan derfor undre sig over, at der ved den ændring af VOL, der fulgte umiddelbart herefter, ikke blev gjort eksplicit brug af bestemmelsen i art. 5, stk. 2, litra a.⁴² Linjen i praksis har imidlertid været klar i mange år, og også i teorien er der nu enighed om, at Arbejdsministeriets opfattelse fra 1980 må lægges til grund. Dette blev endeligt slået fast ved dommen U 1998.294 SH, hvor Sø- og Handelsretten med direkte henvisning til Arbejdsministeriets skrivelse af 4. marts 1980 afviste, at VOL § 2 medførte erhververens automatiske indtræden i forpligtelser over for lønmodtagerne, som bestod forud for konkursens indtræden. Den af Schaumburg-Müller påpegede risiko for, at retsstillingen vil medføre et øget antal konkurser er desuden formentlig af mere teoretisk end praktisk betydning. Indtræden af konkurs vil i sig selv have en negativ effekt i forhold til såvel kreditorer som kunder, hvilket sædvanligvis også vil have en negativ effekt på værdiansættelsen af virksomheden, og konkurs vil derfor i langt de fleste tilfælde ikke vælges, hvis det kan undgås.⁴³

Hovedreglen om erhververens overtagelse af hæftelsen fraviges således ved overdragelser fra et konkursbo, og de ansatte må dermed opdele deres krav i tiden før og efter konkursen. Denne undtagelse til hovedreglen, er imidlertid selv genstand for en undtagelse, og igen bliver U 1998.294 SH relevant. I sagen fandt Sø- og Handelsretten, at overdragelsen reelt havde fundet sted før konkursens indtræden, hvorfor erhververen var indtrådt i samtlige forpligtelser over for de medoverdragne lønmodtagere. I den konkrete sag lagde Sø- og Handelsretten bl.a. vægt på, at parterne havde ført indgående forhandlinger og herunder truffet aftale om, hvilke medarbejdere der skulle medoverdrages, samt at erhververen var blevet præsenteret for medarbejderne som den nye ejer – alt sammen forud for konkursens indtræden. Sø- og Handelsretten fandt således overdragelsen for sket eller i hvert fald tilrettelagt forud for konkursen, hvorved erhververen måtte hæfte for de overtagne medarbejders krav opstået inden konkursdekretets afsigelse.

Når virksomhedsoverdragelsen reelt er sket eller tilrettelagt før afsigelsen af konkursdekretet, hæfter erhververen således for samtlige de overtagne medarbejders krav, uanset om de vedrører tiden før konkursdekretet. Herved sikres det, at overdragerens og erhververens gevinst ved at spekulere i konkurs begrænses betydeligt, idet parterne risikerer, at den forudsatte overtagelsesdag tilsidesættes med

³⁸ U 1985B.320 (s. 324)

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Det økonomiske incitament til at indskyde en mellemkommende konkurs anvendes også af Konkursrådet i betænkning nr. 1555/2015, som argument for en ligestilling af rekonstruktion og konkurs i VOL. Se afsnit 5.1.3

⁴¹ U 1984B.138 (s. 143)

⁴² Dette er dog foreslået i betænkning nr. 1555/2015. Se afsnit 5.1.3

⁴³ Andersen m.fl. (2009) s. 169

den konsekvens, at erhververen alligevel må hæfte. Grænserne for den tilladte kontakt eller forhandling mellem overdrager og erhverver kan ikke defineres præcist,⁴⁴ men det følger af praksis fra LG, at der skal meget lidt til, før det statueres, at overdragelsen reelt er sket før konkursen.⁴⁵

3. Medarbejderkravenes stilling

Det er ovenfor anført, at kun de krav, konkursboet er blevet forpligtet til at udrede til medarbejderne som *massekrav*, overgår til erhververen ved virksomhedsoverdragelse i konkurs. Massekrav er de krav, der opstår ved selve konkursbehandlingen, og disse står forrest i konkursordenen. For selvom konkursens hovedprincip er en ligelig fordeling af skyldnerens aktiver på dennes kreditorer, fraviges dette princip ved den i konkursloven (herefter "KL") fastsatte konkursorden.⁴⁶ Konkursordenen er en inddeling af fordringshavernes krav mod boet i massekrav efter KL §§ 93-94, privilegerede krav efter KL §§ 95-96, simple krav efter KL § 97 og efterstillede krav efter KL § 98. Inden for de enkelte klasser skal de enkelte krav behandles lige, bortset fra kravene opremset i KL § 98, som er angivet i prioriteret rækkefølge.

3.1. Lønprivilegiet

Det såkaldte lønprivilegium findes i KL § 95. Ifølge denne bestemmelse er en lang række af medarbejdernes krav mod boet tildelt privilegium i konkursordenen. Kun personer, der udøver arbejde i skyldnerens tjeneste, er omfattet af bestemmelsen, og eksempelvis vil virksomhedens øverste ledelse eller en selvstændig erhvervsdrivende, der har udført arbejde for skyldnerselskabet, derfor falde uden for.⁴⁷

Særligt relevant for virksomhedserhververens hæftelse er KL § 95, stk. 1, nr. 1, som tildeler privilegium til krav på løn og andet vederlag for arbejde i skyldnerens tjeneste, som er forfaldet i tidsrummet fra 6 måneder før fristdagen indtil konkursdekretets afsigelse. Løn og andet vederlag rummer mange delelementer, der indgår i aflønningen af medarbejdere, enten ifølge kollektive overenskomster eller ved individuelle aftaler.⁴⁸ Ud over sædvanlige lønkrav falder herunder krav på overarbejdspenge, tantieme og provision, skattefri rejse- og befordringsgodtgørelse m.fl.⁴⁹

Sat i relation til praksis angående virksomhedsoverdragelser fra et konkursbo er den ansatte umiddelbart efterladt med et krav, der hverken kan kræves dækket af LG, hvis betalingsforpligtelse kun angår privilegerede krav, eller af erhververen, som kun hæfter for krav, der vedrører tiden efter konkursdekretets afsigelse. Således har den ansatte ingen steder at rette sit krav på løn og andet vederlag, der er indtjent før, men som først forfalder efter konkursdekretets afsigelse. Selvom ordlyden af KL § 95, stk. 1, nr. 1 ikke omfatter sådanne krav, medtages disse imidlertid efter praksis som privilegerede.⁵⁰

KL § 95, stk. 1, nr. 2 vedrører krav på erstatning for afbrydelse af arbejdsforholdet, dog ikke erstatning for krav på løn og andet vederlag, der ville være forfaldent mere end 6 måneder før fristdagen. Denne regel omfatter både tilfælde, hvor skyldneren har afbrudt arbejdsforholdet inden konkursen på

⁴⁴ Se afsnit 5.1.1

⁴⁵ Klingsten (2016) s. 190, note 38

⁴⁶ Petersen & Ørgaard (2018) s. 695

⁴⁷ Jensen (2016) s. 214

⁴⁸ Paulsen (2010) s. 724

⁴⁹ Petersen & Ørgaard (2018) s. 718f

⁵⁰ Schaumburg-Müller m.fl. (2017) s. 130 samt U 1986.65 V

en måde, som giver den ansatte krav på erstatning, og i tilfælde hvor afbrydelse sker ved konkursboets manglende indtræden i ansættelsesforholdet.⁵¹ I forbindelse hermed har særligt bestemmelsen i Funktionærloven (herefter ”FUL”) § 3 tiltrukket sig opmærksomhed, også ved virksomhedsoverdragelser fra et konkursbo. I tilfælde af arbejdsgiverens uberettigede afbrydelse af ansættelsesforholdet, giver denne regel funktionærer, der har være ansat i mere end 6 måneder, ret til minimalerstatning på 3 måneders løn, uanset om funktionæren opnår ansættelse et andet sted. Reglen om minimalerstatning gælder også i konkurs,⁵² men kun hvor det er særligt lovhjemlet,⁵³ såsom i funktionærforhold.

FUL § 3 giver af flere grunde anledning til særlig varsomhed, hvis kurator påtænker at overdrage virksomheden fra konkursboet. For det første vil de ansatte kunne have en interesse i at blive betragtet som afskedigede, idet ansatte med funktionærstatus i givet fald vil have ret til både minimalerstatning med privilegium i konkursboet samt løn fra den nye arbejdsgiver, erhververen af virksomheden.⁵⁴ For det andet kan bestemmelsen danne grundlag for erstatningsansvar for den kurator, der umiddelbart efter dekretets afsigelse opsiges og fritstiller medarbejderne. Hvis de ansatte skal anses for endeligt afskedigede, overtager erhververen ikke hæftelsen for disse ansattes krav, og minimalerstatningskrav efter FUL § 3 vil dermed påhvile konkursboet. Boet påføres herved et betydeligt § 95-krav, som undgås, hvis der i stedet sker overdragelse af virksomheden med medarbejdere i fortsat ansættelsesforhold.⁵⁵ Såfremt der ved dekretets afsigelse er reel mulighed for, at virksomheden kan overdrages, vil kurators opsigelse af medarbejderne inden for 2 uger efter konkursdekretets afsigelse⁵⁶ således efter omstændighederne være ansvarspådragende.^{57 58}

I tillæg til erstatningskrav er også krav på godtgørelse for opsigelse eller afbrydelse af arbejdsforholdet, som har fundet sted inden for de sidste 6 måneder inden fristdagen, tildelt privilegium, jf. KL § 95, stk. 1, nr. 3. Inden for denne bestemmelse falder bl.a. godtgørelse for urimelig afskedigelse efter FUL § 2 b eller Hovedaftalens § 4, stk. 3⁵⁹ samt godtgørelse, der udmåles efter lov, aftale eller overenskomstsmæssige bestemmelser under henvisning til, at en afskedigelse er urimelig efter VOL § 3, stk. 1.^{60 61}

Slutteligt omfatter lønprivilegiet ifølge KL § 95, stk. 1, nr. 4 krav på feriegodtgørelse. Denne bestemmelse er ikke tidsmæssigt begrænset i KL, og en sådan begrænsning følger i stedet af forældelsesreglerne i ferielovgivningen.

De ovenfor angivne tidsmæssige rammer for kravene kan ifølge KL § 95, stk. 1, nr. 5 fraviges, hvis medarbejderen har søgt kravet gennemført uden ugrundet ophold. For at bevare privilegium kræves,

⁵¹ Petersen & Ørgaard (2018) s. 722

⁵² U 1972.77 H

⁵³ U 1980.4 H

⁵⁴ Klingsten (2016) s. 251ff

⁵⁵ Ibid. s. 193

⁵⁶ Se herom afsnit 3.3

⁵⁷ Klingsten (2016) s. 193

⁵⁸ I betænkning nr. 1555/2015 er foreslået en ændring af reglerne om minimalerstatning. Se afsnit 5.1.3

⁵⁹ Lauritzen (2007) s. 193

⁶⁰ Ibid. s. 195

⁶¹ Både for så vidt angår minimalerstatning og godtgørelse for uberettiget afskedigelse i tilfælde af en afskedigelse, der er urimelig efter VOL § 3, stk. 1, er det endnu uafklaret, hvorvidt erhververen og overdrageren er solidarisk ansvarlige herfor, ligesom det er usikkert, i hvor nær sammenhæng med overdragelsen, afskedigelsen skal foretages, for at erhververen undgår at hæfte. Se hertil ET.2018.112

at den ansatte har gjort alt, hvad der med rimelighed kan forlanges for at få den tilgodehavende løn betalt.⁶²

3.2. Lønmodtagernes Garantifond

LG udgør yderligere en beskyttelse for de ansatte i en virksomhed, der tages under konkursbehandling. Fonden blev stiftet ved lov nr. 116 af 13. april 1972. Loven er ændret flere gange siden da og er nu bekendtgjort i lovbekendtgørelse nr. 686 af 20. juni 2011 (herefter "LG-loven"). Formålet med loven er dels at give lønmodtagerne sikkerhed for fuld dækning af privilegerede lønkrav ved arbejdsgiverens konkurs mv., dels at undgå ventetiden på opgørelsen af arbejdsgiverens bo.⁶³ I dag har garantiordningen en EU-retlig baggrund, idet der ved minimumsdirektivet 80/987/EØF⁶⁴ på EU-plan blev fastsat regler om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens betalingsudygtighed. Med direktivet blev der stillet krav til medlemsstaterne om oprettelse af garantiinstitutioner til sikring af betaling af arbejdstagernes tilgodehavender i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens.⁶⁵ De konkrete tilfælde er oplistet i LG-lovens § 1 og omfatter blandt andet arbejdsgiverens konkurs.

Garantiens dækningsområde beskrives i alt væsentligt ved henvisninger til bestemmelserne i KL, og ifølge LG-lovens § 2, stk. 1 og 2 omfattes krav på løn og andet vederlag, erstatning for afbrydelse af ansættelsesforholdet, godtgørelse i forbindelse med opsigelse eller afbrydelse af arbejdsforholdet samt feriegodtgørelse, såfremt kravene er eller i tilfælde af konkurs ville være omfattet af KL § 63, stk. 2, 1. pkt. eller § 95, stk. 1, nr. 1-5. Dækningen i tilfælde af arbejdsgiverens konkurs er i LG-lovens § 3, stk. 1, maksimeret til 110.000 kr. per lønmodtager. Beløbet er i henhold til § 3, stk. 3 forhøjet til 160.000 kr. under hensyn til lønudviklingen.⁶⁶

Lønmodtagerne er ved garantiordningen i vidt omfang sikret betaling af deres tilgodehavender, om end både indholdet af KL § 95 og maksimumbeløbene i LG-lovens § 3 udgør begrænsninger for dækningen. Garantiordningen har yderligere den fordel for medarbejderne, at udbetaling sker, så snart kravet er anmeldt og dokumenteret, jf. LG-lovens § 4. LG afventer således ikke en konstatering af tab for lønmodtageren ved opgørelsen af boet. Efter udbetalingen indtræder LG ifølge lovens § 7, stk. 1 i lønmodtagerens krav mod arbejdsgiveren.

3.3. Betydningen af konkursboets indtræden eller ikke-indtræden

Privilegium efter KL § 95 kommer kun på tale i de situationer, hvor kravet ikke allerede har en bedre stilling i boet, eksempelvis fordi det er blevet ophøjet til massekrav efter KL § 93 på grund af boets indtræden i ansættelsesaftalen.⁶⁷ Medarbejderkravenes stilling som massekrav i konkursboet har som bekendt betydning for, hvorvidt en erhverver af virksomheden skal hæfte for kravene.

Konkursboets indtrædelsesret i gensidigt bebyrdende aftaler reguleres i KL §§ 53-63. Ifølge KL § 55, stk. 1, har boet som udgangspunkt ret til at indtræde i de af skyldneren indgåede gensidigt bebyrdende

⁶² Lauritzen (2007) s. 207

⁶³ Schaumburg-Müller m.fl. (2017) s. 22

⁶⁴ Direktivet er sidenhen blevet ændret ved ændringsdirektiv 2002/74/EF og erstattet af direktiv 2008/94/EF

⁶⁵ Ifølge art. 5, stk. 2 i direktiv 2001/23/EF er det en betingelse for at indføre en tidsmæssig begrænsning af erhververens hæftelse for medarbejderforpligtelser, at de ansatte som minimum opnår den beskyttelse, der gives i situationer omfattet af direktiv 80/987/EØF

⁶⁶ Bekendtgørelse nr. 653 af 30. juni 2009 om krav på løn fra Lønmodtagernes Garantifond

⁶⁷ Lauritzen (2007) s. 170

aftaler, hvorved boet bliver berettiget og forpligtet på aftalens vilkår, jf. KL § 56, stk. 1. Reglerne medfører således, at medkontrahenten er forpligtet til at acceptere boet som ny kontraktpart i stedet for skyldneren.⁶⁸

KL § 63 indeholder særlige regler angående ansættelsesaftaler, og det er i § 63, stk. 1 anført, at boet snarest muligt bør træffe afgørelse om, hvorvidt det vil indtræde i arbejdsaftaler med personer,⁶⁹ der er ansat i skyldnerens erhvervsvirksomhed. Virksomhedens konkurs udgør dermed ikke i sig selv misligholdelse af ansættelsesaftalen. Indtræder boet i aftaler om løbende ydelser til skyldneren, såsom ansættelsesaftaler, bliver boet forpligtet til at udrede vederlaget for tiden efter konkursdekretets afsigelse som massekrav, jf. KL § 93, nr. 3, jf. § 56, stk. 2. Hvis konkursboet er indtrådt i ansættelsesaftalerne efter KL § 63, stk. 1 på tidspunktet for virksomhedsoverdragelsen, overtager erhververen af virksomheden således hæftelsen for løn og andet vederlag, der er påløbet i tiden efter konkursdekretets afsigelse, for så vidt angår de ansatte, erhververen overtager.

Boet er i KL § 63, stk. 2 givet en betænkningstid på 14 dage efter dekretets afsigelse til at tage stilling til spørgsmålet om indtræden i ansættelsesaftaler. Hvis boet ikke inden disse 2 uger har taget stilling, får den ansattes krav fra konkursdekretet og indtil boets meddelelse status som massekrav, jf. KL § 63, stk. 2, 3. pkt.

Overdrages virksomheden *inden* udløbet af fristen på 2 uger, og uden at boet har taget stilling til, hvorvidt det skal indtræde eller ej, har den ansatte som udgangspunkt intet massekrav, idet boet ikke er indtrådt i arbejdsforholdet. Ifølge Arbejdsministeriets skrivelse af 4. marts 1980 til LG er dette en forudsætning for, at erhververen hæfter for krav på løn og andet vederlag. Umiddelbart skulle erhververen således ikke overtage forpligtelser for de overdragne medarbejdere for tiden før konkursboets indtræden. Selvom der ikke er opstået massekrav, må lønmodtagerne dog anses for at være i bestående ansættelsesforhold.

Når en virksomhed sælges fra et konkursbo, må det enten konstateres, at medarbejderen er fratrukket inden overdragelsen eller, at han ved overdragelsen fortsat var ansat og dermed omfattet af VOL, uanset om boet har tilkendegivet, at det er indtrådt eller ej.⁷⁰ Hvis der ikke foreligger væsentlig aktuel misligholdelse fra konkursboets side og den særlige undtagelse i KL § 63, stk. 3 ikke finder anvendelse, har lønmodtageren ikke adgang til at hæve ansættelsesforholdet over for konkursboet, hvorfor denne er forpligtet over for konkursboet på samme måde som over for skyldneren.⁷¹ Sådanne medarbejdere må dermed anses at være i et bestående ansættelsesforhold, uanset om der er opstået massekrav eller ej. Sælges virksomheden inden 14 dage efter, at konkursen er indtrådt, må erhververens indtræden dermed sidestilles med boets indtræden i aftalen, således at erhververen indtræder i medarbejderens krav på løn og andet vederlag for tiden efter dekretets afsigelse.⁷² Erhververen må således også hæfte for medarbejderens krav for tiden efter dekretet, såfremt konkursboet har opsagt medarbejderen og meddelt denne, at boet for tiden ønsker at gøre brug af medarbejderens arbejdskraft i

⁶⁸ Petersen & Ørgaard (2018) s. 496

⁶⁹ At bestemmelsen anvender udtrykket ”personer” viser, at bestemmelsen formentlig omfatter alle ansatte, herunder den administrerende direktør, og den af bestemmelsen omfattede personkreds er således bredere end den beskyttede personkreds efter VOL og KL § 95. Se hertil betænkning nr. 606/1971, s. 139 samt Andersen (2016), s. 612

⁷⁰ Andersen m.fl. (2009) s. 172

⁷¹ Lauritzen (2007) s. 156

⁷² Andersen m.fl. (2009) s. 173

opsigelsesperioden, således at medarbejderen udfører arbejde for boet på tidspunktet for overdragelsen.⁷³

Tilsvarende gør sig gældende i de tilfælde, hvor virksomheden overdrages *efter* udløbet af 2-ugersfristen, men uden at boet har givet den ansatte meddelelse om indtræden eller ikke-indtræden. Den ansatte må anses for at være i et bestående ansættelsesforhold på overdragelsestidspunktet, og medarbejderens krav på løn og andet vederlag fra dekretdagen og fremefter overgår således til erhververen, såfremt den ansatte følger med ved overdragelsen.⁷⁴

Praksis vedrørende erhververens hæftelse viser, at der sker brud på systematikken i at foretage en skarp opdeling mellem massekrav og øvrige krav samt boets indtræden og ikke-indtræden som afgørende for erhververens hæftelse. Dette er imidlertid nødvendigt for at sikre, at direktivets art. 5, stk. 4 overholdes. Denne bestemmelse fastslår medlemsstaternes forpligtelse til at forhindre misbrug af insolvensbehandling på en sådan måde, at de ansatte fratages rettighederne i direktivet. Såfremt massekravsstatus og boets indtræden var kumulative betingelser, hvis opfyldelse udgjorde forudsætningen for erhververens hæftelse, ville udformningen af den danske konkurslov kunne medføre udbredt spekulation hos konkursboer (og erhververe) i indtrædelses- og hæftelsesspørgsmålet med risiko for omgåelse af medarbejderbeskyttelsesregler i VOL til følge.

3.4. Erhververens regreskrav

Fordelingen af lønmodtagerforpligtelserne vil normalt være aftalt mellem overdrageren og erhververen i form af en refusionsklausul i overdragelsesaftalen.⁷⁵ Udgangspunktet for sådanne refusionsklausuler – også uden for konkurstillfældene – er, at overtagelsesdatoen er skæringsdag for løn- og feriekrav mv.⁷⁶ Når erhververen af en virksomhed indfrier medarbejderes krav fra tiden før overdragelsen, er det klare udgangspunkt således, at erhververen kan rette et regreskrav herfor mod overdrageren, hvad enten overdrageren senere går konkurs, eller overdrageren er et konkursbo.⁷⁷ Dette udgangspunkt gælder også, selvom parternes aftale ikke har udmøntet sig i en skriftlig kontrakt, eller hvis parterne i deres aftale ikke har taget stilling til refusion.^{78 79} Spørgsmålet er imidlertid, hvordan dette regreskrav er stillet i konkursordenen.

Der må sondres mellem to situationer: 1) når overdragelsen sker fra et konkursbo, og erhververen trods manglende hæftelse ifølge VOL § 2 betaler lønmodtagerkrav fra tiden før dekretet, og 2) når det statueres, at overdragelsen er sket umiddelbart før konkursen, og der gøres lønmodtagerkrav gældende, som erhververen og overdrageren ikke har været opmærksomme på og dermed ikke har taget højde for.

Førstnævnte problemstilling vil opstå, når medarbejdere, der umiddelbart fortsætter hos erhververen, nægter at stille arbejdskraften til rådighed, med mindre deres forfaldne tilgodehavender fra tiden før

⁷³ Lauritzen (2007) s. 157

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid. s. 160

⁷⁶ Andersen m.fl. (2009) s. 154

⁷⁷ Ibid. s. 177

⁷⁸ Klingsten (2016) s. 195

⁷⁹ Sker overtagelsen i kraft af en ensidig disposition fra erhververs side må forholdet bedømmes anledes. Se Andersen m.fl. (2009) s. 161ff

konkursdekretet betales.⁸⁰ I denne situation vil erhververen ofte ikke have andet valg, end at betale lønkravene for at sikre den overtagne virksomheds fortsættelse, mod at erhververen til gengæld indtræder i lønmodtagernes krav mod konkursboet.⁸¹ Regreskravets stilling i konkursordningen følger i dette tilfælde umiddelbart af KL § 99, stk. 2, ifølge hvilken bestemmelse fortrinsretten ved indfrielse går over på den indfriesdes regreskrav mod skyldneren. Erhververens krav mod konkursboet får dermed samme stilling som lønmodtagernes krav mod boet, det vil sige typisk efter KL § 95.⁸² Visse medarbejderkrav har dog stilling af simple krav efter KL § 97,⁸³ og ved erhververens indfrielse af sådanne, bliver også erhververens krav mod boet et simpelt krav.

I sidstnævnte situation følger erhververens hæftelse for medarbejderkravene af VOL § 2. Det er som bekendt ikke tidspunktet for den formelle overdragelsesaftale, der skal lægges til grund ved fastlæggelse af tidspunktet for overdragelsen, hvis overdragelsen reelt er aftalt på et tidligere tidspunkt eller der er sket faktisk overtagelse af virksomheden. Skal overdragelsen anses for sket inden konkursen, udgør konkursdekretet således ikke et skæringstidspunkt for erhververens hæftelse. Uforudsete lønmodtagerkrav må dermed afholdes af erhververen, selvom disse ville skulle honoreres som privilegerede krav af konkursboet, hvis parternes forudsætning om, at overdragelsen skete fra et konkursbo, havde holdt stik. Det fuldstændige debitorskifte efter VOL § 2 – som jo indtræder på tidspunktet for den faktiske overtagelse – indebærer imidlertid, at der ikke er nogen lønmodtagerkrav mod overdragerens konkursbo, og følgelig er der heller ingen krav, som erhververen kan indfri og indtræde i.⁸⁴

Problemstillingen var genstand for behandling ved Vestre Landsret i U 1999.180 V. Det blev her fastslået, at erhververen i et sådant tilfælde kan anmelde kravet som privilegeret på trods af, at dette resultat ikke kan støttes på ordlyden af KL § 99, stk. 2. Landsrettens betragtning var, at havde virksomhedsoverdragelsen ikke fundet sted, ville medarbejderne kunne anmelde kravene med status efter KL § 95, hvorfor erhververens betaling kunne sidestilles med en indfrielse, der efter KL § 99, stk. 2 ville give regreskravet tilsvarende privilegium.

Som fremført af Lars Svenning Andersen, har Landsrettens resultat også andre gode grunde for sig. KL § 99, stk. 1 angiver, at fortrinsret følger kravet ved ”overdragelse eller anden overførelse”, og det forhold, at overførslen af kravet sker i kraft af et lovbestemt debitorskifte er i sig selv et argument for, at erhververens regreskrav skal have privilegium.⁸⁵ VOL tilsigter desuden ikke at regulere forholdet mellem erhverver og overdrager, og når Vestre Landsret ved bedømmelsen af regreskravets stilling vælger at bortse fra den omstændighed, at der er sket overtagelse af virksomheden, må dette opfattes som en tilkendegivelse af, at VOL ikke som sådan udelukker at tillægge et regreskrav privilegium.⁸⁶

Selvom regreskravet har privilegium i overdragerens konkursbo, er erhververen ikke automatisk sikret fuld dækning. Typisk vil erhververen søge at opnå betaling ved at få indsat en adgang til at kræve refusion for de overtagne forpligtelser i den kontante del af købesummen for virksomheden.⁸⁷ Overdragerens frihedsgrad til at indgå sådanne refusionsaftaler er imidlertid væsentligt indskrænket, når

⁸⁰ Ibid. s. 169

⁸¹ Hansen & Lundgren (2014) s. 612

⁸² Lauritzen (2007) s. 165

⁸³ Se afsnit 4.1

⁸⁴ Lauritzen (2007) s. 165

⁸⁵ Andersen m.fl. (2009) s. 177

⁸⁶ Ibid. s. 178

⁸⁷ Hansen & Lundgren (2014) s. 613

overdragelsen sker i eller umiddelbart inden konkurs. Således er konkursordenens fordelingsprincip til hinder for en indfrielse af erhververens krav, hvis bomassen ikke strækker til en dækning af også de øvrige krav efter højere eller samme konkursklasse. Særligt når der i virksomheden er lyst virksomhedspant, vil der ofte ikke være tilstrækkeligt med frie midler i konkursboet til at honorere hverken regreskravet eller de øvrige § 95-krav.

En medarbejder, der ikke kan få dækket sit privilegerede krav af konkursboets midler, vil i de fleste tilfælde i stedet opnå dækning gennem betaling fra LG. Denne mulighed er imidlertid ikke tilgængelig for den virksomhedserhverver, der har indfriet og dermed er indtrådt i medarbejderens krav. I dette tilfælde foreskriver LG-lovens § 8, at adgangen til at opnå betaling fra fonden bortfalder, idet LG alene dækker krav, der fremsættes af lønmodtagere eller disses fagforeninger eller arbejdsløsheds-kasser. Resultatet bliver, at erhververen må lade sig nøje med en vis dividende af de indfrie med-arbejderkrav. Dette er givetvis ikke et tiltalende scenarie for en potentiel erhverver, og transaktionens gennemførelse sættes på spil eller der opstår risiko for, at erhververen vil søge medarbejderforpligtelserne inddækket på anden vis, enten ved modregning eller ved at indregne risikoen ved prissætningen af virksomheden.⁸⁸

4. Modregning med medarbejderforpligtelser

4.1. Dækning af krav i strid med konkursordenen

Når erhververen overtager gælden til medarbejderne, opnår disse fuld dækning for deres krav. Hvis kreditorerne i de højere konkursklasser og de øvrige kreditorer i samme konkursklasse som medarbejderkravene ligeledes opnår fuld dækning for deres krav, er det som udgangspunkt uproblematisk, at erhververen berigtiger en del af købesummen ved gældsovertagelse.⁸⁹ Alternativet til erhververens modregning er, at denne anmelder sit regreskrav for indfrie medarbejderforpligtelser i konkursboet, hvorefter regreskravet vil indtage samme stilling i konkursordenen, som det indfrie krav.⁹⁰ Ved udlodning af konkursboets midler er erhververen således ligestillet med de øvrige kreditorer i samme konkursklasse, og rækker midlerne ikke til fuld dækning af den pågældende konkursklasse, må erhververen lade sig nøje med en vis dividende. Såfremt erhververen anvender sit regreskrav til berigtigelse af købesummen, og kreditorerne i samme (eller højere) konkursklasse ikke opnår fuld dækning, indebærer modregningen dermed en tilsidesættelse af konkursordenens fordelingsprincipper. Risikoen for skævdeling er særligt til stede, når der blandt de indfrie medarbejderforpligtelser fra tiden før konkursdekretet, foruden de privilegerede krav, også foreligger en række simple krav. Dis-ses placering i § 97 i konkursordenen medfører, at de ofte ikke vil opnå fuld dækning. Blandt simple medarbejderkrav er eksempelvis kørselsgodtgørelse⁹¹ og løn til virksomhedens øverste ledelse.⁹²

Det er dog ikke kun spørgsmålet om, hvordan erhververens regreskrav indplacerer sig i konkursordenen, der bør tiltrække sig opmærksomhed, når man taler håndtering af medarbejderforpligtelser i insolvente virksomhedsoverdragelser. Også selve opgørelsen af, hvilke af sådanne forpligtelser, der rent faktisk eksisterer og kan anvendes til berigtigelse af købesummen, giver anledning til problemer i praksis. Som det er illustreret nedenfor, kan kun erhververens overtagelse af aktuelle eller latente

⁸⁸ Betænkning nr. 1555/2015, s. 208

⁸⁹ Bang-Pedersen m.fl. (2011) s. 601

⁹⁰ Afsnit 3.4

⁹¹ U 1979.599 SH

⁹² Petersen & Ørgaard (2018) s. 716

krav medføre en nedsættelse af den kontante købesum, idet erhververen, overdrageren og disses rådgivere ellers risikerer at blive mødt med omstøds- eller erstatningskrav fra kurator eller konkursboets øvrige kreditorer.

Den kurator, der tilrettelægger en overdragelse af den konkursramte virksomhed, skal således være særligt opmærksom på både hvilke medarbejderkrav, der eksisterer og reelt udgør passiver i konkursboet, hvordan disse indplacerer sig i konkursordenen, og i hvilket omfang der er dækning til de forskellige konkursklasser.⁹³ Det samme gør sig gældende for overdrageren, erhververen og disses rådgivere, særligt når en virksomhed eller en del heraf overdrages umiddelbart inden en konkurs.

4.2. Omstødelse

Omstødelse kan kun ske, hvis og i det omfang en disposition har været til skade for konkursboets kreditorer.⁹⁴ Ovenfor er beskrevet to typetilfælde, hvor håndteringen af medarbejderforpligtelser og erhververens regreskrav ved overtagelse af hæftelsen herfor medfører enten en skævdeling mellem kreditorerne eller en uretmæssig formindskelse af bomassen. Alt efter de konkrete omstændigheder, vil omstødskrav dermed kunne rejses over for såvel erhververen af virksomheden som de medarbejdere, hvis krav erhververen har overtaget hæftelsen for.

4.2.1. Omstødelse over for erhververen

Omstødelse over for erhververen vil navnlig komme på tale, hvis virksomheden er blevet solgt til for lav en pris.⁹⁵ Hvis erhververen har berigtiget købesummen ved at overtage ikkeeksisterende medarbejderkrav, overdrages virksomheden reelt til underpris til fordel for erhververen, men til skade for de øvrige fordringshavere, og omstødelse over for erhververen kan overvejes begrundet i enten KL § 64 eller KL § 74.^{96 97}

Ifølge KL § 64 kan gaver, som er fuldbyrdet mindre end 6 måneder før fristdagen,⁹⁸ omstødes. Gaver fuldbyrdet indtil 1 år før fristdagen kan fordres omstødt, hvis skyldneren ved fuldbyrdelsen var eller blev insolvent, mens fristen udvides til 2 år, hvis gaven er givet til skyldnerens nærstående.

Når virksomheden er overdraget via den hyppigt anvendte søsterselskabsmodel,⁹⁹ er erhververen nærstående til skyldneren, jf. KL § 2, nr. 3. Denne model, også kaldet Fugl Phønix-modellen, anvendes til såvel inden- som udenretlig rekonstruktion og er karakteriseret ved, at der sker en udskillelse af den økonomisk sunde driftsaktivitet til et søsterselskab.¹⁰⁰ Driften kan dernæst fortsættes i det nye selskab uden det overdragende selskabs gældsbyrde, eller virksomhedens værdi kan realiseres ved

⁹³ Manglende iagttagelse af konkursordenen kan danne grundlag for kuratoransvar. Emnet ligger uden for rammerne af denne afhandling. Se nærmere herom eksempelvis Petersen & Ørgaard (2018) s. 788ff og ET.2016.79

⁹⁴ Petersen & Ørgaard (2018) s. 546

⁹⁵ Bang-Pedersen m.fl. (2011) s. 596

⁹⁶ Ibid. s. 597

⁹⁷ Hvis erhververen er eksisterende fordringshaver og berigtiger købesummen ved modregning i sit krav mod skyldneren, vil modregningen efter omstændighederne kunne omstødes efter bestemmelserne i KL § 69, jf. § 42, stk. 2, jf. § 67. En nærmere undersøgelse heraf ligger uden for denne afhandlings rammer. Se hertil Bang-Pedersen m.fl. (2011) s. 599

⁹⁸ Fristdagen fastlægges efter bestemmelserne i KL § 1. For emnerne behandlet i dette kapitel er det konkursbegæring, der udgør det relevante fristdagsfundament

⁹⁹ Se til eksempel U 2011.963 H nedenfor

¹⁰⁰ Bang-Pedersen m.fl. (2011) s. 32

videresalg til tredjemand. Anvendelse af denne model indebærer således, at omstødelsesfristen udvides til 2 år før fristdagen.

KL indeholder ikke nogen definition af gavebegrebet, men i den traditionelle formueret forstås ved en gave en vederlagsfri overførelse, der gives som et udslag af gavmildhed.¹⁰¹ Frem for at fokusere på det traditionelle gavebegreb er det imidlertid nok mere meningsfuldt at anvende bestemmelsen på dispositioner, hvor værdien af den begunstigedes ydelse er klart mindre værd end værdien af skyldnerens ydelse.¹⁰² Det kræves ikke, at ydelsen er blevet overdraget vederlagsfrit, og gaver vil ofte være camoufleret som en gensidigt bebyrdende aftale.¹⁰³ Overdragelse af en virksomhed til underpris kan dermed også anses at indeholde et gaveelement.

For så vidt angår overdragelser mellem skyldneren og dennes nærstående, er gavebegrebet blevet objektiviseret i retspraksis, således at det omfatter enhver vederlagsfri fordel.¹⁰⁴ Det objektiviserede gavebegreb er set anvendt i praksis på forskellige dispositioner mellem nærstående, herunder insolvente virksomhedsoverdragelser. I sagen U 2011.963 H kunne der således ske omstødelse over for det søsterselskab, til hvilket den insolvente virksomheds produktionsaktiviteter var blevet overdraget få måneder inden konkursen. Vestre Landsrets begrundelse, som sidenhen er tiltrådt af Højesteret, var følgende:

”Produktionsaktiverne er overdraget til [søsterselskabet](...). Selskaberne er nærstående, jf. konkurslovens § 2, nr. 3. Herefter, og da købesummen ikke svarer til den værdi, som er fastsat af skønsmanden som »going concern-værdien«, er der en formodning for, at der i overdragelsen ligger et gaveelement. (...) Da salgsprisen lå væsentligt under skønsmandens vurdering, skal [søsterselskabet] i medfør af konkurslovens § 64, stk. 1, jf. § 75, stk. 1, fralægge sig den tilsvarende berigelse på 203.500 kr.”

Når overdragelsen sker til en nærstående til skyldneren, skal der således ikke meget til, før et misforhold i ydelserne giver anledning til at omstøde over for den begunstigede erhverver. Henset til den udbredte anvendelse af søsterselskabsmodellen, må omstødelse efter KL § 64 anses for at være i særdeleshed praktisk anvendelig.

Formodningen om at der foreligger en gave ved enhver vederlagsfri fordel kan ikke uden videre anvendes på dispositioner mellem ikke-nærstående. For så vidt angår virksomhedsoverdragelse til en erhverver, der ikke er skyldnerens nærstående, må det antages, at der foreligger en gave, hvis parterne vidste eller burde vide, at købesummen var mindre end den reelle værdi.¹⁰⁵ Det kræver dog, at der foreligger et fremtrædende gavemoment, da KL § 64 ikke hjemler omstødelse over for den uafhængige erhverver, der i begrænset omfang har betalt for lidt.¹⁰⁶

¹⁰¹ Petersen & Ørgaard (2018) s. 563

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Paulsen (2010) s. 545

¹⁰⁴ Bang-Pedersen m.fl. (2011) s. 597

¹⁰⁵ Ibid. s. 598

¹⁰⁶ Petersen & Ørgaard (2018) s. 564f

Som illustreret ved U 2011.963 H er omstødelseskrauet efter KL § 64 et berigelseskraue. Således bestemmer KL § 75, at omstødes en disposition efter § 64, skal den begunstige (erhververen) fralægge sig den berigelse, han har vundet, dog ikke ud over boets tab.¹⁰⁷ Når krauets størrelse bestemmes af erhververens berigelse ved at købe virksomheden til underpris, kan man forestille sig situationer, hvor krauet ikke har nogen værdi. Dette vil eksempelvis være tilfældet, hvis virksomhedens aktiver efterfølgende er gået til grunde under sådanne omstændigheder, at erhververen ikke har opnået nogen berigelse.¹⁰⁸ Også andre omstændigheder kan medføre, at KL § 64 er uanvendelig. Således vil overdragelser, der gennemføres tidligere end de i KL § 64 angivne frister, ikke kunne anfægtes efter denne bestemmelse. I sådanne tilfælde må det overvejes, om der i stedet kan ske omstødelse efter KL § 74.

KL § 74 bestemmer, at der kan ske omstødelse af utilbørlige dispositioner, som begunstiger en fordringshaver på de øvrige bekostrning, eller hvorved skyldnerens ejendele unddrages fra at tjene til fordringshavernes fyldestgørelse, eller hans gæld forøges til skade for disse. Det utilbørlige ligger i bruddet med konkursens formål.¹⁰⁹ Når en insolvent virksomhed overdrages til underpris, vil differencen mellem den aftalte pris og virksomhedens reelle værdi unddrages fra at tjene til fordringshavernes fyldestgørelse, og dette må generelt anses for utilbørligt.¹¹⁰

Bestemmelsen i KL § 74 indeholder ingen tidsmæssige begrænsninger for omstødelse. Til gengæld er det altid en betingelse, at skyldneren ved dispositionen var eller blev insolvent. Efter KL § 74 er det konkursboet, der har bevisbyrden for skyldnerens manglende betalingsevne, mens det påhviler den begunstige at bevise, at denne situation kun er midlertidig.¹¹¹ Ydermere er det en betingelse, at den begunstige var i ond tro om skyldnerens insolvens og de omstændigheder, der gjorde dispositionen utilbørlig. Den onde tro, som er dansk rets almindelige ond trosbegreb og dermed også omfatter uagtsomhed, skal foreligge på dispositionstidspunktet.¹¹² Hvorvidt den begunstige selv anser dispositionen som utilbørlig er uden betydning, når blot han indser eller bør indse tilstedeværelsen af de momenter, der får retten til at vurdere dispositionen som utilbørlig.¹¹³

Grundet de mange betingelser vil omstødelse efter KL § 74 alt andet lige være en mere omstændelig proces end omstødelse efter KL § 64. Hvis betingelserne kan opfyldes, er konsekvenserne af omstødelse efter KL § 74 dog potentielt gunstigere for konkursboet. Ifølge KL § 76 skal den begunstige således svare erstatning efter almindelige regler, og krauet er således ikke begrænset til den begunstiges berigelse.

Principielt kan hver af parterne i stedet for et erstatnings- eller berigelseskraue kræve, at ydelserne tilbageleveres efter reglen i KL § 77. I praksis vil tilbagelevering af en virksomhed ofte være umulig, og omstødelseskrauet vil derfor blive et pengekraue udmålt efter KL §§ 75-76.^{114 115}

¹⁰⁷ For en nærmere behandling af spørgsmålet om, hvilket tidspunkt, der skal anvendes ved opgørelsen af boets tab og erhververens berigelse efter KL § 75 se ET.2015.193

¹⁰⁸ Bang-Pedersen m.fl. (2011) s. 598

¹⁰⁹ Petersen & Ørgaard (2018) s. 643

¹¹⁰ Bang-Pedersen m.fl. (2011) s. 598

¹¹¹ Petersen & Ørgaard (2018) s. 648

¹¹² Ibid. s. 650

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Bang-Pedersen m.fl. (2011) s. 598

¹¹⁵ I U 2015.2219 H, som dog omhandler en aktieoverdragelse, blev nedlagt påstand om tilbagelevering efter KL § 77. Hverken Landsretten eller Højesteret gav boet medhold i påstanden om tilbagelevering, idet boet ikke havde medtaget udligning for værdistigning af aktierne i sin påstand. Se hertil ET.2015.193

4.2.2. Omstødelse over for medarbejderne

Sager om omstødelse over for lønmodtagere forekommer relativt sjældent,¹¹⁶ men reglerne i KL er ikke til hinder herfor. Ved erhververens berigtigelse af en del af købesummen ved modregning med de overtagne medarbejderforpligtelser, opnår de pågældende ansatte fuld dækning for deres krav. Hvis der i forbindelse hermed sker en skævdeling mellem kreditorerne i strid med konkursordenen, kan det blive aktuelt at rejse omstødelseskrav mod de pågældende medarbejdere.

Selvom langt de fleste medarbejderkrav falder inden for lønprivilegiet i KL § 95, vil en række krav kun have status af simple krav efter KL § 97. Som angivet ovenfor er dette eksempelvis tilfældet for løn til virksomhedens øverste ledelse. Hvis der i konkursboet ikke er fuld dækning til de øvrige § 97-krav – hvilket der sjældent vil være – strider erhververens gældsovertagelse mod konkursordenen.

Erhververens overtagelse af hæftelsen indebærer, at skyldneren betaler sin gæld til fordringshaveren (den ansatte) med en fordring på erhververen, og dette må anses for et usædvanligt betalingsmiddel, som kan omstødes i medfør af bestemmelsen i KL § 67, stk. 1, hvis betalingen er sket senere end tre måneder før fristdagen.¹¹⁷ Denne frist udvides i KL § 67, stk. 2 til 2 år inden fristdagen, hvis den ansatte er nærstående til skyldneren, og skyldneren var eller blev insolvent på det tidspunkt, hvor erhververen overtog hæftelsen. Hvis den pågældende ansatte er nærstående til skyldneren, kan dennes lønkrav mv. i øvrigt nægtes privilegium i henhold til reglen i KL § 95, stk. 2.

Selvom der foreligger et tilfælde som beskrevet i KL § 67, stk. 1, kan der ikke ske omstødelse, hvis betalingen efter omstændighederne fremstod som ordinær. I denne forbindelse får ordinærreservationen dog ingen betydning, idet det afgørende er, om betalingsmodtageren har modtaget det usædvanlige betalingsmiddel på grund af skyldnerens økonomiske situation, eller om dette betalingsmiddel også var blevet anvendt, hvis skyldneren var solvent.¹¹⁸ Erhververens overtagelse af hæftelsen for medarbejderforpligtelser er ganske vist sædvanlig i virksomhedsoverdragelser, men betaling af medarbejdernes lønkrav ved overdragelse af en fordring på en tredjemand kan næppe karakteriseres som sædvanligt uden for konkurstillfælde.¹¹⁹

Kan der ske omstødelse efter KL § 67, er omstødelseskravet et berigtigelseskrav, som udmåles efter KL § 75. Såfremt de tidsmæssige betingelser i KL § 67 ikke er opfyldt, må det overvejes, om der kan ske omstødelse efter KL § 74. Det må således anses for utilbørligt, at en fordringshaver i strid med konkursordenen opnår fuld dækning ved betaling i form af en fordring på erhververen.¹²⁰

Et eksempel på omstødelse over for ansatte, hvis simple krav erhververen har overtaget hæftelsen for, er U 2005.2323 Ø. Sagen drejede sig om en konsulentvirksomhed, der under betalingsstandsning blev overdraget til en erhverver, som overtog samtlige virksomhedens medarbejdere. Blandt disse var fire direktører, som i øvrigt også var ejere af virksomheden, hvis lønrestancer blev anvendt til delvis berigtigelse af købesummen ved modregning. Det var i sagen ubestridt, at disse lønkrav var upriviligerede krav under en konkurs. Det var ligeledes ubestridt, at de fire direktører herved fik dækket et lønkrav, som de ikke ville kunne få dækket i tilfælde af konkurs. Østre Landsret gav kurator medhold

¹¹⁶ Lauritzen (2007) s. 129

¹¹⁷ Bang-Pedersen m.fl. (2011) s. 602

¹¹⁸ Petersen & Ørgaard (2018) s. 591

¹¹⁹ Se hertil Landsrettens præmisser i U 2005.2323 Ø nedenfor

¹²⁰ Bang-Pedersen m.fl. (2011) s. 602

i, at der kunne ske omstødelse over for de fire direktører efter bestemmelserne i KL §§ 67, 72 og 74. Som begrundelse anførte Landsretten, at modregningen under de foreliggende omstændigheder ikke kunne anses for en normal forretningsmæssig disposition samt at de fire direktører, som var vidende om virksomhedens insolvens, på utilbørlig måde var blevet begunstiget på de øvrige kreditørers bekostning, hvorved selskabets betalingssevne var blevet afgørende forringet. At det beskikkede tilsyn havde samtykket i overdragelsen gjorde således ingen forskel, da tilsynet åbenbart overskred sine beføjelser ved at godkende erhververens overtagelse af hæftelsen.

Omstødelse over for medarbejdere hvis § 97-krav erhververen har overtaget hæftelsen for kan således komme på tale efter såvel KL §§ 67 og 74. Anderledes forholder det sig med de ansattes § 95-krav.

Hvis erhververen overtager samtlige medarbejdere ved overdragelsen og følgelig overtager hæftelsen for samtlige § 95-krav, sker der ingen skævdeling af kreditorerne, som kan give anledning til omstødelse, forudsat at der er fuld dækning til § 94-kravene. Overtager erhververen kun en del af de ansatte, opstår der imidlertid risiko for, at overdragelsen er i strid med konkursordenen. De ansatte, hvis krav erhververen overtager hæftelsen for, opnår fuld betaling af deres tilgodehavender, mens de øvrige ansatte ikke er sikret fuld dækning fra konkursboet. Alligevel vil dette sjældent kunne føre til omstødelse over for medarbejderne. For modsat de ansattes evt. simple krav er § 95-kravene omfattet af LG's dækningsområde,¹²¹ hvorfor den ansatte næppe kan siges at have opnået nogen berigelse.¹²² Et omstødelseskrav efter KL § 75, jf. § 67, er dermed værdiløst. Der vil dog være grundlag for omstødelse i det omfang, den ansattes lønrestancer overstiger LG's maksimumbeløb for dækning.¹²³

Har den ansatte ikke opnået nogen berigelse, bliver det en forudsætning for, at boet kan rette et omstødelseskrav, at kravet kan udmåles efter KL § 76, efter hvilken bestemmelse den begunstigede skal svare erstatning efter almindelige regler. Herved bliver det en betingelse for omstødelse, at den ansatte på tidspunktet for overdragelsen var i ond tro om både skyldnerens insolvens og de omstændigheder, som gør dispositionen utilbørlig.

Den ovenfor refererede dom U 2005.2323 Ø omhandlede omstødelse over for fire direktører i og ejere af den kriseramte virksomhed. For disse personer, som havde været indgående involveret i virksomhedens drift og sidenhen dens overdragelse, måtte tilstedeværelsen af ond tro om både virksomhedens insolvens og dispositionens utilbørlighed alt andet lige være oplagt. En sådan ond tro er dog betydeligt mindre oplagt for den gængse medarbejder, som typisk ikke vil have den fornødne indsigt i virksomhedens økonomi.

De ansatte, der overtages af erhververen og derved får dækket deres § 95-krav, vil dermed sjældent kunne mødes med omstødelseskrav, idet de påkrævede betingelser i langt de fleste tilfælde ikke vil være opfyldt.

4.3. Rådgiveransvar

Omstødelse kan vise sig at være et udsigtsløst forsøg på at dække det tab, konkursboet og kreditorerne har lidt ved en overdragelse i strid med konkursordenen. Som det er illustreret ovenfor, forudsætter omstødelse først og fremmest, at en række veldefinerede betingelser er opfyldt, og er de ikke det, må

¹²¹ Afsnit 3.2

¹²² Bang-Pedersen m.fl. (2011) s. 603

¹²³ Afsnit 3.2

omstødelse opgives. Dertil kommer at omstødelseskravet er værdiløst, hvis personen mod hvem kravet er rettet, er illikvid og ude af stand til at honorere kravet. I disse tilfælde må det overvejes, om der i stedet for eller i tillæg til et omstødelseskrav mod den begunstigede kan rettes et erstatningskrav mod de til overdragelsen bistående rådgivere.

Ved vurdering af rådgivernes evt. erstatningsansvar anvendes som udgangspunkt en streng culpaansvarsnorm eller et såkaldt professionsansvar.¹²⁴ Ved udøvelsen af erhvervsmæssig rådgivningsvirksomhed er hovedreglen, at der gennem længere tid er udviklet nogenlunde veldefinerede faglige normer, og at et brud på disse er tilstrækkeligt til at fastslå, at der foreligger culpøs adfærd.¹²⁵ Rådgivning i forbindelse med insolvente virksomheder er ingen undtagelse, og hvorvidt rådgiverne kan pålægges erstatningsansvar for en virksomhedsoverdragelse ud af et insolvent kapital selskab vil særligt bero på, om aktiverne er realiseret til markedsværdi, og om berigtigelsen af købesummen er sket i overensstemmelse med konkursordenen.¹²⁶ En ofte forekommende ansvarspådragende fejl er, at der er foretaget en forkert opgørelse af de medarbejderforpligtelser, som kan indgå i berigtigelsen af købesummen.¹²⁷

Et eksempel herpå er Bagsværd Autohus-sagen, U 2005.2235 H. Umiddelbart efter at Told & Skat havde foretaget udlæg for et beløb på 3 mio. kr. i Bagsværd Autohus ApS, gennemførte indehaverne af virksomheden en virksomhedsoverdragelse med bistand fra en advokat. Told & Skat måtte ved udlægsforretningen konstatere, at der intet ejedes i selskabet til genstand for udlæg, og virksomheden var således insolvent på tidspunktet for overdragelsen. Købesummen blev berigtiget ved erhververens gældsovertagelse og kontante betaling på ca. 34.805 kr. Tvisten angik ikke størrelsen af købesummen, idet værdiansættelsen af aktiver måtte anses at udgøre den reelle værdi. Problemet bestod derimod i, at erhververens gældsovertagelse omfattede en del usikrede § 97-krav, hvilket medførte en skæveling imellem selskabets kreditorer og dermed et tab for de kreditorer, der ikke blev overdraget til erhververen. Havde erhververen betalt kontant for selskabets frie, ubehæftede aktiver, skulle den kontante del af købesummen have været markant højere. Forholdet forværredes yderligere af, at man havde foretaget en fejlagtig opgørelse over de medarbejderforpligtelser, erhververen skulle overtage hæftelsen for. Således havde man medregnet en gældspost på 641.725 kr., der bestod af medarbejdernes krav på løn i en evt. opsigelsesperiode. Argumentet for at medtage posten i overdragelsesbalancen var, at havde man ladet virksomheden gå konkurs i stedet for at overdrage den, ville disse krav have status efter KL § 95, hvorfor de ikke skulle indgå i opgørelsen over skyldnerens ubehæftede aktiver. Om dette bemærkede Højesteret, at der ikke var grundlag for at tage hensyn til denne del af den overtagne gæld. Et sådant uaktualiseret krav kan dermed ikke anses for nogen reel gæld, der kan føre til nedsættelse af den kontante betaling.¹²⁸

Angående advokatens erstatningsansvar, gjorde kurator gældende, at denne "(...) som rådgiver for selskabet og som den advokat, der forestod udfærdigelsen af virksomhedsoverdragelsesaftalen, [er] ansvarlig i forhold til kreditorerne i Bagsværd Autohus ApS under konkurs efter de almindelige regler om tredjemandsansvar for medvirken til retsbrud". Højesteret var enig med kurator i dette synspunkt og idømte rådgiver og de tre bestyrelsesmedlemmer solidarisk ansvar for konkursboets tab. I det indbyrdes forhold skulle advokaten bære halvdelen og de tre bestyrelsesmedlemmer samlet bære den anden halvdel.

¹²⁴ Bang-Pedersen m.fl. (2011) s. 604

¹²⁵ Hansen & Lundgren (2014) s. 696

¹²⁶ SREV.2012.1.6 (s. 8)

¹²⁷ Ibid. (s. 10)

¹²⁸ Bang-Pedersen m.fl. (2011) s. 605

Den faglige standard for rådgivernes ydelse indbefatter bl.a., at rådgiverne forventes at rådgive ledelsen om, hvordan ledelsen undgår at pådrage sig erstatningsansvar ved virksomhedsoverdragelsen, og bedømmelsen af rådgivernes evt. erstatningsansvar er følgelig nært forbundet med bedømmelsen af ledelsens evt. erstatningsansvar.¹²⁹ Dette illustreres bl.a. ved Østre Landsrets dom i U 2005.2235 H, hvor ansvarsgrundlaget for bestyrelsesmedlemmerne og advokaten blev behandlet samlet. Landsretten udtalte herom:

”De sagsøgte 1-4 må med kendskab til insolvensen og balancen (...) have måttet indse, at der ved overdragelsen var en nærliggende risiko for tab for en del af selskabets kreditorer. Ved desuagtet at have henholdsvis konciperet og gennemført (...) findes de sagsøgte 1-4 at have handlet retsstridigt og ansvarspådragende over for de kreditorer, der ikke blev overtaget (...)”

For så vidt angik advokaten medførte et omfattende ansvarsfraskrivelsesbrev til skyldnerselskabets bestyrelse ikke, at han gyldigt havde fraskrevet sig ansvaret for den valgte konstruktion. Spørgsmålet om, hvorvidt en ansvarsfraskrivelse aftalt med klienten slår igennem i forholdet mellem klient og rådgiver, er omdiskuteret og afhænger i vidt omfang af konkrete omstændigheder.¹³⁰ Uagtet ansvarsfraskrivelsens gyldighed i dette forhold, vil aftaler om rådgiverens ansvarsbegrænsning eller -frihed ikke nødvendigvis være til stor gavn i situationer som de i U 2005.2235 H omhandlede. Et potentielt erstatningskrav vil nemlig ikke komme fra klienten, men derimod fra skyldnerens kreditorer, herunder i skikkelse af skyldnerens konkursbo, der føler sig dårligere stillet som følge af virksomhedsoverdragelsen.¹³¹

5. EU-Domstolens afgørelse i sag C-126/16 *Smallsteps*

Den 22. juni 2017 afsagde EU-domstolen sin afgørelse i sag C-126/16 *Smallsteps*. Domstolens domme har betydelig præjudikatværdi,¹³² og afgørelsen i *Smallsteps*-sagen udgør en autoritativ fortolkning af direktiv 2001/23/EF og dets anvendelse ved overdragelse af en virksomheds under insolvensbehandling. Følgelig er det relevant at undersøge, hvorvidt *Smallsteps*-afgørelsen har konsekvenser for dansk ret, herunder særligt VOL og den måde hvorpå loven fortolkes af de danske domstole.

Sagen omhandlede det hollandske selskab Estro Group BV (herefter ”Estro”), som frem til sin konkurs var den største børnepasningsvirksomhed i Holland. Virksomheden bestod af 380 institutioner med i alt ca. 3.600 medarbejdere. Forud for Estros insolvens, som indtraf i sommeren 2014, havde man ført forhandlinger med selskabets långivere og hovedaktionærer i et forsøg på at skaffe ny kapital. Sideløbende hermed havde Estro forberedt en alternativ rekonstruktionsplan bestående af en såkaldt pre-pack-procedure. Denne procedure indebar en fortsættelse af en stor del af Estros virksomhed, idet 243 af de 380 institutioner skulle genstartes og næsten 2.500 af de ca. 3.600 medarbejdere genansættes i et søsterselskab til Estro i juli 2014.

¹²⁹ SREV.2012.1.6 (s. 6)

¹³⁰ Se hertil Hansen & Lundgren (2014) s. 697ff

¹³¹ Bang-Pedersen m.fl. (2011) s. 604f

¹³² Sørensen m.fl. (2014) s. 107

Det er almindeligt, også i Danmark, at insolvenstruede virksomheder forud for indgivelse af begæring om formaliseret insolvensbehandling, overvejer og fører drøftelser med sine rådgivere om rekonstruktionsløsninger og den påtænkte udførelse heraf. Det særlige ved de løsninger, der benævnes pre-pack-procedurer¹³³ er, at disse indbefatter et nærmere planlagt salg af hele eller dele af den insolvenstruede virksomheds aktiver. Det præcise indhold og formaliteterne ved udførelsen varierer, men formålet er det samme – at et salg kan effektueres hurtigst muligt efter, at virksomheden er taget under insolvensbehandling, således at virksomhedens værdi som *going concern* bevares i videst muligt omfang.¹³⁴

I Holland findes der endnu ikke nogen formel lovhjemmel for gennemførelsen af pre-packs,¹³⁵ og indholdet af proceduren er dermed udelukkende fastlagt af praksis ved de lokale hollandske retter. Således har man i et antal retskredse i visse tilfælde udpeget en påtænkt kurator og en påtænkt tilsynsførende dommer, selvom der endnu ikke er indledt konkursbehandling. Den påtænkte kurators opgave er at forberede overdragelsen af hele eller dele af den insolvente virksomheds aktiver i en sådan detaljegråd, at overdragelsen kan gennemføres umiddelbart efter konkursdekretet, som afsiges på baggrund af virksomhedens egen begæring.¹³⁶ Gennemførelsen af pre-pack-overdragelsen skal godkendes af den tilsynsførende dommer, som er endeligt udpeget ved påbegyndelse af konkursbehandlingen, hvorved virksomhedsoverdragelsen får samme værdi og retskraft som en retsafgørelse.¹³⁷

Den 10. juni 2014 udpegede retten i Amsterdam en påtænkt kurator for konkursboet efter Estro, og som forberedelse til salget stiftedes den 20. juni 2014 et søsterselskab til Estro ved navn Smallsteps BV (herefter ”Smallsteps”). Den 4. juli 2014 indgav Estro begæring om betalingshenstand, som den 5. juli 2014 blev omdannet til en konkursbegæring, og retten i Amsterdam erklærede ligeledes den 5. juli Estro for konkurs. Samme dag blev aftalen mellem Estros kurator og Smallsteps om sidstnævntes køb af 250 institutioner underskrevet. To dage efter konkurserklæringen blev samtlige ansatte i Estro afskediget. Af disse blev næsten 2.600 samtidig tilbudt ansættelse hos Smallsteps.

Af de ca. 1.000 medarbejdere, der ikke blev tilbudt ansættelse hos Smallsteps, anlagde fire medarbejdere sag ved retten i Midden-Nederland med påstand om, at de hollandske regler, der gennemfører direktiv 2001/23/EF, finder anvendelse på pre-pack-proceduren, således at deres og de øvrige afskedigede medarbejders ansættelsesforhold var medoverdraget på uændrede vilkår til Smallsteps. På denne baggrund forelagde den hollandske ret en anmodning om præjudiciel afgørelse for EU-domstolen om fortolkningen af direktivet.¹³⁸ Nærmere bestemt ønskede man svar på, om art. 5, stk. 1 skal fortolkes således, at den beskyttelse, arbejdstagere er sikret ved direktivet, også finder anvendelse ved virksomhedsoverdragelse i forbindelse med en pre-pack-procedure som den i sagen foretagne,

¹³³ Betegnelsen ”pre-pack” stammer fra engelsk ”pre-packaged insolvency sale”

¹³⁴ Pre-packs anvendes også i bl.a. England og USA, hvor omfanget af retlig regulering varierer. Heller ikke i England findes nogen lovhjemmel specifikt møntet på pre-packs, men proceduren understøttes af Schedule B1 i Insolvency Act 1986

¹³⁵ Den 4. juni 2015 blev der indleveret lovforslag til det hollandske parlaments Tweede Kamer der Staten-Generaal ved navn *Wet Continuïteit Ondernemingen I* (Lov om fortsættelse af selskaber), som tilsigter at kodificere den hollandske pre-pack-model. Grundet EU-Domstolens dom i Smallsteps-sagen er det nu uvist, hvorvidt behandlingen af lovforslaget fortsættes, og der pågår fortsat forhandlinger herom

¹³⁶ International Insolvency Review, 2017, Vol. 26: 204-228 (s. 213) og Generaladvokat Mengozzis *forslag til afgørelse*, punkt 68-70

¹³⁷ *Forslag til afgørelse*, note 33

¹³⁸ Den forelæggende ret fremlagde i alt fire præjudicielle spørgsmål, hvoraf de tre første blev besvaret samlet, mens EU-Domstolen ikke fandt det nødvendigt at besvare det fjerde. Se nærmere herom nedenfor

samt om det i denne henseende har betydning, at pre-pack-proceduren både tilsigter videreførelse af virksomheden og provenumaksimering for kreditorerne.¹³⁹

Til dette udtalte EU-Domstolen:

”Henset til alle ovenstående betragtninger skal det første til det tredje forelagte spørgsmål besvares med, at direktiv 2001/23, og navnlig dets artikel 5, stk. 1, skal fortolkes således, at den beskyttelse af arbejdstagere, der er sikret ved dette direktivs artikel 3 og 4, varetages i en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor overførslen af en virksomhed sker efter en konkurserklæring i forbindelse med en pre-pack-procedure, der er forberedt inden denne konkurserklæring og gennemført umiddelbart efter konkurserklæringen, inden for hvis ramme bl.a. en »påtænkt kurator« udpeget af en ret undersøger mulighederne for en tredjemands eventuelle fortsættelse af denne virksomheds aktiviteter og træffer forberedelse til handlinger, der skal foretages kort efter konkurserklæringen for at gennemføre denne fortsættelse, og i øvrigt, at det i denne henseende ikke har betydning, at det formål, der forfølges med denne pre-pack-procedure, ligeledes tilsigter provenumaksimering for alle den omhandlede virksomheds kreditorer.”¹⁴⁰

Resultatet blev således, at muligheden for at begrænse erhververens hæftelse efter direktivets art. 5, stk. 1 ikke er anvendelig for en insolvensprocedure som den forelagte. En erhverver ved en virksomhedsoverdragelse i forbindelse med en pre-pack-procedure som den hollandske må dermed hæfte fuldt ud for medarbejderforpligtelser, som det er foreskrevet i direktivets art. 3 og 4.

5.1. Konsekvenser for dansk ret

5.1.1. Overdragelse aftalt inden konkurs

Som redegjort for i afsnit 2.3.1, fraviges udgangspunktet om, at erhververen af virksomheden alene hæfter for krav vedrørende tiden efter konkursdekretets afsigelse, hvis aftalen om overdragelse må anses for indgået før konkursens indtræden. Læser man resultatet af Smallsteps-sagen i sammenhæng med den bagvedliggende tvist præsenteret for den hollandske ret uden nærmere hensyntagen til EU-Domstolens præmisser, kan man forledes til at tro, at det netop er på dette grundlag, EU-Domstolen støtter sin afgørelse. Således kan den hollandske pre-pack-procedure anses at indebære, at den pågældende virksomhed reelt overdrages inden konkursens indtræden, hvorfor direktivets art. 3-4 om erhververens hæftelse for medarbejderforpligtelser skal finde fuldt ud anvendelse.¹⁴¹ Dette er imidlertid ikke tilfældet, hvilket anskueliggøres ved en nærmere undersøgelse af EU-Domstolens præmisser og Generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse.

EU-Domstolen indleder sin afgørelse med at redegøre for de relevante bestemmelser i direktivet, hvilket i præmis 9-13 efterfølges af de tilsvarende bestemmelser i den hollandske Burgerlijk Wetboek. Heraf fremgår det, at Holland ikke har benyttet sig af den valgfrihed, der tilkommer medlemsstaterne i medfør af direktivets art. 5, stk. 1, til at vedtage hel eller delvis anvendelse af art. 3 og 4 ved overdragelse af virksomheder under konkursbehandling.¹⁴² Mens direktivets udgangspunkt er, at art. 3 om erhververens indtræden i medarbejderforpligtelser og art. 4 om afskedigelsesbeskyttelse ikke finder anvendelse ved overdragelser under konkurs, kan den enkelte medlemsstat ifølge art. 5,

¹³⁹ Smallsteps, præmis 37

¹⁴⁰ Ibid. præmis 59

¹⁴¹ ET.2018.2 (s. 2)

¹⁴² Smallsteps, præmis 12

stk. 1 bestemme, at disse medarbejderbeskyttelsesregler *skal* finde anvendelse, i hvilket tilfælde art. 5, stk. 2 ydermere giver mulighed for at indføre en tidsmæssig begrænsning af erhververens hæftelse.¹⁴³ Når Holland ikke har gjort brug af valgbestemmelsen i art. 5, stk. 1, følger Burgerlijk Wetboek dermed direktivets udgangspunkt, nemlig at reglerne om indtræden, underretning, afskedigelsesbeskyttelse mv. *ikke* gælder ved overdragelse af en virksomhed under en konkursbehandling, der lever op til kravene i art. 5, stk. 1.

Netop spørgsmålet om, hvorvidt konkursbehandlingen af den overdragne virksomhed lever op til kravene i art. 5, stk. 1, bliver dommens omdrejningspunkt.

I sin undersøgelse af dette spørgsmål, konstaterer EU-Domstolen indledningsvist, at undtagelsesbestemmelsen i art. 5, stk. 1 skal fortolkes strengt.¹⁴⁴ Der er dermed ikke grundlag for at lade insolvensbehandlinger, der kun tvivlsomt lever op til bestemmelsens kumulative bestemmelser, være omfattet af undtagelsen. Afgørende bliver dermed at fastlægge indholdet af betingelserne om, at insolvensbehandlingen 1) skal tage sigte på realisering af overdragerens aktiver og 2) være under tilsyn af en kompetent offentlig myndighed. Hvorvidt der faktisk er indledt insolvensbehandling behandles summarisk af EU-Domstolen, som konkluderer, at når pre-pack-procedurer faktisk omfatter konkurs, kan proceduren henhøre under begrebet, også selvom konkursen blot er en ”teknisk konkurs”.¹⁴⁵

Spørgsmålet om formålet med insolvensbehandlingen behandles indgående af både Domstolen og Generaladvokat Mengozzi. Her skelner både Domstolen og Generaladvokaten grundlæggende mellem, om formålet tilsigter en realisering af overdragerens aktiver, eller om det tilsigter fortsættelsen af den berørte virksomheds aktivitet.¹⁴⁶

Ifølge Generaladvokaten forfølger en procedure det sidstnævnte formål, ”(...) når denne procedure udformes eller anvendes netop med det formål at beskytte virksomheden (eller dens levedygtige enheders) operationelle karakter, således at den værdi, der følger an uafbrudt fortsættelse af dens drift, bevares”.¹⁴⁷ Omvendt er der tale om en insolvensbehandling, der tilsigter en realisering af overdragerens aktiver, når proceduren ”(...) udelukkende [går] ud på at maksimere kreditorernes samlede provenu”.¹⁴⁸

Domstolen tiltræder disse synspunkter og betragtningen om, at selvom der kan forekomme overlapper mellem formålene om henholdsvis fortsættelse af en virksomhed og provenumaksimering, kan der ikke samtidig være tale om en behandling, der tilsigter en realisering af overdragerens aktiver, når hovedformålet med insolvensbehandlingen er bevarelsen af den berørte virksomhed.¹⁴⁹

Anvendes disse betragtninger på de bagvedliggende omstændigheder, der var præsenteret for den forelæggende hollandske ret, medfører det, at den omhandlede pre-pack-procedure ikke kan anses for at tilsigte en realisering af virksomheden, idet hovedformålet er en bevarelse af virksomheden og

¹⁴³ Afsnit 2.1.1

¹⁴⁴ *Smallsteps*, præmis 41

¹⁴⁵ *Ibid.* præmis 45-46 og *forslag til afgørelse*, punkt 76

¹⁴⁶ *Smallsteps*, præmis 47

¹⁴⁷ *Forslag til afgørelse*, punkt 57

¹⁴⁸ *Ibid.* punkt 57

¹⁴⁹ *Smallsteps*, præmis 48

dens værdi. Dette udtrykkes klart af både Domstolen¹⁵⁰ og Generaladvokaten¹⁵¹, og Domstolen konkluderer på denne baggrund, at pre-pack-proceduren ikke er omfattet af art. 5, stk. 1.¹⁵²

Når pre-pack-proceduren tilsigtede en bevarelse af den berørte virksomhed fremfor en realisering af aktiverne, er det ikke ensbetydende med, at overdragelsen var aftalt inden konkursens indtræden, men et udtryk for at den i sagen omhandlede pre-pack som insolvensprocedure havde et andet sigte end den traditionelle konkursbehandling. Domstolen og Generaladvokatens betragtninger om formålet med insolvensproceduren og dets betydning for, hvorvidt erhververen kan fritages fuldt ud for hæftelse, retter sig således mod den hollandske pre-pack-procedures opbygning og indhold. Om overdragelsen skal anses for aftalt inden konkursens indtræden er derimod et spørgsmål, hvis omdrejningspunkt er de involverede parter intentioner og handlinger. Der kan naturligvis være tilfælde, hvor den valgte procedure tilsigter en videreførelse af virksomheden, og overdragelsen tillige må anses for aftalt inden konkursen, men de to omstændigheder udgør hver især selvstændige grunde til ikke at tillade en begrænsning af erhververens hæftelse, og de må følgelig vurderes separat.

Domstolens resultat for så vidt angår pre-pack-procedurens formål og dermed dens overholdelse af den første betingelse i art. 5, stk. 1 har som konsekvens, at de sagsøgte i den nationale sag for retten i Midden-Nederland ikke kan påberåbe sig undtagelsesbestemmelsen i art. 5, stk. 1. EU-Domstolen fortsætter dog sin undersøgelse af, hvorvidt pre-pack-proceduren opfylder den anden betingelse om tilsyn af en kompetent offentlig myndighed.

Om dette spørgsmål udtaler Domstolen, at proceduren ikke har noget grundlag i hollandsk national lovgivning, hvilket indebærer, at den påtænkte kurator og den påtænkte tilsynsførende dommer ingen formelle beføjelser har. Dermed forvaltes hele den del af proceduren, der ligger tidsmæssigt forud for konkursbegæringen, ikke under rettens tilsyn, men derimod af virksomhedens ledelse.¹⁵³ Det forhold, at den tilsynsførende dommer skal give tilladelse til overdragelsen og dermed må antages at have en vis indflydelse på den forudgående proces, såfremt de involverede virksomheder vil sikre sig denne formelle tilladelse, kan ifølge Domstolen ikke gøre det ud for en reel offentlig kontrol.¹⁵⁴ Resultatet af Domstolens undersøgelse er således, at heller ikke den sidste betingelse i art. 5, stk. 1 er opfyldt.

Da den danske retsstilling afviger fra den hollandske,¹⁵⁵ har afgørelsen i Smallsteps-sagen umiddelbart ikke betydning for dansk ret i denne henseende. Efter dansk ret skal erhververen hæfte for medarbejderforpligtelser, *også* når overdragelsen sker fra et konkursbo, og hvorvidt en evt. insolvensbehandling opfylder kriterierne i art. 5, stk. 1 bliver derfor mindre interessant. Dette er i hvert fald tilfældet, så længe direktivet som nu i artikel 5, stk. 2 åbner mulighed for, at medlemsstaterne kan begrænse erhververens hæftelse tidsmæssigt ved overdragelse af en virksomhed under insolvensbehandling, uanset om denne behandling tager sigte på en realisering af overdragerens aktiver eller ej.¹⁵⁶

For hollandsk ret – og øvrige retssystemer med tilsvarende procedurer – kan afgørelsen imidlertid få vidtrækkende konsekvenser. Én ting er nemlig, at pre-pack-proceduren ifølge EU-Domstolen ikke

¹⁵⁰ Ibid. præmis 47

¹⁵¹ Forslag til afgørelse, punkt 84

¹⁵² Smallsteps, præmis 52

¹⁵³ Ibid. præmis 53-55

¹⁵⁴ Ibid. præmis 57 og forslag til afgørelse, punkt 82

¹⁵⁵ Afsnit 2.3.1

¹⁵⁶ Det forudsættes, at de danske indenretlige insolvensprocedurer lever op til kravet i art. 5, stk. 1 og 2 om, at procedurerne er under tilsyn af en kompetent offentlig myndighed

tilsigter en realisering af overdragerens aktiver, og at en overdragelse i forbindelse med en sådan procedure følgelig ikke kan medføre en begrænsning i erhververens hæftelse for medarbejderkrav efter direktivets art. 5, stk. 1. En anden ting er, at proceduren ikke lever op til kravet om, at insolvensbehandlingen skal ske under tilsyn af en kompetent offentlig myndighed. Derved kan der heller ikke ske nogen tidsmæssige begrænsning som hjemlet i art. 5, stk. 2, selv hvis Holland beslutter sig for at lade art. 3 og 4 gælde ved overdragelser under insolvensbehandling.

Selvom dansk og hollandsk ret adskiller sig fra hinanden på dette område, kan Smallsteps-sagen alligevel få konsekvenser i Danmark, idet EU-Domstolen i sin vurdering af sagen behandler nogle centrale aspekter i direktiv 2001/23/EF og dets anvendelse ved overdragelse af virksomheder under konkurs. Som angivet indledningsvist i dette afsnit bidrager Smallsteps-sagen imidlertid ikke til en afklaring af spørgsmålet om, hvornår en overdragelse skal anses for aftalt inden konkursens indtræden med den konsekvens, at erhververens hæftelse ikke kan begrænses til kun at angå forpligtelser efter konkursens indtræden.

Ved en nærmere undersøgelse af Domstolens præmisser, ses det, at hvorvidt overdragelsen reelt skal anses for aftalt inden konkursens indtræden ikke spiller nogen rolle for resultatet, om end dette forekommer nærliggende. Dette skyldes dels sagens konkrete omstændigheder, og dels måden hvorpå den forelæggende ret havde formuleret og struktureret sine fire præjudicielle spørgsmål.

For at kunne afsige dom i overensstemmelse med EU-retten måtte retten i Midden-Nederland afdekke, hvorvidt direktivets art. 3 og 4 finder anvendelse på overdragelse af virksomheder under insolvensbehandling i form af pre-pack-procedurer som disse praktiseres i Holland. Dette ville være tilfældet, hvis pre-packs ikke skulle anses for omfattet af begrebet ”konkursbehandling” som det anvendes i art. 5, stk. 1 og/eller, hvis overførslen af virksomheden skulle anses for sket inden konkursen.

Førstnævnte problemstilling var omdrejningspunktet i de første tre spørgsmål, mens det fjerde og sidste præjudicielle spørgsmål angik tidspunktet for virksomhedens overførsel:

”Bestemmes tidspunktet for virksomhedens overførsel med henblik på anvendelse af direktiv 2001/23[...] og den herpå beroende artikel 7:662 ff. i BW inden for rammerne af en pre-pack-procedure forud for virksomhedens konkurs af den før konkursen tilvebragte faktiske enighed om virksomhedens overdragelse, eller afhænger dette tidspunkt af, hvornår egenskaben af indehaver, der driver den pågældende enhed, faktisk overgår fra overdrageren til erhververen?”¹⁵⁷

EU-Domstolen besvarede de tre første spørgsmål samlet, og resultatet blev som bekendt, at den hollandske pre-pack omfattes af medarbejderbeskyttelsen i art. 3 og 4, og at Holland derfor ikke i medfør af art. 5, stk. 1 kan afskære disse bestemmelsers retsvirkninger. Henset til besvarelsen af disse spørgsmål, fandt Domstolen det imidlertid unødvendigt at besvare det fjerde spørgsmål. Idet det allerede var fastslået, at erhververen må hæfte fuldt ud for medarbejderforpligtelser, når overdragelsen sker i en pre-pack-procedure, var det uden betydning for resultatet i den konkrete sag, hvorvidt erhververen tillige må hæfte fuldt ud, fordi pre-pack-proceduren indebærer, at overdragelsen skal anses for aftalt inden konkursen. Havde Smallsteps-sagen i stedet angået en overdragelse under en ”ren” konkursbehandling, det vil sige uden en forudgående pre-pack, ville spørgsmålet have relevans. Efter hollandsk

¹⁵⁷ Smallsteps, præmis 28

ret overtager erhververen netop ikke hæftelsen for nogen medarbejderforpligtelser, med mindre overdragelsen skal anses for aftalt inden konkursen.

Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen anfører, at årsagen til Domstolens manglende stillingtagen til denne problematik i Smallsteps-sagen er, at den ikke angik spørgsmålet om begrænset hæftelse efter art. 5, stk. 2, litra a, men derimod spørgsmålet, om erhververen fuldt ud var fritaget for hæftelse efter reglen i art. 5, stk. 1.¹⁵⁸ Bang-Pedersen antyder således, at havde sagen omhandlet førstnævnte spørgsmål, ville dommens indhold og muligvis også dens resultat have været et andet end det aktuelle.

I givet fald havde den manglende opfyldelse af kravene til konkursbehandlingen i art. 5, stk. 1 ikke været tilstrækkelig til at afvise en begrænsning i hæftelsen, idet insolvensbehandlingen i disse tilfælde ikke er underlagt de samme betingelser. For mens insolvensbehandlingen i art. 5, stk. 1 skal tilsigte en realisering af overdragerens aktiver, er dette ikke en betingelse for at kunne begrænse hæftelsen efter art. 5, stk. 2.¹⁵⁹ Alene det forhold, at pre-pack-proceduren ikke tilsigter en realisering af overdragerens aktiver, som det blev fastslået af Domstolen i præmis 52, ville således ikke kunne afskære Holland fra at bestemme en tidsmæssig begrænsning af erhververens hæftelse. Det ville imidlertid det forhold, at pre-pack-proceduren ikke lever op til kravet om, at insolvensbehandlingen skal ske under tilsyn af en kompetent offentlig myndighed, idet dette også er en betingelse for anvendelse af art. 5, stk. 2.

Det må på den baggrund anses for særdeles tvivlsomt, om resultatet af Smallsteps-sagen var blevet anerledes i dette alternative scenarie. Ligeledes er det tvivlsomt, om Domstolen ville have fundet anledning til at behandle spørgsmålet om, hvorvidt pre-pack-procedurer de facto indbefatter en aftale om overdragelse inden konkursens indtræden, idet begrænsningen af erhververens hæftelse også i dette tilfælde ville være udelukket grundet manglende opfyldelse af de formelle betingelser til insolvensbehandlingen i art. 5.

Smallsteps-afgørelsen bidrager således ikke til en afklaring af, hvor konkrete planer om overdragelse, der må foreligge inden en konkurs, uden at dette medfører, at overdragelsen anses for sket inden konkursen.¹⁶⁰ Spørgsmålet har imidlertid stor betydning i praksis, særligt for den overdrager og erhverver, der har forudsat, at erhververen ikke hæfter for de overtagne ansattes lønrestancer mv. fra tiden før konkursdekretet. Efter dansk ret vil den omstændighed, at erhververen skal hæfte, medføre, at der ikke opstår noget § 95-krav, som medarbejderen kan gøre gældende mod LG. Erhververen kan således være nødsaget til at betale medarbejderkravene vel vidende, at der ikke nødvendigvis er dækning i konkursboet for hans regreskrav.¹⁶¹

I praksis kan problemstillingen løses ved, at parterne forud for virksomhedsoverdragelsen retter henvendelse til LG og aftaler med fonden, at denne dækker alle lønmodtagerforpligtelser frem til konkursdekretets afsigelse, således at erhververen alene overtager forpligtelserne fra tiden efter dekretet.¹⁶² Selvom dette indebærer en skævdeling af kreditorerne ifølge KL § 95, og selvom LG ikke er forpligtet hertil, vil LG have en direkte økonomisk interesse heri i de situationer, hvor dækning af erhververens regreskrav er en forudsætning for gennemførelsen af virksomhedsoverdragelsen. Hvis alternativet er en afvikling af virksomheden, kan LG nemlig se frem til at blive mødt med krav fra

¹⁵⁸ ET.2018.2 (s. 2)

¹⁵⁹ Afsnit 2.1.1

¹⁶⁰ ET.2018.2 (s. 3)

¹⁶¹ Afsnit 3.4

¹⁶² Hansen & Lundgren (2014) s. 613

samtlige virksomhedens medarbejdere fremfor kun at skulle udrede beløb til dem, der ikke skulle overtages af erhververen.

5.1.2. Hæftelse for samtlige ansatte

Samtlige de ca. 3.600 ansatte i Estro blev afskediget forud for virksomhedsoverdragelsen. Af disse blev ca. 2.600 tilbudt ansættelse hos erhververen, Smallsteps, allerede samme dag som de blev afskediget. For disse ansatte forelå der således ikke en reel afbrydelse af ansættelsesforholdet i den overdragne virksomhed, og følgelig måtte erhververen indtræde i samtlige rettigheder og forpligtelser over for disse ansatte.¹⁶³ Dette var da heller ikke bestridt i sagen. Spørgsmålet gik derimod på, om erhververen tillige skulle hæfte for de ansatte, der *ikke* blev tilbudt genansættelse. Således var det fire af de ca. 1.000 ansatte i Estro, der ikke blev tilbudt ansættelse af erhververen, som anlagde sag ved de hollandske domstole.¹⁶⁴ Spørgsmålet er således, om Smallsteps-afgørelsen kan tages til indtægt for et synspunkt om, at erhververens hæftelse omfatter samtlige ansatte, herunder ansatte, der er blevet opsagt inden overdragelsen.¹⁶⁵

Som tidligere redegjort for¹⁶⁶ finder direktivet ifølge dets art. 1, stk. 1, litra a anvendelse på overførsel af en virksomhed eller bedrift eller *en del af en virksomhed eller bedrift*.¹⁶⁷ Ved overdragelse af en del af en virksomhed, må der foretages en afgrænsning af, hvilke medarbejdere, der skal anses for tilhørende denne del og dermed for beskyttet af reglerne i direktivet. I retspraksis vedrørende direktiv 77/187/EØF har EF-Domstolen fastslået, at det eneste afgørende kriterium ved vurderingen af, om rettigheder og forpligtelser i forhold til den enkelte medarbejder overgår til erhververen er, om den afdeling, den pågældende medarbejder var tilknyttet og som fra et organisatorisk synspunkt dannede rammen om dennes arbejdsforhold, overføres eller ej.¹⁶⁸ Såfremt de 130 ikke-overdragne institutioner i sig selv kunne anses at udgøre ”en del” af virksomheden, skulle overdragelsen af de 250 institutioner således ikke medføre hæftelse for erhververen i forhold til de ansatte i de ikke-overdragne institutioner, forudsat at fordelingen af de ansatte på de enkelte institutioner afspejlede de reelle tilhørsforhold.

Sagsøgerne i den nationale sag var imidlertid ikke tidligere ansatte i ikke-overdragne institutioner. De fire sagsøgere havde derimod været ansat i én af de 250 institutioner, som blev overdraget til Smallsteps. Dette forhold må holdes for øje ved læsning af dommen. Havde sagsøgerne i stedet været ansat i én af de 130 institutioner, som ikke blev overtaget af Smallsteps, kunne resultatet meget vel have været et andet ud fra betragtningen om, at erhververen ved overdragelse af en del af en virksomhed, kun overtager de ansatte, der er tilknyttet netop denne del. Når de fire sagsøgere i sagen anlagt for den hollandske ret var organisatorisk tilknyttet de overdragne institutioner, måtte erhververen således (som udgangspunkt) indtræde i rettigheder og forpligtelser i forhold til disse ansatte, såfremt direktivet skulle anses at finde anvendelse på en overdragelse i forbindelse med en pre-pack-procedure.

Som anført ovenfor, et dette udgangspunkt dog ikke uden undtagelser.¹⁶⁹ Adgangen efter direktivets art. 4, stk. 1 til at foretage afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der

¹⁶³ Afsnit 2.3

¹⁶⁴ *Smallsteps*, præmis 27

¹⁶⁵ ET.2018.2 (s. 3)

¹⁶⁶ Afsnit 2.2

¹⁶⁷ Egen fremhævnning

¹⁶⁸ Sag C-186/83 *Botzen*, præmis 14-15

¹⁶⁹ Afsnit 2.3

medfører beskæftigelsesmæssige ændringer, udhuler reelt i vidt omfang afskedigelsesbeskyttelsen.¹⁷⁰ Når en insolvent virksomhed overdrages, skulle man mene, at der ofte vil foreligge økonomiske forhold, der kan begrunde en reduktion af antallet af ansatte.¹⁷¹ Alligevel nåede EU-Domstolen frem til, at erhververen måtte hæfte for de pågældende afskedigede ansatte.

Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen stiller spørgsmålet, om dommen er udtryk for, at økonomiske årsager reelt ikke godtages som gyldig opsigelsesgrund i forbindelse med virksomhedsoverdragelser, hvilket ville have særdeles uheldige konsekvenser for mulighederne for at redde insolvente virksomheder.¹⁷² Som Bang-Pedersen i umiddelbar forlængelse af sit spørgsmål konkluderer, er dette imidlertid ikke tilfældet.

Faktum er, at EU-Domstolens afgørelse i Smallsteps-sagen slet ikke behandler emnet. I præmis 39 nævnes afskedigelsesbeskyttelsen summarisk, idet Domstolen udtaler, at *”Hvad angår det nævnte direktivs artikel 4, stk. 1, beskytter denne arbejdstagerne mod enhver afskedigelse foretaget af overdrageren eller af erhververen alene på grundlag af den nævnte overførsel”*, men en nærmere stillingtagen til afskedigelsesbeskyttelsens undtagelser præsenteres ikke.

Begrundelsen herfor må findes i udformningen af den forelæggende rets spørgsmål. Den forelæggende ret spurgte nemlig alene, om direktivet fandt anvendelse på en procedure som den hollandske pre-pack. Spørgsmålet om, hvorvidt den manglende genansættelse af de ca. 1.000 ansatte – eller i hvert fald de ansatte, der tidligere var beskæftiget i én af de overdragne institutioner – kunne være rimeligt begrundet i økonomiske forhold, blev imidlertid ikke forelagt Domstolen, som følgelig ikke udtalte sig herom.

Generaladvokaten forholder sig derimod til emnet, om end blot for en kort bemærkning. Umiddelbart efter at have konstateret at beskyttelsesreglerne i direktivet finder anvendelse på en procedure som den præsenterede, anfører Generaladvokaten følgende:

*”Det skal i denne forbindelse bemærkes, at en sådan fortolkning af direktiv 2001/23 ikke kan bestrides med et eventuelt argument om, at den vil kunne afskrække potentielle erhververe fra at overtage en kriseramet virksomhed (eller de sunde dele af denne). Dels har Domstolen allerede ved flere lejligheder forkastet et argument af denne art. Dels skal det bemærkes, at det fremgår af nævnte direktivs artikel 4, stk. 1, andet led, at denne bestemmelse ikke er til hinder for, at de kan ske »afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer«. I forbindelse med disse afskedigelser skal alle de garantier, der findes i de relevante bestemmelser i national ret, overholdes.”*¹⁷³

Uden dog at forholde sig til omstændighederne i den konkrete sag, bekræfter Generaladvokaten herved, at bl.a. økonomiske forhold kan begrunde, at der af overdrageren eller erhververen foretages afskedigelser i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse.

Som det også blev påpeget af Generaladvokat Mengozzi, har Domstolen i tidligere sager afvist argumentet om, at direktivets beskyttelsesregler skulle afskrække potentielle erhververe af en insolvent

¹⁷⁰ Andersen m.fl. (2009) s. 267

¹⁷¹ ET.2018.2 (s. 3)

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Forslag til afgørelse, punkt 85

virksomhed.¹⁷⁴ Udsagnet tilsiger, at muligheden for at foretage afskedigelser ikke søges indskrænket, idet erhververens tvungne overtagelse af unødvendige medarbejdere netop kan have en afskrækkende effekt. Dette ville i øvrigt modarbejde det aktuelle fokus i EU på fremme af rekonstruktion af insolvente virksomheder.¹⁷⁵

Ser man på dansk retspraksis, har Højesteret i dommen U 2018.471 H udtalt, at det i de tilfælde, hvor overdrageren er et konkursbo, ofte vil være lettere at bevise, at afskedigelsen er foretaget af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager og dermed er berettiget. Forud for denne konstatering, anfører Højesteret, at vi i Danmark har valgt at lade reglerne i VOL gælde ved virksomhedsoverdragelser fra et konkursbo, også selvom vi ikke er forpligtet hertil ifølge direktivteksten, men at der ikke i forarbejderne til VOL § 1, stk. 3 er holdepunkter for at forstå loven på en anden måde, når virksomhedsoverdragelsen sker fra et konkursbo, end når den sker uden for konkurs. Der gælder således de samme afskedigelsesværn og bevisbyrde regler såvel i som uden for konkurs.¹⁷⁶

Højesteret påstår således ikke, at der eksisterer en materielt udvidet afskedigelsesadgang i tilfælde af overdragelse af en virksomhed under konkursbehandling, men blot at den *bevisbyrde*, der er pålagt arbejdsgiveren ved afskedigelser foretaget i umiddelbar sammenhæng med en virksomhedsoverdragelse, for at en sådan afskedigelse er begrundet i økonomiske årsager, er lettere at løfte. Henset til at en insolvent virksomhed per definition er underlagt særlige økonomiske forhold, er dette ikke overraskende. Som påpeget af Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen må man antage, at denne bevislættelsesregel gælder insolvente virksomheder generelt, det vil sige uanset om overdragelsen sker inden eller under konkursbehandling.¹⁷⁷

Praksis ved de danske domstole, som den kommer til udtryk i U 2018.471 H, påvirkes ikke af afgørelsen i Smallsteps-sagen. EU-Domstolens dom bidrager ikke til en nærmere afklaring af, hvornår økonomiske forhold kan udgøre en saglig og lovlig grund til at foretage afskedigelser i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse som det er hjemlet i direktivets artikel 4, stk. 1 og VOL § 3, stk. 1. Samtidig er det vigtigt at pointere, at sagen heller ikke udtaler sig om, hvornår sådanne forhold *ikke* kan udgøre en saglig afskedigelsesgrund. Som anført af Bang-Pedersen kan det imidlertid meget vel tænkes, at EU-Domstolen i dag vil indtage et mere nuanceret standpunkt til reduktioner af antallet af ansatte ved overdragelser af insolvente virksomheder, henset til de aktuelle EU-retlige rekonstruktionsfremmende tiltag.¹⁷⁸

5.1.3. Konkursrådets betænkning

Konkursrådet¹⁷⁹ afgav den 16. april 2015 betænkning nr. 1555 om ansattes retsstilling under insolvensbehandling, der indeholder en anbefaling til en række ændringer af VOL, KL og LG-loven. Samlet set er forslagene rekonstruktionsfremmende, mens betænkningen både indeholder forslag, der forbedrer og forværre ansattes retsstilling under insolvensbehandling. Ifølge Konkursrådet selv bør de enkelte anbefalinger ikke gennemføres hver for sig, da de enkelte elementer isoleret set vil kunne

¹⁷⁴ Sag C-362/89 *d'Urso*, præmis 18 og 19 samt sag C-472/93 *Spano*, præmis 34 og 35

¹⁷⁵ Se hertil afsnit 5.2 om direktivforslaget COM(2016) 723 final

¹⁷⁶ ET.2018.112 (s. 5)

¹⁷⁷ ET.2018.2 (s. 4)

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Konkursrådet blev nedsat den 12. januar 2001 som et stående udvalg, der efter Justitsministeriets anmodning har til opgave at afgive indstilling om ændringer i KL med henblik på reform af denne lovgivning. Rådet er sammensat af en række professorer, advokater, revisorer, dommere, kontorchefer m.fl.

forykke den samlede balance mellem forskellige hensyn til bl.a. ansatte, arbejdsgivere og simple kreditorer.¹⁸⁰

Det i nærværende kontekst mest interessante forslag er, at man ønsker at indføre en ligestilling af rekonstruktions- og konkursbehandling i virksomhedsoverdragelser. Således foreslås en ny bestemmelse i VOL § 2, stk. 4 med følgende ordlyd:

”Stk. 4. Finder overdragelsen sted under overdragerens rekonstruktions- eller konkursbehandling, indtræder erhververen dog kun i rettigheder og forpligtelser, jf. stk. 1 og 2, der vedrører tiden efter insolvensbehandlingens indledning.”¹⁸¹

Forslaget indebærer således både en lovfæstelse af den nuværende praksis vedrørende overdragelser fra konkursboer¹⁸² samt en ligestilling af rekonstruktion og konkurs i denne henseende.

Konkursrådet begrunder sit forslag med, at der under gældende ret er et økonomisk incitament til virksomhedsoverdragelse fra et konkursbo frem for under rekonstruktionsbehandling, og at dette strider mod hensynet til, at en virksomhedsoverdragelse i videst muligt omfang bør finde sted under rekonstruktionsbehandling.¹⁸³ Ved en ligestilling af de to insolvensinstitutter forsvinder det økonomiske incitament for erhververen af virksomheden til at lade overdragelse ske fra et konkursbo frem for under rekonstruktionsbehandling.

Forslaget kan dog ikke stå alene, idet der i givet fald ville være efterladt et vakuum for så vidt angår de ansattes mulighed for at få dækning for deres lønrestancer mv. Konkursrådet foreslår således også, at LG i tilfælde af virksomhedsunderdragelse under rekonstruktionsbehandling skal dække lønkrav mv. for tiden før indledning af rekonstruktionsbehandlingen.¹⁸⁴

I Smallsteps-afgørelsen fastslog EU-Domstolen, at den hollandske pre-pack-procedure ikke kunne klassificeres som en konkursbehandling, idet proceduren ikke tilsigtede en realisering af den pågældende virksomhed, hvorfor erhververen måtte indtræde i rettigheder og forpligtelser i forhold til de ansatte i overensstemmelse med bestemmelserne i direktivet. Den danske rekonstruktionsmodel efter KL adskiller sig fra den hollandske pre-pack-procedure på mange punkter, men et fællestræk er, at der tilsigtes en videreførelse af virksomheden. Alligevel står Smallsteps-afgørelsen ikke i vejen for en gennemførelse af de i Konkursrådets betænkning fremsatte forslag.

Indledningsvist skal det endnu en gang påpeges, at man i Holland følger udgangspunktet i direktivet, nemlig at dette ikke finder anvendelse ved overdragelse fra et konkursbo. Dermed blev det i Smallsteps-sagen af afgørende betydning for EU-Domstolen at klarlægge, hvornår en insolvensbehandling kan karakteriseres som en konkursbehandling. Vægtigheden af denne undersøgelse skyldtes dermed sagens konkrete omstændigheder i kombination med det retsgrundlag, Domstolen måtte træffe afgørelse på baggrund af. Således siger afgørelsen intet generelt om tilladelsen af at begrænse erhververens hæftelse under insolvensbehandlinger, der ikke har til formål at realisere virksomheden.

¹⁸⁰ Betænkning nr. 1555/2015, s. 13

¹⁸¹ Ibid. s. 238

¹⁸² Afsnit 2.3.1

¹⁸³ Betænkning nr. 1555/2015, s. 185

¹⁸⁴ Ibid. s. 186

Det gør derimod direktivets art. 5, stk. 2, som fastsætter betingelserne for en sådan begrænsning af hæftelsen. En indenretlig rekonstruktion efter KL skal indeholde enten en tvangsakkord eller en virksomhedsoverdragelse eller en kombination af disse,¹⁸⁵ og sigtet med dette insolvensinstitut er dermed ikke en realisering af skyldnerens aktiver. Bestemmelserne i art. 5, stk. 2 angiver imidlertid eksplicit at være anvendelige på alle former for insolvensbehandling, uanset om denne behandling er indledt med henblik på realisering af overdragerens aktiver eller ej, dvs. uanset om insolvensbehandlingen har karakter af konkurs eller rekonstruktion. Medlemsstaterne er dermed frit stillet med hensyn til at beslutte, at erhververens hæftelse for overdragerens økonomiske forpligtelser i henhold til arbejdskontrakter begrænses tidsmæssigt ved overdragelser under insolvensbehandling, således at de forpligtelser, der skal opfyldes af overdrageren inden overdragelsen eller inden indledning af insolvensbehandlingen, ikke skal overgå til erhververen. Dette er overensstemmende med den af Konkursrådet foreslåede § 2, stk. 4 i VOL.

Afgørelsen i Smallsteps-sagen udgør dermed ikke en begrænsning af muligheden for at gennemføre nyskabelserne i Konkursrådets betænkning. Tværtimod aktualiserer Smallsteps-afgørelsen behovet herfor.¹⁸⁶

Det ses i afgørelsen, hvordan pre-pack-proceduren, fordi den ikke tilsigter at realisere virksomheden, ikke udgør en reel konkursbehandling. Selvom den danske konkursbehandling efter KL adskiller sig fra pre-pack-proceduren på mange afgørende punkter, er det ikke utænkeligt, at en opsagt ansat eller LG vil stille spørgsmålstegn ved, om det allerede inden konkursens indtræden var tiltænkt, at konkursboet skulle sælge virksomheden, hvormed konkursbehandlingen ikke kan anses at tage sigte på realisering af overdragerens aktiver. Man kan således med støtte i Smallsteps-afgørelsen argumentere for, at der i disse tilfælde ikke er tale om en reel konkurs, hvorfor erhververens hæftelse ikke kan begrænses til tiden efter indledning af konkursbehandlingen.¹⁸⁷ En sådan situation kan undgås ved at sidestille rekonstruktion og konkurs, idet modsvaret til en sådan indsigelse i givet fald vil være, at resultatet var blevet det samme, hvis overdragelsen var sket under rekonstruktion, som åbenlyst tilsigter en videreførelse af virksomheden.

Konkursrådets betænkning indeholder en lang række yderligere forslag end de ovenfor behandlede. Blandt Konkursrådets overvejelser er forslaget om at ændre KL §§ 95 og 98 således, at medarbejderens krav på minimalerstatning efterstilles i konkursordenen i det omfang, kravet modsvares eller burde være modsvaret af anden indtægt.¹⁸⁸ Som begrundelse for forslaget angiver Konkursrådet bl.a., at den nuværende retsstilling kan gøre det vanskeligt at gennemføre en virksomhedsoverdragelse, idet de ansatte kan ønske at blive opsagt og fritstillet for derefter at indgå i et nyt ansættelsesforhold hos erhververen.¹⁸⁹

Udmønter forslaget sig i reel lovgivning, vil muligheden for at overdrage insolvente virksomheder forbedres betydeligt, hvilket også vil føre til en øget bevarelse af arbejdspladser. Særligt fra et rekonstruktionsfremmende synspunkt, må en gennemførelse af forslaget således anbefales.

¹⁸⁵ KL § 10

¹⁸⁶ ET.2018.2 (s. 3)

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Betænkning nr. 1555/2015, s. 234f

¹⁸⁹ Ibid. s. 106

5.2. COM(2016) 723 final af 22.11.2016

Europa-Kommissionen afgav den 22. november 2016 forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om rammerne for forebyggende rekonstruktion, muligheden for en ny chance og foranstaltninger med henblik på mere effektive procedurer for rekonstruktion, insolvensbehandling og gældssaning og om ændring af direktiv 2012/30/EU. Sigtet med forslaget er bl.a. at indføre regler, som sikrer mere effektive insolvensprocedurer og sætter skyldnere med finansielle vanskeligheder i stand til at gennemføre en tidlig rekonstruktion.¹⁹⁰ Således foreskriver forslagens art. 4, stk. 1, at ”medlemsstaterne sikrer, at en skyldner i økonomiske vanskeligheder ved sandsynlighed for insolvens har adgang til en effektiv ordning for forebyggende rekonstruktion (...)”.

Flere EU-institutioner og –organer har afgivet udtalelser om forslaget, herunder Det Europæiske Regionsudvalg, som anbefaler at indføje følgende i direktivforslagets betragtninger:

”De forebyggende løsninger, der sommetider benævnes »pre-packs«, indgår i en tiltagende tendens i moderne insolvenslovgivning til at prioritere tilgange, som til forskel fra den traditionelle tilgang, der går ud på at afvikle en kriseramts virksomhed, har til formål at genoprette den pågældende virksomhed eller i det mindste redde dens økonomisk levedygtige enheder.”¹⁹¹

I undersøgelsen af forslagens overensstemmelse med gældende ret anføres, at det beskyttelsesniveau, som direktiv 2001/23/EF sikrer for arbejdstagerne, ikke vil blive påvirket af direktivforslaget.¹⁹² Når en rekonstruktion resulterer i en virksomhedsoverdragelse, bør arbejdstagernes rettigheder beskyttes i overensstemmelse hermed, dog uden at det berører mulighederne for at begrænse erhververens hæftelse efter art. 5, stk. 2.¹⁹³ Set i sammenhæng med Regionsudvalgets anbefaling og EU-Domstolens præmisser i Smallsteps-sagen¹⁹⁴ synes det at være den fælles opfattelse hos EU-institutionerne, at pre-pack-procedurer generelt tilsigter en videreførelse af den kriseramte virksomhed, hvorfor det må anses for udelukket for medlemsstaterne at praktisere pre-pack-procedurer, hvor erhververens hæftelse for medarbejderforpligtelser afskæres fuldt ud efter art. 5, stk. 1.¹⁹⁵

Forslaget forhandles fortsat i EU-regi. I Danmark er det Justitsministeriets umiddelbare vurdering, at forslaget vil få lovgivningsmæssige konsekvenser, herunder ved et muligt behov for en ændring af konkurslovens definition af insolvens.¹⁹⁶

6. Konklusion

Direktiv 2001/23/EF muliggør en differentieret anvendelse af dets arbejdstagerbeskyttelsesregler ved virksomhedsoverdragelser fra et konkursbo. Selvom der ikke i VOL er eksplicit hjemmel dertil, er det i både teori og praksis godtaget, at dansk ret anvender tidspunktet for konkursdekretets skærings-tidspunkt for erhververens overtagelse af hæftelsen. Det kan endvidere konkluderes, at den afgørende

¹⁹⁰ COM(2016) 723 final, s. 6

¹⁹¹ 2017/C 342/07, anbefalet ændring 1

¹⁹² COM(2016) 723 final, s. 11

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Afsnit 5.1.1

¹⁹⁵ En nærmere undersøgelse af direktivforslaget og dets konsekvenser ligger uden for denne afhandlings rammer. Se hertil eksempelvis Kommissionens Impact Assessment, SWD(2016) 357 final

¹⁹⁶ Grund- og nærhedsnotat, Retsudvalget samling 2016-17, REU Alm.del Bilag 244, s. 9

faktor for, hvorvidt erhververen overtager hæftelsen er, om den ansatte må anses for at være i et bestående ansættelsesforhold på det tidspunkt, hvor virksomheden og den ansatte overdrages til erhververen.

Selvom erhververen ikke er retligt forpligtet hertil, vil det ofte være nødvendigt at udrede beløb fra tiden før konkursdekretets afsigelse til de overtagne medarbejdere. Erhververen får herved et regreskrav mod konkursboet, som ifølge KL § 99, stk. 2 indtager samme placering i konkursordenen som det indfrieede medarbejderkrav. Når det statueres, at overdragelsen skal anses for sket inden konkursens indtræden, og der gøres lønmodtagerkrav gældende, som parterne ikke har taget stilling til, følger regreskravets stilling ikke af ordlyden af KL § 99, stk. 2, men det konkluderes med støtte i U 1999.180 V, at bestemmelsen finder analog anvendelse.

Såfremt erhververen søger sit regreskrav mod overdrageren indfriet ved modregning i købesummen, kan det efter omstændighederne føre til en skævdeling af kreditorerne i strid med konkursordenen, som kan give anledning til omstødsels- og erstatningskrav fra kurator eller øvrige kreditorer. Betingelserne for at rette omstødselskrav mod erhververen er særligt gunstige, hvis denne er nærstående til skyldneren, hvilket er ofte forekommende i praksis. Omstødselskrav kan rettes mod de medarbejdere, hvis krav erhververen overtager hæftelsen for, og der er set eksempler herpå i praksis, hvor kravet har udgjort et simpelt krav mod boet. Det må dog konkluderes, at det er tvivlsomt, om indfrielsen af § 95-krav kan danne grundlag for omstødelse over for medarbejderne. Som alternativ eller supplement til omstødelse er det ofte muligt at rette et erstatningskrav mod de deltagende rådgivere, hvis overdragelsen har medført en skævdeling af kreditorer eller et tab for konkursboet.

EU-Domstolens afgørelse i Smallsteps-sagen er i høj grad begrundet i de konkrete omstændigheder i samspil med den hollandske implementering af direktiv 2001/23/EF, som på visse punkter adskiller sig fra den danske, samt den måde, hvorpå den forelæggende ret fremlagde sine præjudicielle spørgsmål. Dommen berører nogle centrale elementer i direktivet, men opsummerende må det konkluderes, at spørgsmålet om, hvorvidt afgørelsen har konsekvenser for gældende dansk ret, skal besvares benægtende.

7. Litteraturliste

7.1. Litteratur

Andersen, Lars Svenning: Funktionærret, 5. udgave under medvirken af Mads Krarup, Lise Lauridsen, Lars Lindencrone Petersen, Morten Ulrich og Bjarke Vejby, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2016

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

Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow, Christensen, Lasse Højlund, Jensen, Kim Sommer, Madsen, Christian Jul og Mylin, Andreas Kærsgaard: Rekonstruktion: Teori og praksis, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2011

Evald, Jens: Juridisk teori, metode og videnskab, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2016

Hansen, Johannus Egholm og Lundgren, Christian: Køb og salg af virksomheder, 5. udgave under medvirken af Michael Nørremark, Jeppe Buskov, Bent Kemplar, Teis Gullitz-Wormslev, Kim Trenskow, Jakob Bernhoft, Jens Munk Plum, Lars Rosenberg Overby og Marianne Granhøj, Nyt Juridisk Forlag, København, 2014

Jensen, Kim Sommer: Konkursretten, 1. udgave, Universitetsforlaget Pejus, Hellerup, 2016

Klingsten, Mette: Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2016

Lauritzen, Bo: Lønmodtageres retsstilling ved insolvente virksomhedsophør, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2007

Paulsen, Jens: Insolvensret – Konkurs, 1. udgave, Thomson Reuters Professional, København, 2010

Petersen, Lars Lindenchrone og Ørgaard, Anders: Konkursloven med kommentarer, 14. udgave, Karnov Group Denmark, København, 2018

Schaumburg-Müller, Peer, Lauritzen, Bo og Kehler, Snorre Andreas: Lov om Lønmodtagernes Garantifond med kommentarer, 4. udgave, Karnov Group Denmark, København, 2017

Sørensen, Karsten Engsig, Nielsen, Poul Runge og Danielsen, Jens Hartig: EU-retten, 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2014

7.2. Artikler

Andersen, Lennart Lyng og Nørgaard, Jørgen: Virksomhedsoverdragelsesloven og konkurs, U 1987B.113

Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskov: Virksomhedsoverdragelse fra et insolvent selskab – en kommentar til EU-domstolens afgørelse C-126/16 (Smallsteps), ET.2018.2 (onlineversion)

Bigaard, Pernille og Eriksen, Victoria Grevit: Kurators ansvar, ET.2016.79

Christensen, Lasse Højlund: U 2015.2219 H – og lidt om insolvente virksomhedsoverdragelser, ET.2015.193

Fristrup, Sven, Albrechtsen, A. S. og Wissum, Mikael: Virksomhedsoverdragelsesloven – i praksis, U 1984B.138

Jensen, Kim Sommer: Virksomhedsoverdragelse i konkurs, ET.2018.112 (onlineversion)

Nielsen, Louis Beck: Virksomhedsoverdragelsesloven – endnu en gang, U 1987B.330

Planthin, Morten og Øe, Jesper Saugmandsgaard: Hvordan undgår Skat at stå tilbage med aben? Rådgiveransvar ved insolvente kapitalsekskabers virksomhedsoverdragelser, Skattefagligt, 2012, nr. 1, s. 6-10, SREV.2012.1.6

Renssen, Samantha: Corporate Restructuring and Corporate Dissolution of Companies in Financial Distress: Ensuring Creditor Protection. A Comparison of the US, UK and Dutch Models, International Insolvency Review, 2017, Vol. 26, nr. 2, s. 204-228

Schaumburg-Müller, Per: Pligtmæssig overtagelse af forpligtelser ved virksomhedsoverdragelse, U 1985B.320

7.3. Retspraksis

U 1972.77 H
U 1979.599 SH
U 1980.4 H
U 1986.65 V
U 1998.294 SH
U 1999.180 V
U 2002.1128 Ø
U 2005.2235 H
U 2005.2323 Ø
U 2008.2416 H
U 2011.963 H
U 2015.2219 H
U 2018.471 H

EF-Domstolens dom af 7. februar 1985, sag C-186/83 *Botzen*
EF-Domstolens dom af 18. marts 1986, sag C-24/85 *Spijkers*
EF-Domstolens dom af 25. juli 1991, sag C-362/89 *d'Urso*
EF-Domstolens dom af 7. december 1995, sag C-472/93 *Spano*
EF-Domstolens dom af 12. marts 1998, sag C-319/94 *Dethier Équipement*
EF-Domstolens dom af 25. januar 2001, sag C-172/99 *Liikene*
EF-Domstolens dom af 24. januar 2002, sag C-51/00 *Temco*
EU-Domstolens dom af 22. juni 2017, sag C-126/16 *Smallsteps*

Forslag til afgørelse af Generaladvokat P. Mengozzi fremsat den 29. marts 2017, sag C-126/16 *Smallsteps*

7.4. Love, direktiver, lovforslag, betænkninger mv.

Konkursloven

- Betænkning nr. 606/1971: Konkursbetænkning II, afgivet af det af Justitsministeriet den 29. januar 1958 nedsatte udvalg
- Lovbekendtgørelse nr. 11 af 6. januar 2014, Konkursloven
- Betænkning nr. 1555/2015: Ansattes retsstilling under insolvensbehandling, afgivet af Konkursrådet den 16. april 2015

Virksomhedsoverdragelsesloven

- Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller dele af virksomheder eller bedrifter

- Rådets direktiv 98/50/EF af 29. juni 1998 om ændring af direktiv 77/187/EØF om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter
- Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller dele af virksomheder eller bedrifter
- Lov nr. 111 af 21. marts 1979, Virksomhedsoverdragelsesloven
- Forslag til lov om ændring af lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, lovforslag nr. L 190 fremsat d. 21. marts 2001
- Bemærkninger til lovforslag nr. L 190, Folketingstidende 2000-01, tillæg A
- Lovbekendtgørelse nr. 710 af 20. august 2002, Virksomhedsoverdragelsesloven
- Lov nr. 385 af 26. april 2017 om ændring af lov om europæisk samarbejdsudvalg, lov om information og høring af lønmodtagere, lov om varsling m.v. i forbindelse med afskedigelser af større omfang og lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse

LG-loven

- Lov nr. 116 af 13. april 1972 om Lønmodtagernes Garantifond
- Rådets direktiv 80/987/EØF af 20. oktober 1980 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/74/EF af 23. september 2002 om ændring af Rådets direktiv 80/987/EØF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/94/EF af 22. oktober 2008 om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens
- Bekendtgørelse nr. 653 af 30. juni 2009 om krav på løn fra Lønmodtagernes Garantifond
- Lovbekendtgørelse nr. 686 af 20. juni 2011 om Lønmodtagernes Garantifond

Funktionærloven

- Lovbekendtgørelse nr. 1002 af 24. august 2017 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer

Direktivforslag om forebyggende rekonstruktion mv.

- COM(2016) 723 final af 22. november 2016: Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om rammerne for forebyggende rekonstruktion, muligheden for en ny chance og foranstaltninger med henblik på mere effektive procedurer for rekonstruktion, insolvensbehandling og gældssanering og om ændring af direktiv 2012/30/EU
- SWD(2016) 357 final af 22. november 2016: Commission Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the document *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU*
- Det Europæiske Regionsudvalgs udtalelse — Fremme af nystartede virksomheder og vækstvirksomheder i Europa — det regionale og lokale perspektiv af 12. juli 2017, 2017/C 342/07
- Grund- og nærhedsnotat vedrørende Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om rammer for forebyggende rekonstruktion, muligheden for en ny chance og

foranstaltninger med henblik på mere effektive procedurer for rekonstruktion, insolvensbehandling og gældssanering og ændring af direktiv 2012/30/EU, KOM (2016) 723 endelig, Revideret notat af 4. april 2017, Retsudvalget samling 2016-17, REU Alm.del Bilag 244

Hollandsk ret

- Wetvoorstel: Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voorzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I), Tweede Kamer, vergaderjaar 2014-2015, 34 218, nr. 2