

1. NUMMER
FORÅR 12
KØBENHAVN Ø
WWW.HRJURA.DK
MAGASINET

HRJURA

PERSONALEJURA - ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET

**SOCIALE MEDIER OG ARBEJDE
FRA H.G. CARLSEN TIL FACEBOOK**

**TENDENSER INDENFOR
KONKURRENCEBEGRÆNSENDE
KLAUSULER**

**EN STATUS PÅ (NOGET AF)
BESKYTTELSEN AF GRAVIDE**

**VOLDGIFTSKLAUSULER I LEDERKONTRAKTER
DIREKTØRKONTRAKTER OG LEDERAFTALER**

HRJURA FEJRER NY HJEMMESIDE OG 1 ÅR! TILLYKKE!



*"Ny hjemmeside
og nyt blad,
sådan fejrer
HR JURA 1 års
fødselsdag"*

Anton Kraev, Redaktør

HR JURA'S FØRSTE ÅR OG FØRSTE NUMMER

HR JURA blev stiftet i april 2011 og har nået rigtig meget siden på trods af, at det har været en "første gang" inden for flere områder.

Det er derfor med stor fornøjelse at kunne præsentere det første nummer af HR JURA Magasinet. Du vil kunne finde her de seneste nyheder fra den ansættelses- og arbejdsretlige verden, spændende artikler og meget mere.

I forbindelse med udgivelsen har HR JURA lanceret en ny hjemmeside, som allerede i dag kan besøges på hrjura.in. Jeg håber, at du vil tage godt imod både HR JURA Magasinet og den nye hjemmeside.

Rigtig god læselyst!
Anton Kraev

HR JURA Magasinet
1. nummer

ISSN 2245-3989

HR JURA Magasinet udgives af:

HR JURA
Rosendalsgade 15, 1. sal
2100 København Ø

Telefon: +45 311 811 38
E-mail: contact@hrjura.in
Web: www.hrjura.in





NORRBOM VINDING

Norrbom Vinding er Skandinaviens største og Danmarks førende advokatfirma inden for arbejds- og ansættelsesret.

Vi rådgiver en lang række af landets mest interessante offentlige og private virksomheder.

Vi er altid på udkig efter morgendagens stjerner

Har du et højt fagligt niveau og et stort engagement, er du meget velkommen til at kontakte Mariann Norrbom eller Inge Aas Lawaetz på 35 25 39 40.

Norrbom Vinding

Amerikakaj
Dampfærgevej 26
2100 København Ø

Tel +45 35 25 39 40
info@norrbomvinding.com
www.norrbomvinding.com



HRJURA
ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET
1. NUMMER
2012
WWW.HRJURA.IN



DETTE NUMMER

- 10/ **TENDENSER INDENFOR
KONKURRENCEBEGRÆNSENDE
KLAUSULER**

- 16/ **VOLDGIFTSKLAUSULER I
LEDERKONTRAKTER -
DIREKTØRKONTRAKTER OG
LEDERAFTALER**

- 35/ **OK12 - FORHANDLINGENS KUNST**

- 40/ **OK12 - INTET INDGREB OVERFOR
ØSTARBEJDERE I BYGGERIET**



26/ SOCIALE MEDIER OG ARBEJDE

Henrik Karl Nielsen, advokat (H)
NORSKER Advokater

*“almindelig omtanke vil
kunne løse og
forebygge problemer
langt hen ad vejen”*

- 42/ **FERIE I 2012 BLIVER IKKE DEN SAMME,
SOM DEN HAR VÆRET**

- 48/ **STATUS PÅ (NOGET AF) BESKYTTELSEN
AF GRAVIDE**

- 54/ **ADVARSEL OG ADVARSLENS
BETYDNING I ANSÆTTELSESFORHOLD**

FASTE RUBRIKER

- 60/ **ANSÆTTELSESRETTLIGE BØGER 2012**

- 62/ **KOMMENDE KURSER OG SEMINARER**

- 6/ **MINE KOLLEGER OG KUNDER
FORSTÅR MIG IKKE
- JURISTENS KLAGESANG**

Indholdet af HR JURA Magasinet kan ikke sidestilles eller erstattes med juridisk rådgivning, HR JURA tilstræber, at indholdet er korrekt og udtryk for gældende ret, men eventuelle fejl kan ikke medføre ansvar for HR JURA.

Enhver gengivelse eller kopiering af indhold fra HR JURA Magasinet er betinget af forudgående skriftlig tilladelse fra HR JURA og/ eller andre rettighedshavere.

Mine kolleger og kunder forstår mig ikke – juristens klagesang

tekst: Christoffer Hovaldt, kommunikationskonsulent, Euler Hermes

Du har brugt 5 eller 6 år på universitetet. Du har slidt og slæbt dig igennem lovsamlinger, sovet for lidt før eksamen, genopfundet det juridiske hjul i dit speciale, arbejdet for en slaveløn som studentermedhjælp, og så begynder det: Dit arbejdsliv. Du har specialiseret dig i arbejdsret og skal hjælpe kolleger og kunder med arbejdsretslige problemstillinger, men alvoren indfinder sig hurtigt. Fra tid til anden beklager dine kolleger sig over, at de ikke forstår, hvad du mener, i den mail du har sendt dem vedr. deres barselsordning, sygdomsfravær, bonusordning eller opsigelse. Det samme sker med kunderne. De himler op om, at dine breve er ulæselige, at de ikke forstår brevene, og at du ikke har sat dig ind i deres situation, når dit brev nu lyder som det gør. Forklaringen kommer nu, og jeg kan allerede nu sige, at det ikke er din skyld – sådan har det været i århundreder.



Christoffer Hovaldt har i flere år hjulpet finansielle virksomheder med at forbedre deres skriftlige og mundtlige kommunikation.

Da enevælden blev indført i Danmark i 1660, fandt magthaverne hurtigt ud af, at man manglede kvalificeret arbejdskraft. Man hentede derfor uddannede jurister ind fra Tyskland, og man hentede mange. Der opstod en velfungerende, centralt styret administrativ organisation. De ansatte forstod hinanden og opfattede sig selv som statens forlængede arm, og på den måde stiftede Danmark bekendtskab med den "moderne" embedsmand. Disse embedsmænd udarbejdede en skriftlig stil, som den dag i dag kendes som kancellistil – kancellierne var datidens offentlige organisationer. Kancellistilen var karakteristisk ved, at sagen og institutionens

myndighed var det, som skulle stå tydeligst ud fra al kommunikation. Embedsmanden som person var ikkeeksisterende i kommunikationen, sagen og myndigheden var det, der blev præsenteret for modtageren af deres breve. At mange af brevene blev skrevet af tyske jurister gjorde kun sproget mere upersonligt på dansk. Det udmøntede sig i flere sproglige forkvaklinger, som lever i mere eller mindre bedste velgående i dag.

“italesæt dig selv men især din kollega eller din kunde i dine mails og breve. Vær personlig i din skriftlige stil og gør det klart, hvem du er, og hvad du har besluttet, men også hvem modtageren af brevet er”

Hvad er så de konkrete problemer i den juridiske kommunikation i dag? De er mange, og her er nogle af dem:

- Som jurist kan du formentlig nikke genkendende til disse standardindledninger på sætninger: "I henhold til", "ifølge", "Idet det påpeges", "Under henvisning til", "I forbindelse med", "det fastslås" – eksemplerne er talrige. Problemet med disse indledninger er, at de er upersonlige og irrelevante for læseren. Hvad blev der af "Vi har undersøgt din sag", "vi har læst dit materiale", "vi meddeler dig" ?
- Modtageren af din mail eller dit brev vil sætte pris på at blive tiltalt som et individ. Det modsatte kommer desværre til udtryk i udtalelser som: "Det bemærkes, at der kan påklages til den tidligere nævnte styrelse". Hvem bemærker hvad? En given styrelse vil gerne gøre en borger opmærksom på, at man kan klage hos dem – hvorfor ikke skrive: "Du kan klage til styrelsen på denne adresse" ? Italesæt dig selv men især din kollega eller din kunde i dine mails og breve. Vær personlig i din skriftlige stil og gør det klart, hvem du er, og hvad du har besluttet, men også hvem modtageren af brevet er.
- Nettobevillingsprincippet, bruttoregnskabsrapporterne, lønanciennitetsfastsættelsen – ja, det er rart, at ét ord præcist kan formulere, hvad du mener, men det kan gøres lettere for alle at forstå. Afkod dine ord bagfra, så vil du opdage, at du kan kommunikere uden at modtage kritik for det, f.eks. ved at skrive: "Princippet om nettobevilling", "rapporterne vedr. bruttoregnskabet", "fastsættelsen af din lønanciennitet".

- Ordet præpositionsforbindelse husker du måske bedst fra grammatik i folkeskolen og gymnasiet, men det udelukker ikke, at du er blevet en hyppig bruger af udtryk som: "Forslag fra dig til arbejdsgiveren om fremsættelse af forslag til forbedring af de ansattes lønvilkår samt mulighed for løntilskud ud over det fastsatte beløb...". Sætninger som denne kræver et stort abstraktionsniveau, fordi den som læser brevet, skal sætte de involverede parter i forhold til hinanden. Når der pludselig er mange præpositionsforbindelser, bliver det uklart, hvem der i første omgang vil hvad. Skriv kronologisk, det vil dine breve blive mere forståelige af: Det vigtigste først – hvem har taget den "vigtige" beslutning vedrørende hvad og i hvilken rækkefølge?

“forklar hvad du mener, det gør teksten lettere at forstå for alle parter”

- Du har lært mange fagudtryk på universitetet, men det har dine kolleger og kunder ikke nødvendigvis. Hvor i alverden skulle de kende de juridiske termer fra? Forklar hvad du mener, det gør teksten lettere at forstå for alle parter.
- Skriv korte og præcise sætninger. Det lyder let, men når man fra tid til anden skal henvise til en given lov, bliver det besværligt f.eks. med sætninger som: "Vi har undersøgt dine ansættelsesforhold, men da loven vedr. lønmodtagere, der ikke i medfør af kollektiv overenskomst er sikret de rettigheder, der som minimum svarer til bestemmelserne i direktiv 97/81/EF af 15. december 1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, må vi desværre informere dig om...". Benyt citater om lovgivninger med påpasselighed, for dine sætninger kan blive tunge og ulæselige af at bruge dem. I stedet for at henvise til love i indskudte sætninger, som ovenfor, kan du skrive to sætninger: "Vi har undersøgt dine ansættelsesforhold og må desværre informere dig om... Beslutningen har vi truffet på baggrund af loven vedr. lønmodtagere, der ikke i medfør af kollektiv overenskomst...".

Som tidligere nævnt er det ikke din skyld, hvis kolleger eller kunder klager over uforståelige breve. Det juridiske sprog er blevet påvirket, dels af tysk og dels af at en tanke om altid at stille personerne i baggrunden til fordel for sagens kerne. Det sidste lyder som en nobel tanke, men har desværre medført, at mange i dag ser på juridisk kommunikation med en vis skepsis, og det er en skam. Der er dog håb forude, og hvis listen i denne artikel har inspireret dig til fremover at skrive lidt mere personligt og til at lægge 5 års videnskabelige fagudtryk til dels på hylden, vil dine kolleger og kunder fremover drage større fordel af dit arbejde.



RELINE - Retslingvistisk Netværk
Det Juridiske Fakultet

Retslingvistisk Netværk (RELINE) er et internationalt forskningsnetværk der har til formål at fremme tværvideenskabelige studier af interaktionen imellem ret og sprog.

Netværket inkluderer forskere fra alle dele af verden og repræsenterer mange forskellige discipliner og interesser: jurister, lingvister, retorikere, kommunikationsforskere, filosoffer, politologer og antropologer.

Netværket RELINE forbinder forskere og praktikere med interesse for ret og sprog. Det er gratis at blive medlem, og du bestemmer selv, hvor meget du vil engagere dig. Som medlem af RELINE vil du have mulighed for at indgå i en faglig dialog med netværkets øvrige medlemmer. Derudover vil du automatisk blive orienteret om seminarer og konferencer, som RELINE arrangerer.

Som medlem vil du fremgå af medlemslisten på netværkets hjemmeside, hvilket vil give de øvrige medlemmer mulighed for at kontakte dig om emner, som kunne være relevante i forhold til dine faglige interesser.

I august 2012 afholder RELINE et seminar med titel "Talking like a Lawyer - Talking with a Lawyer: Communication and Rhetoric in the Judicial Process". Seminaret vil finde sted den 16. og 17. august 2012 på hotel Nyborg Strand.

Find mere information på Københavns Universitets hjemmeside eller netværkets online-gruppe på LinkedIn.



Morten Langer, partner

Norrbom Vinding

Morten Langer er partner i Norrbom Vinding. Som praktiserende advokat har Morten Langer i gennem mere end 20 år været beskæftiget med HR-juridiske problemstillinger. Morten Langer er ekstern lektor ved Københavns Universitet og holder ofte foredrag mv. om konkurrence- og kundeklausuler og beslægtede emner og er forfatter til bøgerne "Rekrutteringsbegrænsninger – herunder jobklausuler" (2009), "Kunde- og konkurrenceklausuler" (2010) og "Incentives og bonusordninger" (2012).



Morten Phister Ritter, advokat

Norrbom Vinding

Morten Phister Ritter er advokat i Norrbom Vinding. Morten Phister Ritter har medvirket til bøgerne "Rekrutteringsbegrænsninger – herunder jobklausuler" (2009) og "Kunde- og konkurrenceklausuler" (2010).

Norrbom Vinding

Norrbom Vinding er Skandinaviens største advokatfirma og Danmarks førende inden for arbejds- og ansættelsesretten. Norrbom Vinding rådgiver en lang række af Danmarks mest interessante offentlige og private virksomheder i alle dele af specialet.

Tendenser inden for konkurrencebegrænsende klausuler

tekst: Morten Langer, partner og Morten Phister Ritter, advokat, Norrbom Vinding

Denne artikel fokuserer på to udvalgte områder inden for konkurrencebegrænsende klausuler – nemlig fortolkning af klausulers dækningsområde i tvivlstilfælde og kompensationsfejl i forhold til de i funktionærloven indeholdte krav om compensation. Der er tale om områder, som til stadighed optager mere plads i sager om konkurrencebegrænsende klausuler.

1. Fortolkning af dækningsområde i tvivlstilfælde

En lang række klausulsager omhandler væsentligst spørgsmålet om, hvorvidt de faktiske forhold kan henføres under klausulens dækningsområde – det faglige såvel som det geografiske. En række tvister om klausulens dækningsområde kunne uden tvivl have været undgået med en mere grundig og gennemtænkt formulering af klausulen i stedet for f.eks. at anvende en mere eller mindre utilpasset standard.

Løsningen er dog ikke altid at anvende det bredest tænkelige dækningsområde. For det første kan det vise sig at være svært at få en medarbejder til at acceptere en meget vidtgående klausul. For det andet indebærer domstolenes adgang til at tilsidesætte klausuler, at også arbejdsgiveren har en interesse i, at klausulerne ikke formuleres unødigt vidtgående. For det tredje vil for vidtgående klausuler reelt kunne afskære arbejdsgiverens modregningsadgang i henhold til funktionærlovens §§ 18 og 18 a. Arbejdsgiveren bør derfor altid nøje overveje det konkrete beskyttelsesbehov, samt hvorledes dette behov formuleres på den bedst mulige måde.

Retspraksis viser, at en arbejdsgiver skal være omhyggelig med at afklare forpligtelsens omfang. Ofte vil en eventuel fortolkningsusikkerhed således falde ud til arbejdsgiverens ugunst - både ud fra koncipistreglen, fordi arbejdsgiveren præsumptivt betragtes som den stærkeste part, og fordi klausulen normalt alene er aftalt i arbejdsgiverens interesse.

Det er naturligvis ikke alle tænkelige situationer, der kan tages højde for ved formuleringen af dækningsområdet, og i sådanne situationer vil det være op til domstolene at vurdere, om det pågældende forhold falder inden eller uden for klausulens dækningsområde, men jo mere gennemtænkt formuleringen i klausulen er, og jo mere den er konkret tilpasset virksomheden og situationen, jo større er også chancen for, at der ikke opstår væsentlig fortolkningsusikkerhed om, hvilke aktiviteter der er omfattet. Det vil oftest være i alle parter interesse.

Der er klart, at det skitserede udgangspunkt vedrørende fortolkningsusikkerhed kan fraviges, hvis der foreligger (forsøg på) omgåelse af en klausul. Der er således efterhånden mange

eksempler på domme, hvor domstolene ud fra omgøelsesbetragtninger har statueret, at der er tale om en klausulkrænkende adfærd, selvom adfærden næppe kunne siges at være direkte omfattet af klausulens stringente ordlyd.

Foruden sådanne egentlige omgøelsestilfælde er et særligt tema, der ofte påkalder sig interesse, spørgsmålet om, hvad det egentlig er, medarbejderen må og ikke må i klausulperioden. Fastlæggelsen heraf afhænger naturligvis i høj grad af, hvorledes klausulen er formuleret. Som nævnt tillægges koncipistreglen væsentlig betydning i sådanne situationer, men – måske i erkendelse af, at en konkurrenceklausul til en vis grad må have en generisk karakter – er der efterhånden en række eksempler fra praksis, hvor man i højere grad synes at være tilbøjelig til at lade formålsbetragtninger være afgørende for vurderingen af, om en given aktivitet er omfattet af klausulen.

Som eksempel kan nævnes en for nylig afsagt voldgiftskendelse på revisorområdet vedrørende en kundeklausul (revisorklausul). Sagen handlede om en indehaver, der i en periode efter sin fratreden var omfattet af en kundeklausul. De af kundeklausulen omfattede kunder fremgik af en kundeliste, og i relation til disse kunder måtte indehaveren ikke *"under nogen form... direkte eller indirekte"* påtage sig *"revisionsarbejde eller rådgivning"*. I klausulperioden udarbejdede indehaveren en overtagelses- og åbningsbalance for et selskab, der ikke var omfattet af kundeklausulen, til brug for overdragelsen af en virksomhed, som var ejet af et af kundelisten omfattet selskab. Indehaverens udarbejdelse af det pågældende dokument byggede på den udtalte forudsætning, at den overdragne virksomhed ikke blot skulle overdrages i form af et salg, men at overdragelsen skulle ske ved apportindskud, hvormed den af kundelisten omfattede virksomhed som betaling herfor skulle vederlægges med en del af anpartskapitalen i den erhvervende virksomhed. På denne baggrund fandt et flertal af voldgiftsretten, at indehaveren ved udarbejdelsen af dokumentet *"indirekte"* havde udført arbejde for den af kundelisten omfattede virksomhed. Kundeklausulen var derfor krænkert, og indehaveren skulle betale den aftalte konventionalbod.

Når det tages i betragtning, at det ikke er alle tænkelige situationer, der kan tages højde for ved formuleringen af en konkurrencebegrænsende klausuls dækningsområde, er det naturligt, at domstolene ved fortolkningen heraf inddrager formålsfortolkningsprincippet. Det er klart, at der er grænser for, hvor langt domstolene er parate til at "strække" ordlyden af en klausul under henvisning til klausulens formål, men der findes en række afgørelser, hvor domstolene ikke ligefrem har været tilbageholdene.

2. Kompensationsfejl

Funktionærlovens kompensationskrav i lovens §§ 18, stk. 1 og 18 a, stk. 2 for henholdsvis konkurrence- og kundeklausuler inddrages i stigende grad som en ugyldighedsindsigelse i sager om klausulkrænkende aktiviteter.

Inden for funktionærområdet gælder det for klausuler, der er aftalt den 15. juni 1999 eller senere, at sådanne klausuler kun gyldigt kan indgås med en funktionær, hvis funktionæren modtager en kompensation for klausulperioden, og hvis forpligtelsen og kravet på kompensation fremgår af en skriftlig kontrakt. Kompensationen i klausulperioden skal pr. måned udgøre mindst 50 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet. Den omtalte løn omfatter værdien af alle løndelev og frynsegoder.

Der er som nævnt tale om gyldighedsbetingelser – både skriftlighedskravet og kompensationen (det vil sige beregningen og udbetalingen) skal være anført.

Når man yder rådgivning inden for HR juraen støder man alligevel relativt ofte på konkurrence- og kundeklausuler, der ikke opfylder skriftlighedskravet fuldt ud, f.eks. derved at klausulen ekskluderer bonus, provision, pension eller andre løndelev fra beregningen. Ikke sjældent ses det således, at en konkurrence- eller kundeklausul foreskriver, at medarbejderen er berettiget til en kompensation, der udgør 50 % af "lønnen" på fratrædelsestidspunktet, men at bestemmelsen i den forbindelse henviser til den faste løn under punkt X i ansættelseskontrakten, mens medarbejderens ret til bonus, pension, provision eller andet fremgår af punkt Y i ansættelseskontrakten. I sådanne mere åbenlyse tilfælde er det nærliggende at statuere ugyldighed, men i mindre åbenlyse tilfælde forekommer det mest rigtigt at lade spørgsmålet om retsvirkningerne af fejl i relation til skriftlighedskravet bero på en konkret vurdering, herunder hvad parternes hensigt med den konkrete formulering har været.

Som et eksempel fra retspraksis kan nævnes Østre Landsrets dom af 15. januar 2010 i sagen B-2054-09. Her var situationen den, at en medarbejder havde påtaget sig en konkurrenceklausul, og efter et jobskifte krævede medarbejderen kompensation for konkurrenceklausulen. Kompensationen skulle ifølge klausulen udgøre 50 % af den provisionslønnede medarbejders minimumsløn. Østre Landsret bemærkede, at kompensationsbestemmelsen i konkurrenceklausulen ikke tog højde for, at medarbejderen ud over sin minimumsløn også oppebar en ikke ubetydelig provision. Da den aftalte kompensation herefter ikke opfyldte lovens krav, var klausulen ugyldig med den konsekvens, at medarbejderen ikke var berettiget til kompensation.

Fejl i relation til selve kompensationskravet kan både relatere sig til selve beregningen af kompensationen og til for sen udbetaling af kompensation. Det må for så vidt angår begge typer fejl overvejes, hvad retsvirkningerne kan være.

Såfremt den for lille kompensationsbetaling skyldes det forhold, at der har været berettiget tvivl om, hvorvidt en bestemt type krav skulle medinddrages i beregningsgrundlaget, og/eller med hvilket beløb et krav skulle medinddrages i beregningsgrundlaget, bør konsekvensen af den utilstrækkelige betaling alene være, at funktionæren har krav på efterbetaling. Det gælder i hvert fald, hvis kompensationsdifferencen er relativt beskedent, og arbejdsgiveren ikke unødigt har

forsinket eller kompliceret sagen. Med andre ord skal arbejdsgiveren redressere fejlen uden ugrundet ophold. Omvendt vil det i situationer, hvor det allerede ved klausulperiodens påbegyndelse er mere åbenbart, at den af arbejdsgiveren tilbudte kompensation ikke opfylder lovens krav, være muligt at gøre gældende, at klausulen er ugyldig. I så fald må arbejdsgiveren være afskåret fra at redressere ved at foretage efterbetaling.

Der kan stilles det spørgsmål, om forsinket betaling af engangskompensationen bevirker, at konkurrenceklausulen bortfalder, eller om denne retsvirkning forudsætter, at funktionæren forinden har afgivet påkrav om betaling, og at betaling herefter ikke sker inden for rimelig tid efter det afgivne påkrav.

UfR 2008.611 V er interessant i relation til dette spørgsmål. Fra medarbejderens side blev det blandt andet gjort gældende, at konkurrenceklausulen måtte anses for at være bragt til ophør, idet arbejdsgiveren havde betalt engangskompensationen for sent. Medarbejderen fratrådte sin stilling den 31. juli 2005 og rettede ved brev 4. august 2005 henvendelse til sin tidligere arbejdsgiver for at gøre denne opmærksom på, at medarbejderen ikke havde modtaget betaling af engangskompensationen. I brevet anførte medarbejderen, at han gik ud fra, at dette skyldtes, at arbejdsgiveren ikke agtede at gøre klausulen gældende. Et par dage efter modtagelsen af medarbejderens brev betalte arbejdsgiveren engangskompensationen, samtidig med at det blev meddelt medarbejderen, at arbejdsgiveren i overensstemmelse med tidligere meddelelser ønskede at gøre konkurrenceklausulen gældende. Vestre Landsret udtalte følgende: *"I ansættelsesaftalen er det i overensstemmelse med funktionærlovens § 18, stk. 1, 5. pkt., aftalt, at kompensationen for de første 3 måneder skulle udbetales med et engangsbeløb ved fratræden. Engangsbeløbet blev ikke betalt på fratrædelsesdagen, men 2 hverdage efter at brevet fra [medarbejderen], hvori han gjorde opmærksom på den manglende betaling, den 5. august 2005 kom frem. **Under disse omstændigheder** kan konkurrenceklausulen ikke anses for at være bragt til ophør ved for sen betaling.*(min fremhævelse)".

Det kan formentlig udledes af dommens præmisser, at *korte* fristoverskridelser i relation til betaling af engangskompensationen, som skyldes en forglemmelse eller vildfarelse fra arbejdsgiverens side, ikke automatisk bevirker, at konkurrenceklausulen bortfalder, men det kan derimod ikke udledes af præmisserne, hvor lang en fristoverskridelse der skal være tale om, før klausulen bortfalder. Endvidere kan det udledes af præmisserne, at såfremt en medarbejder (inden for kort tid) gør arbejdsgiveren opmærksom på fristoverskridelsen, vil arbejdsgiveren inden for en vis (kort) periode have mulighed for at betale engangskompensationen, uden at klausulen bortfalder, men det kan ikke udledes af præmisserne, om funktionæren – når funktionæren bliver bekendt med den manglende betaling – har en egentlig pligt til at reklamere over for arbejdsgiveren og fastsætte en nærmere kort frist for betalingen. Det sidste er meget muligt ikke tilfældet.



FÅR MAN ET
KLART SVAR?
JA!

DET ER IKKE NOGEN SELVFØLGE, faktisk er det lidt af en mangelvare i flere og flere brancher. DET KLARE SVAR.

Vi vil alle sammen gerne have det, uanset om vi konsulterer en arkitekt, en læge, en håndværker, en mekaniker. Og ikke mindst en advokat. Det klare svar forpligter. Derfor lister forbehold sig ind som indskudte sætninger og små fodnoter, når vi mennesker handler med hinanden.

Hos Advokatfirmaet Lund Elmer Sandager lader vi være med at tale udenom. Vi fremlægger alternativer og det klare svar, den krystalklare anbefaling, den præcise rådgivning, det er, hvad vi altid stræber efter.

Hvis det ikke lykkes, så sig endelig til. I klar tale.

LUND ELMER
SANDAGER

ADVOKATFIRMA





Finn Schwarz, advokat (H) og partner

HORTEN

Finn Schwarz er specialiseret i ansættelsesret, generel erhvervsret samt forsikrings- og erstatningsret og har mange års erfaring som rådgiver for danske og internationale virksomheder inden for en lang række brancher og sektorer. Finn Schwarz er en erfaren procesadvokat og har ført et betydeligt antal retssager ved landsretterne og Højesteret.

Finn Schwarz har udgivet en lang række bøger og underviser i ansættelsesret, erstatningsret og andre emner i forbindelse med kurser blandt andet afholdt af DJØF og en række andre kursusudbydere.

Siden 1987 beskæftiget sig med udformning og forhandling af direktørkontrakter, spørgsmål vedrørende forståelsen af indgåede direktørkontrakter mens kontrakterne fortsat er gældende og rådgivet i forbindelse med udformning af fratrædelses-aftaler. I forlængelse heraf advokat for arbejdstager-organisationer.

Derudover har Finn Schwarz selv ført en række voldgiftssager, samt været voldgiftsdommer og mediator herunder formand samt enevoldgiftsdommer i en række ad hoc og institutionelle voldgifter.

Cand. jur. fra Københavns Universitet, januar 1981

Dommerfuldmægtig ved Retten i Brøndbyerne 1981 - 1984

Advokatbeskikkelse 1984

Dommerfuldmægtig ved Højesteret 1984 - 1987

Fungerende advokat fra 1987 (HORTEN & CO.)

Møderet for Landsret 1989

Partner i HORTEN & PARTNERE, advokat-aktieselskab, 1990, nu HORTEN A/S

Møderet for Højesteret 1994

Gennemført Voldgiftsdommeruddannelsen anerkendt af Det Danske Advokatsamfund, 2006

Voldgiftsklausuler i lederkontrakter - direktørkontrakter og lederaftaler

tekst: Finn Schwarz, partner, HORTEN

En voldgiftsklausul er typisk en af de sidste bestemmelser i den administrerende direktørs kontrakt og i visse tilfælde også i lederaftaler omfattet af funktionærloven.

Voldgiftsklausulen er ofte en af de bestemmelser, som sjældent giver anledning til forhandling parterne imellem, men i denne artikel skal der fokuseres på nogle af de problemstillinger, som ofte kommer som en overraskelse for parterne, når der opstår tvist i en direktør- eller lederkontrakt. Herudover skal der peges på forhold, som "opleves" i voldgiftssager både på advokatsiden og set fra voldgiftsdommerens sæde.

Hvorfor en voldgiftsklausul, og hvem kan aftale voldgift?

Traditionelt er baggrunden for at aftale voldgift som tvistløsning i en direktørkontrakt eller en lederaftale ønsket om en *hurtig sagsbehandling*, ofte med *særligt fagligt kvalificerede voldgiftsdommere* udenfor den *offentlighed* i retsplejen, som en almindelig retssag medfører.

Hertil kommer, at en voldgift – i modsætning til en dom afsagt af en ret – er *upåankelig* og dermed endelig afgør parternes mellemværende.

Disse "fordele" har måske ikke samme betydning for henholdsvis direktøren/lederen og virksomheden, og det er heller ikke sikkert, at "fordelene" opvejer de ulemper, en "klassisk" voldgiftsklausul typisk også kan have.

For formulering af den "klassiske" voldgiftsklausul kan der henvises til f.eks. Voldgiftsinstituttets hjemmeside¹, hvor der er forslag til klausul-formuleringer², men som det fremgår nedenfor, er der tale om standardklausuler, som ikke fuldt ud tager de problemstillinger i betragtning, som anføres i denne artikel³.

I relation til spørgsmålet om, hvem der kan aftale voldgift som tvistløsning, er det naturligt at fokusere på den gruppe ledere, der er omfattet af funktionærloven, idet direktører, som ikke er omfattet af funktionærloven, som absolut hovedregel kan aftale voldgift.

Som anført hos Lars Svenning Andersen (m.fl.), Funktionærret⁴, er domstolene tilbageholdende med at tilsidesætte voldgiftsklausuler i ansættelseskontrakter omfattet af funktionærloven, dette

er senest kommet til udtryk ved UfR 2007.1682Ø. I sagen fandt Østre Landsret ikke, at en voldgiftsklausul i en lederaftale i en bank skulle tilsidesættes efter funktionærlovens § 21 om lovens ufravigelighed⁵.

Med udgangspunkt i UfR 2007.1682Ø kan det således konkluderes, at efter den foreliggende retspraksis, er voldgiftsklausuler i lederaftaler omfattet af funktionærloven gyldige, såfremt der har været *saglig grund* til at indsætte den pågældende klausul i aftalen.

Institutionel eller ad hoc voldgift

Ved overvejelserne om mulig voldgift er det indledningsvis af betydning, om parterne ønsker at benytte institutionel voldgift, dvs. en voldgift nedsat af et særligt voldgiftsinstitut (i Danmark Voldgiftsinstituttet), således at dette instituts regler om sagsforberedelsen, sikring af habilitet, medvirken ved udfærdigelsen af voldgiftens afgørelse samt typisk allerede fastsatte omkostningsniveauer skal følges, *eller* om der skal anvendes ad hoc voldgift, hvor hver af parterne f.eks. udpeger en voldgiftsdommer, der enten sammen eller under medvirken af en domstol udpeger voldgiftsrettens formand.

Det er utvivlsomt at anvendes institutionel voldgift, er rammerne for processen frem til og med gennemførelsen af voldgiftssagen samt omkostningsfastsættelsen mere regelbunden end ved ad hoc voldgift⁶, og dermed tillige mere overskuelig for parterne.

Voldgiftsrettens hastighed

I modsætning til processen ved en retssag har parterne i langt større omfang indflydelse på processen til og med hovedforhandlingen i voldgiftsretten.

Som anført indledningsvis er hastighedsargumentet et af hovedargumenter, når der i forbindelse med en direktørkontrakt eller en lederaftale aftales en voldgiftsklausul som tvistløsning.

For institutionel voldgift gælder Regler for voldgift 2008, der foreskriver, at der senest 30 dage efter begæringen af voldgift skal fremkomme et klageskrift, hvorefter indklagede har 30 dage til fremkomst af svarskrift. Herefter nedsættes voldgiftsretten ved udpegning af medlemmer, og voldgiftsretten overtager sagen med henblik på enten at indkalde parterne til et (telefon)møde med henblik på at skabe overblik over sagen⁷ eller udarbejder en tidsplan for sagens gang frem til og med hovedforhandlingen⁸.

For ad hoc voldgift gælder vel efterhånden samme praksis.

De processuelle regler lægger således op til en relativ hurtig proces, men erfaringsmæssigt tager mange voldgiftsprocesser indenfor ansættelsesretten op til 6-12 måneder fra klagen til voldgiftsrettens afgørelse foreligger.

Hvis hastighedsargumentet skal tages for pålydende, synes det uforståeligt, at voldgiftsklausuler ikke generelt indeholder bestemmelse om (kortere) tidsfrister, herunder differentieret tidsfrister ved f.eks. brug af fast track-voldgift ved løsning af visse konflikttyper i forbindelse med direktørkontrakten eller lederaftalen.⁹

Der er ofte betydelig forskel på nødvendigheden af, at en voldgiftsbehandling skal være tilendebragt hurtigt, såfremt der er tale om f.eks. stillingtagen til, hvorvidt et nyt job vil være eller er en overtrædelse af en konkurrencebegrænsningsaftale (konkurrence-, kunde-, eller jobklausul), set i forhold til den situation, at der skal tages stilling til, hvorvidt der er økonomisk uenighed i forbindelse med en direktørkontrakts eller lederaftales ophør.

Det skal derfor anbefales for det første at vurdere, om der allerede på klausulindgåelsestidspunktet skal aftales kortere frister end de anførte med hensyn til *processkriftsveksling* og ikke mindst *gennemførelsen af forhandling for voldgiftsretten med efterfølgende fremkomst af voldgiftsrettens afgørelse*, og for det andet om der skal indføres særlige frister (fast track-voldgift) vedrørende specialproblemstillinger, f.eks. overtrædelse af konkurrencebegrænsninger, hvorvidt der foreligger berettiget bortvisning eller ophævelse af ansættelsesforholdet fra direktøren eller lederens side eller lignende.

Indvendingen mod aftale af sådanne tidsfrister vil ofte være, at det ikke kan lade sig gøre at gennemføre processkriftsveksling, forhandlingen og fremkomst af voldgiftsrettens kendelse i forceret tempo inden for meget korte tidsfrister.

Hertil kan anføres, at det erfaringsmæssigt sjældent beror på voldgiftsrettens forhold, at en forhandling ikke kan gennemføres indenfor kort tid, men derimod de implicerede advokater. Da parternes interesser må være hævet over denne problemstilling, synes modargumentet ikke at være validt.

Det kan derfor anbefales, at der i voldgiftsklausulen bliver taget stilling til generelle (korte) tidsfrister i sagen, samt at der måske for visse særlige problemstillinger bliver indført bestemmelser om fast track-voldgift. Hermed bliver der sammenhæng mellem det generelle argument for at gennemføre voldgifter vedrørende direktørkontrakter og lederaftaler og virkeligheden i relation til gennemførelse af voldgifter inden for dette område.

Anvendelse af faglige dommere

I relation til voldgifter i forbindelse med tvister vedrørende direktørkontrakter eller lederaftaler er det erfaringsmæssigt sjældent, at parterne eller – ved institutionel voldgift – instituttet anvender særligt faglige dommere, ud over dommere med en ansættelses- eller selskabsretlig baggrund.

Dette argument for anvendelse af voldgift kan således ikke være et bærende argument i relation til voldgifter inden for dette område.

Offentlighed kontra ikke-offentlighed

Som anført ovenfor, er det ofte anført som argument for en voldgiftsklausul, at voldgiftsprocessen herunder voldgiftsforhandlingen ikke er undergivet offentlighed til forskel for en almindelig retssag.

Det er en udbredt opfattelse, at en voldgiftsklausul, der ikke indeholder specifikke bestemmelser om fortrolighed, indebærer, at parterne ikke må fremkomme med oplysninger om, *at* der verserer en voldgift, *at* voldgiftskendelsen ikke kan offentliggøres, og *at* parterne heller ikke efterfølgende må omtale voldgiftssagen¹⁰.

Som anført hos Jakob Juul og Peter Fauerholdt Thommesen, *Voldgiftsret*¹¹, er denne opfattelse formentlig urigtig.

Visse voldgiftsklausuler har dog særlige bestemmelser herom, som må antages at være gyldige.

Uanset denne "misforståelse", vil en voldgiftsproces typisk være væsentligt mere "diskret" end en almindelig retshandling, hvor det altovervejende udgangspunkt er offentlighed. Offentligheden indebærer en mulighed for andre til at høre de parts- og vidneforklaringer, der afgives under en sag, ligesom domstolsafgørelsen er offentlig, således at omverdenen kan få kendskab til, *at* der har været en sag, *hvem* der har været parter i sagen, *hvilke* vidneforklaringer der er afgivet, samt (til en vis grad) *hvordan* sagen blev afgjort.

Ved vurderingen af, om den "diskrete" voldgift er mere hensigtsmæssig end den offentlige retssag, er det et perspektiv, som yderligere skal tages i betragtning, og som hænger sammen med offentlighedsproblematikken¹².

Det ofte væsentligste bevis i en voldgiftssag er de forklaringer, der afgives af sagens parter og vidner. I det almindelige retssystem bliver disse forklaringer afgivet under straffeansvar, hvorimod der ikke afgives forklaring under straffeansvar i voldgiftsret¹³.

Hertil skal erindres, at der ikke er vidnepligt ved voldgiftsretten i modsætning til, hvad der er tilfældet ved den almindelige retspleje – naturligvis med respekt af vidneudelukkelse og -fritagelsesreglerne.

Dette indebærer, at en part kan være i den situation, at der hverken er et "påtrykningsmiddel" i relation til at få relevante vidner til at møde og afgive en sandfærdig forklaring. Når dette sammenholdes med, at der ikke er offentlig adgang til voldgiftsforhandlingen (samt manglende mulighed for appel, jf. nedenfor), er der en betydelig risiko for, at væsentlige forklaringer, som afgives over for en voldgiftsret, ikke behøver at være de samme forklaringer, som ville være blevet afgivet under et offentligt retsmøde efter en sandhedsformaning, hvor det påpeges, at der er straffeansvar for afgivelse af falsk forklaring for retten, og hvor andre, der har viden om sagen, rent faktisk kan overvære vidneafgivelsen.

Hvorvidt dette generelt er af særlig betydning for enten virksomheden eller direktøren/lederen er vanskeligt at afgøre. Det er formentligt korrekt at anføre, at navnlig ansættelsesretlige tvister mellem en virksomhed og dennes ophørte direktør/leder indebærer, at det er relevant at fokusere på menneskelige relationer og handlemønstre, som ofte forklares subjektivt af de involverede, og hvor det fra en voldgiftsrets side kan være vanskeligt at nå frem til, hvad der faktisk er passeret. Det kan på denne baggrund (formentligt) anføres, at den manglende mulighed for sandhedsformaning og vidnepligt kan være problematisk i voldgiftssager inden for dette område.

Omkostningerne ved voldgiftsretten

Parternes omkostninger ved voldgiftsretten starter typisk ved, at hver part skal indestå eller deponere et beløb, der svarer til voldgiftsrettens forventede omkostninger ved gennemførelsen af voldgiften (og eventuelt gebyr til Voldgiftsinstituttet).

Det ses ikke sjældent, at den ene part vælger ikke at ville betale sin del af deponeringen af voldgiftsrettens omkostninger, hvilket indebærer, at voldgiftsretten ikke kan opstartes, medmindre den anden part (typisk klageren) vælger at indbetale den anden parts del.

Det er utvivlsomt, at styrkeforholdet mellem en ophørt direktør eller leder og den tidligere virksomhed oftest er forskelligt, hvilket i sig selv kan være et påtrykningsmiddel over for den typisk svagere ophørte direktør eller leder.

Konsekvensen af, at f.eks. en indklagede virksomhed ikke ønsker at indbetale sin del af deponeringen af voldgiftsrettens omkostninger, er, at den ophørte direktør eller leder skal deponere det samlede beløb eller kan undlade dette og i givet fald anvende det almindelige retssystem.¹⁴

Hvis parterne har aftalt en detaljeret voldgiftsbestemmelse med fast track-voldgift og differentieret tidsfrister samt andre særlige konkrete aftaler mellem parterne, bør der tillige indgås aftale om konsekvensen af manglende deponering fra en af parternes side, således at der ikke spilles et (urimeligt) kort i hånden på den part, som ikke ønsker at medvirke til voldgiftsprocessen.

Udover deponeringsproblematikken er der naturligvis spørgsmålet om fastsættelse af omkostningerne ved gennemførelse af voldgiftsprocessen.

Uanset at det har været anbefalet igennem mange år¹⁵, at der blev indsat en omkostningsbestemmelse i voldgiftsklausulen om, at den svage part (den ophørte direktør eller leder) ikke skal kunne blive tilpligtet at betale omkostninger til voldgiftsretten, men derimod alene omkostninger til en vindende modpart i overensstemmelse med principperne gældende for almindelige retssager¹⁶, ses sådanne tilføjelser i voldgiftsklausulerne sjældent.

Dette indebærer, at den ophørte direktør eller leder, der finder, at vedkommende har et betydeligt krav mod den tidligere virksomhed, skal foretage et økonomisk risikoregnestykke omfattende sagsomkostninger til modparten, omkostninger til egen advokat samt (i værste tilfælde) fulde omkostninger til voldgiftsretten.

Drejer sagen sig om betydelige beløb, kan der således være tale om en så stor økonomisk risiko, at det reelt set medfører, at den ophørte direktør eller leder ikke har en reel procesmulighed ved aftale om en voldgiftsklausul.

Opfordringen skal derfor fastholdes – overvej, om der skal aftales særlige begrænsninger for den ophørte direktør eller leders betaling af omkostninger til selve voldgiftsretten.

Andre udbredte misforståelser

Der synes fortsat at være en udbredt misforståelse om, at voldgiftsmænd udpeget af parterne skal have en *særlig lydhørhed* over for den udpegende parts argumentation.

Dette tankegang er med voldgiftsloven af 2005 fuldstændig forladt¹⁷ og er ikke gældende i voldgifter uden for den del af ansættelsesretten, hvor organisationer mv. har udpeget partsrepræsentanter.

Dette indebærer samtidigt, at man må stille de samme habilitetsbetingelser for voldgiftsdommere, som gælder for dommere i almindelige retssager.

Voldgiftsinstituttet har i forbindelse med udnævnelse af voldgiftsdommere et særligt skema, hvor voldgiftsdommerne skal tilkendegive, hvorvidt der er forhold, som skal tages særligt i betragtning i forhold til inhabilitet, og i relation til voldgifter er det særligt af betydning, at Voldgiftsinstituttet sikrer sig, at der ikke mellem den forslåede voldgiftsdommer og de involverede parter og deres advokater, herunder deres advokatfirmaer er særlige relationer, der gør, at der med rette skal stilles spørgsmålstegn ved den udpegede voldgiftsdommers habilitet.

Habilitetsproblematikken både i relation til sagens parter og vidner men også i relation til de implicerede advokatkontorer er utvivlsomt en større problemstilling ved voldgiftsprocessen set i forhold til sager ved de bestående domstole.

En anden misforståelse knytter sig til det forhold, at en voldgiftsret ex officio kan anvende *billighedsbetragtninger* ved afgørelse af f.eks. en ansættelsesretlige sag.

Det fremgår af voldgiftslovens § 28, stk. 3,¹⁸ at en voldgift ikke kan inddrage billighedsbetragtninger, medmindre sådanne betragtninger efter en aftale mellem parterne indgår i det retsgrundlag, som voldgiftsretten skal behandle sagen efter.

Såfremt parterne ønsker, at billighed skal indgå i vurderingen af en sag, skal dette således aftales på forhånd (eller i forbindelse med voldgiftssagen). Baseret på egne erfaringer som

voldgiftsdommer er det utvivlsomt, at mere generelle billighedsbetragtninger ville have kunnet haft betydning for afgørelser f.eks. i forbindelse med afgørelse af ophørte direktører og leders ansættelsesforhold, hvis voldgiftsretten havde været bemyndiget til at lade sådanne betragtninger indgå i en afgørelse af en sag.

Voldgiftsavgørelsens endelighed

Den nok oftest fremførte fordel ved voldgiftsbehandling er, at voldgiftens afgørelse endeligt afgør tvisten mellem parterne – uden appelmulighed – hvilket ikke er en utvivlsom fordel.

For det første må det fastslås, at voldgiftsavgørelser formentligt i samme omfang, som det er tilfældet med sager afgjort af landsretterne og Sø- og Handelsretten, kan være behæftet med juridiske fejl. En gennemgang af ansættelsesretlige domme i 2. instansen viser (naturligvis) også, at nye fremførte oplysninger kan medføre et andet resultat i ankeinstansen.

Det er således i sig selv problematisk, at en "forkert" juridisk afgørelse truffet af en voldgiftsret er en inappellabel, ligesom det er problematisk, såfremt nye yderligere oplysninger kunne have medført et andet resultat.

Den manglende appelmulighed har den yderligere konsekvens, at voldgiftsretten naturligt under hensyn til, at det er sidste skud i bøssen, accepterer fremkomst af nye faktiske oplysninger, herunder vidner, bilag mv. samt nye påstande og anbringender ofte helt frem til og med voldgiftsforhandlingen, idet modparten ofte tillades at få sagen omberammet – en mulighed der kun sjældent anvendes, såfremt vidner mv. er mødt til gennemførelse af voldgiftsforhandlingen.

Både voldgiftsloven og Voldgiftsinstituttets regler har bestemmelser, der regulerer denne problemstilling.

I voldgiftslovens § 23, stk. 3, anføres: *"Hver af parterne kan udvide sine påstande, fremsætte nye anbringender og angive nye beviser under voldgiftssagens behandling, medmindre voldgiftsretten finder det uhensigtsmæssigt under hensyn til den forsinkelse, dette kan medføre."*

I Regler for voldgift 2008, anføres følgende i § 39, stk. 3: *"En part kan udvide sine påstande, fremsætte nye anbringender og angive nye beviser under voldgiftssagens behandling, medmindre voldgiftsretten finder det uhensigtsmæssigt under hensyn til den forsinkelse, dette kan medføre."*

Som anført hos Jakob Juul og Peter Fauerholdt Thommesen, Voldgiftsret¹⁹ bør præklusionsreglerne *"...i almindelighed forvaltes mere lempeligt end ved domstolene."*²⁰

Det bør overvejes, om denne retsstilling er acceptabel, eller om parterne derimod skal aftale, at de samme principper, som er gældende for retssager om fremførelse af nova, nye anbringender, påstande mv. uanset voldgiftsrettens inappellabel karakter tillige skal være gældende ved gennemførelse af voldgiftsprocessen²¹.

Hvis parterne ved en sådan aftale har forpligtet sig – og dermed også voldgiftsprocessen – og kan der ikke fremføres en tilstrækkelig argumentation set i forhold til retsplejelovens regler om undskyldelighed mv., må aftalen være bindende, idet parterne har anført de hensyn, som voldgiftsklausulen skaber rammerne for. Det vil i den bedste verden tillige have indflydelse på de involverede advokaters forberedelse af sagen.

Afsluttende bemærkninger

En voldgiftsklausul er, som det forhåbentlig fremgår af denne artikel, ikke blot en af de sidste bestemmelser i en direktørkontrakt eller lederaftale, som parterne efter et langt forhandlingsforløb ikke "orker" at problematisere yderligere.

Voldgiftsklausulens bestemmelser om processen i forbindelse med en tvistløsning kan bliver virkelighed mellem parterne og derfor bør der være omtanke ved udfærdigelsen af denne del af kontrakten eller aftalen, og der bør særligt reflekteres over følgende:

- Institutionel eller ad hoc voldgift
- Særlige bestemmelser om voldgiftsprocessens hastighed – eventuelt særlig fast track-voldgift ved afgørelse af visse spørgsmål
- Særlige regler om parternes deponering/betaling af omkostninger
- Eventuelle regler om offentlighed
- Eventuelle mulighed for at inddrage *billighed*
- "Hemmelighedsgraden" ved en voldgiftsproces

Voldgiftsklausuler i lederkontrakter - direktørkontrakter og lederaftaler

¹ www.voldgiftsinstitutet.dk

² Se også Jørgen Boe og Claus Juel Hansen, *Direktørkontrakten*, 6. udg. 2009, s. 299ff.

³ Det er naturligvis af afgørende betydning, at klausulen formuleres således, at de tvister, som parterne finder, skal afgøres ved voldgift medtages. Upræcise voldgiftsklausuler kan give anledning til betydelige problemer med fastlæggelse af, om det er en voldgift eller de almindelige domstole, der skal afgøre tvisten. Se f.eks. UfR 1981.617H, 1986.318H og 1992.440Ø og Finn Schwarz, *Direktørens kontrakt- og ansættelsesforhold*, 3. udg. 2000, s. 220ff.

⁴ 4. udg. 2011, s. 1052f.

⁵ Se også UfR 1977.775V og 1986.318H.

⁶ Se Regler for voldgift 2008.

⁷ Se om mødets formål Regler for voldgift 2008, § 30, stk. 2 – 4.

⁸ Regler for voldgift 2008, § 30, stk. 5.

⁹ Som anført hos Steffen Pihlblad (m.fl.) *Praktisk voldgiftsret med fokus på voldgiftsinstitutet*, 2011, s. 113, er der mulighed for fast track-voldgift eventuelt efter voldgiftsinstitutets regler om forenklet voldgift, jf. Reglerne om forenklet voldgiftsproces 2008. Hvis der er aftales ad hoc voldgift, kan der findes inspiration til fast track-voldgift i disse regler.

¹⁰ Voldgiftsretten (og et eventuelt institut) er naturligvis omfattet af tavshedspligt.

¹¹ 2. udgave, 2007, s. 227ff.

¹² Det skal erindres, at parterne i voldgiftsaftalen kan aftale samme offentlighed som ved de almindelige domstole.

¹³ Der er jf. voldgiftslovens § 27, stk. 1, mulighed for at gennemføre en subsidiær vidneafhøring i rettens regi med deraf følgende mulighed for at sandhedsformane vidnet om strafansvaret for falsk forklaring for retten. Hermed mistes dog voldgiftsrettens mulighed for bevisumiddelbarhed, medmindre parterne har anmodet voldgiftsretten om at være til stede ved afgivelsen af forklaringen ved retten.

¹⁴ Se Niels Schiersing i UfR2011B248ff. Om manglende indbetaling af omkostningsdepot i voldgiftssager, som argumenterer for en mulighed for en voldgift til at træffe delkendelse om refusion.

¹⁵ Se f.eks. 1. udgave af Finn Schwarz, *Direktørens kontrakt- og ansættelsesforhold*, 1992, s. 120f.

¹⁶ Se nu også Jørgen Boe og Claus Juel Hansen, *Direktørkontrakten*, 6. udg. 2009, s. 304.

¹⁷ Jf. lovens § 12, og Jakob Juul og Peter Fauerholdt Thommesen, *Voldgiftsret*, 2. udg. 2008, s. 176ff.

¹⁸ Se tillige Regler om voldgift 2008, § 33, stk. 3, og Steffen Pihlblad (m.fl.) *Praktisk voldgiftsret med fokus på voldgiftsinstitutet*, 2011, s. 224.

¹⁹ 2. udg. 2007, s. 213.

²⁰ Se lignende hos Steffen Pihlblad (m.fl.) *Praktisk voldgiftsret med fokus på voldgiftsinstitutet*, 2011, s. 170.

²¹ En inspiration kan hentes hos Voldgiftsnævnet or bygge- og anlægsvirksomhed (VBA-regler 2010, § 15), der som udgangspunkt udelukker nova 8 dage før hovedforhandlingen. Se herom hos Steffen Pihlblad (m.fl.) *Praktisk voldgiftsret med fokus på voldgiftsinstitutet*, 2011, s. 136.



Henrik Karl Nielsen
Advokat og partner
NORSKER Advokater

Henrik Karl Nielsen beskæftiger sig hovedsageligt med rådgivning af faglige organisationer og brancheorganisationer samt virksomheder med hovedvægt på kollektiv og individuel arbejdsret, foreningsret og medieret.

Henrik Karl Nielsen har udgivet en lang række bøger og artikler.

Sociale medier og arbejde - fra H. G. Carlsen til Facebook

tekst: Henrik Karl Nielsen, advokat (H), NORSKER Advokater

De sociale mediers betydning for arbejdsforholdet er et aktuelt emne blandt advokater og HR-folk. Det er vel uforløst at introducere, hvad der menes med "sociale medier". Enhver aktør i en kundeorienteret virksomhed, som har ambition om at vedligeholde et netværk, har en profil på sociale medier. Sociale medier kan lægge beslag på meget af ens tid. Det er her man genoptager kontakten til skolekammerater og ekskærester. Men det er også her man kan udvikle sine forretningsmæssige kontakter. Og jo mere man arbejder med emnet; jo flere ansættelsesretlige problemstillinger støder man på. Nogle problemstillinger er ukomplicerede. Andre stiller helt anderledes krav til nytænkning, og flere problemstillinger kan ikke løses med jura alene. Et lille udpluk af disse problemstillinger vil blive behandlet i denne artikel.



Kravet om at arbejdstiden skal være "effektiv"

Det er et almindeligt arbejdsretligt princip, at arbejdsgiveren over for medarbejderen har et krav på, at arbejdstiden er "effektiv". Det kan udledes af den omstændighed, at en ansættelsesaftale forpligter medarbejderen til at levere arbejde af en bestemt art i et bestemt tidsrum (arbejdstiden). I denne sammenhæng giver de sociale medier ikke anledning til problemstillinger, som ikke er kendt i forvejen. Overdreven brug af f.eks. Facebook-chatten til private formål i arbejdstiden skal vurderes på helt samme måde som overdreven privat mailveksling eller telefonsamtaler i arbejdstiden. Hvis arbejdsgiveren ikke decideret har forbudt medarbejderne at bruge f.eks. Facebook fra arbejdspladsens PC, vil arbejdsgiveren ikke kunne skride ind over for en medarbejder, der - måske i stedet for en rygepause - tager 5 minutter privat på Facebook for at koble af. Så længe de aftalte arbejdsopgaver udføres inden for aftalt tid, er der intet problem.¹ Men det må ligge fast, at arbejdsgiveren, der har ejendomsretten og brugsretten, til arbejdspladsens IT-udstyr, vil kunne forbyde medarbejdere at bruge f.eks. arbejdsgiverens mail og PC privat. Er sådan et forbud stillet op i f.eks. ansættelseskontrakten eller i en personalepolitik på arbejdspladsen, vil gentagne overtrædelser af forbudet kunne medføre opsigelse eller i grove tilfælde bortvisning.

Illoyalitet

Et ansættelsesforhold er et løbende kontraktsforhold. Og i et kontraktsforhold er begge parter forpligtet til at optræde loyalt over for hinanden.² I ansættelsesforhold skal medarbejderen i sin adfærd og retorik være loyal over for arbejdsgiveren. Det går ikke at være ansat som sælger samtidig med, at man over for kunder anbefaler konkurrenternes produkter. Det er også helt gængs praksis, at en medarbejder, der tager bibeskæftigelse i en virksomhed i direkte konkurrence med sin arbejdsgiver, vil kunne bortvises som følge af illoyalitet og væsentlig misligholdelse. Negative udtalelser om arbejdsgiveren vil i grove tilfælde kunne begrunde en opsigelse eller efter omstændighederne en bortvisning. Her har vi i de senere år set en del eksempler både i retspraksis og i pressen på medarbejdere, der har "talt over sig" på f.eks. Facebook. Omvendt har vi også set eksempler på sager, hvor en arbejdsgiver har overreageret, hvilket kan være uheldigt og i sidste ende vil kunne koste dyrt. En arbejdsplads er en levende organisme, hvor mennesker virker i fællesskab dagen igennem. Enhver kan have en "dårlig dag", og når man ser sin startside på Facebook, indvies man indimellem i andres "dårlige dage". Men generelt må det nok siges, at illoyale udtalelser om arbejdspladsen efter en "dårlig dag" vil kunne resultere i problemer, som man næppe tænkte over, da man skrev en uoverlagt statusbesked på Facebook. Men arbejdsgiver bør heller ikke reagere uoverlagt. Man kan jo f.eks. tale sammen. Og en statusbesked på sociale medier kan fjernes med et klik. En illustrativ sag om dette fra USA er omtalt i medierne. En stadionmedarbejder blev afskediget fra sin stilling i fodboldklubben Philadelphia Eagles efter udtalelser fremsat på stadionmedarbejderens Facebook-profil. Udtalelsen var en emotionel reaktion på Philadelphia Eagles' beslutning om at indgå en spillerkontrakt. Ifølge den lokale presse havde medarbejderen på Facebook skrevet:

"Dan is [expletive] devastated about Dawkins signing with Denver ...
Dam Eagles R Retarded!!"³

Angiveligt var opslaget blevet slettet efterfølgende af medarbejderen, men han modtog alligevel en opsigelse. Det er uoplyst, om denne sag fik et retligt efterspil. Sagen har været genstand for juridisk diskussion, hvor det har været påpeget, at der var tale om en stadionmedarbejder og ikke en højere placeret og offentlig kendt medarbejder i fodboldklubben.⁴ En stadionmedarbejder i en fodboldklub skal naturligvis ikke offentligt udtrykke sin utilfredshed med fodboldklubbens valg af spillere. I og med at udtalelsen på Facebook kom til fodboldklubbens kendskab, må det formodes, at den er fremsat over for en større kreds af "venner" på Facebook og dermed offentligt. En bedømmelse efter dansk ret ville derfor uden tvivl være, at der foreligger en overtrædelse af loyalitetspligten. Men da udtalelsen fremkom fra en ikke-ledende medarbejder og i sportens verden, ville der efter dansk ret næppe være tale om en overtrædelse af loyalitetspligten af en grovhed, der kan begrunde en bortvisning. Det må ved bedømmelsen også indgå, at opslaget på Facebook efter det oplyste blev fjernet efter kort tid. Hvis en dansk stadionmedarbejder, der ikke ex lege er beskyttet af funktionærlovens § 2 b, i øvrigt ved

individuel aftale eller kollektiv overenskomst var tillagt beskyttelse mod usaglig eller urimelig opsigelse, ville en episode som den beskrevne næppe have kunnet udgøre det fornødne saglige grundlag for en opsigelse.

Der har i Danmark været de første sager om arbejdsgivers reaktioner over for ansattes illoyale udtalelser på Facebook. Der er endnu ikke tilstrækkeligt mange afgørelser til, at der kan tegnes et helt klart billede af retsinstansernes bedømmelse af illoyalitet på sociale medier. Men sætter man afgørelserne i sammenhæng med den retspraksis, der allerede findes om f.eks. adfærd på e-mail m.v. kan der dog ses nogle tendenser. Grovheden af udtalelserne er naturligvis udgangspunktet for en vurdering af arbejdsgivers reaktionsmulighed. Men det må naturligvis også spille en væsentlig rolle, hvem, der har haft adgang til de pågældende udtalelser. En person, der har en snæver kreds af "venner" på f.eks. Facebook, vil utvivlsomt kunne slippe af sted med væsentligt flere udtalelser om sin arbejdsgiver end en person, der har "venner" blandt kolleger og måske konkurrenternes ansatte. Dette illustreres af en bortvisningssag, der blev afgjort af en faglig voldgift den 15. september 2010.⁵ Sagen vedrørte en ansat inden for overenskomsten mellem Vagt DK A/S og Vagt og Sikkerhedsfunktionærernes Landssammenlutning. En medarbejder i Vagt DK A/S havde på sin Facebook-væg skrevet forholdsvist konfrontatoriske statusbeskeder om sin arbejdsgiver.⁶ Vagt DK A/S havde reageret ved at foretage bortvisning. Af besvisførelsen fremgår det, at medarbejderen havde indstillet sin Facebook-profil, så kun personer, der havde accepteret hende som "ven", kunne læse, hvad hun skrev. Men det blev forklaret, at der var "venner" på Facebook blandt tidligere kolleger og andre personer fra vagtbranchen. Voldgiftsretten lagde herudover til grund, at der blandt medarbejderens Facebook-venner var personer, der var ansat hos arbejdsgiverens kunder m.v. I lyset af disse omstændigheder fandt den faglige voldgift, at der forelå en misligholdelse af medarbejderens loyalitetsforpligtelse. Misligholdelsen var dog ikke så grov, at den kunne berettige til bortvisning, men grundlaget for en saglig opsigelse var til stede. Den bortviste medarbejder blev derfor blot tilkendt et beløb svarende til løn i opsigelsesperioden.

Grovheden af en medarbejders udtalelser sammenholdt med en vurdering af kredsen af modtagere forekommer at være en afgørende faktor i vurderingen af, om en medarbejders adfærd på sociale medier vil kunne begrunde ansættelsesmæssige reaktioner fra arbejdsgiveren. Men det må være klart, at groft illoyale handlinger selv i et mere afgrænset forum efter omstændighederne vil kunne begrunde en reaktion. Der ses ikke at foreligge danske retsafgørelser om dette. Spørgsmålet illustreres af en dom afsagt efter common law af United States District Court, District of New Jersey den 24. juli 2008.⁷ To ansatte havde oprettet en lukket brugergruppe på myspace.com. De havde inviteret andre ansatte og tidligere ansatte hos arbejdsgiveren til at tilslutte sig gruppen. Der var på gruppen fremsat meget illoyale udtalelser om arbejdsgiverens ledelse, kunder og medarbejdere. Arbejdsgiveren fik en ansat til at røbe password til gruppen, og ledelsen fik viden om, hvad der blev skrevet. De 2 stiftere af gruppen blev opsagt. Domstolen i New Jersey fandt ikke grundlag for at anfægte opsigelsen. Den var

ikke sket, fordi de 2 ansatte havde udvekslet synspunkter om arbejdsgiveren. Den var sket for at beskytte arbejdsgiverens erhvervsmæssige interesser. Vurderingen efter dansk ret må være den samme. Medarbejdere må naturligvis i en fortrolig kreds udveksle synspunkter om deres arbejdsplads. Men hvis der ligefrem oprettes lukkede fora med det ene formål at sprede negativ omtale af arbejdsgiveren, og hvis der til sådanne fora inviteres andre ansatte fra samme arbejdsgiver, foreligger der en grov overtrædelse af loyalitetspligten, og i et tilfælde som det, der blev bedømt i sagen fra New Jersey, ville der formentlig efter dansk ret have foreligget så væsentlig misligholdelse af ansættelsesforholdet, at en bortvisning af de to stiftere af gruppen på myspace.com ville have været berettiget.

facebook

Decorum - ansættelsesretlige krav til adfærd i fritiden

Under overskriften "Respektpligt" anførte H.G. Carlsen i første udgaven af Dansk Funktionærret fra 1963⁸:

"(...) kan der dog tænkes tilfælde, hvor en Funktionærs Handlemaade kaster Skygge over Virksomheden paa en Maade, der skader den udadtil eller dog ødelægger det interne Tillidsforhold. (...)

Selvom der ikke foreligger kriminelle Forehold, maa Funktionæren dog afholde sig fra Handlinger, som efter almindelig Opfattelse er dadelværdige (...).

En Funktionær maa saaledes ikke - selv ude for Arbejdstiden - arrangere usømmelige Drikkegilder paa Arbejdsstedet (...)"

De nævnte citater er opretholdt i samme bogs 7. udgave fra 2003.⁹ De er fortsat en korrekt, overordnet beskrivelse af gældende ret. Men de faktiske forhold, som på sociale medier skal bedømmes efter denne retsstilling, er i udvikling. En bemærkning om chefen, der førhen ville være faldet privat over middagsbordet, kan pludselig være offentligt tilgængelig på sociale medier. En kollegial vittighed, der før ville være fremsat i frokostpausen, ryger nu ud over et socialt medium, og er tilgængelig for andre. Med et klik kan man på sociale medier tilmelde sig grupper af mere eller mindre seriøs karakter. Men det kan være offentligt tilgængeligt, at man har tilmeldt sig. Og på Facebook kan man - uden nødvendigvis at vide det - blive "tagget" i et album, hvorved en større kreds kan se en i festligt lag ved firmaskovturen eller under en ferie



("usømmelige drikkegilder"). Spredningen af en vittighed kan muligt være mindre uheldig i national sammenhæng. Men dansk humor kan vurderes anderledes, hvis læseren sidder i USA eller Saudi Arabien.¹⁰ En uoverlagt bemærkning, der i Danmark blot vil afføde en let smile eller en hurtigt glemt irritation og et tryk på delete-knappen, vil i andre lande kunne virke stødende eller sårende, da adfærdskodeks ikke blot varierer over tid men også fra kultur til kultur. Det må være klart, at ledende medarbejdere og offentligt kendte personer skal være særligt varsomme med private udtalelser, der udbredes offentligt på sociale medier. Det må også tillægges betydning, om der er tale om medarbejdere, der er ansat hos arbejdsgivere, der er særligt følsomme over for offentlig omtale, eller om arbejdsgiver f.eks. er en interesseorganisation, der arbejder for at virkeliggøre

bestemte politiske mål. Det kan heller ikke være uden betydning, om en medarbejder har haft en berettiget forventning om, at en udtalelse på et socialt medium kun ville være tilgængelig for en fortrolig kreds. Og endelig må bedømmelsen også bero på, om arbejdsgiveren har fastsat en bestemt IT-politik eller andet, der indeholder krav til de ansattes adfærd på sociale medier.

Ledende medarbejdere har ifølge Ole Hasselbalch en pligt til at vise påpasselighed med deres adfærd.¹¹ Ledende medarbejdere tegner arbejdsgiverens virksomhed udadtil og identificeres af offentligheden med virksomheden. Oplysninger af tilsyneladende privat art, vil derfor let kunne "kaste skygger" på arbejdsgiverens virksomhed, hvis de udbredes offentligt over de sociale medier. Det er f.eks. indlysende, at en ledende og offentligt kendt medarbejder i automobilindustrien ikke offentligt bør tilkendegive, hvis vedkommende privat foretrækker og anvender konkurrentens bilmærker, at en medarbejder i en menneskeretsorganisation ikke bør offentliggøre feriebilleder fra lande som Burma eller Zimbabwe, og at en ledende medarbejder i

tobaksindustrien ikke offentligt skal fremstå som medlem af grupper på sociale medier, der fraråder tobaksrygning. Disse krav til påpasselighed må tilsvarende kunne stilles til andre medarbejdere, der ikke nødvendigvis er ledende, men som dog i kraft af deres stillinger er offentligt kendt og som af denne grund sættes i forbindelse med arbejdsgiverens virksomhed.

Forskellige internetbaserede medier¹² kunne den 8. juli 2010 berette, at TV-stationen CNNs senior editor med ansvar for Mellemøsten, Octavia Nasr, var fratrådt efter at hun på Twitter havde kommenteret Hizbollah lederen Ayatollah Mohammed Hussein Fadlallahs død således:

“Sad to hear of the passing of Sayyed Mohammad Hussein Fadlallah..
One of Hezbollah’s giants I respect a lot. #Lebanon.”

En ledende medarbejder på CNN har været citeret for den opfattelse, at kommentaren, der udtrykker beklagelse over det faktum, at en person, der opfattes som terrorist, er afdøet ved døden, svækker troværdigheden hos Octavia Nasr i hendes stilling som senior editor i Mellemøstansliggende. Octavia Nasr citeres selv for at have udtalt, at hendes synspunkter dybest set ikke var egnede til at blive delt på Twitter, hvor der kun er 140 anslag til disposition i hver "tweet".¹³ Det er ikke oplyst, om denne sag vil få et ansættelsesretligt efterspil.

I Danmark har der været offentlig omtale af flere tilfælde af optræden på sociale medier blandt medarbejdere med fremtrædende stillinger. I foråret 2010 omtaltes, at en kommunikationskonsulent i partiet Venstre på Facebook gentagne gange havde udtrykt sig opsigtsvækkende. Ifølge en artikel i Jyllandsposten den 6. april 2010¹⁴ skulle kommunikationskonsulenten have omtalt en ansat i Folketinget således:

"Der står en fucked up medicineret psykisk syg dame (...), der helt hæmningsløst hælder ud af sit triste lorteliv. Og kommenterer alt. Hun er så nedtursramt, at hun ikke engang forsøger at skjule det - nej, hun lever af det. Det er næring. Har lyst til at kvæle hende langsomt. Hvis hun dog bare kunne lukke sin forudsigelige røv bare engang imellem!"

Efter omtale af andre citater fra kommunikationskonsulentens Facebook profil, herunder udtalelser om navngivne politikere, kunne pressen meddele, at kommunikationskonsulenten havde valgt at fratræde sin stilling i Venstre. Sagen var genstand for omtale på Statsministerens ugentlige pressemøde den 6. april 2010, hvor han udtalte:

"Uanset om man er ansat i Venstre eller ej, så skal man deltage i debatten med en urban tone. Min egen tilgang til det er, at selvom Facebook i princippet er et lukket medie, så skal man ikke skrive noget på Facebook, som man ikke kan tåle at se på forsiden af Ekstra Bladet (...)"¹⁵

Afrunding

Dette har kun været en rudimentær omtale af de problemstillinger, som de sociale medier kan rejse i en ansættelsesretlig sammenhæng. Der kunne fremfindes flere eksempler. Grundlæggende bør det ud fra en retlig synsvinkel tilrådes begge parter i et ansættelsesforhold at agere med omtanke. Medarbejderen, der her behov for at "få luft", skal give det en tanke, hvem en negativ udtalelse om arbejdspladsen tilgår. Og arbejdsgiversiden skal reagere med en vis pragmatisme, hvis en medarbejder går over stregen. En statusbesked på f.eks. Facebook kan fjernes næste dag, og man kan få talt det bagvedliggende problem igennem. I forhold til decorum-problemstillingen og de sociale medier vil arbejdsgiveren med fordel kunne præcisere krav og forventninger i en udtrykkeligt nedskrevet personalepolitik eller IT-politik. Men generelt er det vel den røde ledetråd, at almindelig omtanke vil kunne løse og forebygge problemer langt hen ad vejen.

¹ UfR 2003.1430 Ø.

² Se specifikt for ansættelsesforhold f.eks. Ole Hasselbalch: Lærebog i ansættelsesret & personalejura, 3. udg., Kbh. 2010, s. 176.

³ <http://sports.espn.go.com/nfl/news/story?id=4041720>.

⁴ Jon Hyman: Employee disloyalty and Facebook, Ohio Employer's Law Blog, <http://ohioemploymentlaw.blogspot.com/2009/03/employee-disloyalty-and-facebook.html>.

⁵ Opmandskendelse (opmand Tine Vuust) i faglig voldgift (FV 2010.129) Serviceforbundet mod Vagt DK A/S af 15. september 2010.

⁶ Efter sagsfremstillingen var der bl.a. blevet skrevet "Overvejer at sige "fuck det hele og lade dem vinde deres hetz i første omgang "; "Nu kan det da være at man langt om længe får lidt for alle de penge, man har pumpet i fagforeningen !!!! Game over, Vagt DK" og "Du kan dæleme tro at den får gas :-)"

⁷ United States District Court, District of New Jersey, dom af 24. juli 2008 i Civil Case 05-5754 Pietrylo et al. v. Hillstone Restaurant Group, tilgængelig på <http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-jersey/njdce/2:2006cv05754/196998/77/>.

⁸ H.G. Carlsen: Dansk Funktionærret, Kbh. 1963, s. 116f og 118.

⁹ H.G. Carlsen: Dansk Funktionærret, 7. udg. v/Danielle Buhl, Kbh. 2003, s. 151ff.

¹⁰ Dette illustreres til sammenligning meget markant ved nyheden i forsommeren 2008 om, at den jordanske statsadvokat havde rejst tiltale ved en jordansk domstol mod et antal danske mediefolk, der blev sat i forbindelse med de omdiskuterede "Muhammed tegninger", der tidligere var blevet offentliggjort i Jyllandsposten, jf. <http://jp.dk/udland/mideast/article1359246.ece>.

¹¹ Ole Hasselbalch: Lærebog i ansættelsesret & personalejura, 3. udg., Kbh. 2010, s. 390.

¹² Se f.eks. www.realtvaddict.com/2010/07/08/cnn-fires-octavia-nasr-over-controversial-tweet/ og www.berlingske.dk/verden/tweet-oedelagde-20-aars-karriere-paa-cnn.

¹³ <http://buzzytimes.com/octavia-nasr-octavia-nasr-fired-twitter-remark-cnn-sayyed-mohammed-hussein-fadlallah/>.

¹⁴ http://jp.dk/indland/indland_politik/article2030329.ece.

¹⁵ http://jp.dk/indland/indland_politik/article2030145.ece.

Intet indgreb overfor østarbejdere i byggeriet

Julie Gerdes, Leder af Arbejds- og Ansættelsesret, KPMG

OK 12





Emma Aran **Advokat** **HORESTA Arbejdsgiver**

Som praktiserende advokat er Emma Aran primært beskæftiget med personalejuridiske problemstillinger. Emma rådgiver HORESTA Arbejdsgivers medlemmer inden ansættelsesret og kollektiv arbejdsret, herunder overenskomst-mæssige forhold.

Forhandlingens kunst

tekst: Emma Aran, advokat, HORESTA Arbejdsgiver

Som nystartet advokat i organisationsbranchen og med baggrund i advokatbranchen har jeg haft fornøjelsen af at deltage i overenskomstforhandlingerne 2012. I det følgende vil jeg beskrive min personlige oplevelse af, hvordan overenskomstforhandlingerne foregik i praksis.

Overenskomstfornyelsen 2012 startede i 2011

Det første, der gik op for mig, var, at overenskomstforhandlingerne ikke kun foregik op til overenskomsternes udløbsdato den 1. marts 2012, men at processen i virkeligheden startede lang tid før. I HORESTA havde vi tilrettelagt processen således, at vi havde udvalgt et repræsentativt udsnit af vores medlemsskare, som skulle deltage i det såkaldte store forhandlingsudvalg. Det store forhandlingsudvalg skulle allerede mødes i november 2011 med henblik på at identificere de overordnede temaer for overenskomstfornyelsen 2012.

Da de overordnede temaer var identificeret, var næste skridt at nedsætte en række små arbejdsgrupper, hvori en eller flere deltagere fra det store forhandlingsudvalg deltog. De enkelte gruppers opgave bestod i at forhandle ét af de identificerede temaer sammen med HORESTA's overenskomstpart 3F. Forhandlingerne på gruppeniveau var imidlertid ikke bindende og omhandlede hovedsagligt ændringer af ikke-økonomisk karakter.

Et eventuelt resultat af gruppeforhandlingerne skulle rapporteres til det såkaldte snævre forhandlingsudvalg. Det snævre forhandlingsudvalg var en mindre gruppe fra HORESTA, som skulle varetage de endelige og bindende forhandlinger i forbindelse med overenskomst-

fornyelsen 2012. Resultaterne fra gruppeforhandlingerne indgik således i det snævre forhandlingsudvalgs endelige forhandlinger af overenskomstfornyelsen 2012.

Systematikken bag overenskomstforhandlingerne i DA- og LO-regi

Overenskomstforhandlingerne indledes med, at DA og LO som regel bliver enige om en rammeaftale, hvorved samtlige overenskomster opsiges på en gang. Denne fremgangsmåde er yderst effektiv og sparer organisationerne for en hel del af de administrative byrder, der er forbundet med at skulle opsiges hver enkelt overenskomst særskilt.

I efteråret 2011 blev HORESTA orienteret om, at DA og LO ikke kunne nå til enighed om en rammeaftale med henblik på kollektivt at opsiges overenskomsterne, hvilket skyldtes, at DA og LO ikke kunne blive enige om, hvorvidt der skulle involveres en tredje part i forhandlingerne, før disse var afsluttet parterne imellem. Når der ikke var udsigt til at opnå enighed om en rammeaftale, ville dette medføre, at de enkelte overenskomster skulle opsiges særskilt.

Heldigvis indgik DA og LO den 15. november en rammeaftale, hvorved samtlige overenskomster på DA og LO's område blev kollektivt opsagt til ophør den 1. marts 2012.

Herefter afventer organisationerne gennembrudsforligene

I DA-fællesskabet er det først DI og CO-industri, der gennemfører overenskomstforhandlinger på såvel minimallønsområdet som på normallønsområdet. Resultatet af disse forhandlinger kaldes gennembrudsforligene. Gennembrudsforligene fastsætter rammerne for de øvrige overenskomstforhandlinger, som skal gennemføres af organisationerne i DA-fællesskabet. På baggrund af gennembrudsforligene udarbejder DA løbende vejledninger for de øvrige arbejdsgiverorganisationer. Vejledningerne udgør så at sige organisationernes forhandlingsmandat i forbindelse med overenskomstforhandlingerne. Eksempelvis indeholder vejledningerne oplysninger om den sats, som genetillæggene må stige med. Hvis en organisation går ud over de rammer, som er fastsat i vejledningerne, skal dette begrundes overfor DA, før at DA vil godkende forhandlingsresultatet. Denne dialog kan fx foregå ved telefonisk kontakt til DA.

Denne systematik, hvorved DI's forhandlingsresultat har en afsmittende effekt på resten af overenskomstfornyelserne i DA-fællesskabet, har såvel sine fordele som ulemper. Den væsentligste fordel er, at DI - i kraft af sin størrelse - er bedre i stand til at lægge pres på fagforbundene med henblik på at holde omkostningerne nede for den kommende overenskomstperiode.

På den anden side er ulempen ved systematikken, at gennembrudsforligene indgås på industriens område, og de tager derfor ikke nødvendigvis højde for de vilkår, der gør sig gældende for de øvrige brancher, som er organiseret under DA. Eksempelvis indebar gennembrudsforliget på minimallønsområdet, at arbejdsgiverens pligt til at betale pensions-

bidrag til en medarbejder blev ændret fra det tidspunkt, hvor medarbejderen fylder 20 år til det tidspunkt, hvor medarbejderen fylder 18 år. På industriens område, hvor der gennemsnitligt ikke beskæftiges særlig mange i aldersgruppen 18-20 år, vil en sådan ændring ikke udgøre en økonomisk byrde af betydning. Til gengæld var denne ændring særdeles byrdefuld for hotel- og restaurationsbranchen, der beskæftiger mange medarbejdere i netop denne aldersgruppe.

Arbejdsgiverorganisationernes egentlig rolle i overenskomstforhandlingerne

Noget andet, der gik op for mig, var, hvor vigtig en rolle HORESTA havde i overenskomstforhandlingerne, selvom vi er en mindre arbejdsgiverorganisation. En typisk udfordring i forbindelse med overenskomstforhandlinger er, når fagforbundene møder op til forhandlingerne med den opfattelse, at det resultat, som er aftalt i gennembrudsforligene, har de allerede opnået. Det hænger sammen med det faktum, at gennembrudsforligene oftest danner grundlag for forligsmandens mæglingsforslag, hvilket indebærer, at såfremt overenskomstparterne ikke opnår enighed, og forhandlingerne bryder sammen, vil den konkrete overenskomst blive samlet op af mæglingsforslaget. Hvad angår spørgsmålet om ændring af aldersgrænsen for at opnå pensionsbidrag havde 3F således en bedre forhandlingsposition end HORESTA. Her var det, at jeg var vidne til forhandlingens kunst.

Efter flere dages lange og intense forhandlinger på hotel Crowne Plaza lykkedes det HORESTA at undgå, at den i overenskomsten fastsatte aldersgrænse for at opnå ret til pensionsbidrag blev sænket. Dette skete ved, at HORESTA dels accepterede en mindre stigning af anciennitetstillægget og dels ved, at HORESTA gav afkald på modregningsadgangen i det personlige tillæg i det første år efter overenskomstfornyelsen. Dette var en kreativ løsning på en deal breaker, som meget vel kunne have væltet forhandlingerne og resulteret i, at tre dages intensive forhandlinger samt flere måneders forberedelser var gået til spille.

Var det ikke lykkedes HORESTA at opnå et forhandlingsresultat, ville HORESTA's hovedoverenskomst blive samlet op af forligsmandens mæglingsforslag. Dette indebar på daværende tidspunkt med stor sandsynlighed, at den overenskomstmæssige aldersgrænse for at opnå ret til pensionsbidrag skulle sænkes fra 20 til 18 år, hvilket ville have været særdeles økonomisk byrdefuldt for HORESTA's medlemmer.

Den 22. marts 2012 fremkom forligsmanden med sit mæglingsforslag, som til stor overraskelse for organisationerne i DA-fællesskabet ikke indeholder en sænkning af aldersgrænsen for at opnå ret til pensionsbidrag. Såvel DA-fællesskabet som fagforbundene i LO skal senest den 17. april 2012 tage stilling til, om mæglingsforslaget kan godkendes.

Når HORESTA konverterede krav om sænkning af aldersgrænsen for at opnå ret til pensionsbidrag til en stigning på andre poster i overenskomsten, kan man få indtryk af, at HORESTA betalte en høj pris for overenskomstfornyelsen 2012. Set i bakspejlet kunne

HORESTA nemlig have undgået, at aldersgrænsen var blevet nedsat uden at skulle betale herfor, hvis HORESTA havde fået mæglingforslaget.

Imod dette synspunkt taler, at mæglingforslaget ikke er en afskrift af gennembrudsforligene men også inkluderer andre forhandlingsresultater, som er opnået på DA og LO's område. Dette hænger sammen med, at hvis det ikke var lykkedes HORESTA og Dansk Erhverv at undgå, at den overenskomstmæssige aldersgrænse for at opnå ret til pensionsbidrag blev sænket, kunne Forligsmanden antageligvis heller ikke have undgået at medtage sænkningen af aldersgrænsen i sit mæglingforslag. På det tidspunkt, hvor HORESTA forhandlede sin hovedoverenskomst kunne man ikke satse på, at mæglingforslaget ikke ville indebære en sænkning af aldersgrænsen. På den baggrund var det min oplevelse, at HORESTA's overenskomstresultat havde en væsentlig betydning for indholdet af mæglingforslaget.

Hvornår træder de nye vilkår ved overenskomstfornyelsen 2012 i kraft?

Når det den 17. april 2012 afgøres, om mæglingforslaget kan godkendes af såvel arbejdsgiversiden som arbejdstagersiden, bliver overenskomstfornyelsen 2012 en realitet. På arbejdsgiversiden er det bestyrelsen i DA, der tager stilling til, om mæglingforslaget kan godkendes, mens det på arbejdstagersiden sker ved urafstemning hos medlemmerne.

Såfremt mæglingforslaget godkendes, vil vilkårene i de aftalte forhandlingsresultater samt de forlig, som er opnået i Forligsinstitutionen, få virkning fra den 1. marts 2012. Det vil sige, at overenskomstfornyelserne sker med tilbagevirkende kraft, medmindre de enkelte overenskomster har aftalt andet i den enkelte overenskomst. Derudover vil mæglingforslaget danne grundlag for en overenskomstfornyelse på områder, hvor overenskomsterne ikke kunne opnå enighed.

Bliver mæglingforslaget mod forventning forkastet, vil det medføre, at en storkonflikt kan blive indledt, som i sidste ende kan munde ud i et lovindgreb.

Opskriften på forhandlingens kunst

På baggrund af mine oplevelser af HORESTA's overenskomstforhandlinger 2012 har jeg følgende bud på opskriften på forhandlingens kunst:

at være forberedt ved at kende sin modparts agenda,

at tænke kreativt, og

at være udholdende.

PRAKTISK HÅNDBOG OM FORBUD MOD FORSKELSBEHANDLING PÅ ARBEJDS- MARKEDET

Bogen beskriver bestemmelserne i forskelsbehandlingsloven sammenholdt med retspraksis, herunder også retspraksis fra EU-Domstolen, der har haft stor betydning for fortolkningen af loven.

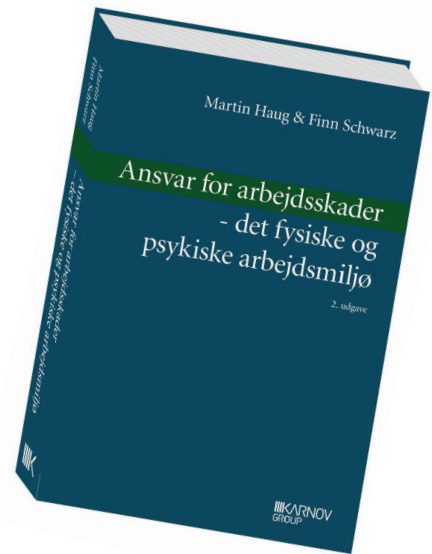
.....
FORFATTERE: FINN SCHWARZ & JENS JAKOB HARTMANN
UDGIVET: 21.03.2011
.....



ANSVAR FOR ARBEJDSKADER - DET FYSISKE OG PSYKISKE ARBEJDSMILJØ

Bogen belyser arbejdsgiverens civilretlige og strafferetlige ansvar for arbejdsskader. Denne 2. udgave af bogen tilføjer desuden en grundig og samlet fremstilling af ansvaret for det psykiske arbejdsmiljø – et emne, der har haft stort fokus i pressen og hos myndighederne de seneste år.

.....
FORFATTERE: FINN SCHWARZ & MARTIN HAUG
UDGIVET: 15.02.2012
.....



Hos Horten skaber vi ny viden

Ansættelses- og arbejdsretten udvikler sig hele tiden. Horten følger udviklingen og er med i front, når ny viden skal skabes og formidles. Vi skriver bøger og nyhedsbreve om aktuelle emner og afholder kurser og gå-hjem møder med ansættelses- og arbejdsretlige temaer.

Tilmeld dig vores nyhedsbrev på horten.dk/abonner og bliv opdateret med nyheder og kommende arrangementer.

Om Horten

Horten rådgiver dansk og internationalt erhvervsliv og den offentlige sektor inden for alle juridiske specialer. Med klart klient- og forretningsfokus og et dybt engagement i vores rolle som betroede rådgivere løser vi alle typer juridiske problemstillinger.

Kontakt

Horten
Philip Heymans Allé 7
2900 Hellerup

Tlf. 3334 4000
Fax 3334 4001
info@horten.dk
www.horten.dk

Kontaktperson

Finn Schwarz
Partner
Tlf. 3334 4150
fs@horten.dk

Intet indgreb overfor østarbejdere i byggeriet

tekst: Julie Gerdes, Leder af Arbejds- og Ansættelsesret, KPMG

Dansk Byggeri indgik under overenskomstforhandlingerne en ny 2-årig overenskomst med 3F.

Den nye overenskomst lagde sig tæt op ad tidligere indgåede forlig på industriens område og på normallønsområderne.

De væsentligste elementer i den nye overenskomst blev således:

- Regulering af mindstesatserne på lønnen med 2 x 1,35 kr.
- Regulering af prislisterne for akkordlønnede på 2,5 pct. i perioden.
- En forhøjelse af løn under sygdom med 3,00 kr.
- En seniorordning, der kan udmøntes i nedsat arbejdstid eller flere fridage.
- Lærlinge får lønstigninger på 2 x 2,25 pct.

Ingen aftale om objektivt bygherreansvar for udenlandske medarbejdere

Parterne kunne imidlertid ikke enes om en aftale, som skaber et værn mod brud på de danske byggeoverenskomster, når udenlandske medarbejdere udfører arbejde i Danmark.

Fagforeningerne havde ellers bl.a. stillet krav om et såkaldt objektivt bygherreansvar, hvor bygherren skulle hæfte for underleverandørers aflønning af udenlandske medarbejdere i strid med de danske overenskomster.

Der var imidlertid for stor afstand mellem parterne, da et hovedhensyn under overenskomstforhandlingerne har været at sikre danske virksomheders konkurrenceevne.

Udenlandske medarbejdere vil typisk udføre arbejde i Danmark på to måder: Enten ved en entreprise, hvor udenlandske underentreprenører udstationerer medarbejdere til at udføre entreprisearbejde for den danske hovedentreprenør. Eller ved, at den danske virksomhed indlejer medarbejdere fra udenlandske virksomheder til at udføre arbejde for den danske virksomhed som en slags vikarbistand.

Det manglede indgreb fra overenskomstparterne overfor udenlandsk arbejdskraft betyder derfor, at de gamle regler på området løber videre.

Fortsat strejkeret for fagforeningerne

De gamle regler indebærer, at fagforeningerne fortsat kan rejse krav overfor den udenlandske virksomhed om, at den udenlandske virksomhed skal følge de danske kollektive overenskomster i relation til aflønningsvilkår. Hvis den udenlandske virksomhed nægter dette, har fagforeningerne ret til at iværksætte strejke, blokade og sympatikonflikt overfor den udenlandske virksomhed. Det kan betyde, at arbejdet på byggepladsen i nogle tilfælde ikke kan udføres og således forsinkes betragteligt med store tab til følge.

48 timers møder er fortsat gældende

De gældende regler om 48 timers møder finder dog fortsat anvendelse. 48 timers aftalen betyder, at parterne skal holde et hurtigt møde ved mistanke om, at en arbejdsgiver ikke overholder de danske lønvilkår i de danske overenskomster.

48 timers mødet blev aftalt ved de sidste overenskomstforhandlinger og trådte i kraft 1. april 2010.

48 timers mødet har indtil nu betydet, at parterne har behandlet 115 sager, som har resulteret i 60 nye overenskomster for udenlandske medarbejdere, som udfører arbejde her i landet.

Danske virksomheder skal sikre anmeldelse af de udenlandske medarbejdere

Endelig skal de danske bygherrer sikre, at udenlandske virksomheder og de udenlandske medarbejdere er anmeldt retmæssigt til de danske myndigheder, herunder RUT-registeret.

Lovgivning på vej?

Det vil nu være op til det danske folketing, om man vælger at indføre lovgivning på linje med Norge, hvor der indenfor de væsentligste dele af bygge- og anlægsbranchen i Norge er indført de såkaldte almengyldige overenskomster, som samtlige udenlandske virksomheder skal følge på visse væsentlige områder, herunder løn og arbejdstid mv.

Hvad skal de danske virksomheder gøre?

For at undgå at hæfte for betaling af betydelige krav, skal den danske virksomhed sørge for at indgå de fornødne aftaler med de udenlandske tjenesteydere, eksempelvis underentreprenører.

De danske virksomheder bør således gennem aftale sikre sig, at den udenlandske tjenesteyder overfor den danske virksomhed i det hele indestår og hæfter for overholdelse af gældende dansk lovgivning og danske kollektive overenskomster. Det kan eksempelvis indgå som et vilkår i aftalen med den udenlandske virksomhed, at den udenlandske virksomhed skal dokumentere, at de udstationerede medarbejdere aflønnes efter gældende danske overenskomster og i øvrigt overholder dansk lovgivning.

FERIE I 2012 BLIVER IKKE DEN SAMME, SOM DEN HAR VÆRET

tekst: Anton Kraev, redaktør, HR JURA



Beskæftigelsesministeriet har netop sendt et nyt lovforslag, som har til formål at bringe den danske ferielov i overensstemmelse med EU-retten.

Efter gældende regler har en lønmodtager, der bliver syg efter at ferien er påbegyndt, ikke ret til erstatningsferie for de feriedage, hvor lønmodtageren er syg. Ferien anses således for holdt på trods af sygdom.

Den nye ferielov, såfremt den vedtages, vil indebære, at en lønmodtager, som bliver syg efter feriens begyndelse, får ret til erstatningsferie efter 5 sygedage mod lægelig dokumentation.

En lønmodtager er som udgangspunkt ikke pligtig at afholde den aftalte ferie, hvis lønmodtageren bliver syg forinden feriens afholdelse, if. ferielovens § 13, stk. 2. Hvis sygdommen derimod opstår efter feriens påbegyndelse, så er risikoen overgået til lønmodtageren og der gives ikke ret til erstatningsferie. Denne retsstilling kan som følger af ny praksis fra EU-Domstolen ikke længere opretholdes meget.

Siden 2001 begynder ferien efter ferielovens § 13, stk. 1 og stk. 2, ved arbejdstids begyndelse den første feriedag. Det betyder, at ferien for langt de fleste lønmodtagere begynder ved normal arbejdstid mandag morgen, således at ferieugen går fra mandag morgen ved normal arbejdstids begyndelse til fredag aften ved normal arbejdstids ophør. Det er den enkelte lønmodtagers normale arbejdstids begyndelse og ophør, der er afgørende for, hvornår ferien begynder henholdsvis slutter.

Hvis en lønmodtager er syg, når ferien begynder, har lønmodtageren ikke pligt til at begynde ferien. Hvis lønmodtageren vælger ikke at påbegynde ferien, vil lønmodtageren have ret til en erstatningsferie på et senere tidspunkt for de mistede feriedage, det vil sige, at ferien suspenderes. Når lønmodtageren bliver rask, skal lønmodtageren møde på arbejde igen, medmindre lønmodtageren vælger at afholde resten af ferien inden for den fastlagte ferieperiode. Hvis lønmodtageren i stedet ønsker en ny "hel" ferieperiode, må lønmodtageren møde på arbejde efter raskmelding. Dette gælder, selv om lønmodtageren bliver rask inden for den periode, hvor lønmodtageren skulle have holdt sin ferie.

Omvendt betyder det efter dansk ferieret, at en lønmodtager, der bliver syg efter at have påbegyndt sin ferie, selv bærer risikoen for sygdommen og har ikke ret til en erstatningsferie for de feriedage, hvor lønmodtageren er syg. Det vil sige, at ferien ikke suspenderes. Det er den altovervejende hovedregel, at det gælder, uanset sygdommens længde og hvor alvorlig sygdommen er.

C-277/08 - Pereda

EU-Domstolen den 10. september 2009 afsagde dom i sag C-277/08 (Pereda). Sagen angik en spansk lønmodtager, Francisco Vicente Pereda, der som følge af en arbejdsulykke var sygemeldt i næsten hele den periode, hvor han i henhold til virksomhedens ferieplan var tildelt sin årlige betalte ferie i 2007. Arbejdsulykken og dermed sygdommen var indtruffet før den fastsatte dato for feriens påbegyndelse. Derfor anmodede han i september 2007 sin arbejdsgiver om at få en ny årlig betalt ferie for året 2007 fra 15. november på grund af sygeorloven under den ferie, som han oprindeligt var tildelt. Arbejdsgiveren afslog denne anmodning, og da sagen kom for retten, besluttede den spanske domstol at forelægge EU-Domstolen spørgsmålet om Peredas ret til erstatningsferie præjudicielt.

Det spørgsmål, som den spanske domstol forelagde, er gengivet i dommens præmis 16 og indeholder følgende formulering:

”Skal artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 fortolkes således, at i tilfælde hvor den ferie, der er fastsat i virksomhedens ferieplan, tidsmæssigt falder sammen med midlertidig uarbejdsdygtighed som følge af en arbejdsulykke, der er indtruffet før den fastsatte dato for feriens påbegyndelse, har den berørte arbejdstager efter at være raskmeldt ret til at afholde ferien på andre tidspunkter end de oprindeligt fastsatte, uanset om det relevante kalenderår er udløbet eller ej?”

EU-Domstolen har besvaret det forelagte spørgsmål med, at artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 skal fortolkes således, at den er til hinder for nationale bestemmelser eller kollektive overenskomster, hvorefter en arbejdstager, der er sygemeldt under sin årlige ferie, ikke har ret til efter raskmelding at afholde sin ferie på et andet tidspunkt.

Det kan dog ikke umiddelbart af dommens præmisser udledes, at en medarbejder har ret til erstatningsferie, hvis sygdommen opstår efter feriens begyndelse. EU-Domstolen sondrer nemlig ikke mellem sygdomme opstået før eller under ferie. I den konkrete sag var lønmodtagerens sygdom opstået før ferien. Lars Svenning Andersen er af den opfattelse Funktionærret, 4. udgave, at “det er mest nærliggende at forstå EU-Domstolens generelt udformede præmisser og kendelse på en sådan måde, at perioder med sygdom og ferieperioder inden for den i arbejdstidsdirektivet fastsatte minimumsferieperiode ikke må være sammenfaldende.”

Efter EU-Domstolens dom blev spørgsmålet om, hvilke konsekvenser dommen vil kunne få for de danske ferieregler, rejst.

Folketingets Europaudvalg anmodede således ved brev af 9. oktober 2009 Beskæftigelsesministeren om nedsættelse af en arbejdsgruppe til at se nærmere på dommens forventelige konsekvenser for de danske ferieregler.

'12 "FERIE MAN IKKE KAN SLIPPE FRA"

Resultatet af 10 måneders arbejde og 11 møder arbejdsmarkedspartene imellem var en udgivelse af "Rapport fra Arbejdsgruppen om ferie og sygdom" i september 2010. Arbejdsgruppen kunne imidlertid ikke blive enig i fortolkningen af EU-retten og retstilstanden.

Lønmodtagersiden mente, at den nugældende regel i den danske ferielovens § 13 ikke er i overensstemmelse med den seneste praksis fra EU-domstolen, og at en ændring af ferieloven derfor er påkrævet. Arbejdsgiverne mente omvendt ikke, at der var tilstrækkeligt grundlag for at anbefale en ændring af ferieloven, og at en ændring af ferieloven ikke er nødvendig.

I arbejdsgruppens rapport var det Beskæftigelsesministeriets vurdering, at det er tvivlsomt om ferielovens gældende ordning, hvorefter lønmodtager bærer risikoen for sygdom, der opstår under ferien, fuldt ud vil kunne opretholdes, hvis spørgsmålet om ordningens overensstemmelse med artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 forelægges EU-Domstolen.

Lovforslaget

Som følge af EU-Domstolens nye praksis og arbejdsgruppens rapport har Beskæftigelsesministeriet sendt lovforslaget i høring for at sikre, at reglerne om sygdom under ferie lever op til EU-rettens krav.

Beskæftigelsesministeriet har foreslået, at ferieloven ændres, således at en lønmodtager, som bliver syg efter feriens begyndelse får som udgangspunkt ret til erstatningsferie. Såfremt lovforslaget vedtages, vil det medføre betydelige merudgifter for arbejdsgiverne. Pensionsstyrelsen har vurderet, at de økonomiske konsekvenser med betydelig usikkerhed vil føre til reduktion i arbejdsudbuddet på ca. 2.500 personer og merudgifter for arbejdsgiverne på ca. 1 mia. kr.

For at inddæmme de økonomiske konsekvenser bedst muligt blev det foreslået at indføre såkaldte risikodage, hvor lønmodtageren selv bærer risikoen for egen sygdom, der opstår i forbindelse med ferie. Såfremt lønmodtageren har optjent 5 ugers ferie, vil risikoperioden udgøre 5 første dage af lønmodtagerens sygdom. Hvis lønmodtageren har optjent mindre end 5 ugers ferie, så er det alene en forholdsmæssig andel af den optjente ferie (4/5 af de optjente uger), der er beskyttet.

Derudover foreslog Beskæftigelsesministeriet en betingelse for at få erstatningsferie, at lønmodtageren meddeler sygdommen til arbejdsgiveren i overensstemmelse med de regler, som gælder i ansættelsesforholdet i øvrigt. Påberåbelsen af sygdom som en feriehindring har derfor først virkning fra den dag, meddelelsen er givet til arbejdsgiveren i overensstemmelse med de regler, der gælder om sygemelding i sygedagpengeloven, kollektiv overenskomst eller aftale med lønmodtageren.

Det blev endvidere foreslået, at lønmodtageren skal dokumentere sygdommen overfor arbejdsgiver ved en lægeerklæring. Den lægelige dokumentation skal betales af lønmodtageren selv. Denne betingelse skyldes, at man fra lovgivers side forsøger at mindske risikoen for misbrug af retten til erstatningsferie.

Såfremt lovforslaget vedtages, vil loven træde i kraft den 1. maj 2012.

EKSEMPLER PÅ BEREGNING AF ERSTATNINGSFERIE

EKSEMPEL 1

Lønmodtageren har optjent ret til 5 ugers ferie. Det er blevet fastlagt, at lønmodtageren skal afholde 3 ugers hovedferie. I tilfælde af sygdom under ferien bliver der tale om at lønmodtageren bærer risikoen for sygdommen under ferien i 5 dage.

EKSEMPEL 2

Har lønmodtageren optjent 5 dages ferie i optjeningsåret til afholdelse i det efterfølgende ferieår, vil antallet af dage i risikoperioden svare til $\frac{1}{5}$ af 5 dages ferie, dvs. at lønmodtageren bærer risikoen for 1 dags sygdom.

EKSEMPEL 3

En lønmodtager holder 15 dages ferie i juli 2012. Under ferien bliver lønmodtageren syg i 2 dage, derefter bliver lønmodtageren rask igen og ferien fortsætter. I oktober holder lønmodtageren 5 dages ferie, og lønmodtageren er syg alle 5 dage i ferien. Forudsat at lønmodtageren overholder de regler, der eventuelt måtte gælde for sygemelding og eventuelle dokumentationskrav, vil 2 af de 5 risikodage ligge i juli måned og de sidste 3 risikodage i ferien i oktober måned. Lønmodtageren vil således få de sidste 2 dage af ferien i oktober måned erstattet.





Anja Bülow Jensen
Advokat
Lund Elmer Sandager
advokatpartnerselskab

Anja Bülow Jensen beskæftiger sig hovedsageligt med ansættelses- og arbejdsret, persondata og konfliktmægling.

En status på (noget af) beskyttelsen af gravide

tekst: Anja Bülow Jensen, advokat, Lund Elmer Sandager advokatpartnerselskab

Der er til stadighed en række tvister vedrørende beskyttelsen af gravide og medarbejdere på orlov og rækkevidden af beskyttelsen. Der er særligt to situationer, hvor der på det seneste er kommet en yderligere afklaring af beskyttelsens rækkevidde. Det drejer sig om 1) situationer, hvor arbejdsgiveren ikke på beslutningstidspunktet var bekendt med graviditeten, og 2) situationer, hvor arbejdsgiveren opsiger en gravid eller medarbejder på orlov i forbindelse med nedskæringer. Jeg har valgt at koncentrere mig om disse to situationer i denne artikel, selvom der naturligvis er en række andre situationer, som også er relevante.

Arbejdsgiveren var ikke bekendt med graviditeten på beslutningstidspunktet

Det fremgår af ligebehandlingsloven, at en arbejdsgiver ikke må opsig en medarbejder på grund af graviditet eller barsel mv. Såfremt opsigelsen finder sted under graviditet eller orloven, skal arbejdsgiveren bevise, at opsigelsen hverken helt eller delvis er begrundet i graviditeten eller orloven.

Indtil for nyligt har det været afgørende, om arbejdsgiveren havde kendskab til graviditeten på det tidspunkt, hvor det blev besluttet at opsig den pågældende. Dette er en naturlig forlængelse af beskyttelsens indhold, som jo netop er, at graviditeten eller orloven ikke må være en medvirkende årsag til opsigelsen. Hvis arbejdsgiveren kunne bevise, at arbejdsgiveren ikke var bekendt med graviditeten, kunne arbejdsgiveren også løfte bevisbyrden for, at graviditeten ikke var en medvirkende årsag.

Dette er blandt andet støttet af to afgørelser fra i år, som er afgjort af hhv. Vestre Landsret og Ligebehandlingsnævnet.

I sagen fra Vestre Landsret (Vestre Landsrets dom af 8. februar 2012 i sag B-2283-10) var der tale om en opsigelse af en klinikassistent under graviditeten. Arbejdsgiveren var imidlertid på beslutningstidspunktet (beviseligt) ikke bekendt med graviditeten, og derved havde arbejdsgiveren ifølge Vestre Landsret bevist, at graviditeten ikke var medvirkende årsag til opsigelsen.

I sagen for Ligebehandlingsnævnet (Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 27. januar 2012 i sag 7100082-12) kunne arbejdsgiveren bevise, at beslutningen om at opsig den gravide medarbejder var truffet, inden hun informerede arbejdsgiveren om graviditeten. Ligebehandlingsnævnet fandt, at opsigelsen ikke var i strid med ligebehandlingsloven, fordi arbejdsgiveren kunne bevise, at arbejdsgiveren ikke havde kendskab til graviditeten, da



beslutningen om at opsigse medarbejderen blev truffet. Det forhold, at den formelle opsigelse først blev udarbejdet efterfølgende ændrede ikke herpå.

Højesteret har imidlertid ændret denne retstilstand – i hvert fald på ét område. Højesteretsdom har i en dom fra februar 2012 (Højesterets dom af 20. februar 2012 i sag 48/2010) taget stilling til betydningen af arbejdsgiverens ukendskab til graviditeten. I denne sag blev medarbejderen opsagt i prøvetiden på grund af for meget sygefravær, og arbejdsgiveren var ikke bekendt med, at medarbejderen var gravid. Der var imidlertid tale om graviditetsbetinget sygdom, hvilket arbejdsgiveren af naturlige årsager heller ikke vidste. Højesteret slog fast, at beskyttelsen mod afskedigelse som følge af graviditetsrelateret fravær også omfatter den situation, hvor arbejdsgiveren på opsigelsestidspunktet hverken var eller burde være bekendt med graviditeten. Arbejdsgiveren skal dog kun betale godtgørelse i denne situation, hvis arbejdsgiveren ikke omgør sin beslutning om opsigelse efter at være blevet bekendt med graviditeten.

Rækkevidden af Højesteretsdommen er noget usikker.

Højesteretsdommen vil af nogle sikkert blive opfattet således, at arbejdsgiverens manglende kendskab til graviditeten ikke længere er tilstrækkeligt til at undgå godtgørelseskravet, og at Højesteret med dommen dermed tilsidesætter den hidtidige praksis herom. Efter min vurdering handler Højesterets-

dommen dog kun om den særlige situation, hvor en medarbejder er fraværende på grund af graviditetsbetinget sygdom, og hvor sygefraværet har været årsagen (eller medvirkende årsag) til opsigelsen. Dette støttes af, at Højesteret i præmisserne særligt fremhæver, at beskyttelsen mod opsigelse som følge af graviditetsrelateret fravær også omfatter en situation, hvor arbejdsgiveren på opsigelsestidspunktet hverken var eller burde være bekendt med graviditeten. Såfremt Højesteretsdommen skulle fortolkes yderligere end det, må man forvente, at Højesteret i præmisserne havde gjort mere ud af tilsidesættelsen af hidtidig praksis. Derudover er det værd at bemærke, at Vestre Landsret i den førnævnte sag (Vestre Landsrets dom af 8. februar 2012 i sag B-2283-10) i præmisserne bemærker det begrænsede graviditetsbetinget sygefravær ikke kunne antages at have været en medvirkende årsag til opsigelsen. Det er derfor min vurdering, at dommen kun tilsidesætter den tidligere retspraksis i den særlige situation, hvor der er tale om graviditetsbetinget fravær, og hvor fraværet er medvirkende årsag til opsigelsen.

Som noget nyt indfører Højesteret en fortrydelsesret for arbejdsgiveren. Højesteret fremhæver, at arbejdsgiveren kun skal betale godtgørelse, hvis arbejdsgiveren ikke omgør sin beslutning om opsigelse efter at være blevet bekendt med graviditeten. Arbejdsgiveren kan nu med Højesteretsdommen i hånden tilbyde at annullere opsigelsen med den virkning, at arbejdsgiveren ikke skal betale godtgørelse efter ligebehandlingsloven. Det er naturligvis klart, at denne mulighed kun kan benyttes i de situationer, hvor arbejdsgiveren ikke kendte til graviditeten. Hvis arbejdsgiveren kendte til graviditeten eller burde kende til den, fanger bordet.

Selvom arbejdsgiveren tilbyder at annullere opsigelsen, er medarbejderen ikke forpligtet til at genoptage arbejdet, og det må være frit for medarbejderen at fastholde opsigelsen. Men i dette tilfælde vil arbejdsgiveren ikke være forpligtet til at betale en godtgørelse efter ligebehandlingsloven. Højesterets præmisser synes ikke at efterlade nogen undtagelser til arbejdsgiverens fortrydelsesret, men det kan naturligvis ikke helt udelukkes, at der kan være undtagelser hertil.

Opsigelse af beskyttede som led i nedskæringer

I løbet af 2011 og 2012 er der kommet en række afgørelser, som nærmere afgrænser rækkevidden af beskyttelsen efter ligebehandlingsloven, når arbejdsgiveren af driftsmæssige årsager gennemfører nedskæringer.

Kendetegnet ved afgørelserne er ikke overraskende, at der foretages en meget grundig prøvelse og vurdering af arbejdsgiverens beslutningsgrundlag. Arbejdsgiverens beviser er derfor helt afgørende for udfaldet af disse sager, hvor gravide eller medarbejdere på orlov opsiges i forbindelse med personalereduktioner.

Et andet kendetegn er, at den særligt beskyttede medarbejder så vidt muligt kan beholde sin stilling eller tilbydes en anden stilling. Men dette er ikke et ubetinget krav, hvis der er væsentlige objektive grunde til at opsiges netop den særligt beskyttede medarbejder. Hvis arbejdsgiveren

kan løfte bevisbyrden for, 1) at der er behov for nedskæringer, 2) at der er objektive og saglige årsager til, at den særligt beskyttede medarbejder opsiges, og 3) at den pågældende medarbejder ikke kunne omplaceres efter en nøje undersøgelse af disse muligheder, vil opsigelsen af den særligt beskyttede medarbejder ikke være i strid med ligebehandlingsloven.

Som eksempel kan nævnes, at Østre Landsret i en dom fra februar 2012 (Østre Landsrets dom af 9. februar 2012 i sag B-2575-11) har godkendt opsigelsen af en medarbejder på forældreorlov som led i nedskæringer, fordi arbejdsgiveren kunne bevise, at den pågældende ikke var lige så kompetent som kollegerne. I den pågældende sag var alle de tilbageværende medarbejdere med undtagelse af én faguddannede, og de havde alle længere anciennitet.

Ligebehandlingsnævnet har også i flere tilfælde godkendt opsigelser af særligt beskyttede medarbejdere som led i nedskæringer, hvis valget af den særligt beskyttede medarbejder kan begrundes i dokumenterbare og objektive forhold. Dette var blandt andet tilfældet i Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 11. november 2011 (Sag 2500008-11), hvor valget af den gravide var begrundet i dokumenterbare og objektive forhold vedrørende den tilbageværende medarbejders forretningsområde og kompetencer. Et andet eksempel er Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 14. oktober 2011 (Sag 2500038-11) vedrørende opsigelse af en spadesigner under barselsorlov, hvor den pågældende medarbejder som den eneste kun var beskæftiget med spa-booking, og hvor denne funktion blev nedlagt. Et tredje eksempel er Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 14. oktober 2011 (Sag 2500010-11) vedrørende opsigelse af en gravid socialkonsulent. I denne sag fandt Nævnet, at arbejdsgiveren havde bevist, at reduktionen af arbejdsmængden var sket i den pågældende medarbejders område, og at det ikke var muligt at omplacere medarbejderen.

Ikke overraskende er der også en række afgørelser, hvor arbejdsgiveren ikke kunne løfte den tunge bevisbyrde. Et eksempel herpå er Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 14. oktober 2011 (Sag 2500026-11) vedrørende opsigelse af gravid alkoholbehandler, hvor arbejdsgiveren ikke kunne bevise, at den pågældende medarbejder ikke kunne omplaceres på bekostning af en anden medarbejder. Et andet eksempel er Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 12. august 2011 (Sag 2500091-11) vedrørende opsigelse af en gravid socialpædagog, hvor arbejdsgiveren ikke kunne bevise, at medarbejderen ikke kunne omplaceres til andet arbejde.

Afslutningsvis skal det blot bemærkes, at der skal ske en vurdering af alle relevante medarbejdere, og at arbejdsgiveren ikke kan udelukke nogen medarbejdere som følge af en særlig beskyttelse. Dette blev fastslået i Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 11. november 2011 (Sag 2500138-11), hvor en tillidsrepræsentant og medarbejderrepræsentant ikke havde indgået i vurderingen af hvilke medarbejdere, der skulle opsiges. Nævnet udtalte i afgørelsen, at vurderingen, om afskedigelsen af den gravide var i strid med ligebehandlingsloven, skal ske uden hensyntagen til den aftalebaserede beskyttelse af tillidsrepræsentanter.



Advarsel og advarslens betydning i ansættelsesforhold

tekst: Anton Kraev, redaktør, HR JURA

Der er mange arbejdsgivere, der underminerer advarslers betydning, eller ikke ved, hvordan en advarsel skal udformes. Det kan endvidere være ubehageligt for andre at skulle konfrontere de ansatte med en advarsel.

I mange opsigelses- og bortvisningssituationer spiller det imidlertid en vigtig rolle, om der forud for opsigelse eller bortvisning er givet advarsel. Ved at give en advarsel til en arbejdstager tilkendegiver arbejdsgiveren, at en bestemt adfærd hos arbejdstageren ikke er acceptabel.

En gennemgang af advarslens betydning og krav til advarslens udformning vil blive behandlet i det følgende.

Advarsler i obligationsretten

Privatretten blev i takt med, at flere og flere livsforhold er blevet underkastet retlig regulering, opdelt i flere retsområder. Som led i dette forløb blev ansættelsesforhold udskilt til en særskilt retsdisciplin. Det lønnede ansættelsesforhold hører til en gruppe af kontraktforhold, hvor parter udveksler arbejdsydelser mod lønydelser. Jens Kristiansen bemærker¹, det særlige ved denne type af kontraktforhold er, at realydelsen ikke kan adskilles fra personen, og at realydelsen udføres under ledelse af en arbejdsgiver. Arbejdsgiverens ledelsesret og -pligt til at instruere og kontrollere er således et integreret del i ethvert ansættelsesforhold. Det er dog ikke nogen hemmelighed, at ansættelses- og arbejdsretten har rødder i privatretten, herunder obligationsretten.

I dansk obligationsret gælder en almindelig princip om, at den part, der ønsker at gøre en misligholdelse gældende, skal gøre den anden part opmærksom herpå indenfor en vis tid, hvis han ønsker at bevare muligheden for at gøre beføjelser gældende. Der gælder for så vidt en almindelig reklamationspligt for den anden part. Reklamationspligten ses som udslag af kontraktparternes almindelige pligt til at tage hensyn til hinandens interesser og at agere loyalt overfor hinanden. I obligationsretten antages det², at selv om en part er i misligholdelse, har han rimeligt krav på at vide, hvor han står.

Advarsler i ansættelsesforhold

Det samme er imidlertid gældende i ethvert ansættelsesforhold. Der er enighed om i både teori og retspraksis, at en saglig opsigelse eller bortvisning begrundet i arbejdstagerens

forhold som altovervejende hovedregel skal have en forudgående advarsel. Advarslerne har således til formål at give arbejdsgiveren en mulighed for at tilkendegive arbejdstageren, at en bestemt adfærd eller et bestemt forhold hos pågældende ikke er acceptabel eller ikke fortsat vil blive tolereret, og at give arbejdstageren en mulighed for at rette op på de forhold eller for at stoppe det uønskede adfærd, der kan på sigt begrunde opsigelse eller bortvisning.

Som Jens Kristiansen³ anfører, så er det vigtigt for at opnå en bedre forståelse af advarslens betydning at være opmærksom på, "at ledelsens sigte med advarsler typisk ikke er at sanktionere brud på arbejdstagerens pligter, men at vejlede pågældende om det uacceptable ved en bestemt adfærd og advare om følgerne ved fortsættelse eller gentagelse."

Meddelte advarsler har imidlertid også den praktiske betydning, at virksomheden herved får mulighed for at dokumentere, at det omhandlede forhold er tillagt afgørende betydning af virksomheden.⁴ En advarsel kan ligeledes have bevismæssig betydning i relation til tidligere forseelser.

En advarsel kan være relevant i de tilfælde, hvor en arbejdstager ikke opfylder sine arbejdsforpligtelser ved eksempelvis at bryde virksomhedens regler og personalepolitikker, udføre arbejdet på ikke tilfredsstillende vis mv. Der findes imidlertid intet lovkrav om, at arbejdsgiveren skal have givet arbejdstageren en advarsel forud for en opsigelse eller bortvisning.

En advarsel har betydning i de sager, hvor de påberåbte forhold ikke isoleret set kan vurderes som så groft, at opsigelse kan være en rimelig reaktion. Omvendt kan en advarsel være uden betydning ved særligt grove eller strafbare forhold.⁵

I mange sager kræves det, at såfremt den opsagte eller bortviste havde kunnet rette op på de forhold, der begrundet opsigelse eller bortvisning, skulle pågældende gennem en advarsel have fået en opfordring til at opfylde arbejdsgiverens ønsker.⁶ I Afskedigelsesnævnets tilkendegivelse af 20. december 2002⁷ fandt opmanden Poul Sørensen, at en opsigelse ikke kunne anses som sagligt begrundet, og lagde vægt på, at "der forud for opsigelsen [ikke] har været givet A en klar og entydig advarsel vedrørende de forhold, som virksomheden under sagen har påberåbt sig om hans utilstrækkelige arbejdsindsats og engagement."

Forhold, som medarbejderen har indflydelse på

Det følger af fast retspraksis, at advarsel kun er beføjet i anledning af forhold, medarbejderen har indflydelse på.⁸ Der er således en undtagelse fra kravet om forudgående advarsel i de tilfælde, hvor en ændring af tingenes tilstand efter en objektiv vurdering ikke ville indtræde uanset en advarsel.

Advarsler kan herefter i mange tilfælde være meningsløse, idet de ifølge sagens natur ikke kan tilføre nogen ændring. Som eksempel herpå kan nævnes en advarsel mod fremtidigt sygefravær.⁹

Opmanden Preben Kistrup udtalte således i Faglig Voldgifts kendelse af 10. marts 1998:

“En advarsel har til formål at ændre adfærden hos modtageren, og er der derfor tale om reel sygdom, er det uden mening at give en advarsel. Ønsker en virksomhed derimod at sætte spørgsmål ved rigtigheden af en pludselig stigning i sygefraværet hos de ansatte, uden at der er nogen objektiv påviselig grund til fraværet, vil en advarsel kunne komme på tale.

Selv i sådanne tilfælde vil der ikke umiddelbart være knyttet nogen arbejdsretlig konsekvens af en manglende efterlevelse af advarslen, idet konsekvensen, typisk afskedigelse, altid vil kunne prøves selvstændigt i det fagretlige system.

Om en stigning i sygefraværet er så stor, at stigningen kan begrunde, at der gives advarsler, skal vurderes i forhold til den enkelte virksomheds egen sygestatistik og ikke i forhold til statistikken for andre virksomheder, heller ikke inden for samme branche. At klagerne har påvist, at fraværstatistikken i et andet fjerkræslagteri generelt ligger højere kan derfor ikke tillægges betydning.”

I en ældre kendelse fra Afskedigelsesnævnet 151/1984 udtalte man ligeledes, "at forudgående advarsel i almindelighed ikke kan kræves, da en advarsel er uden indflydelse på, om en sygdom indtræder eller ej". Det er dog forudsætning i disse sager, at der er tale om reel sygdom ¹⁰, jf.

Afskedigelsesnævnet kendelse 136/1983, hvor det blev bemærket, "at begge parter havde lagt til grund, at sygefraværene alle var

nødvendigjorte af reel sygdom, og at advarslerne i så fald normalt ikke kan anses for at være af betydning".

Proportionalitet

I flere sager kommer man ind på en vurdering af, om der er et rimeligt forhold mellem forseelsen og sanktionen. Det i praksis opstillede proportionalitetsprincip indebærer herefter, at det, der kan opnås ved et mindre indgribende skridt, skal forsøges herved frem for med et mere drastisk skridt. Påtaler og advarsler er her de mindre forholdsregler frem for opsigelse eller bortvisning.¹¹

Jørgen Rønnow Bruun¹² henviser i den henseende til Vestre Landsrets dom af 20. december 1990, hvori udtales: "Efter bevisførelse findes det imidlertid ikke fuldt tilstrækkeligt godtgjort ..., at afskedigelse ... var den eneste eller dog mest rimelige løsning". Han bemærker, at bevisbyrden for den nødvendige i den valgte fremgangsmåde, herved lægges på arbejdsgiversiden.

Indhold, formkrav og bevis

En advarsel udgør et påbud, idet den forpligter modtageren i overensstemmelse med påbuddets (advarslens) indhold. Derfor opnår advarslen sine retsvirkninger ved dets fremkomst. Det betyder ikke, at advarslen nødvendigvis skal meddeles skriftligt. Som udgangspunkt er også mundtlige advarsler gyldige. Beviset herfor kan f.eks. tænkes ført gennem vidner, der har overværet den samtale, hvor advarslen blev afgivet. De beviskrav, der stilles i praksis, er tunge. Arbejdsgiveren skal i disse tilfælde både godtgøre, at der er givet en advarsel, og at

advarslen har det indhold, der hævdes af arbejdsgiveren.

Før man giver en skriftlig advarsel kan det i mange tilfælde være mest hensigtsmæssigt at vælge en mundtlig advarsel, hvor arbejdsgiveren tager en samtale med arbejdstageren under et møde. Efter mødet kan der udfyldes et mødereferat, som har samme bevismæssig betydning som en traditionel advarsel. Fremgangsmåden opleves endvidere som mindre indgribende og ubehagelig. Kopi af referatet bør udleveres til arbejdstageren.

Der er som nævnt ikke et krav om, at der først gives en mundtlig advarsel. Man kan sagtens vælge straks at skride til den skriftlige advarsel.

Kravene til advarslen indhold er i almindelighed strenge. Jo mindre forseelse, der er tale om, jo mere præcis må advarslen være. H. G. Carlsen bemærker i sin 1. udgave af "Dansk funktionærret", at "i mange tilfælde er det ikke tilstrækkeligt, at et tilsvarende forhold tidligere har været påtalt, med det må udtrykkelig have været tilkendegivet, at gentagelse eller fortsættelse vil medføre opsigelse eller bortvisning. I så henseende påhviler der arbejdsgiveren en ofte svært opfyldelig bevisbyrde, og uklarhed med hensyn til indholdet af advarslen vil komme ham til skade."¹³

En advarsel skal som nævnt være så præcis som muligt. En advarsel skal være så præcis, at det utvivlsomt står arbejdstageren klart, hvad arbejdsgiveren er utilfreds med, og hvilke konsekvenser vil en gentagelse medføre. Højesteret fremhæver ligeledes i sin

vurdering af en opsigelsens saglighed i U. 1998.385/2H, at der "havde efter det oplyste i perioder været problemer med hensyn til hendes arbejdssystematik og belastnings-evne, men der er ikke på noget tidspunkt [...] givet hende nogen tilkendegivelse om, at hun risikerede afsked."

Den største del af advarsler, man ser i praksis, opfylder ikke de krav, som retspraksis har opstillet. Dette giver anledning til betydelig bitterhed og mange skuffelser fra arbejdsgiverside. Mange arbejdsgivere følger, at der er givet så mange påtale og hentydninger, at arbejdstageren burde have forudset de mulige konsekvenser. Jørgen Rønnow Bruun¹⁴ fremhæver i den forbindelse, at "ledelsesretten er [...] også en ledelsespligt, der også rummer det ubehagelige at skulle konfrontere de ansatte med den utilfredshed, der gør sig gældende med hensyn til pågældende. Givet er det således også, at et meget stort antal af arbejdstagerne vitterligt ikke har forstået, at der gjorde sig nogen særlig utilfredshed gældende."

En advarsel burde herefter indeholde 4 følgende punkter:

1. Hvad er advarslen givet for? Hvad er arbejdsgiveren utilfreds med?
2. Hvordan kan arbejdstageren rette op på forholdet?
3. Hvilke konsekvenser vil gentagelse af de påberåbte forhold medføre – ny advarsel, opsigelse, bortvisning?
4. Hvornår vil man eventuelt tage problemet op til fornyet overvejelse? Hvornår skal

arbejdstageren have rettet op på de påberåbte forhold?

Om der skal gives en frist afhænger af det påtalte forhold. Ved for sent fremmøde er en frist ikke relevant, idet det kan kræves, at der rettes op på forholdet straks. Er der derimod tale om eksempelvis manglende opfølgning på ens sagsportefølje, kan en frist være nødvendig.

Gentagelse af adfærden

Det garanterer naturligvis ikke for, at en afskedigelse vil være saglig, at der er advaret om et givet forhold. Der skal være tale om gentagelse af samme eller et meget lignende forhold, som arbejdsgiveren kan påberåbe sig som opsigelses- eller bortvisningsgrundlag. Det kan endvidere være påkrævet, at gentagelsen sker inden for en kortere periode.

Undlader arbejdsgiveren derimod at reagere på medarbejderens gentagelse af det, det var advaret imod, kan medarbejderen få den berettiget forventning om, at tilsvarende forhold vil blive accepteret fremadrettet. Den første advarsel kan herefter miste sin betydning. Det er derfor vigtigt, at arbejdsgiveren følger op på forholdende løbende.

Forældelse

En meddelt advarsel kan "forældes" og fortabe deres kraft over tid. I nogle tilfælde ser man helt bort fra advarsler, der har ligget et eller to år forud for den misligholdelse, der nu giver anledning til opsigelse eller bortvisning. Der er den opfattelse i teorien, at advarsler, der er mere end 1 år gamle, bør

kun helt undtagelsesvist tillægges betydning.

15

Der skal dog understreges, at der ikke gælder nogen fast grænse. Hvornår en advarsel kan "forældes", beror i høj grad på konkrete omstændigheder og karakteren af misligholdelsen. Er der tale om mindre grove forseelser, eksempelvis forsinket fremmøde, vil en advarsel miste sin betydning ved vurderingen af opsigelsens rimelighed efter ca. et halvt år. Er der derimod tale om meget grove eller strafbare forhold, vil advarslens levetid være betydeligt længere.

Forhåndsadvarsel – aftaler i kontrakt og personalehåndbog

I praksis ses det ofte, at en arbejdsgiver påberåber sig bestemmelser i personalecirkulærer eller ansættelseskontrakter, således, at disse hævdes at være en forhåndsadvarsel. Disse aftaler om, et bestemt forhold skal betragtes som misligholdelse, og hvilke konsekvenser denne misligholdelse skal have, har imidlertid alene karakter af en indskærpelse af i forvejen bestående pligter.¹⁶ Sådanne bestemmelser holdes i øvrigt ofte i generelle vendinger uden angivelse af konsekvenser og derfor ikke opfylder det ovenfor angivne krav til præcision.

Det følger endvidere af praksis, at indholdet af et personalecirkulære ikke sætte almindelige ansættelsesretlige regler om beskyttelse mod afskedigelse og bortvisning ud af kraft, if. Afskedigelsesnævnets kendelse 820/1997, som handlede om en klar fejl fra en stewardesse, der blev bortvist under henvisning til, at hun i strid med et personale-

cirkulære havde undladt at registrere et salg på kasseapparatet. Af det overtrådte protokollat af 20. marts 1996, der blev udsendt til medarbejderne ved skrivelse af 6. juni 1997, fremgik det, at manglende registrering ville medføre bortvisning uanset beløbets størrelse. Opmanden udtalte her, at protokollatet og skrivelsen ikke "kan [...] - uanset at indholdet er godkendt af tillidsrepræsentanterne - fratage de ansatte den gennem voldgifts- og nævnspraksis fastsatte grundlæggende beskyttelse mod uberettiget bortvisning og afskedigelse,

således at enhver overtrædelse af reglerne i protokollatet og skrivelsen skulle kunne begrunde afskedigelse. Protokollatet og skrivelsen kan derimod indgå som elementer i vurderingen af, om den ansattes forseelse kan anses for rimeligt begrundet."

Det er herefter i de fleste tilfælde ikke muligt at fraskrive sig ethvert ansvar og indføre et objektivi ansvar for ansatte. Man kan dog altid indskærpe bevisgrundlag for arbejdstagerne ved at formulere et klart og præcis personalecirkulære.¹⁷

¹ Jens Kristiansen i "Grundlæggende Arbejdsret", 2. udgave, 2009, s. 19-20.

² Mads Bryde Andersen i "Lærebog i Obligationsret I", 3. udgave, 2010, s. 279.

³ Jens Kristiansen i "Det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb i personalesager", UfR 2005, s. 221.

⁴ Jørgen Rønnow Bruun i "Usaglig afskedigelse", 1. udgave, 1996, s. 71.

⁵ Hannah Holst Kragelund og Kia Dollerschell "Afskedigelsesnævnet. Sagsbehandling og praksis", 5. udgave, 2009, s. 87.

⁶ Ole Hasselbalch i "Lærebog i ansættelsesret & personalejura", 3. udgave, 2010, s. 238.

⁷ Afskedigelsesnævnets tilkendegivelse af 20. december 2002, sag 1076/02.

⁸ Ole Hasselbalch i "Lærebog i ansættelsesret & personalejura", 3. udgave, 2010, s. 348.

⁹ Jørgen Rønnow Bruun i "Usaglig afskedigelse", 1. udgave, 1996, s. 75.

¹⁰ Hannah Holst Kragelund og Kia Dollerschell "Afskedigelsesnævnet. Sagsbehandling og praksis", 5. udgave, 2009, s. 87.

¹¹ Jørgen Rønnow Bruun i "Usaglig afskedigelse", 1. udgave, 1996, s. 77.

¹² Jørgen Rønnow Bruun i "Usaglig afskedigelse", 1. udgave, 1996, s. 77.

¹³ H. G. Carlsen i "Dansk funktionærret", 1. udgave, 1963, s. 204.

¹⁴ Jørgen Rønnow Bruun i "Usaglig afskedigelse", 1. udgave, 1996, s. 73.

¹⁵ Jørgen Rønnow Bruun i "Usaglig afskedigelse", 1. udgave, 1996, s. 75.

¹⁶ Ole Hasselbalch i "Lærebog i ansættelsesret & personalejura", 3. udgave, 2010, s. 326.

¹⁷ Hannah Holst Kragelund og Kia Dollerschell "Afskedigelsesnævnet. Sagsbehandling og praksis", 5. udgave, 2009, s. 89-90.

Den senest udkommende ansættelses- og arbejdsretlige litteratur



Når Arbejdstilsynet kommer

Forfatter: Karoline Klaksvig

DA forlag - 48 sider - 2. udgave

Bogen beskriver de krav, Arbejdstilsynet kan stille til virksomhederne, og de rettigheder og pligter, virksomhederne har i relation til Arbejdstilsynet. Bogen henvender sig til både private og offentlige virksomheder.

Formålet med bogen er at forberede virksomheden på Arbejdstilsynets besøg ved at beskrive de tilsynsmetoder og reaktionsmuligheder, Arbejdstilsynet kan tage i anvendelse i kontrollen med virksomhedernes arbejdsmiljø.

Personalejura Håndbogen 2012

Forfatter: Flemming Dreesen

DA forlag - 698 sider - 22. udgave

Et vigtigt opslagsværk, der på personaleområdet giver arbejdsgiveren et hurtigt overblik over regler, rettigheder, pligter og muligheder, men ansatte må gerne smugkigge. Bogen opdateres årligt - domstole dømmer, regel-møllen arbejder, satser justeres, nye regler kommer til og andre ændres.

Bogen udbygges og ajourføres årligt, denne udgave omfatter således de regler og love gældende ved udgangen af januar 2012. Ansættelsesbeviser, ferie og eFeriekort, sygdom, arbejdsmiljø, arbejdsløshedsdagpenge, efterløn, barselorlov, straffeattest er blot nogle af de emner, der behandles. Selv mindre lovændringer giver arbejdsgiveren nye pligter og redskaber, der skal indarbejdes i personaleadministrationen.





Incentives og bonusordninger

Forfattere: Morten Langer, Nicole Offendal

Karnov Group - 350 sider - 1. udgave

Denne bog er en praktisk håndbog, der giver overblik over problemstillingerne i relation til incitamentsordninger – et område, som er i rivende udvikling, og som bliver stadig mere kompliceret.

I bogen samtænkes både jura, HR og den praktiske implementering af ordningerne, og bogen medtager mange eksempler fra domspraksis, som er vigtige for den retlige vurdering af ordningerne. Herudover giver bogen praktiske råd og forslag til indhold i ordningerne.

Ansvar for arbejdsskader - det fysiske og psykiske arbejdsmiljø

Forfattere: Martin Haug, Finn Schwarz

Karnov Group - 461 sider - 2. udgave

Bogen belyser arbejdsgiverens civilretlige og strafferetlige ansvar for arbejdsskader.

Denne 2. udgave af bogen tilføjer desuden en grundig og samlet fremstilling af ansvaret for det psykiske arbejdsmiljø – et emne, der har haft stort fokus i pressen og hos myndighederne de seneste år.

Bogen er velegnet som opslagsværk. Den formidler området i tilgængelig form og indeholder udførlig omtale af trykt og utrykt retspraksis.

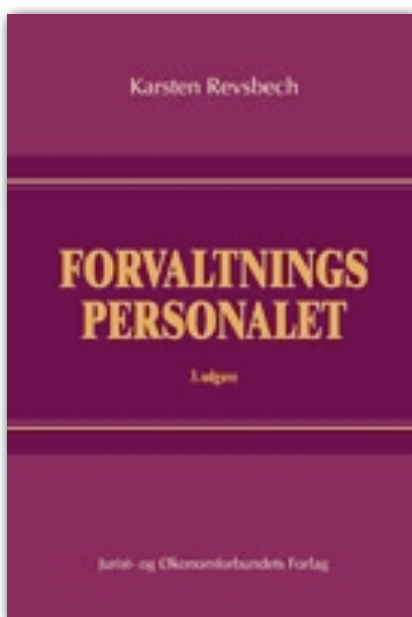


Forvaltningspersonalet

Forfatter: Karsten Revsbech

DJØF forlag - 125 sider - 3. udgave

Denne bog behandler en række spørgsmål om forvaltningens personale under en forvaltningsretlig synsvinkel. Der indgår emner som ansættelsesformer (tjenestemand- og overenskomstansættelse mv.), regler om ansættelse af forvaltningens personale, offentligt ansattes pligter og rettigheder, stillingsændringer (herunder forflyttelse og stillingsnedlæggelse), diskretionær afskedigelse mv. og disciplinære sanktioner.



Kursus og seminarer



Summer Course on European Labour Law

Trier, Germany, 25 June 2012 – 29 June 2012

Objective

The summer course will offer participants an introduction to European labour law.

Key issues

Free movement of workers, Applicable law to employment contracts, Posting of workers, Transfer of undertakings, Information and consultation rights, Equality and non-discrimination, Part-time, fixed-term and temporary agency work, Working time.

Participants will be able to deepen their knowledge through case-studies and workshops.

Who should attend?

The course is aimed at legal practitioners seeking an introduction to European labour law.

E-learning

Test your knowledge, brush up on the basics and get a first taste of the summer course with a preparatory e learning module. To find out more, go to www.era.int/elearning.

Visit to the European Court of Justice

Participants in this summer course will also have the opportunity to visit the European Court of Justice in Luxembourg. The number of places is limited by the Court for practical reasons to 35.

Price: from 523,30 EUR to 1090,00 EUR

More information: visit www.era.int for more information.



Seminar om opsigelser

24. maj 2012, kl. 08.30-11.30

Lett, Købehavn

Beskyttelse og misbrug af erhvervshemmeligheder

7. maj 2012, kl. 15.00-17.00

DELACOUR DANIA, Aarhus

Overenskomstfornyelsen 2012 – et perspektiv

26. april 2012, kl. 09.00-11.30

Norrbom Vinding, København

Morgenmøde om nyt inden for HR-persondata

25. april 2012, kl. 08.30-10.30

IUNO, København

Brunchseminar om whistleblowerordninger

20. april 2012, kl. 08.30-10.00

HORTEN, Hellerup

**Det nye EU-forslag til forordning om persondata-
beskyttelse og dets konsekvenser for arbejdsmarkedet**

12. april 2012, kl. 19.30

Dansk Forening for Arbejdsret, København

**Læs mere og hold dig opdateret med de
kommende kursus og seminarer på
www.hrjura.in.**



Publicer dit ophavsværk der, hvor det bliver læst!

Ansættelses- og arbejdsret

Brænder du for ansættelses- og arbejdsret?

Det gør vi! HR JURA er stiftet og drevet af frivillige og ulønnede kræfter med et enkelt formål - nemlig at skabe et åbent forum for arbejdsgivere, HR-personale, lønmodtager, jurister og andre interesserede parter, hvor alle kan få svar på deres ansættelses- og arbejdsretlige spørgsmål og udfordringer, dele erfaringer og viden.

HR JURA's hjemmeside og LinkedIn-gruppe besøges dagligt af flere partnere, jurister, advokater, ledere, HR-medarbejdere og andre interesserede i ansættelses- og arbejdsret.

Du har nu mulighed for at dele din viden og dine erfaringer med omverden. På HR JURA kan du nemlig udgive publikationer af ansættelses- og arbejdsretlig interesse, eksempelvis en artikel.

Hvad skal der til:

Send din publikation til contact@hrjura.in, hvorefter vi vil offentliggøre den på HR JURA's hjemmeside eller kontakte dig med hensyn til redaktionelle ændringer. Vi vil søge for opsætning, evt. med et billede af dig selv og henvisning til din LinkedIn-profil eller virksomhedens hjemmeside.

Du får rige muligheder for at eksponere dig selv eller din virksomhed over for bredere kreds af ansættelses- og arbejdsretlige specialister, potentielle arbejdsgivere, medarbejdere eller kunder.

Kontakt:

Hvis du har spørgsmål eller kommentarer, er du naturligvis velkommen til at kontakte Anton Kraev på contact@hrjura.in eller besøge vores hjemmeside www.hrjura.in.