

# HRJURA MAGASINET

ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET

10. NUMMER / EFTERÅR 2016

ISSN  
2245-3989

HR JURA V/ANTON KRAEV  
ÆBELØGADE 25, 2. TV.  
2100 KØBENHAVN Ø

CVR.NR. 34379866

WEB: HRJURA.IN  
E-MAIL: CONTACT@HRJURA.IN



# HRJURA MAGASINET

ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET



## INDHOLD

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.

## CITERING

Enhver gengivelse eller kopiering af indholdet fra HR JURA Magasinet er betinget af forudgående skriftlig tilladelse fra HR JURA eller andre ret-tighedshavere.

## REDAKTION



**ANTON KRAEV**  
ANSVARSHAVENDE REDAKTØR  
ADVOKATFULDMÆGTIG, CAND.MERC.JUR

TELEFON: +45 31181138  
E-MAIL: ANTON.KRAEV@HRJURA.IN

**HR JURA MAGASINET**  
10. NUMMER / EFTERÅR 2016


**ISSN**  
2245-3989

**HR JURA V/ANTON KRAEV**  
ÆBELØGADE 25, 2. TV.  
2100 KØBENHAVN Ø

CVR.NR. 34379866

WEB: HRJURA.IN  
E-MAIL: CONTACT@HRJURA.IN





## UNDGÅ AT BESTIKKE OFFENTLIGT ANSATTE

Forskellen mellem lovlig modtagelse af gaver på den ene side og bestikkelse på den anden side kan være lille. Hortens eksperter i ansættelsesret har udarbejdet en guide til, hvad ansatte hos offentlige myndigheder kan modtage og deltage i.

Få guiden gratis ved at sende en mail til partner Marianne Lage på [mla@horten.dk](mailto:mla@horten.dk).

# INDHOLDSFORTEGNELSE

- 7 **DYNAMISKE BESTEMMELSE I KOLLEKTIVE OVERENSKOMSTER**  
- I LYSET AF VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSELOVENS § 4A, DIREKTIVET  
2001/23 OG CHARTER OM GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER



ANTON KRAEV  
ANSVARSHAVENDE REDAKTØR  
ADVOKATFULDMÆGTIG, CAND.MERC.JUR

- 21 **ANSÆTTELSESRETTLIGE UDFORDRINGER  
I FORBINDELSE MED OUTSOURCING**



METTE KLINGSTEN  
ADVOKAT (H)



MADS BERNSTORN  
ADVOKATFULDMÆGTIG

- 31 **REKRUTTERING - NU MED PERSONDATA**



CATRINE SØNDERGAARD BYRNE  
PARTNER, ADVOKAT (L), CIPP/E

- 41 **ARBEJDSKLAUSULER - HVORNÅR ER DE LOVLIGE?**



HELLE NØHR LARSEN  
ADVOKAT (H)

- 65 **FORENINGSFRIHEDSLOVEN OG FORSKELSBEHANDLING PÅ GRUND  
AF FAGFORENINGSMÆSSIGT TILHØRSFORHOLD**



MIKAEL MARSTAL  
JURIDISK CHEF, ADVOKAT (H)

71 **FALDER MEDARBEJDERAKTIONÆRER UDENFOR  
LØNMODTAGERBEGREBET I DANMARK?**



LISE LAURIDSEN  
PARTNER, ADVOKAT (L)



ANJA STAUGAARD JENSEN  
PARTNER, ADVOKAT

81 **MODREGNING I LØN MED KONNEKSE KRAV**



PIA MOLTKE JENSEN  
ADVOKAT, PH.D.

89 **LOYALITETSPLIGTEN OG MANAGEMENT BUYOUTS**



NICOLAI HESGAARD  
PARTNER, ADVOKAT (L)



STINE BERNT STRYHN  
ADVOKAT

93 **HVORDAN SKAL FERIE VARSLES?**



STEEN ELKJÆR  
ADVOKAT

98 **NYE BØGER**

102 **FORFATTERLISTE**

**Elmann**

Selv den bedste  
HR-afdeling  
kan få brug for  
ekstra ressourcer

**Få en sparringspartner der leverer løsningsorienteret juridisk rådgivning**

# DYNAMISKE BESTEMMELSER I KOLLEKTIVE OVERENSKOMSTER

- I LYSET AF VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSESLovens § 4A, DIREKTIVET 2001/23 OG CHARTER OM GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER



ANTON KRAEV  
ANSVARSHAVENDE REDAKTØR  
ADVOKATFULDMÆGTIG, CAND.MERC.JUR

Det følger af virksomhedsoverdragelseslovens § 4a, stk. 1, sidste sætning, at en erhververs manglende (rettidige) frasigelse af en kollektiv overenskomst har den retsvirkning, at erhververen anses for at have tiltrådt overenskomsten. Det er samtidigt udgangspunktet, at fremtidige ændringer i en organisationsoverenskomst ikke vil forpligte erhververen, som ikke medlem af den overenskomstbærende arbejdsgiverorganisation, da erhververen i tilfælde af manglende frasigelse alene indtræder som part i det bestående overenskomstforhold. Arbejdsgiverorganisationen har derfor ikke noget foreningsretligt eller arbejdsretligt mandat til at forpligte erhververen fremadrettet.<sup>1</sup>

Retsstillingen i forbindelse med manglende (rettidig) frasigelse er imidlertid ikke afklaret i forhold til de kollektive aftaler, som indeholder såkaldte 'dynamiske' bestemmelser. Enkelte organisationsoverenskomster og en række af tiltrædelsesoverenskomster indeholder nemlig bestemmelser om, at virksomhederne er forpligtet til at følge ændringer og reguleringer, der til enhver tid aftales overenskomstbærende organisationer imellem, bl.a. ved overenskomstfornyelserne.

En hurtig google-søgning viser, at rigtig mange tiltrædelsesprotokollater (-overenskomster) indeholder eksempelvis følgende formuleringer:

*Løn- og ansættelsesvilkår følger den til enhver tid gældende overenskomst vedrørende løn- ansættelsesforhold for [faggruppe] med tilhørende protokollater, der er indgået mellem [...] og [...].*

eller

*[Arbejdsgiveren] erklærer sig herved indforstået med, at den til enhver tid gældende overenskomst, med tilhørende protokollater og bilag, for [faggruppe] - herunder den mellem Dansk Arbejdsgiverforening og Landsorganisationen i Danmark til enhver tid gældende hovedaftale - er gældende i alle dens ord og punkter, hvad angår de hos arbejdsgiveren beskæftigede medarbejdere.*

Disse dynamiske bestemmelser tager sigte på de situationer, hvor virksomheder, som ikke er medlemmer af de overenskomstbærende arbejdsgiverorganisationer, og som dermed ikke automa-

<sup>1</sup> "Den kollektive arbejdsret" af Jens Kristiansen, 3. udgave 2014, Djøf Forlag, s. 204.

tisk bliver forpligtet til at følge overenskomstfornyelser i forbindelse med overenskomstforhandlingerne mv., alligevel forpligter sig til at følge disse.

Denne artikel har til formål at analysere spørgsmålet om, hvorvidt en erhverver, som ikke er medlem af den overenskomstbærende arbejdsgiverorganisation, og som indtræder i en kollektiv overenskomst som følge af manglende frasigelse af overenskomsten i overensstemmelse med virksomhedsoverdragelseslovens § 4a, er forpligtet til at overholde overenskomstens dynamiske bestemmelser om, at den til enhver tid gældende overenskomst skal følges.

## 1. FRASIGELSE AF KOLLEKTIVE OVERENSKOMSTER I HENHOLD TIL VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSESLovens § 4A

I henhold til virksomhedsoverdragelseslovens § 4a kan en erhverver af en virksomhed indenfor nærmere bestemte frister frasige sig en overenskomst på den virksomhed, der overtages.

Bestemmelsen i virksomhedsoverdragelseslovens § 4a blev indsat i loven med ikrafttræden pr. 1. juli 2001, og har følgende ordlyd i stk. 1:

*En erhverver skal inden 5 uger efter det tidspunkt, hvor denne vidste eller burde vide, at de ansatte eller en del af de ansatte på den virksomhed, der overdrages, har været omfattet af en kollektiv overenskomst, dog tidligst 3 uger efter overtagelsen, underrette det pågældende fagforbund, såfremt denne ikke ønsker at tiltræde overenskomsten. I modsat fald anses erhververen for at have tiltrådt overenskomsten.*

Bestemmelsen indebærer ret for en erhverver til at frasige sig overenskomsten med den virkning, at erhververen ikke indtræder som part i overenskomsten, men alene er forpligtet til at overholde de indi-

viduelle vilkår, der følger af overenskomsten, overfor de overtagne arbejdstagere indtil overenskomstens udløb.

Virksomhedsoverdragelseslovens § 4a, stk. 1, sidste sætning, bestemmer dog samtidigt, at en erhverver af en virksomhed anses for at have tiltrådt den eksisterende overenskomst, såfremt overenskomsten ikke frasiges inden for fristerne. Der er dermed tale om passivitetsregel.

## 2. VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSESLovens § 4A, DE BAGVEDLIGGENDE DIREKTIVER OG PRAKSIS FRA EU-DOMSTOLEN

Virksomhedsoverdragelsesloven gennemfører EU's direktiv om lønmodtagers retstilling ved virksomhedsoverdragelse. Direktiv 2001/23, som erstatter direktiv 77/187, har til formål at beskytte arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiveskifte. I henhold til direktivets artikel 3 sikrer direktivet opretholdelse af overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en ansættelseskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførslen. Formålet med denne bestemmelse er at sikre opretholdelsen af alle løn- og arbejdsvilkårene, herunder de vilkår, der er aftalt i en kollektiv overenskomst, i overensstemmelse med viljen hos de kontraherende parter i den kollektive overenskomst.<sup>2</sup>

Opretholdelsen af de rettigheder og forpligtelser, der er opstået som følge af den ansættelseskontrakt, der var gældende på tidspunktet for overførslen, herunder dem, der følger af den kollektive overenskomst, der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, er en betinget opretholdelse. Medlemsstaterne har således et vidt råderum i forbindelse med gennemførelsen og anvendelsen af direktiv 2001/23. Direktivet tilsigter nemlig kun "en delvis harmonisering af det pågældende område".<sup>3</sup> Direktivet "tilsigter ikke at indføre en ensartet beskyttelse for hele [EU] på grundlag af fælles kriterier", men at sikre, at arbejdstageren "opnår samme beskyttelse i

<sup>2</sup> EU-Domstolens dom af 27. november 2008 i sag C-396/07, præmis 33.

<sup>3</sup> EU-Domstolens dom af 6. november 2003 i sag C-4/01, præmis 41.

*forhold til erhververen, som han havde i forhold til overdrageren i henhold til vedkommende medlemsstats retsregler*".<sup>4</sup>

I henhold til direktivet begrænses medlemsstaterne ikke i forhold til at anvende midler eller indføre administrativt eller ved lov fastsætte bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne. Det fremgår af direktivets artikel 8, at direktivet *"ikke berører medlemsstaternes mulighed for at anvende eller indføre love eller administrative bestemmelser, der er mere gunstige for arbejdstagerne"*.

Virksomhedsoverdragelseslovens § 4a har ikke hjemmel i direktivet, og er således udtryk for en dansk kollektiv arbejdsretlig særregel. Det ændrer imidlertid ikke på det grundlæggende udgangspunkt om, at de nationale domstole skal forsøge at skabe normharmonien ved national fortolkning og, hvis det ikke er muligt, at lade enhver modstående internretlig forskrift være retlig uvirksom. Det er fastslået gentagende gange i praksis, at de nationale domstole skal følge EU-direktiver ved fortolkning af national ret, selvom der er tale om direktiver, der ikke nødvendigvis har direkte virkning for private - pligten til EU-konform fortolkning. I *Colson/Kamann-dommen i sag C-14/83* udtalte EU-Domstolene, at den nationale dommers pligt til at fortolke national ret i overensstemmelse med et direktiv navnlig gælder, når den nationale regel er vedtaget til gennemførelse af direktivet. Pligt til EU-konform fortolkning indebærer en pligt for nationale domstole til fuldt ud at anvende det fortolkningskøn, der findes i national ret, til at nå en EU-konform løsning.

EU-Domstolen har i to sager haft lejlighed til at tage stilling til nationale bestemmelser om, hvorvidt dynamiske bestemmelser, der henviser til den til enhver tid gældende kollektive aftaler, er bindende for erhverver, og om disse er forenelig med direktiv 98/50 EF: *C-499/04* og *C-426/11*. Dommerne gennemgås i det følgende med henblik på at afklare, hvorvidt en fortolkning af virksomhedsoverdra-

gelseslovens § 4a således, at bestemmelsen forpligter en erhverver af en virksomhed til at følge dynamiske bestemmelser i en kollektiv overenskomst og dermed den til enhver tid gældende overenskomst, er forenelig med direktivet og EU-retten i det hele taget.

## 2.1. C-499/04 (WERHOF)<sup>5</sup>

I *Werhof-sagen* skulle EU-Domstolen tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt en erhverver efter tysk ret kun var forpligtet til at følge den kollektive overenskomst, der var gældende på overførelses tidspunktet, eller om erhververen var bundet af en individuel arbejdskontraktens bestemmelse, som henviste til kollektive overenskomster indgået inden for en bestemt branche, samt om denne bestemmelse havde en "dynamisk" karakter, og henviste i henhold til direktivets artikel 2, stk. 1, til kollektive overenskomster indgået efter overdragelsestidspunktet.

Sagen handlede med andre ord om de retsvirkninger, som en (ansættelses-)kontraktbestemmelse har efter en virksomhedsoverdragelse, når bestemmelsen regulerer aftaler om løn, der er indgået mellem en lønmodtagerorganisation og en arbejdsgiverorganisation, som den tidligere arbejdsgiver, men ikke det foretagende, der har overtaget virksomheden, var medlem af, og den kollektive overenskomst var blevet erstattet af en anden efter overdragelsen af virksomheden.

Hans Werhof var ansat i et selskab, der var medlem af den tyske arbejdsgiverforening for metal- og elektronikindustrien. Hans Werhof var ikke medlem af det overenskomstbærende forbund, mens hans ansættelseskontrakt bestemte, at arbejdsforholdene skulle reguleres af den generelle overenskomst, der var gældende for stål-, metal- og elektronikindustrien. I 1999 blev selskabet overdraget til et andet selskab, der ikke var medlem af nogen arbejdsgiverorganisation, som indgår kollektive overenskomster. Hans Werhofs ansættelseskontrakt blev overført uændret.

<sup>4</sup> EU-Domstolens dom af 6. november 2003 i sag C-4/01, præmis 41.

<sup>5</sup> EU-Domstolens dom af 9. marts 2006 i sag C-499/04.

I 2002 blev den tyske overenskomst for stål-, metal- og elektronikindustrien fornyet, og Hans Werhof anlagde en sag med påstand om, at selskabet skulle udbetale ham forskellen mellem de beløb, han havde modtaget, og de beløb, som overenskomsten blev fornyet med.

EU-Domstolen bemærkede indledningsvist, at en (ansættelses-)kontrakt generelt er kendetegnet ved princippet om partsautonomi, hvorefter parterne frit kan forpligter sig over for hinanden. I en virksomhedsoverdragelsessituationen, hvor erhverver ikke er medlem af nogen arbejdsgiverorganisation og ikke er bundet af nogen kollektiv overenskomst, gælder dette princip ikke for erhverver, da det i modsat fald vil være tale om tilsidesættelse af princippet om, at kontrakter ikke kan pålægge tredje- mand forpligtelser.<sup>6</sup>

EU-Domstolen anførte i forbindelse med fortolkning af direktivets artikel 3, at de arbejdsvilkår, der er omfattet af en kollektiv overenskomst, kun opret- holdes indtil denne overenskomst opsiges eller udløber, eller en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning. Det fremgår således på ingen måde af direktivets ordlyd, at fællesskabs- lovgiver har haft til hensigt at lade erhververen være bundet af andre kollektive overenskomster end den, der var gældende på tidspunktet for overførslen, og følgelig at pålægge efterfølgende at ændre arbejds- vilkårene ved anvendelse af en ny kollektiv overens- komst indgået efter overførslen.<sup>7</sup>

Direktivet indskrænker efter EU-Domstolen opfat- telse sig til at varetage de af arbejdstagernes ret- tigheder og forpligtelser, som var gældende på tids- punktet for overførslen. Direktivet har derfor ikke haft til hensigt at beskytte blotte forventninger og dermed de hypotetiske fordele, der følger af de kollektive overenskomsters fremtidige udviklinger.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> EU-Domstolens dom af 9. marts 2006 i sag C-499/04, præmis 23.

<sup>7</sup> EU-Domstolens dom af 9. marts 2006 i sag C-499/04, præmis 27-29.

<sup>8</sup> EU-Domstolens dom af 9. marts 2006 i sag C-499/04, præmis 29, sidste sætning.

<sup>9</sup> EU-Domstolens dom af 9. marts 2006 i sag C-499/04, præmis 31.

<sup>10</sup> EU-Domstolens dom af den 18. juli 2013 i sag C-426/11.

EU-Domstolen understregede, at selv om de af overførslen berørte arbejdstageres interesser i over- ensstemmelse med direktivets formål skal beskyttes, kan der ikke bortses fra erhververens interesser, idet denne bør være i stand til at foretage de tilpas- ninger og ændringer, der er nødvendige af hensyn til fortsættelsen af hans aktiviteter.<sup>9</sup>

EU-Domstolen konkluderede, at det ikke er for- eneligt med direktivets artikel 3, at en bestemmelse, som er indeholdt i en individuel ansættelseskon- trakt, og som henviser til de kollektive overenskom- ster, der er indgået inden for en bestemt branche, har en »dynamisk« karakter og henviser til de kollek- tive overenskomster, der er indgået efter tidspunktet for overførslen af virksomheden.

## 2.2. C-426/11 (ALEMO-HERRON)<sup>10</sup>

*Alemo-Herron-sagen* omhandlede en situation, hvor driften af en engelsk kommunes fritidsforvaltning blev overdraget til en privat virksomhed i maj 2004.

De individuelle ansættelsesvilkår var forud for over- dragelsen reguleret af en kollektiv overenskomst, forhandlet af et kollektivt forhandlingsorgan i den lokale offentlige sektor. Det fremgik således følg- ende af de individuelle ansættelseskontrakter:

*Under Deres ansættelse hos kommunen vil Deres ansættelsesvilkår være i overensstemmelse med kollektive overenskomster, som fra tid til anden forhandles af [...], suppleret lokale aftaler, der er forhandlet af kommunens forhandlingsudvalg.*

De nye overenskomstresultater var forhandlet i juni 2004 og fik virkning med tilbagevirkende kraft fra den 1. april 2004. Aftalen om de nye overenskomst- resultater blev således indgået efter overdragelsen. På det grundlag konkluderede erhverver af fritids- forvaltningen, at de nye overenskomstresultater ikke

var bindende for denne, og nægtede at betale de lønforhøjelser, der var aftalt i overenskomsten.

Erhververen kunne under ingen omstændigheder deltage i overenskomstforhandlingerne, da det var en privat virksomhed uden offentlig administration. Sagens hovedspørgsmål var således, om erhververen i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen fik overført dynamiske bestemmelser, der henviste til kollektive overenskomster og fremtidige resultater af overenskomstforhandlingerne.

Den forelæggende ret anførte, at spørgsmålet i den konkrete sag ikke var det samme, som gav anledning til *Werhof-dommen*. Hans Werhofs ansættelseskontrakt indeholdte en statisk bestemmelse, som der henviste til de lønvilkår, der var forhandlet i en specifik kollektiv overenskomst, som gjaldt på tidspunktet for overførslen. I *Alemo-Herron-sagen* skulle EU-Domstolen derimod tage stilling til, om en medlemsstat er forhindret i at yde arbejdstagere en "dynamisk" beskyttelse i henhold til national kontraktsret, dvs. en beskyttelse, i henhold til hvilken en erhverv ikke alene er bundet af de kollektive overenskomster, som er gældende på tidspunktet for den pågældende overførsel, men også efterfølgende kollektive overenskomster.

EU-Domstolen konstaterede indledningsvist, at direktivet ikke kun har til "*formål at beskytte arbejdstagernes interesser i forbindelse med overførsel af virksomheder, men skal sikre den rette balance mellem sidstnævntes interesser på den ene side og erhververens interesser på den anden side. Navnlig præciserer direktivet, at erhververen bør være i stand til at foretage de tilpasninger og ændringer, der er nødvendige af hensyn til fortsættelsen af hans aktiviteter*".<sup>11</sup>

En dynamisk bestemmelse, der henviser til kollektive overenskomster, som er forhandlet og vedtaget efter tidspunktet for den pågældende virksomhedsoverførsel, kan imidlertid i betydeligt omfang indskrænke det råderum, der er nødvendigt for, at

en erhverver kan foretage de nødvendige tilpasninger og ændringer.

EU-Domstolen bemærkede, at "*det følger af fast praksis, at bestemmelserne i direktiv 2001/23 skal fortolkes under iagttagelse af de grundlæggende rettigheder, som er indeholdt i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«)*". Fortolkningen af artikel 3 i direktiv 2001/23 skal således under alle omstændigheder være i overensstemmelse med charters artikel 16, der omhandler friheden til at oprette og drive egen virksomhed. EU-Domstolen udtalte herefter i præmisserne 32-36:

*Denne grundlæggende rettighed omfatter bl.a. aftalefriheden, således som det fremgår af forklaringerne udarbejdet for at vejlede om fortolkningen af chartret (EUT 2007 C 303, s. 17), og som i henhold til artikel 6, stk. 1, tredje afsnit, TEU og chartrets artikel 52, stk. 7, skal tages i betragtning ved fortolkningen heraf (dom af 22.1.2013, sag C283/11, Sky Österreich, præmis 42).*

*I lyset af artikel 3 i direktiv 2001/23 følger det heraf, at erhververen i medfør af friheden til at oprette og drive egen virksomhed skal have mulighed for effektivt at varetage sine interesser under kontraktforhandlinger, som den pågældende kan deltage i, og for at forhandle de aspekter, som kan ændre arbejdsvilkårene for virksomhedens ansatte, med henblik på erhververens fremtidige erhvervsaktivitet.*

*Imidlertid må det konstateres, at erhververen i hovedsagen ikke har nogen mulighed for at deltage i det omhandlede kollektive forhandlingsorgan. Under disse omstændigheder har erhververen hverken mulighed for effektivt at varetage sine interesser under kontraktforhandlingerne, eller for at forhandle de aspekter, som kan ændre arbejdsvilkårene for virksomhedens ansatte, med henblik på erhververens fremtidige erhvervsaktivitet.*

<sup>11</sup> EU-Domstolens dom af den 18. juli 2013 i sag C-426/11, præmis 25.

*På denne baggrund er nævnte erhververs aftalefrihed så alvorligt reduceret, at begrænsningen kan gøre indgreb i selve substansen af dennes frihed til at oprette og drive egen virksomhed.*

*Artikel 3 i direktiv 2001/23, sammenholdt med dette direktivs artikel 8, kan imidlertid ikke fortolkes således, at den tillader medlemsstaterne at træffe foranstaltninger, der, samtidig med at de er mere gunstige for arbejdstagerne, kan gøre indgreb i selve substansen af erhververens ret til at oprette og drive egen virksomhed (jf. analogt dom af 6.9.2012, sag C544/10, Deutsches Weintor, præmis 54 og 58).*

EU-Domstolen fastslår således på den ene side, at direktivet ikke er til hinder, at medlemsstaterne anvender midler eller indfører administrativt eller ved lov fastsætter bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne. På den anden side fastslår EU-Domstolen generelt, at opretholdelse af virkningerne af dynamiske bestemmelser, der henviser til fremtidige kollektive overenskomster, eller fortolkning af bestemmelser om henvisning til en kollektiv overenskomst dynamisk, er uforenelig med direktivet og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

I Alemo-Herron-sagen var erhververen en privat virksomhed, og var dermed udelukket fra deltagelse i forhandlingerne af den offentlige kollektive overenskomst. Den omstændighed må dog tillægges begrænset betydning i forhold til artiklen hovedproblemstilling, idet domens præmisser også kan udstrække sig til at omfatte andre situationer, hvor erhververen ikke er medlem af den overenskomstbærende arbejdsgiverorganisation af andre årsager. Den negative foreningsfrihed var imidlertid ikke en del af sagen, idet erhververen ikke på nogen måde kunne være repræsenteret i den forhandlingsberettigede organisation. Den grundlæggende rettighed, der blev påberåbt i sagen, var under disse omstændigheder ikke erhververens negative fore-

ingsfrihed i charters artikel 12, men derimod erhververens grundlæggende rettighed til at oprette og drive egen virksomhed i charters artikel 16. Den negative foreningsfrihed var en del af sagen i *Werhof-dommen*, og behandles nærmere nedenfor.

### 3. DEN NEGATIVE FORENINGSFRIHED

Når en bestemmelse på grund af dens særligt bindende karakter henviser til regulering af lønnen og øvrige ansættelsesvilkår i henhold til kommende kollektive overenskomster uden nogen tidsbegrænsning, opstår der et alvorligt problem, for hvis erhververen ønsker at få indflydelse på aftalerne med de overenskomstbærende lønmodtagerorganisationer, er erhververen nødt til at melde sig ind i den forhandlende arbejdsgiverorganisation, hvilket kan indebære en begrænsning i erhververens negative foreningsfrihed.

Selvom direktivet begrænser ikke medlemsstaterne i forhold til at anvende midler eller indføre administrativt eller ved lov fastsætte bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne, og dermed efterlader medlemsstaterne en skønsbeføjelse, skal denne skønsbeføjelse udøves under bestemt retsorden. Denne forpligtelse omfatter også de grundlæggende rettigheder, sådan som det udtrykkeligt bestemt i charters artikel 51. Selvom de enkelte medlemsstater kan tillade ordninger, som er gunstigere for arbejdstagerne i forbindelse med overførsel af en virksomhed, må denne mulighed ikke resultere i en adfærd, der er i strid med de grundlæggende rettigheder, der omhandles i chartret, herunder artikel 12 om foreningsfrihed.<sup>12</sup>

Artikel 12 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder beskytter ikke alene individet mod mulige forbud eller begrænsninger af det mulighed for at deltage i eller oprette foreninger, men også mod en direkte eller indirekte forpligtelse til at deltage i dem, jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis om den negative foreningsfrihed, navnlig dommerne i Sig-

<sup>12</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat af 19. februar 2013 i sag C-426/11, præmis 47.

urður A. Sigurjonsson mos Island af 30. juni 1993, Gustafsson mod Sverige af 25. april 1996 og Vördur Olafsson mod Island af 27. april 2010.<sup>13</sup>

I *Werhof-dommen* i sag C-499/04 har EU-Domstolen haft lejlighed til at forholder sig til spørgsmålet om den negative foreningsfrihed i forhold til direktiv 2001/23 og retsvirkninger af (dynamisk) bestemmelse, der henviser til kollektive overenskomster, som er forhandlet og vedtaget efter tidspunktet for en virksomhedsoverførsel.

I dommen udtalte EU-Domstolen, at *"hvis der [...] blev foretaget en »dynamisk« fortolkning af kontraktens henvisningsbestemmelse [...], ville dette indebære, at de fremtidige kollektive overenskomster finder anvendelse på den erhverver, som ikke er part i den kollektive overenskomst, og at der ville kunne rejses tvivl om dennes grundlæggende ret til ikke at tilslutte sig en sammenslutning."*<sup>14</sup>

En "statisk" fortolkning af den for sagen omhandlede bestemmelse ville efter EU-Domstolens opfattelse gøre det *"muligt at undgå, at erhververen af bedriften, som ikke er part i den kollektive overenskomst, forpligtes af de fremtidige udviklinger i overenskomsten. Erhververens foreningsfrihed sikres således fuldt ud."*<sup>15</sup>

Foreningsfriheden omfatter som nævnt ovenfor retten til ikke at være medlem af en faglig organisation. Denne ret, som erhververen af en virksomhed har, har forrang frem for enhver anden ret af lavere rang, eksempelvis arbejdstagernes ret til at udnytte de økonomiske fordele som følge af udviklingen i de kollektive overenskomster, der er undertegnet af overdrageren af virksomheden, if. generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-499/04, præmis 48-52. Generaladvokaten bemærker derudover, at

EU-Domstolen slog fast i *Bosman-dommen* af 15. december 1995 i sag C-415/93, at dette princip, *"som er knæsat i artikel 11 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, og som følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, indgår blandt de grundlæggende rettigheder, som efter Domstolens faste praksis [...] er beskyttet i Fællesskabets retsorden", og konkludere, at "denne ret, som erhververen af en virksomhed har, har forrang frem for enhver anden ret af lavere rang [...]"*.<sup>16</sup>

#### 4. VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSESLovens § 4A I HISTORISK PERSPEKTIV

Virksomhedsoverdragelseslovens § 4a var ikke med i den oprindelige virksomhedsoverdragelseslov. Før vedtagelsen af direktiv 77/187 EØF og den danske virksomhedsoverdragelseslov, lov nr. 111 af 21. marts 1979, var det retlige udgangspunkt, at en erhverver af en virksomhed ikke blev bundet af den erhververede virksomheds kollektive overenskomster.

En erhverver kunne udenom opsigelsesreglerne i § 7, stk. 2, i Hovedaftalen mellem DA og LO (eller tilsvarende bestemmelser), ved en simpel meddelelse til den overenskomstbærende organisation frigøre sig fra overenskomsten. Erhververen kunne dog blive bundet af overdragerens overenskomster, såfremt man forholdte sig passivt over for disse.<sup>17</sup>

Det fremgår af forarbejderne til den oprindelige virksomhedsoverdragelseslov fra 1979, at loven ikke skulle indføre yderligere beskyttelse af de danske arbejdstagere, end hvad der fulgte af direktivet som et minimumsdirektiv.<sup>18</sup> Spørgsmålet om, hvorvidt virksomhedsoverdragelsesloven direkte hjemlede erhververens indtræden i overdragerens overenskomstforhold, blev i første omgang løst ved fortol-

<sup>13</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat af 19. februar 2013 i sag C-426/11, præmis 43.

<sup>14</sup> EU-Domstolens dom af 9. marts 2006 i sag C-499/04, præmis 34.

<sup>15</sup> EU-Domstolens dom af 9. marts 2006 i sag C-499/04, præmis 35.

<sup>16</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat af 15. november 2005 i sag C-499/04, præmis 51.

<sup>17</sup> Læs mere herom i HR JURA Magasinet, 8. nummer 2016, s. 7 ff.

<sup>18</sup> Folketingstidende 1978-1979, tillæg A, III, spalte 2753 ff.

kning af lovens § 2, stk. 1, som havde følgende ordlyd:

*Overdrages en virksomhed eller en del heraf, indtræder erhververen umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overdragelsestidspunktet i henhold til*  
*1) kollektiv overenskomst og aftale [...]*

Der var i praksis en bred opfattelse af, at loven hjemlede erhververs umiddelbare indtræden i den erhvervede virksomheds kollektive overenskomster som part. Dette juridiske udgangspunkt indebar imidlertid, at direktivet nu skulle fortolkes således, at det også omfattede organisationers partsinteresse i overenskomstforhold som beskyttelsesværdigt objekt. Det stemte ikke overens med hverken direktivets beskyttelsesmæssige karakter – beskyttelsen af arbejdstageres individuelle ansættelsesvilkår – eller tilkendegivelsen i forarbejderne om, at det med loven ikke tilsigtedes at indføre yderligere lønmodtagerbeskyttelse i dansk ret, desuagtet dette efter direktivets bestemmelser var en mulighed, idet direktivet var og er et minimumsdirektiv.<sup>19</sup>

Det blev først ved *Arbejdsrettens dom af 21. marts 1991 i sag 90.328 (PROSA-dommen)*<sup>20</sup> fastslået, at virksomhedsoverdragelsesloven skulle fortolkes i overensstemmelse med direktivet 77/187 EØF<sup>21</sup>, således at de lønmodtagere, der fulgte med over til erhverver, havde krav på uændrede løn- og ansættelsesvilkår, indtil udløbet af den overenskomst, der var gældende før overdragelsen. Det nye ved afgørelsen var, at Arbejdsretten statuerede, at virksomhedsoverdragelsesloven ikke bevirkede, at overenskomsten og Hovedaftalen blev gældende for erhververen som part. Dette spørgsmål skulle afgøres efter almindelige arbejdsretlige regler, som disse var udviklet i retspraksis før vedtagelsen af virksomhedsoverdragelsesloven. Disse almindelige

arbejdsretlige regler var efter Arbejdsrettens opfattelse fortsat gældende ved siden af virksomhedsoverdragelsesloven.

Indholdet af disse almindelige arbejdsretlige regler var, at erhververen var underlagt en snæver passivitetsfrist til at frasige sig overenskomsten i forbindelse med erhvervelsen, men at denne havde mulighed for ved en simpel meddelelse inden for passivitetsfristen at frasige sig overenskomsten.

I forbindelse med, at direktivet blev ændret i 1998<sup>22</sup> med nogle bestemmelser, der primært sigtede på at præcisere retstilstanden, som denne var udviklet i EF-Domstolens retspraksis, fandt daværende arbejdsminister anledning til at fremsætte et lovforslag om ændring af virksomhedsoverdragelsesloven:

*Det oprindelige direktiv og ændringsdirektivet er vedtaget med hjemmel i traktatens artikel 100, som kræver enstemmighed. Der er tale om et minimumsdirektiv, således at der kan fastsættes gunstigere vilkår for arbejdstagerne. I overensstemmelse hermed indeholder den foreslåede § 4a bestemmelser, der går videre end direktivet.*

Lovforslaget indførte den nye regel i § 4a. På den ene side skulle bestemmelsen beskrive den udviklede retstilstand på området. På den anden side fremgik det af lovbemærkningerne, at det var en forbedring af lønmodtagernes rettigheder i forhold til direktivet. Daværende arbejdsminister besvarede spørgsmålet om, hvorvidt det var nødvendigt at indføre mere vidtgående bestemmelser end krævet i direktivet som følgende:

*[...] Det er korrekt, at Regeringen med lovforslagets § 4a går videre, end hvad der kræves af*

<sup>19</sup> "Virksomhedsoverdragelseslovens § 4a's forenelighed med direktiverne bag loven" af Michael Møller Nielsen, UfR 2007 B, s. 10 - 11 (U.2007BB.10).

<sup>20</sup> Arbejdsrettens dom af 21. marts 1991 i sag 90.328 (PROSA-dommen), PROSA mod Finanssektorens Arbejdsgiverforening.

<sup>21</sup> Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977.

<sup>22</sup> Rådets direktiv 98/50/EF af 28. juni 1998, som er et ændringsdirektiv.

direktivet, som er et minimumsdirektiv. Forslaget skal imidlertid ses i lyset af, at arbejdsmarkedet siden 1979 har undergået store forandringer, og at den nuværende lov er meget svær at forstå, idet den forudsætter et stort kendskab til retspraksis. § 4a, stk. 1, afbøder dette. Regeringen mener endvidere, at det er mest fornuftigt at behandle tvister i det forum, der er indrettet hertil, derfor ændringen af § 4a, stk. 2. [...]”<sup>23</sup>

Det fremgår af bemærkninger<sup>24</sup> til lovforslaget til ændringsloven, at formålet med bestemmelsen i lovens § 4a var at præcisere og opstramme den praksis, der blev fastlagt med PROSA-dommen og Superfos-kendelsen.

Det blev som nævnt ovenfor først ved *Arbejdsrettens dom af 21. marts 1991 i sag 90.328 (PROSA-dommen)*<sup>25</sup> fastslået, at virksomhedsoverdragelsesloven ikke bevirkede, at overenskomsten og Hovedaftalen (uden videre) blev gældende for hververeren som part. Arbejdsretten fastslog, at virksomhedsoverdragelsesloven skulle forstås i overensstemmelse med det til grund for loven liggende direktiv, således at EU-Domstolens fortolkning af uklarheder i direktivets tekst samtidig indebærer en fortolkning af den danske lovtekst. Dette indebærer bl.a., at de arbejdstagere, der fortsatte hos hververeren, havde krav på uændrede ansættelsesvilkår indtil udløbet af den overenskomst, der før overdragelsen var gældende for ansættelsesforholdet. Arbejdsretten udtalte herefter, at *”Virksomhedsoverdragelsesloven har derimod ikke bevirket, at overenskomsten og hovedaftalen som sådan er blevet gældende for UNIDATA/UNIBANK A/S med klageren som overenskomstpart. For udfaldet af sagen bliver det derfor afgørende, om det klart er tilkendegivet klageren, at man ikke ville indtræde i overenskomstforholdet. I modsat fald er UNIDATA/*

*UNIBANK A/S i overensstemmelse med hidtidig arbejdsretlig teori og praksis blevet forpligtet ved passivitet med den følge, at overenskomsten og hovedaftalen er gældende i forholdet mellem parterne og dermed bestemmende for løn- og arbejdsforhold [...]”*

Dommen blev fulgt op i *Superfos-kendelsen af den 7. februar 1996*<sup>26</sup>, som utvetydigt fastslog, at virksomhedsoverdragelsesloven ikke indebærer, at en erhverver automatisk får partsstatus i forhold til overdragers overenskomst, samt at der ikke i virksomhedsoverdragelsessituationen er en formodning for, at overdragers overenskomst følger med, samt at der ikke er behov for en hurtig indtrædende passivitetsvirkning, når arbejdstagerne i øvrigt er beskyttet af virksomhedsoverdragelseslovens regler umiddelbart ved overdragelsen.<sup>27</sup>

Det var således et af de bærende elementer i PROSA-dommen og Superfos-kendelsen, som lagde grundstenen for indførelsen af virksomhedsoverdragelseslovens § 4a, at der gælder en passivitetsregel, hvorefter erhverver kan blive omfattet af en kollektiv overenskomst og få partsstatus, såfremt hververeren ikke reagerer og frasiger sig overenskomsten indenfor nærmere bestemte frister.

## 5.1. DYNAMISKE BESTEMMELSER I DANSK RET - FV 2014.0175

I dansk ret har man haft lejlighed til at tage stilling til dynamiske bestemmelser i kollektive overenskomster en enkelt gang, hvor sagen dog ikke omhandlede en virksomhedsoverdragelsessituation, men derimod en virksomheds udmeldelse af den overenskomstbærende arbejdsgiverorganisation.

I en *faglig voldgiftskendelse af den 2. juni 2015 i sag FV 2014.0175* skulle der tages stilling til fortolkning

<sup>23</sup> Arbejdsministerens besvarelse af spørgsmål nr. 26 af 24. april 2001 fra Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg (L 190 - bilag4).

<sup>24</sup> Folketingstidende 2000-2001, tillæg A, III, spalte 5655 ff.

<sup>25</sup> Arbejdsrettens dom af 21. marts 1991 i sag 90.328 (PROSA-dommen), PROSA mod Finanssektorens Arbejdsgiverforening.

<sup>26</sup> Faglig voldgift kendelse af 7. februar 1996, FOA mod Entreprenørforening for Superfos Construction A/S.

<sup>27</sup> ”Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer” af Lars Svenning Andersen mf., 5. udgave 2009, Djøf Forlag, s. 298.

af en overenskomsts dynamiske bestemmelse, som har følgende ordlyd:

*Virksomheder, der er omfattet af denne overenskomst, følger fremover de ændringer og reguleringer, der til enhver tid aftales mellem [arbejdsgiverorganisationen] og [lønmodtagerorganisationen], bl.a. ved overenskomstfornyelserne.*

Sagen omhandlede en virksomhed, som udmeldte sig af den overenskomtbærende arbejdsgiverorganisation og i stedet indmeldte sig i en anden arbejdsgiverorganisation, som ikke havde overenskomst med den overenskomtbærende lønmodtagerorganisation for området. Virksomheden var som følge af medlemskabet i den overenskomtbærende arbejdsgiverorganisation omfattet af en overenskomst, som i overensstemmelse med almindelige arbejdsretlige regler forblev gældende for virksomheden.

Twisten i sagen angik, om den nævnte dynamiske bestemmelse i overenskomsten indebar, at den udmeldte virksomhed var omfattet af overenskomsten med de ændringer og reguleringer, der til enhver tid aftales mellem overenskomtparterne, indtil frigørelse for overenskomsten sker, eller om overenskomsten havde karakter af en virksomhedsoverenskomst, og kunne derfor fornys i overensstemmelse med mæglingsskitsen i 2014 i stedet, jf. Hovedaftalen mellem DA og LO.

Sagen omhandlede således ikke spørgsmålet om fortolkning af virksomhedsoverdragelsesloven, men derimod spørgsmålet om, hvorvidt en dynamisk bestemmelse i en overenskomst om, at den til enhver tid gældende overenskomst skal følges, er bindende for en virksomhed, som ikke længere er medlem af den overenskomtbærende arbejdsgiverorganisation, og som dermed ikke længere har indflydelse på overenskomstforhandlinger.

Bestemmelsen blev fortolket således, at virksomheder, der melder sig ud af den overenskomtbærende arbejdsgiverorganisation, er omfattet af overenskomsten med de ændringer og regu-

leringer, der til enhver tid aftales mellem overenskomstens parter, indtil frigørelse for overenskomsten sker.

Opmændene udtalte i sagen bl.a., at det er "en konsekvens, som følger af en bestemmelse i den overenskomst, som en virksomhed enten ved medlemskab af [den overenskomtbærende arbejdsgiverorganisation] ved bestemmelsens indførelse er blevet bundet af eller ved indmeldelsen i [den overenskomtbærende arbejdsgiverorganisation] frivilligt har valgt at tilslutte sig. En udmeldt virksomheds pligt til at følge den til enhver tid gældende overenskomst mellem [...] svarer til, hvad der er velkendt på området for så vidt angår uorganiserede virksomheders tiltrædelsesoverenskomster med en tilsvarende pligt. Der er således det frivillige medlemskab af [den overenskomtbærende arbejdsgiverorganisation], som udløser forpligtelsen, [...]".

Opmændene lagde således først og fremmest vægt på frivillighed og det grundlæggende princip om partsautonomi, hvorefter parterne bl.a. frit kan forpligte sig over for hinanden.

I forhold til uorganiserede virksomheder var der således tale om en almindelig aftale med en lønmodtagerorganisation om at følge den til enhver tid gældende organisationsoverenskomst. Den form for aftaler var efter opmændenes opfattelse ikke så indgribende, at aftaler om tiltrædelse af den kollektive overenskomst i sin helhed, herunder den dynamiske bestemmelse om at følge den til enhver tid gældende overenskomst, aftaleretligt må anses for uforbindende efter princippet i aftalelovens § 36.

I forhold til de virksomheder, der har været medlemmer af den overenskomtbærende arbejdsgiverorganisation, var det tale om fravigelse af princip *pacta tertiis nec nocent* om, at aftaler ikke kan pålægge tredjemand forpligtelser. Den udmeldte virksomhed har efter opmændenes opfattelse frivilligt accepteret den dynamiske bestemmelse i overenskomsten som følge af medlemskabet i den overenskomtbærende arbejdsgiverorganisation, og har dermed frivillig accepteret uddelegering af

forhandlingskompetencen, eller som følge af indmeldelsen og dermed tilslutning til overenskomsten i sin helhed.

Opmændene fandt endvidere, at den dynamiske bestemmelse i overenskomstens ikke er i strid med grundlæggende arbejdsretlige principper, da bestemmelsen har et sagligt formål, nemlig at forebygge, at niveauet for overenskomstparternes overenskomst ikke undergraves.

## 5.2. FV 2014.0175 OG VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSESLovens § 4A

En (tiltrædelses-)overenskomsts dynamiske bestemmelse om, at den til enhver tid gældende overenskomst skal følges, fjerner i praksis erhververens reelle forhandlingsret i forbindelse med overenskomstforhandlingerne, der forhandlingskompetencen fortsat ligger hos den overenskomstbærende arbejdsgiverorganisation, selvom erhververen formelt set er part i overenskomsten.

Der er ingen tvivl om, at det var lovgivernes hensigt, at en erhverver af en virksomhed gennem passivitet og manglende rettidig frasigelse af overenskomsten, skulle indtræde i overenskomsten som part. Det kan imidlertid ikke udledes af virksomhedsoverdragelseslovens ordlyd eller det forarbejdede materiale, at lovgiverne tilsigtede en retstilstand, hvorefter erhververen bliver frataget forhandlingskompetencen.

Som nævnt ovenfor skulle virksomhedsoverdragelseslovens § 4a beskrive den udviklede retstilstand på området. Efter en nærmere gennemgang af domme fra Arbejdsretten og kendelser i faglige voldgifter må det imidlertid konstateres, at spørgsmålet om fortolkning af en overenskomsts dynamiske bestemmelse i virksomhedsoverdragelsessituationen ikke har været prøvet i praksis.

Arbejdsretten har i en enkelt dom af 19. marts 1991 i sag 90.193<sup>28</sup> i forbindelse med fortolkning af

dagældende § 2 i virksomhedsoverdragelsesloven udtalt, at bestemmelsen skulle fortolkes således, at erhververen var forpligtet til at overholde *den til enhver tid gældende overenskomst*. Dommen var imidlertid afsagt forud for vedtagelse af lovens § 4a. Desuden bliver det ikke af indklagede gjort gældende, at erhververen alene skulle overholde den overenskomst, som var gældende på overdragelsestidspunktet, og derimod ikke den til enhver tid gældende overenskomst. Arbejdsrettens dom må på den baggrund anses for at udgøre en meget begrænset retskildeværdi, taget artiklens problemstilling i betragtning.

Opmændene har i den ovennævnte kendelse i FV2014.0175 i argumentationen for, at de enkelte virksomheder var bundet af den dynamiske bestemmelse i overenskomsten mellem de overenskomstbærende arbejdsgiver- og lønmodtagerorganisationer, i det væsentligste henvist til princippet om partsautonomi, samt at virksomhederne skulle følge den dynamiske bestemmelse som følge af frivilligt medlemskab i den overenskomstbærende arbejdsgiverorganisation eller frivillig tiltrædelse af overenskomsten.

Såfremt man skulle hævde, at erhververen af en virksomhed ligeledes var bundet af den dynamiske bestemmelse i den kollektive overenskomst, vil det være konsekvens af en konstatering af, at erhververen frivilligt accepterede overenskomsten og den dynamiske bestemmelse som følge af erhververens manglende frasigelse af det samme i henhold til virksomhedsoverdragelseslovens § 4a. Sagt på en anden vis bliver erhververen bundet af den dynamiske bestemmelse som følge af *stiltiende accept* eller *passivitet*, når erhververen ikke foretager sig yderligere på trods af (burde-)viden om muligheden for at frasige sig den kollektive overenskomst og den dynamiske bestemmelses bebyrdende virkninger.

<sup>28</sup> Arbejdsrettens dom af 19. marts 1991 i sag 90.193, LO for Dansk Bogbinder og Kartonnagearbejder Forbund mod Sammenslutningen af Landbrugets Arbejdsgiverforeninger for Slagteriernes Arbejdsgiverforeninger.

Der stilles i almindelighed strengere krav til konstatering af passivitet eller stiltiende accept af en bebyrdende aftale.<sup>29</sup> Argumentationen for, at en erhververs manglende frasigelse af den kollektive overenskomst i henhold til virksomhedsoverdragelseslovens § 4a skal sidestilles med en frivillig tiltrædelse af den dynamiske bestemmelse, som opmændene lagde til grund i den ovennævnte kendelse, må anses for tvivlsom.

## 6. VURDERING AF RETSTILSTANDEN - EU-RETEN OG VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSESLovens § 4A

Opmændene har i den ovennævnte kendelse i FV2014.0175 i argumentationen for, at de enkelte virksomheder var bundet af den dynamiske bestemmelse i overenskomsten, idet væsentligste henvisning til princippet om partsautonomi, samt at virksomhederne skulle følge den dynamiske bestemmelse som følge af frivilligt medlemskab i den overenskomstbærende arbejdsgiverorganisation eller frivillig tiltrædelse af overenskomsten.

Spørgsmålet om, hvorvidt en erhvervs manglende frasigelse af overenskomstgrundlaget i henhold til virksomhedsoverdragelseslovens § 4a må sidestilles med den i FV 2014.0175 frivillighed, må besvares benægtende. Der stilles i almindelighed strengere krav til konstatering af accept gennem passivitet eller stiltiende accept af en bebyrdende aftale.<sup>30</sup>

Såfremt man alligevel lægger til grund, at den danske retstilstand skal beskrives således, at en erhverver bliver bundet af overenskomstens dynamiske bestemmelser som følge af erhververens manglende frasigelse af overenskomstgrundlaget i henhold til virksomhedsoverdragelseslovens § 4a, vil retstilstanden nok ikke være i overensstemmelse med EU-retten.

Direktiv 2001/23 forbyder på den ene side ikke medlemsstaterne at etablere beskæftigelsesordninger, hvori dynamiske bestemmelser, der henviser til kollektive overenskomster, indgår i overførslen af rettigheder og forpligtelser i forbindelse med en virksomhedsoverførsel. Medlemsstaterne skal dog på den anden side, selv når EU-retten udtrykkeligt giver dem en skønsbeføjelse, udøve den under overholdelse af princippet om Fællesskabets retsordens enhed, som kræver, at den afledte fællesskabsret skal fortolkes i overensstemmelse med de almindelige fællesskabsretlige principper.<sup>31</sup>

Denne forpligtelse omfatter de grundlæggende rettigheder, sådan som det udtrykkeligt er bestemt i charters artikel 51. Selvom de enkelte medlemsstater, herunder Danmark, kan tillade at indføre dynamiske bestemmelser, der henviser til de til enhver tid gældende kollektive overenskomster, må denne mulighed ikke resultere i en adfærd, der er i strid med de grundlæggende rettigheder, der omhandles i charteret,<sup>32</sup> herunder chartrets artikel 16, der omhandler friheden til at oprette og drive egen virksomhed, og charters artikel 12, der omhandler den negative foreningsfrihed.

EU-Domstolen fastslog i *Alemo-Herron-sagen* (C-426/11), at medlemsstaternes foranstaltninger i forhold til dynamiske bestemmelser i kollektive overenskomster i forbindelse med en virksomhedsoverførsel, der, samtidig med at de er mere gunstige for arbejdstagerne, kan gøre indgreb i selve substansen af erhververens ret til at oprette og drive egen virksomhed, og vil dermed være i strid med direktivet og chartrets artikel 16, der omhandler friheden til at oprette og drive egen virksomhed.

Den omstændighed, at der er tale om minimumsdirektiv, der i princippet kan "overimplementeres" og dermed sikre mere gunstige vilkår for arbejds-

<sup>29</sup> Læs mere om kontraktindgåelse ved passivitet og stiltiende aftaler i "Aftaler og mellemmand" af Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, 5. udgave 2006, Forlaget Thomson, s. 99 - 107.

<sup>30</sup> Jf. bl.a. "Aftaler og mellemmand" af Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, 5. udgave 2006, Forlaget Thomson, s. 99 - 107.

<sup>31</sup> EU-Domstolens dom af 9. marts 2006 i sag C-499/04, præmis 32.

<sup>32</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat af 19. februar 2013 i sag C-426/11, præmis 47.

tagerne, ændrede ikke herfor. EU-Domstolen har således forkastet generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-426/11, hvor generaladvokaten argumenterede for, at "EU-retten, og navnlig artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, ikke er til hinder for en national lovgivning, som forpligter erhververen af en virksomhed til at acceptere de eksisterende og fremtidige vilkår, der er aftalt i et kollektivt forhandlingsorgan, forudsat at den nævnte forpligtelse ikke har en ubetinget eller irreversibel karakter".<sup>33</sup>

EU-Domstolen udtalte derudover i sagen, at direktivet ikke kun har til formål at beskytte arbejdstagernes interesser i forbindelse med overførsel af virksomheder, men skal sikre den rette balance mellem sidstnævntes interesser på den ene side og erhververens interesser på den anden side. Navnlig præciseres det, at erhververen bør være i stand til at foretage de tilpasninger og ændringer, der er nødvendige af hensyn til fortsættelsen af hans aktiviteter.

Man kunne på den ene side hævde, at den rette balance er sikret i dansk ret, idet erhververen kan indenfor nærmere bestemt frister frasige en overenskomst på den virksomhed, der overtages. Det må dog samtidig konstateres, at en manglende (rettidig) frasigelse af overenskomsten medfører, at erhververen netop bliver bundet af den dynamiske bestemmelse, og dermed mister forhandlingskompetencen og mulighed for effektivt at varetage sine interesser under kontraktforhandlinger. Retstilstanden vil herefter være i strid med retten til at oprette og drive egen virksomhed i henhold til chartrets artikel 16. Desuden er det ikke utænkeligt, at en erhverver kan have interesse i at tiltræde den hidtil gældende overenskomst.

På den anden side kunne man argumentere for, at erhververen kan opnå en indflydelse i forbindelse

med overenskomstforhandlingerne, såfremt velkommende melder sig i den overenskomstbærende organisation. Det vil dog være en konstatering af, at erhververen er tvunget til at melde sig ind i den overenskomstbærende arbejdsgiverorganisation, hvilket utvivlsomt indebærer en begrænsning i erhververens foreningsfrihed, og er dermed i strid med den negative foreningsfrihed i henhold til chartrets artikel 12.

Efter gennemgangen af de enkelte retsakter og praksis fra EU-Domstolen må en forsigtig konklusion på artiklens hovedproblemstilling være, at en erhverver af en virksomhed, som ikke (rettidigt) frasiger sig en kollektiv overenskomst i henhold til virksomhedsoverdragelseslovens § 4a, uanset årsagen, ikke kan blive forpligtet af dynamiske bestemmelser i overdragerens overenskomst, tiltrædelseserklæring eller tilsvarende, og dermed ikke er bundet af fremtidige resultater af overenskomstforhandlingerne de overenskomstbærende organisationer imellem.

Beskyttelsen i henhold til direktivet, i overensstemmelse med dets formål, omfatter de rettigheder, der var gældende på tidspunktet for overdragelsen, dvs. de rettigheder, som de pågældende medarbejdere har erhvervet, og som er blevet en del af deres personlige rettigheder. Rene forventninger er ikke omfattet, og således heller ikke hypotetiske fordele, der hidrører fra fremtidige kollektive overenskomster.<sup>34</sup> Organisationens interesse i overenskomstforhold er derimod, taget direktivets formål i betragtning, ikke er et beskyttelsesværdigt objekt. Det er derimod beskyttelsen af arbejdstageres individuelle ansættelsesvilkår,<sup>35</sup> som er sikret, selvom man ikke fortolker virksomhedsoverdragelseslovens § 4a således, at bestemmelsen tillader overførsel af dynamiske bestemmelser i overdragerens overenskomst, tiltrædelseserklæring eller tilsvarende.

<sup>33</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat af 19. februar 2013 i sag C-426/11, præmis 58.

<sup>34</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat af 15. november 2005 i sag C-499/04, præmis 56.

<sup>35</sup> "Virksomhedsoverdragelseslovens § 4a's forenelighed med direktiverne bag loven" af Michael Møller Nielsen, UfR 2007 B, s. 10 - 11 (U.2007BB.10).

LÆS MERE PÅ  
WISECONSULTING.DK

# HR JURA

## – Fra lovgivning til daglig forretning

En Wise konsulent med speciale i HR jura hjælper, hvis du vil styre uden om personalejuridiske tvister:

- Har du oplevet usikkerhed om kvaliteten af dine medarbejders ansættelseskontrakter?
- Er du usikker på, hvilke personalejuridiske konsekvenser en organisationsændring kan medføre?
- Vil du have tid og rum til at udvikle din forretning og fokusere på din virksomheds vækst og samtidig være sikker på, at du overholder lovgivningen samt overenskomster og lokalaftaler?

Wise Consultings jurister rådgiver om ansættelser, kontrakter, pension, barsel, ferie og fridage, opsigelser, personalepolitik, medarbejdersamtaler, arbejdsmiljø og sygdom. Vi følger opgaven helt til dørs og medvirker også ved den praktiske implementering.

**Wise Consulting** er en af Nordens førende konsulentvirksomheder inden for HR. Med forretningsdrevet HR bidrager vi til lønsomhed og vækst på områder som HR-jura, HR-konsulent-ydelser, Outplacement, Udvikling og Forandring. Med passion for mennesker og forretning skaber vi succes for vores kunder.



### VIL DU VIDE MERE?

Kontakt Michael Christiansen,  
Country Manager, Cand.jur.

T: +45 3152 9505

M: michael.christiansen@wiseconsulting.dk



### Wise Consulting

Frederiksborggade 15, 6 sal

DK – 1360 Kbh. K

T: +45 3011 2400

W: wiseconsulting.dk

# ANSÆTTELSESRETTLIGE UDFORDRINGER I FORBINDELSE MED OUTSOURCING



METTE KLINGSTEN  
ADVOKAT (H)



MADS BERNSTORN  
ADVOKATFULDMÆGTIG

Der er omfattende praksis fra EU-Domstolen om de kriterier, som det påhviler de nationale domstole at anvende ved vurdering af, om en outsourcing af aktiviteter er omfattet af virksomhedsoverdragelsesdirektivet og dermed virksomhedsoverdragelsesloven. På trods heraf kan det alligevel være vanskeligt at få hold på, hvornår en outsourcing er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, og hvornår det ikke er tilfældet.

Virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, når der sker overførsel af en økonomisk enhed, som bevarer sin identitet. Ved vurderingen af om der foreligger en overførsel af en økonomisk enhed, skal der tages hensyn til samtlige omstændigheder ved overdragelsen. Vurderingen afhænger af den aktivitet, som virksomheden udfører og de produktions- og driftsmåder, der anvendes.

Ved drift af offentlig bustransport er det ifølge retspraksis busserne, der udgør de væsentlige elementer i virksomhedens drift - ikke arbejdskraften. Såfremt det drejer sig om rengøring og IT, er vurderingen en anden.

Artiklen indeholder en analyse af praksis fra EU-Domstolen samt danske domstole og Arbejdsretten samt praktiske anvisninger på, hvordan afgrænsningen kan foretages.

## LOVEN OG DIREKTIVET

I Danmark regulerer virksomhedsoverdragelsesloven de ansattes retsstilling i forbindelse med virksomhedsoverdragelser. Loven gennemfører virksomhedsoverdragelsesdirektivet, der i sin oprindelige form stammer fra 1977 (direktiv 77/187/EØF) og som efter ændringer i 1998 ved direktiv 98/50/EF er blevet kodificeret i 2001, hvor direktiv 2001/23/EF afløste de tidligere gældende regler<sup>1</sup>.

Virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse ved overdragelse af en virksomhed eller en del heraf. Det er ikke defineret i loven, hvad der skal forstås ved en virksomhed eller en del heraf. Direktivets definition af begrebet »overdragelse«, i direktivets artikel 1, stk. 1, litra b, bidrager dog også til forståelsen af begrebet »virksomhed«. Det følger af bestemmelsen, at der ved »en overdragelse« må forstås en »overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, forstået som en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en

<sup>1</sup> Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001, EFT 2001 L82/16.

økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk«. Herefter må begrebet »virksomhed« defineres som »en økonomisk enhed« forstået som »en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk«.

Domstolens praksis viser, at danske domstole er forpligtet til at opnå de samme resultater ved vurderingen af, hvad der udgør en virksomhed eller en del heraf, som ville følge af en direkte anvendelse af direktivet<sup>2</sup>. Virksomhedsoverdragelseslovens virksomhedsbegreb må derfor forstås i overensstemmelse med direktivets definition.

Kravet om at virksomheden skal være organiseret med henblik på at udøve økonomisk aktivitet, indebærer i øvrigt ikke, at formålet med virksomheden skal være at opnå en økonomisk gevinst eller overskud<sup>3</sup>.

Det er efter Domstolens praksis heller ikke afgørende for, om der er tale om en »virksomhed«, hvordan den økonomiske enhed er organiseret<sup>4</sup>. Virksomheder, der drives som enkeltmandsvirksomhed, aktie- eller anpartsselskab, andelsselskab, forening, selvejende institution eller anden virksomhedsform, er derfor alle virksomheder i direktivets forstand.

Endelig har virksomhedens ejerskab ikke betydning for, om der er tale om en virksomhed. Både private og offentlige virksomheder er således omfattet af direktivets og lovens anvendelsesområde.

#### EN DEL AF EN VIRKSOMHED ELLER ACCESSORISK VIRKSOMHED

Direktivet og virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, selv når der kun overdrages en del af en virksomhed, og selv når denne del af virksomheden er accessorisk.

Ved vurderingen af om loven finder anvendelse i de tilfælde, hvor en del af en virksomhed overdrages, lægges der vægt på, om der er knyttet lønmodtagere til virksomheden, og - såfremt virksomheden er arbejdskraftkrævende - om det er naturligt, at medarbejderne følger med den del af virksomheden, der overdrages. Dette vil typisk være tilfældet, når den del af virksomheden der overdrages, udgør en afgrænset enhed i teknisk, lokal eller arbejdsmæssig henseende.

Det er et krav, at den del af virksomheden der overdrages, har et minimum af organisatorisk selvstændighed og således kan bestå som en selvstændig virksomhed eller udgøre en del af et større foretagende. Omvendt er det uden betydning, om den overtagne del af virksomheden udgør en lille eller en stor selvstændig, økonomisk enhed.

Det er slået fast i retspraksis for mange år siden, at virksomhedsoverdragelsesloven og direktivet også finder anvendelse ved overdragelse af en accessorisk del af en virksomhed. Dette er blandt andet slået fast i *Watson Rask og Christensen*-afgørelsen<sup>5</sup> og er siden implementeret i direktivet.

I *Watson Rask og Christensen*-afgørelsen var to lønmodtagere ansat i en af kantinerne hos Philips, der overdrog virksomhedens kantinedrift til ISS Kantine-service. I den forbindelse forpligtede ISS sig til at overtage de medarbejdere, der havde fast beskæftigelse i Philips kantiner, på uændrede ansættelsesvilkår. ISS ændrede imidlertid dagen for udbetaling af løn fra den sidste torsdag i hver måned til den sidste hverdag i måneden. EU-Domstolen besvarede de stillede spørgsmål således, at når en virksomhed overdrager ansvaret for en intern servicefunktion som eksempelvis kantinedrift til en anden virksomhed, der påtager sig ansvaret som arbejdsgiver for de ansatte, kan transaktionen falde ind under direktivets anvendelsesområde. Det er i

<sup>2</sup> Se til eksempel sag 106/89 (ECLI:EU:C:1990:395), *Marleasing*, Saml. 1990 I-4135.

<sup>3</sup> Sag C-29/91 (ECLI:EU:C:1992:220), *Redmond Stichting*, Saml. 1992 I-3189.

<sup>4</sup> Jf. eksempelvis sag C-29/91 (ECLI:EU:C:1992:220), *Redmond Stichting*, Saml. 1992 I-3189.

<sup>5</sup> Sag C-392/92 (ECLI:EU:C:1992:436), *Watson Rask og Christensen*, Saml. 1992 I-5755.

den forbindelse ikke afgørende, at der er tale om en sekundær aktivitet, og at der er tale om en tjenesteydelse, der alene erlægges til fordel for overdrageren.

### OUTSOURCING GENERELT

Når en virksomhed outsourcer en funktion – som eksempelvis kantineservice i *Watson Rask og Christensen-sagen* – vil der typisk følge aktiver og/eller medarbejdere med. Man kan også tænke sig tilfælde, hvor en intern funktion som it- eller markedsføringsafdelingen outsources til en tredjemand, der udfører funktionen fra egne lokaler og uden brug af overdragne aktiver eller medarbejdere.

EU-Domstolen har ved flere lejligheder taget stilling til præjudicielle spørgsmål af betydning for, hvornår outsourcing af en intern funktion er en »overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet«, og hvilke faktorer der skal lægges vægt på ved afgrænsningen af, hvornår outsourcing falder under virksomhedsoverdragelsesdirektivets anvendelsesområde, og den tidlige praksis fra Domstolen er stadig relevant ved afgørelsen af om der er tale om overdragelse omfattet af direktivet og loven.

I den ikoniske sag vedrørende *Christel Schmidt*<sup>6</sup> blev Domstolen forelagt et præjudicielt spørgsmål om, hvorvidt udførelse af rengøringsarbejde på en virksomhed kunne sidestilles med »en del af virksomhed«, når rengøringsarbejdet kun blev udført af én medarbejder.

Christel Schmidt blev opsagt, da den sparekasse, hvor Christel Schmidt som den eneste medarbejder udførte rengøringsarbejde, ønskede at outsource rengøringen til virksomheden Spiegelblank, der i forvejen gjorde rent i flere af sparekassens bygninger. Spiegelblank tilbød Christel Schmidt arbejde, hvilket hun imidlertid afviste, da det var hendes opfattelse, at rengøringsarbejdet blev arealmæssigt forøget, og at hun derfor ville få forringet sin timeløn.

<sup>6</sup> Sag C-392/92 (ECLI:EU:C:1994:134), *Schmidt*, Saml. 1994 I-1311.

<sup>7</sup> Sag C-13/95 (ECLI:EU:C:1997:141), *Süzen*, Saml. 1997 I-1259.

Domstolen fastslog, at den omstændighed, at arbejdet kun blev udført af en enkelt medarbejder ikke var nok til at afskære anvendelsen af direktivet, idet beskyttelsen efter direktivet ikke afhænger af antallet af medarbejdere, der er ansat i den del af virksomheden, der er genstand for overførslen. Direktivets beskyttelse skal derfor sikres, også når overførslen kun berører en enkelt medarbejder.

Principperne i sagen om Christel Schmidt er blevet modificeret noget i *Süzen-sagen*<sup>7</sup>.

Ayse Süzen var ansat af virksomheden Zehnacker som rengøringsmedhjælper på et gymnasium. Zehnacker opsagde Ayse Süzen og syv andre medarbejdere, der sammen med hende udførte rengøringen på gymnasiet, da gymnasiet havde opsagt sin aftale med Zehnacker og overdraget rengøringsarbejdet til en anden virksomhed. Der var ikke oplyst, om Ayse Süzen og de øvrige medarbejdere blev tilbudt ansættelse i den anden virksomhed.

Domstolen fik stillet et spørgsmål om, hvorvidt der kunne være tale om en overdragelse i henhold til direktivet, selv om der ikke blev overdraget aktiver eller medarbejdere.

Domstolen fastslog, at direktivet ikke finder anvendelse, hvis en ny kontrakthaver ikke overtager en efter antal og kvalifikationer væsentlig del af medarbejderne. Det blev ligeledes fastslået, at den omstændighed at den tjeneste der udføres af overdrageren og erhververen, er af samme art, ikke i sig selv fører til, at overdragelsen er omfattet af direktivet.

I henhold til praksis vil virksomhedsoverdragelsesdirektivet altså typisk ikke finde anvendelse i en situation, hvor en virksomhed outsourcer en intern funktion til en tredjemand, uden at der følger aktiver eller medarbejdere med. Omvendt vil direktivet kunne finde anvendelse, såfremt der overdrages

blot en enkelt medarbejder til erhververen, jf. *Schmidt*-sagen.

Dansk praksis viser, at det også kan have betydning for virksomhedsoverdragelseslovens anvendelse, om opgaverne fortsat udføres fra samme lokaler.

Til eksempel kan nævnes Østre Landsrets dom af 25. marts 2004<sup>8</sup>, hvor en receptionist i et kontorhotel blev op sagt i forbindelse med salget af kontorhotellet. I opsigelsen var det anført, at receptionisten ville blive kontaktet af erhververen, der skulle videreføre kontorhotellet. Sagen handlede om hvorvidt der var sket en virksomhedsoverdragelse, og om receptionisten derfor havde krav på yderligere 2 måneders løn i forbindelse med, at hun blev op sagt.

Landsretten fandt, at virksomhedsoverdragelsesloven fandt anvendelse, da receptionisten havde arbejdet det samme sted og med de samme arbejdsopgaver før og efter overdragelsen. Et yderligere moment i vurderingen var, at erhververen havde overtaget lønudbetalingen fra den tidligere arbejdsgiver 4-5 måneder før ansættelsen.

At landsretten lægger vægt på de lokaliteter, hvorfra arbejdet udføres, vil kunne have betydning i en outsourcing-situation, hvor erhververen udfører opgaverne fra egne lokaler, der er forskellige fra overdragerens. Er det tilfældet, og er der ikke medfulgt aktiver eller medarbejdere, vil der ikke være tale om en situation omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

I sagen *Luis Aita Pascual m.fl.*<sup>9</sup>, fastslog Domstolen, at direktivet fandt anvendelse i en situation, hvor en spansk myndighed tog en opgave ved jernbaneterminalen i Bilbao tilbage. Dette på trods af, at virksomheden nægtede at overtage medarbejderne, og selv om der ikke skete nogen overførsel af materielle aktiver, idet den offentlige virksomhed allerede ejede de aktiver, der var nødvendige for at udføre den pågældende opgave.

Det var blandt andet afgørende for direktivets anvendelse, at det i den pågældende branche var materiellet, der var af afgørende betydning for aktiviteten snarere end medarbejderne. Således var det ikke tilstrækkelig til at udelukke, at der forelå en overførsel af en økonomisk enhed, der bevarede sin identitet, at myndigheden ikke ønskede at overtage personalet.

Selv om der hverken følger medarbejdere eller aktiver med i en overdragelse, vil direktivet og loven altså kunne finde anvendelse, hvis der er tale om »insourcing« af tidligere outsourcete aktiviteter, hvor virksomheden eller myndigheden i forvejen ejer de nødvendige aktiver til udførelse af opgaven.

#### MANPOWER ELLER MATERIELLE/ IMMATERIELLE AKTIVER

Når det skal afgøres om en outsourcing af en virksomhed eller en del af en virksomhed er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven og det bagvedliggende direktiv, er det afgørende for vurderingen, om virksomheden er karakteriseret ved »manpower« eller om virksomheden er karakteriseret ved materielle/immaterielle aktiver.

Dette følger blandt andet af *Süzen*-afgørelsens præmis 18, hvoraf fremgår, at vurderingen af hvilken vægt der skal tillægges de forskellige kriterier for, om der er tale om en overførsel i direktivets forstand, afhænger af, hvilken type aktivitet der udføres, og hvilke produktions- eller driftsmåder, der anvendes i virksomheden.

Som det ses i sagen *Luis Aita Pascual m.fl.*, var det i den konkrete sag ikke afgørende for, om der var sket en »overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet«, om medarbejderne blev overtaget, da det i branchen var materiellet der var af afgørende betydning for aktiviteten. Ved aktiviteter som busdrift og drift af hospitalsstorkøkken, hvor det netop er materiel og udstyr, aktiviteten er baseret på, vil overførslen af medarbejdere heller

<sup>8</sup> Østre Landsrets dom af 25. marts 2004, 3. afd., sag B 3147-03 (*Andersen Ejendomme*).

<sup>9</sup> Sag C-509/14 (ECLI:EU:C:2015:781), *Luis Aita Pascual m.fl.*

ikke være afgørende for, om overførslen er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven eller direktivet. Der findes et par kerneafgørelser om dette emne, nemlig *Liikenne*<sup>10</sup> om busdrift in Finland, hvor Domstolen lagde vægt på, at busdrift ikke er en aktivitet, der i det væsentligste er baseret på arbejdskraft, idet der kræves omfattende materiel og anlæg samt *Abler m.fl.*<sup>11</sup> om drift af hospitalskøkken i Østrig, hvor ordregiver stillede køkkenet med videre til rådighed for begge de to leverandører, og hvor der forelå en virksomhedsoverdragelse, uanset at ingen medarbejdere blev overtaget.

Omvendt vil overtagelsen af medarbejdere i andre tilfælde være helt afgørende for, om overdragelsen er omfattet af direktivet og loven. Det kan for eksempel være undervisning eller rengøring – sidstnævnte er *Süzen*-afgørelsen og *Schmidt*-afgørelsen eksempler på.

Der kan endvidere henvises til Vestre Landsrets dom af 20. april 2015<sup>12</sup>, der omhandlede en kommunes udbud af sprogundervisning.

Kommunens sprogskole blev drevet af UddannelsesCenter Ringkøbing Skjern, der havde ansat lærere til at varetage undervisningen i dansk og fremmedsprog. Da aftalen mellem kommunen og UddannelsesCenter Ringkøbing Skjern udløb, blev danskundervisningen sendt i udbud igen og en anden udbyder af sprogundervisning vandt udbuddet.

Den nye udbyder ansatte 14 lærere til at varetage undervisningen, hvoraf 8 tidligere havde været ansat hos UddannelsesCenter Ringkøbing Skjern. De pågældende lærere tiltrådte i umiddelbar forlængelse af deres tidligere ansættelse, og efterfølgende blev yderligere én lærer ansat, ligesom en anden lærer fratrådte hos UddannelsesCentret og herefter var på barsel i 4 måneder, indtil hun blev ansat hos den nye udbyder. Den nye udbyder ansat-

te ikke ledende eller administrative medarbejdere, der havde været ansat hos UddannelsesCentret, uanset at de havde fået tilbud herom.

Landsretten fandt, at der var tale om en overførsel omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, og at medarbejderne havde bevaret deres anciennitet uanset en aftale om det modsatte. Retten lagde vægt på, at den overtagne enhed var organiseret som en selvstændig økonomisk enhed med eget budget, egen ledelse og egne medarbejdere, der varetog undervisningen. Der blev desuden lagt vægt på, at erhververen overtog et betydeligt antal medarbejdere fra UddannelsesCentret, at en del af undervisningen foregik fra samme lokaler som tidligere, og at underviserne på samme måde som hidtil havde en høj grad af frihed til selvstændigt at tilrettelægge og udføre deres opgaver.

I forhold til medarbejderen der havde været på barsel, var det ikke afgørende, at hun først blev ansat hos erhververen 4 måneder efter hun fratrådte hos UddannelsesCentret, og at hun ikke tiltrådte den nye stilling i umiddelbar forlængelse af overførslen.

I brancher hvor det ikke er »manpower«, men materielle/immaterielle aktiver der karakteriserer virksomhederne, vil overførsel af medarbejdere omvendt ikke have særlig betydning for vurderingen af, om den outsourcete aktivitet omfattes af virksomhedsoverdragelsesloven og direktivet.

Til illustration kan nævnes Arbejdsrettens dom af 25. juni 2003<sup>13</sup>, hvor en virksomhed overtog kantinedriften fra en anden virksomhed. Overførslen var ikke omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, da overdragelsen hverken omfattede inventar eller varelager, og da den overtagne virksomhed ansatte en ny kantineleder.

<sup>10</sup> Sag C-172/99 (ECLI:EU:C:2002:59), *Liikenne*, Saml. 2001 I-745.

<sup>11</sup> Sag C-340/01 (ECLI:EU:C:2003:629), *Abler m.fl.*, Saml. 2003 I-14023.

<sup>12</sup> Vestre Landsrets dom af 20. april 2015 trykt i *UfR 2015.2670 V*.

<sup>13</sup> Arbejdsrettens dom af 25. juni 2003, sag nr. A2002.730 (*Kantinedriften*).

Tilsvarende har Højesteret i en dom af 28. oktober 2015<sup>14</sup> fastslået, at virksomhedsoverdragelsesloven ikke fandt anvendelse i forbindelse med, at ISS Facility Services A/S vandt udbuddet af KPMG's kantinedrift. KPMG fraflyttede samtidig med udbuddet deres hidtidige lokaler, og ISS Facility Services A/S overtog hverken personale, køkkenfaciliteter eller maskiner/udstyr fra den hidtidige leverandør, der fortsatte med at drive kantinevirksomhed i de gamle lokaler, hvor omsætningen imidlertid faldt med 80% som følge af KPMG's fraflytning.

Højesteret foretog en samlet vurdering af de faktiske omstændigheder omkring overførslen, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift der var tale om, hvorvidt der var sket en overførsel af materielle aktiver som for eksempel bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overførslen, hvorvidt den nye indehaver havde overtaget størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overførtes samt i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførslen var de samme, og hvor længe disse havde været indstillet.

Da ISS ikke havde overtaget køkkenfaciliteter eller maskiner og udstyr, bortset fra en røremaskine og fødevareautomat, og da den hidtidige leverandør havde fortsat kantinedriften med de samme driftsmidler og i det samme køkken som hidtil, var der ikke sket en virksomhedsoverdragelse i direktivets forstand. Selv om overtagelse af »manpower« normalt ikke tillægges særlig vægt ved overførsler af aktiviteter, der er karakteriseret ved materielle aktiver snarere end arbejdsstyrken, inddrog Højesteret endvidere det forhold, at ISS ikke havde overtaget personale, bortset fra en enkelt medarbejder, der uopfordret havde ansøgt om en stilling hos ISS, i vurderingen.

Sondringen mellem »manpower« og materielle/immaterielle aktiver anskueliggøres desuden i en dom afsagt af Højesteret den 24. maj 2016. Sagen angik Brande Buslinier ApS' overtagelse af driften af en buslinje, der tidligere blev drevet af Skjern Bilen, og

om dette udgjorde en virksomhedsoverdragelse i lovens forstand. Sagen angik endvidere, om Brande Buslinier ifølge en aftale med udbyderen Midttrafik var forpligtet til at give de chauffører, hvis ansættelse var overgået til Brande Buslinier, de rettigheder, der følger af virksomhedsoverdragelsesloven, selv om overtagelsen ikke måtte være omfattet af loven.

Højesteret anførte, at ved aktiviteter som regulær offentlig bustransport, der ikke i det væsentlige er baseret på arbejdskraft, og hvor de fysiske elementer til drift af busruten udgør et væsentligt element i virksomhedsdriften, fører manglende overførsel af væsentlige fysiske elementer fra den hidtidige kontraktpart til den nye kontraktpart som det helt klare udgangspunkt til, at der ikke er tale om en enhed, der har bevaret sin identitet.

Da der ikke var overført busser fra Skjern Bilen til Brande Buslinier, men kun var overført billetborde, chaufførtasker, møntborde og byttepenge til en samlet værdi af ca. 61.000 kr. fandt Højesteret, at der ikke var overført væsentlige fysiske elementer til drift af busruten.

Højesteret fandt på den baggrund, at Brande Busliniers overtagelse af driften af den pågældende busrute ikke var en overførsel af en økonomisk enhed, der bevarede sin identitet, og at overtagelsen derfor ikke var omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

Som praksis viser, anlægges der forskellige vurderinger af, om en overførsel omfattes af virksomhedsoverdragelsesloven og det bagvedliggende direktiv, alt efter hvad der karakteriserer den pågældende branche. Skal en virksomhed eller en offentlig myndighed outsource en aktivitet eller opgave, vil det derfor tilsvarende afhænge af aktivitetens karakteristika, hvordan vurderingen af om der er sket en »overførsel af en økonomisk enhed, der bevarede sin identitet« anlægges.

---

<sup>14</sup> Højesterets dom af 28. oktober 2015 trykt i *UfR 2016.534 H.*

## OUTSOURCING AF MYNDIGHEDSOPGAVER

Outsourcing af offentlige opgaver, omorganisering af offentlige, administrative myndigheder eller overførsler af administrative funktioner mellem offentlige, administrative myndigheder, omfattes ikke af virksomhedsoverdragelsesloven, jf. § 1, stk. 2, 2. pkt. Dette indebærer blandt andet at opgaver, der har karakter af egentlig myndighedsudøvelse, ikke omfattes af loven, mens outsourcing af opgaver, der indebærer udøvelse af økonomisk aktivitet, er omfattet.

Afgrænsningen mellem »egentlig myndighedsudøvelse« og opgaver der indebærer »udøvelse af økonomisk aktivitet« beror på en konkret vurdering.

I henhold til lovens bemærkninger vil outsourcing af lønadministration eller en opdeling af en politistation i to enheder typisk falde under betegnelsen »egentlig myndighedsudøvelse«, mens outsourcing af aktiviteter, der udføres af kommunalt ansatte gartnere, skolelærere og sundhedspersonale indebærer »udøvelse af økonomisk aktivitet«, og derfor er omfattet af loven. Endvidere vil eksempelvis outsourcing af ambulancetjeneste, undervisning, dagrenovation, hjemmehjælp eller vagttjeneste også være omfattet af loven.

Der foreligger flere afgørelser, hvor der ikke er stillet særskilt spørgsmål til myndighedsudøvelsen ved outsourcing eller anden overdragelse. Det gælder eksempelvis i *Liikenne*-sagen<sup>15</sup>, der vedrørte udbud af busdriften i Helsinki, hvor en virksomhed efter et EU-udbud i henhold til tjenesteydelsesdirektivet overtog driften af lokale busruter – en opgave, der hidtil havde været varetaget af en anden virksomhed. Domstolen fastslog, at en virksomheds overtagelse af offentlig transport, der ikke omfattede søtransport, kunne være omfattet af virksomhedsoverdragelsesdirektivet.

Tilsvarende kom Domstolen i *Sozialhilfverband Rohrbach*<sup>16</sup> frem til, at et statsligt organs overdragelse af driften af nogle handicapværksteder til et privat selskab, hvori der statslige organ var ene-ejer, var omfattet af direktivet.

## OPHØR AF OUTSOURCING

Når en aftale om outsourcing af en given opgave ophører, kan den outsourcete virksomhed med tilknyttede medarbejdere enten gå tilbage til udbyderen eller videre til en ny kontraktshaver. Ved overdragelse af opgaven til en ny kontraktshaver kan situationen opfattes således, at virksomheden i et kort øjeblik går tilbage til udbyderen, der derefter overdrager opgaven til en ny kontraktshaver, hvis der i øvrigt ikke er noget kontraktforhold mellem den gamle og nye kontraktshaver.

I forbindelse med andet udbud af opgaven kan forholdet opfattes således, at der finder en overdragelse sted i flere successive led, eller at ordregiveren opfattes som mellemmand, der i hvert tilfælde af entreprenørskifte tager kontrakten tilbage og derved bliver omfattet af loven som arbejdsgiver.

Alternativt kan forholdet betragtes som en virksomhedsoverdragelse mellem de to kontraktshavere, der i hver sin runde vandt licitationen, såfremt overdragelsen fra første kontraktshaver til ordregiveren og overdragelsen fra ordregiveren til den anden kontraktshaver sker samtidig, således at ordregiveren på intet tidspunkt mellem de to udbudsrunder selv udfører arbejdsopgaver.

Der vil imidlertid, uanset hvordan man anskuer forholdet, kunne opstå en situation, hvor ordregiver kommer til at betale for lønrestancer, jf. *Scandicom*-dommen<sup>17</sup>, hvor det blev fastslået, at ordregiveren kan blive ansvarlig for et regreskrav fra erhververen for restancer vedrørende tiden før overtagelsesdagen. Uanset princippet om debitorskifte fra overdrager (arbejdsgiver 1) til erhverver (arbejdsgiver 2)

<sup>15</sup> Sag C-172/99 (ECLI:EU:C:2002:59), *Liikenne*, Saml. 2001 I-745.

<sup>16</sup> Sag C-297/03 (ECLI:EU:C:2005:315), *Sozialhilfverband Rohrbach*, Saml. 2005 I-04305.

<sup>17</sup> Højesterets dom af 13. juni 2001 i sagerne I 110/1998 og I 115/1998, trykt i *UfR 2001.1993 H*.

i henhold til virksomhedsoverdragelseslovens § 2 er der alligevel eksempler fra retspraksis på solidarisk hæftelse mellem overdrager og erhverver.

Der kan i den forbindelse henvises til Vestre Landsrets dom af 21. oktober 2008<sup>18</sup>. Sagen angik en kommunalt ansat skolekonsulent, der blev opsagt, da kommunen etablerede en kommunal samarbejds-enhed om driften af en skolevejledningsordning. Skolekonsulenten anlagde sag mod kommunen og erhververen, som nu stod for de vejledningsopgaver, som skolekonsulenten tidligere havde udført. Konsulenten nedlagde blandt andet påstand om, at opsigelsen var ugyldig, da den var i strid med virksomhedsoverdragelsesloven, at erhververen skulle anerkende, at skolekonsulentens ansættelsesforhold var overgået til den nye samarbejdsenhed, og at der ved sagens anlæg var et bestående ansættelsesforhold.

Landsretten fandt, at overdragelsen af skolevejledningsaktiviteterne var omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven. Kommunen havde begrundet opsigelsen af skolekonsulenten i stillingsnedlæggelse, da der efter etableringen af samarbejdsenheden var brug for færre medarbejdere end tidligere. Opsigelsen fandtes at være i strid med virksomhedsoverdragelsesloven, da de organisatoriske ændringer ikke havde gjort det nødvendigt at afskedige skolekonsulenten. Landsretten fandt dog ikke, at der på baggrund af virksomhedsoverdragelsesloven eller det bagvedliggende direktiv, var grundlag for at antage, at virkningen heraf var, at afskedigelsen af skolekonsulenten skulle annulleres med den konsekvens, at han fortsat måtte anses for ansat. Der var herefter heller ikke grundlag for at tage skolekonsulentens påstand om erstatning for løn i perioden efter hans fratræden til følge.

Da opsigelsen ikke var rimeligt begrundet i skolekonsulentens eller kommunens forhold, blev konsulenten tilkendt en godtgørelse. Landsretten fandt, at erhververen var indtrådt i de økonomiske forplig-

telser over for skolekonsulenten, og erhververen hæftede derfor solidarisk sammen med kommunen, der var ansvarlig for den uberettigede opsigelse. Det var i den forbindelse ikke afgørende (selv om det ikke ses direkte af landsrettens begrundelse), at det opsigelsesvarsel, som skolekonsulenten havde fået, udløb dagen før overtagelsesdagen. I forbindelse med en fritstilling før overtagelsesdagen bør den solidariske hæftelse derfor også overvejes, såfremt der er medarbejdere, der kan være opsagt i strid med virksomhedsoverdragelseslovens regler.

Virksomhedsoverdragelsesloven og direktivet finder også anvendelse i tilfælde hvor en ordregiver efter et udbud tager kontrakten tilbage og fortsætter den tidligere outsourcete aktivitet. Dette gælder både hvor ordregiveren tager kontrakten tilbage, fordi kontrakten er blevet misligholdt og i tilfælde, hvor kontrakten tages tilbage efter udløbet af kontraktperioden.

Fra praksis kan henvises til Domstolens afgørelse i den ovenfor refererede *Luis Aita Pascual m.fl.*<sup>19</sup>, hvor en spansk myndigheds tilbagetagelse af en opgave ved jernbaneterminalen i Bilbao var omfattet af direktivet.

## KONSEKVENSER AF AT OUTSOURCING OMFATTES AF VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSESLØVEN

Omfattes en outsourcete virksomhed eller en outsourcete del af en virksomhed af virksomhedsoverdragelsesloven, følger det af virksomhedsoverdragelseslovens § 2, stk. 1, nr. 1-3, at erhververen indtræder i de forpligtelser, som følger af kollektive overenskomster og aftaler, bestemmelser om løn- og arbejdsforhold, der er fastsat eller godkendt af offentlig myndighed samt de individuelle aftaler om løn- og ansættelsesvilkår.

## KOLLEKTIVE OVERENSKOMSTER

Hvis der eksisterer en kollektiv overenskomst i den outsourcete virksomhed er udgangspunktet, at er-

<sup>18</sup> Vestre Landsrets dom af 21. oktober 2008 i sag B-0015-08, trykt i *UfR 2009.307 V.*

<sup>19</sup> Sag C-509/14 (ECLI:EU:C:2015:781), *Luis Aita Pascual m.fl.*

hververen på overtagelsesdagen indtræder i de forpligtelser, som overdrageren havde i henhold til overenskomsten. Det indebærer, at erhververen er forpligtet til at opretholde overenskomstens løn- og ansættelsesvilkår indtil overenskomstens udløb. Forpligtelsen gælder kun i forhold til de medarbejdere, der er ansat på overdragelsestidspunktet - ikke i forhold til medarbejdere, erhververen ansætter efter overtagelsen.

Ønsker erhververen ikke at tiltræde overenskomsten, skal det relevante fagforbund underrettes senest 5 uger efter det tidspunkt, hvor erhververen vidste eller burde vide, at de ansatte var omfattet af en kollektiv overenskomst. Erhververen har dog altid indtil 3 uger efter overtagelsen til at beslutte, om vedkommende ønsker at være omfattet. Underretter erhververen ikke fagforbundet rettidigt, anses vedkommende for at have tiltrådt overenskomsten.

Har erhververen ikke i forvejen en kollektiv overenskomst, og meddeler han rettidigt, at han ikke ønsker at indtræde i overdragerens overenskomst, beholdes medarbejderne de løn- og ansættelsesvilkår, der følger af overdragerens overenskomst - nu i stedet som individuelle vilkår. Vilkårene består indtil udløbet af overenskomsten.

Såfremt erhververen inden overførslen har tiltrådt en relevant kollektiv overenskomst, vil medarbejderne blive omfattet af denne overenskomst. Er medarbejderne allerede dækket af overdragerens kollektive overenskomst, vil disse medarbejdere beholde de individuelle løn- og ansættelsesvilkår, der fulgte af overdragerens overenskomst indtil udløbet af overenskomsten, samtidig med at de vil være omfattet af erhververens overenskomst. Medarbejderne kan dog ikke tilvælge de gunstigste vilkår i hver af de to overenskomster, men må vælge.

#### **SÆRLIGT OM ERHVERVERENS INDTRÆDEN I FORPLIGTELSE VED KONKURS**

I tilfælde, hvor der er tale om outsourcing eller hjemtagelse af livsvigtige tjenesteydelse som eksempelvis ambulance- og anden beredskabstjeneste vil virksomhedsoverdragelsesloven som ud-

gangspunkt finde anvendelse, hvis erhververen anvender det samme materiel som overdrageren og ansætter reddere og andet personale. I en sådan situation vil man ofte heller ikke kunne afbryde tjenesten og på den måde komme uden om loven.

I den medieomtalte sag vedrørende Region Syddanmarks »insourcing« af ambulancetjeneste fra det konkursramte ambulanceselskab Bios, vil Lønmodtagernes Garantifond ikke dække reddernes krav på løn og feriepenge, som de ellers skulle have haft betalt fra Bios. Det kan derfor blive regionen, der kommer til at hænge på kravet.

Hvis der er tale om virksomhedsoverdragelse, følger det af princippet om, at erhverver indtræder i overdragerens forpligtelser vedrørende løn- og ansættelsesvilkår, at medarbejderne ikke kan gøre krav gældende mod overdrageren eller dennes bo, og dermed heller ikke mod Lønmodtagernes Garantifond.

Lønmodtagernes Garantifond dækker dog efter praksis krav på løn og feriepenge vedrørende tiden før konkursdekretet, hvis virksomhedsoverdragelsen finder sted efter afsigelsen af konkursdekretet, selv om medarbejderne er overgået til erhververen. Hvis overdragelsen reelt har fundet sted før afsigelsen af konkursdekretet, og medarbejderne er fortsat hos erhververen, dækker Lønmodtagernes Garantifond ikke lønmodtagernes restancer vedrørende løn og feriepenge for tiden før dekretet.

I sagen om Bios har Lønmodtagernes Garantifond formentlig baseret sin vurdering på begivenhedsforløbet frem til afsigelsen af konkursdekretet samt på begivenhederne i dagene umiddelbart efter konkursen.

Det, man kan lægge vægt på i en sådan situation, er, om overtagelse ambulancedrift og anden beredskabstjeneste er omhyggeligt tilrettelagt inden konkursen, at den, der overtager opgaver allerede inden konkursen besluttede at hjemtage ambulancedriften og kommunikerede offentligt herom samt fravalgte muligheden for overdragelse til ny

leverandør. Efter retspraksis kan man i en sådan situation også lægge vægt på, om den pågældende allerede inden konkursen har påtaget sig rollen som ejer og arbejdsgiver, således at kurator reelt ikke har haft noget råderum.

Den omstændighed, at man forbereder sig på at overtage en opgave frem til et konkursdekretet bliver afsagt, kan imidlertid ikke i sig selv sidestilles med en overtagelse af eksempelvis ambulancedrift- eller anden beredskabstjeneste.

#### AFRUNDING

Virksomhedsloven kan også finde anvendelse i forbindelse med outsourcing - også selvom den del af virksomheden, der outsources, kun er accessorisk. Dermed kan outsourcing af for eksempel kantinedrift eller en markedsføringsfunktion til en ekstern leverandør være omfattet af loven.

Der foreligger righoldig praksis fra både EU-Domstolen og danske domstole, som giver praktiske anvisninger på, hvordan afgrænsningen mellem overførsler der omfattes af virksomhedsoverdragelsesloven og det bagvedliggende direktiv, og overførsler der ikke omfattes heraf, foretages.

Det vil bero på en konkret vurdering af de faktiske omstændigheder, herunder om branchen karakteriseres af »manpower« eller materielle/immaterielle aktiver, om der er sket en »overførsel af en økonomisk enhed, som bevarer sin identitet«, og dermed om outsourcing af aktiviteter omfattes af loven. Som udgangspunkt vil outsourcing af en aktivitet kun omfattes af loven, såfremt der følger aktiver og/eller medarbejdere med til erhververen.

Praksis viser dog også, at direktivet kan finde anvendelse i en situation, hvor erhververen ikke overtager medarbejdere, og der ej heller sker nogen overførsel af materielle aktiver, såfremt erhververen allerede ejer de aktiver, der er nødvendige i for at udføre den pågældende opgave, jf. *Luis Aita Pascual m.fl.*

# REKRUTTERING - NU MED PERSONDATA



CATRINE SØNDERGAARD BYRNE  
PARTNER, ADVOKAT (L), CIPP/E

Denne artikel har fokus på en række af de ansættelsesretlige og persondataretlige problemstillinger, der opstår i forbindelse med rekruttering af medarbejdere.

Forpligtelser og rettigheder i henhold til EU's Persondataforordning<sup>1</sup> ("persondataforordningen"), der træder i kraft 25. maj 2018 vil også blive berørt i det omfang, der er naturlig anledning hertil. Baggrunden er, at persondataforordningens grundlæggende systematik er identisk med den endnu gældende persondatalov<sup>2</sup>. Med systematik forstås, at der skal være hjemmel til den konkrete behandling af personlige oplysninger, den skal generelt være i overensstemmelse med god databehandlingskik, og individet har en række informations- og oplysningsrettigheder. Særligt det sidste er dog blevet væsentlig udvidet.

## HVORFOR ER PERSONDATABESKYTTELSE VIGTIG

Før vi fokuserer på emnet for denne artikel, vil jeg indlede med en lille beskrivelse af, hvorfor vi har regler om håndtering af persondata. Hvorfor overholdelse af persondataretlige principper er vigtig – også i ansættelsesforholdet.

Ledelsesretten<sup>3</sup>, dvs. arbejdsgiverens ret til at lede og fordele arbejdet, bunder i et grundlæggende princip, og beskyttelsen af vores personlige oplysninger er et grundlæggende princip. Hvor førstnævnte historisk har haft fokus i forhold til kollektive rettigheder, har sidstnævnte fokus i forholdet til individet. Hvor førstnævnte er respekteret gennem mere end 110 år, er respekten for privatlivets fred i hvert fald blevet beskrevet i mere end 250 år<sup>4</sup>. Hvor førstnævnte er en dansk retstradition, er sidstnævnte en menneskerettighed<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> EU forordning 2016/679 af 27. april 2016. Der tages udgangspunkt i den danske udgave.

<sup>2</sup> Lov om behandling af personlige oplysninger.

<sup>3</sup> Ledelsesretten er udførligt beskrevet i en lang række af ansættelses- og arbejdsretlige litterære værker.

<sup>4</sup> "The poorest man may in his cottage bid defiance to all the force of the Crown. It may be frail; its roof may shake; the wind may blow through it; the storms may enter, the rain may enter,—but the King of England cannot enter; all his forces dare not cross the threshold of the ruined tenement!" *William Pitt, Earl of Chatham, Speech on the Excise Bill, 1763.*

<sup>5</sup> "No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence", *Verdenserklæringen om Menneskerettigheder, 1948*, og "Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance", *Den Europæiske menneskerettighedskonvention, EMRK art. 8, 1950.*

Når man som arbejdsgiver behandler oplysninger om stillingsansøgere, er det vigtigt at have sig denne kontekst for øje. På trods af, at der er tale om respekt for en menneskerettighed, er det først inden for det seneste år, at persondataret har fået mere end blot et minimum af opmærksomhed. Hvor de økonomiske risici førhen var koncentreret om ledelsesretten og særligt brud på kollektive rettigheder og forpligtelser, vil de økonomiske risici ved manglende efterlevelse af persondataforordningen fra 25. maj 2018 fuldstændigt ændre dette billede.

Persondataloven og den kommende persondataforordning kan forekomme unødigt kompliceret og administrativt bøvlet. Men når målet er at opnå respekt om individets ret til kontrol med sine personoplysninger, herunder information om brugen af disse, så kan den administrative byrde måske synes lettere. I den forbindelse må man også huske på, at den virksomhed, som efterlever persondataloven i dag, trods alt kun vil have behov for mindre justeringer for at opfylde persondataforordningen.

### **SAMSPILLET MELLEML ARBEJDS-/ANSÆTTESRETTEEN OG PERSONDATARETTEEN**

I forståelsen af samspillet mellem den arbejds-/ansættelsesretlige og persondataretlige regulering, er det vigtigt at holde sig for øje, at der kan være et samspil mellem principper/standarder, men også et sammenstød mellem rettigheder og forpligtelser. Eksempelvis skal rettigheder baseret på persondataretten respekteres i den arbejds-/ansættelsesretlige relation, selvom rettighederne måske er mere begrænsende end hvad der følger af arbejds-/ansættelsesretten.

Persondataretten fastlægger nogle grundprincipper, hvor arbejds-/ansættelsesretten kan få en betydning for fortolkningen, når det vedrører arbejdsgiver-/arbejdstagerforholdet. Et krav om saglighed er således indeholdt i grundprincippet om god data-

behandlingsskik i persondatalovens §5, og selvom der ikke kan sættes lighedstegn mellem persondatalovens saglighed og arbejds-/ansættelsesrettens krav om saglighed, vil det sidste i en ansættelsesammenhæng have betydning for det første. Det antages i hvert fald, at hvis en konkret behandling ikke er saglig i en arbejds-/ansættelsesretlig kontekst, så er den det heller ikke i en persondataretlig kontekst<sup>6</sup>. Det modsatte er dog ikke givet.

Gennem den arbejdsretlige tradition og retspraksis har arbejdsgiveren konsolideret sin ret til at bestemme, hvilken medarbejder, der skal udføre hvilke arbejdsopgaver. En grundlæggende betragtning er altså, at arbejdsgiveren frit kan antage den kandidat, som han finder bedst egnet til stillingen. I bedømmelsen af egnethed kan dog kun indgå faglige/arbejdsrelaterede oplysninger, der er saglige i forhold til den konkrete stilling.

Der er i dag lovgivningsmæssige begrænsninger for hvilke særlige kriterier, arbejdsgiveren må lægge vægt på<sup>7</sup>. Herudover sætter persondataretten også en begrænsning på de oplysninger, som en arbejdsgiver lovligt kan behandle om ansøgere, dels fordi selve behandlingen kan mangle persondataretlige hjemmel, og dels fordi behandlingen persondataretligt kan være usaglig.

### **FORMÅLSBESTEMTHED, INFORMATION OG OPLYSNINGSPLIGT**

Indsamling af personlige oplysninger i forbindelse med en rekruttering skal i henhold til persondatalovens §5, stk. 2, ske til udtrykkeligt angivne og saglige formål, og senere behandling må ikke være uforenelig med dette formål.

Forinden man iværksætter indsamling - uanset om dette er fra ansøgeren selv eller fra tredjemand - skal man altså gøre sig klart, til hvilket formål oplysningerne indsamles. Man kan med andre ord ikke blot gå på fisketur og indsamle oplysninger,

<sup>6</sup> Jens Kristiansen og Peter Blume: Persondataret i ansættelsesforhold, 1. udgave, 2011, DJØF's forlag, side 63.

<sup>7</sup> Forskelsbehandlingsloven, ligebehandlingsloven, foreningsfrihedsloven mfl., se mere herom senere.

som det kan være belejligt at være i besiddelse af på et senere tidspunkt.

Dette krav om formålsbestemthed er et centralt begreb i god databehandlingskik<sup>8</sup>.

Beskrivelse af formålet indgår som en del af den obligatoriske information, som en ansøger skal modtage senest samtidig med, at indsamlingen påbegyndes, se nærmere persondatalovens §§28 og 29<sup>9</sup>, der opremser oplysningselementerne.

En lignende informationsforpligtelse følger også af arbejdsretlig regulering. I eksempelvis Samarbejdsaftalen og lov om information og høring<sup>10</sup> indeholder informationsforpligtelsen krav om beskrivelse af et sagligt formål. Denne informationsforpligtelse har imidlertid fokus på kollektiv inddragelse af medarbejderne i forbindelse med regulering af arbejdsvilkår, mens den persondataretlige informationsforpligtelse har fokus på, at individet skal vide, hvad der sker med den enkeltes personlige oplysninger. I begge sammenhænge er beskrivelse af formålet dog vigtig, og her vil arbejdsrettens saglighedsbegreb kunne udfylde persondatarettens krav om sagligt formål.

Det kan eksempelvis være ved iværksættelse af kontrolforanstaltninger<sup>11</sup>. Det saglige driftsmæssige formål med iværksættelsen vil også kvalificere bedømmelsen af den behandling af personlige oplysninger, der kan følge af kontrolforanstaltningen. I informationsmaterialet kan man samtidig adressere det persondataretlige individuelle informationsbehov, og der er dermed ikke behov for flere informationsprocesser.

<sup>8</sup> Persondatalovens §5 og persondataforordningens art. 5.

<sup>9</sup> Persondataforordningen art. 13 og 14.

<sup>10</sup> Lov om information og høring af lønmodtagere, Lov nr. 303 af 02/05/2005.

<sup>11</sup> Om brug af personlig data ved kontrolforanstaltninger og saglighedsbegrebet, se eksempelvis Vestre Landsrets dom af 7. februar 2014, U2014.1661V, Arbejdsrettens dom af 5. juli 2013 i sag AR2012.0177 og HR Jura Magasinet, 9/2016, side 23.

<sup>12</sup> Helbredsoplysninger er omfattet af art. 9 i persondataforordningen; de såkaldte særlige kategorier. Helbredsoplysningers særlige beskyttelsesværdige status er således gentaget i persondataforordningen.

<sup>13</sup> Direktiv 95/46/EC.

<sup>14</sup> Lov om brug af helbredsoplysninger på arbejdsmarkedet, lov nr. 286 af 24/04/1996.

## HELBREDSOPLYSNINGER

Arbejdsgiveren kan være interesseret i at vide, om ansøgeren lider af en alvorlig sygdom, potentielt lider af en alvorlig sygdom eller generelt helbreds-mæssigt er i stand til at udfylde arbejdsopgaverne. I henhold til ledelsesretten, vil dette i mange tilfælde kunne være sagligt, da der generelt kan argumenteres for de fornødne driftsmæssige grunde til at have kendskab til medarbejderens arbejdsevne.

Persondataretligt er helbredsoplysninger omfattet af persondatalovens §7, følsomme oplysninger<sup>12</sup>.

Som udgangspunkt er der et forbud mod at behandle følsomme oplysninger om en person. Persondataloven og det bagved liggende direktiv<sup>13</sup> åbner dog mulighed for at en dataansvarlige – i ansættelsessituationen vil det være arbejdsgiveren – kan behandle følsomme data, hvis nogle nærmere angivne undtagelsesmuligheder er tilstede. Undtagelserne er få. Dermed begrænser persondataloven ledelsesretten konkret.

Afgivelse af helbredsoplysninger ved ansættelsen er også reguleret i helbredsoplysningsloven<sup>14</sup>. I helbredsoplysningsloven anerkendes således arbejdsgiverens behov for information om helbred fra en ansøger.

Heller ikke i henhold til helbredsoplysningsloven, har arbejdsgiveren dog en generel adgang til lønmodtageres helbredsoplysninger. Helbredsoplysninger må således ikke generelt anvendes til at begrænse lønmodtageres adgang til at opnå ansættelse.

Hvis stillingen kræver særlige helbredsmæssige forhold hos ansøgeren, vil arbejdsgiveren lovligt kunne anmode denne om oplysningerne. I den situation må en arbejdsgiver lovligt spørge til angivne sygdomme eller symptomer, der vil have væsentlig betydning for ansøgerens arbejdsdygtighed til det pågældende arbejde. Og der kan stilles krav om en undersøgelse for disse ting, hvis arbejdet særligt fordrer dette.

Retten til arbejdsduelige ansatte er understøttet af en forpligtelse i helbredsoplysningslovens §6 om, at en ansøger til en stilling af egen drift eller på spørgsmål fra arbejdsgiveren skal oplyse, om han/hun er bekendt med at lide af en sygdom eller har symptomer på en sygdom, som vil have væsentlig betydning for ansøgerens arbejdsdygtighed i forhold til den konkrete stilling.

I Højesterets dom af 9. juni 2015, U 2015.3220H, anfører Højesteret, at oplysningspligten også omfatter stress, der har medført sygefravær (hos en tidligere arbejdsgiver) - uanset om forholdet må anses for at være en sygdom i medicinsk forstand. Oplysningspligten dækker altså ikke alene egentlig sygdom eller symptomer på sygdom, men tillige hvor lønmodtageren må indse, at han lider af en (ikke medicinsk) lidelse med nærliggende risiko for uarbejdsdygtighed. Kun hvis ansøgeren kan anse sig fri for en sådan risiko, kan han undgå oplysningspligten overfor den ansættende arbejdsgiver. I den konkrete sag fandt Højesteret efter en nærmere vurdering af risikoen, at lønmodtageren på ansættelsestidspunktet skulle have oplyst den nye arbejdsgiver om sygemeldingen på grund af stress. I vurderingen af risikoen indgår blandt andet, at karakteren af den tidligere og nye stilling var af samme art, og stressen var relateret til arbejdet.

Som et ekstra element anså Højesteret det ligefrem for svigagtigt og i strid med den loyale oplysningspligt som lønmodtager, at lønmodtageren havde

givet den nye arbejdsgiver det urigtige indtryk af, at hun var aktiv i uopsagt stilling, for at undgå, at korrekt oplysning om hendes hidtidige ansættelsesforhold skulle indvirke negativt på hendes ansættelsesmulighed. Dette sammenholdt med tilsidesættelsen af helbredslovens oplysningspligt medførte, at den nye arbejdsgiver var berettiget til at annullere tilsagnet om ansættelse som ugyldigt.

Helbredsoplysningsloven viger dog for anden lovgivning eller tilsvarende bestemmelser, der omhandler brug af helbredsoplysninger. Det kan blandt andet være regulatoriske krav om obligatoriske helbredsundersøgelser i tilknytning til udførelse af bestemte former for arbejde, eksempelvis piloter.

#### DE ULOVLIGE KRITERIER

Som ovenfor anført, kan arbejdsgiveren ansætte den, han finder bedst egnet. Denne frie antagelsesret begrænses dog af en lovbestemt ramme, som oplister en række kriterier, som vil være ulovlige at lægge vægt på hos en ansøger. Det skal fremhæves, at disse ulovlige kriterier dog ikke medfører, at alle ansøgere har krav på at blive behandlet ens.

Forskelsbehandlingsloven<sup>15</sup>, ligestillingsloven<sup>16</sup> og foreningsfrihedsloven<sup>17</sup> oplister en række kriterier, som det vil være ulovligt for arbejdsgiveren at lægge vægt på i forbindelse med vurdering af en ansøger. Der er en hårfin grænse mellem, hvad en arbejdsgiver på grundlag af ledelsesretten kan lægge vægt på, angive i en stillingsannonce og spørge ind til hos en ansøger, og hvornår der er tale om en overtrædelse af den lovlige ramme, som arbejdsgiveren skal handle indenfor.

Under dække af ledelsesretten må en arbejdsgiver i princippet godt lægge vægt på, om ansøgeren er gift, hvis det konkret kan siges at være et sagligt kriterie i forhold til den konkrete stilling. Arbejdsgiveren må dog uanset saglighed ikke lægge vægt

<sup>15</sup> Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LBK nr. 1349 af 16/12/2008.

<sup>16</sup> Lov om ligestilling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v., LBK nr. 645 af 08/06/2011.

<sup>17</sup> Lov om foreningsfrihed på arbejdsmarkedet, LBK nr. 424 af 08/05/2006.

på, om ansøgeren er gift med en af samme eller modsatte køn. Arbejdsgiveren må tage hensyn til, om ansøgeren har børn. Men arbejdsgiveren må uanset saglighed ikke lægge vægt på, om ansøgeren har planer om at få børn.

Fordi nuancerne kan være små, og fordi man hurtigt og utilsigtet alligevel kan få udtrykt sig på en måde, der kan dømmes til at udgøre forskelsbehandling, bør arbejdsgiverens stillingsbeskrivelser og spørgeskramme alene vedrøre de faglige elementer, dvs. primært kvalifikationer og kompetencer, der skal til for at finde den bedst egnede til jobbet.

Til eksempel blev en virksomhed dømt for forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse, fordi lederen i ansættelsesinterviewet som en måde at åbne dialogen på, spurgte ind til, hvor kandidaten kom fra, da han havde et udenlandsk klingende navn. Kandidaten havde en indisk baggrund. Virksomheden bestred ikke, at der havde været dialog om, hvor han kom fra, og da virksomheden i øvrigt ikke sagligt kunne redegøre for fravalget af kandidaten, blev virksomheden dømt af Ligebehandlingsnævnet<sup>18</sup>. Havde lederen samme åbningsreplik over for en person med klingende sønderjysk accent, ville kandidaten næppe have haft retligt grundlag at rejse et krav på.

De talrige eksempler fra Ligebehandlingsnævnets praksis vedrørende stillingsannoncer og kønsbetonede stillingsbetegnelser er også eksempler på, at nuancerne kan være svære, og at arbejdsgiveren utilsigtet kan komme i klemme. En stillingsannonce efter en piccoline var således ikke som sådan udtryk for et kønsbaseret kriterie (den "mandlige" version af ordet giver i øvrigt en hel anden stillingskategori), men da det blev suppleret med, at virksomheden konkret i sit afslag havde givet udtryk for, at kønnet havde haft en betydning ved udvælgelsen, blev ansøgeren tilkendt en godtgørelse<sup>19</sup>.

Hvorvidt en ansøgers dansk kundskaber er tilstrækkelige, kan være et sagligt kriterie, som arbejdsgiveren i henhold til ledelsesretten kan lægge vægt på for at vurdere, om en ansøger er egnet til at bestride den konkrete stilling. Ledelsesretten og dermed arbejdsgiverens skøn begrænses dog her af forskelsbehandlingslovgivningen. Forskelsbehandlingsloven stiller krav om, at arbejdsgiveren kan dokumentere eller på tilstrækkelig vis kan sandsynliggøre, at dansk kundskaberne har væsentlig betydning for bestridelsen af stillingen, for at undgå en sag om forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse. Således blev et menighedsråd eksempelvis dømt i Ligebehandlingsnævnet, fordi man afslog en ansøgning til en stilling som organist i en kirke med henvisning til ansøgerens manglende dansk kundskaber. Menighedsrådets redegørelse for, at stillingen også indebar en række musiske aktiviteter målrettet børn og unge, var ikke tilstrækkeligt til at løfte bevisbyrden for, at der ikke var tale om forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse<sup>20</sup>.

En række af de kriterier, som er oplyst i forskelsbehandlings- og foreningsfrihedsloven, hører til følsomme oplysninger i persondatalovens §7. Persondataretligt har en arbejdsgiver dermed som udgangspunkt et forbud mod at behandle en række af de ulovlige kriterier, herunder også i forbindelse med en ansøgning. Kun hvis en af de oplyste undtagelsesmuligheder i persondatalovens §7 er til stede, kan arbejdsgiveren persondataretligt lovligt behandle oplysningerne. Ligebehandlingsnævnets afgørelser indeholder ikke oplysninger til at vurdere, om en af undtagelsesmulighederne var til stede, og dermed om behandlingen i forbindelse med afslaget var lovlig. Men fraværet af sager indbragt for Datatilsynet for overtrædelse af persondatalovgivningen er påfaldende i betragtning af omfanget af sager for Ligebehandlingsnævnet om manglende ansættelse på grund af disse ulovlige kriterier. Det

<sup>18</sup> Ligebehandlingsnævnets afgørelse i journal nr. 2015-6811-30837 af 7. oktober 2015.

<sup>19</sup> Ligebehandlingsnævnets afgørelse i journal nr. 2015-6811-29150 af 18. november 2015.

<sup>20</sup> Ligebehandlingsnævnets afgørelse i journal nr. 2015-6810-14038 af 6. maj 2016.

må forventes at ændre sig ved de markant højere bødestørrelser i persondataforordningen.

Det skal igen fremhæves, at selvom behandlingen skulle være lovlig i henhold til persondatalovens §7, skal behandlingen samtidig være saglig og proportional, jf. persondatalovens §5. Her kan ledelsesrettens saglighedsbegreb udfylde persondatalovens krav om saglighed og proportionalitet. Arbejdsgiveren skal tillige huske sine informations- og oplysningsmæssige forpligtelser, se ovenfor.

### STRAFFE- OG BØRNEATTESTER

Kriminalregisterbekendtgørelsen<sup>21</sup> indeholder tre kategorier af straffeattester; offentlig/privat straffeattest og børneattester. Offentlige straffeattester og børneattester kan kun udstedes med den registreredes samtykke, og udstedes kun i forbindelse med særlige nærmere opremsede situationer. En privat straffeattest udstedes, når den registrerede anmoder om det.

Omfanget af hvilke oplysninger der kan indeholdes i en privat straffeattest, er langt mindre end i en offentlig straffeattest eller en børneattest, ligesom perioden, en privat straffeattest dækker, er kortere.

Straffeoplysninger udgør semi-følsomme oplysninger i henhold til persondataloven<sup>22</sup>. Allerede fordi udlevering af en straffe-/børneattest alene kan ske på baggrund af et samtykke eller en begæring, vil behandlingen være lovlig i henhold til persondatalovens §8, som oplister samtykket som gyldig behandlingshjemmel – hvis samtykket altså opfylder kravene i persondataloven.

Imidlertid skal indhentelse af attesterne generelt også være sagligt og proportionalt, jf. persondatalovens §5. Af den grund vil det normalt være

udelukket at stille krav om straffeattest til ansøgere til alle stillingskategorier i en virksomhed. Det vil bero på en konkret vurdering i de enkelte ansættelsessituationer, om indhentelse af en straffeattest kan anses for sagligt og proportionalt, og dermed i overensstemmelse med persondataloven. I den forbindelse kan det proportionale bestå i, at man alene efterspørger den del af attesten, der er relevant for den pågældende stilling. Oplysning om trafikforseelse vil persondataretligt næppe være sagligt i bedømmelsen af en ansøger til en stilling som butiksekspedient, selvom det ledelsesretligt kan være sagligt.

### OFFENTLIGGJORTE OPLYSNINGER -

#### “GOOGLESØGNINGER”, FACEBOOK MV.

Den hurtigste og nemmeste måde for en arbejdsgiver at skaffe sig oplysninger om en ansøger – udover de oplysninger, der fremkommer ved selve ansøgningen – er ved at “google” vedkommende. Foruden det, der ellers måtte dukke op ved en sådan søgning, er der stor sandsynlighed for at både ansøgerens Facebook-, og LinkedIn-profil vises. Arbejdsgiveren kan derfor med få midler opnå et godt indblik i ansøgerens faglige kompetencer, men også mere private forhold.

Spørgsmålet er herefter, om arbejdsgiver må gøre brug af de fremkomne oplysninger.

Oplysningerne på LinkedIn profilen ligger normalt inden for de oplysninger, som arbejdsgiveren via ledelsesretten sagligt vil kunne indhente, når det ikke er de ulovlige kriterier.

Der vil som udgangspunkt være tale om almindelige personoplysninger, og persondatalovens §6 giver blandt andet adgang til at behandle almindelige oplysninger, hvis en konkret interesseafvejning<sup>23</sup>

<sup>21</sup> BEK nr. 881 af 04/07/2014.

<sup>22</sup> Semi-følsomme oplysninger i persondatalovens §8 er en særlig dansk kategori af oplysninger. Ved persondataforordningen opereres kun med almindelige oplysninger (art. 6), særlige kategorier af oplysninger (art. 9), straffeoplysninger (art. 10) og nationale identifikationsnumre (art. 11). De semi-følsomme oplysninger behandles derfor efter den 25. maj 2018 som almindelige oplysninger, bortset fra straffe-oplysninger, som får deres egen kategori. Persondataforordningen åbner mulighed for at nationale regler kan fastlægge behandling af straffeoplysninger og lovovertrædelser, hvorfor vi må afvente lovgivningsprocessen på dette punkt.

<sup>23</sup> Persondatalovens §6, stk. 1, nr. 7.

mellem formålet med behandlingen og hensynet til den enkelte ikke falder ud til den enkeltes fordel. Det vil næppe være tilfældet i en ansættelsessituation, og da saglighedskravet i persondatalovens §5 i denne situation vil læne sig op ad ledelsesretten, der giver adgang til saglige oplysninger om kvalifikationer, kompetencer og lignende arbejdsrelaterede oplysninger, vil arbejdsgiveren normalt lovligt kunne behandle oplysninger fra LinkedIn.

For så vidt angår Facebook, vil dele af oplysningerne kunne underlægges samme interesseafvejning som LinkedIn-profilen. Men for en stor del af de private oplysninger vil interesseafvejningen medføre, at behandlingen er ulovlig.

En anden af mulighederne til lovlig behandling af personlige oplysninger, herunder også følsomme oplysninger, er, hvis den pågældende selv har offentliggjort oplysningen.

Folketingets Ombudsmand har tidligere udtalt<sup>24</sup>, at hvis en person har en profil på Facebook, der er så åben at alle brugere af Facebook kan se de oplysninger der ligger om personen, er der som udgangspunkt tale om at oplysningerne er offentligt tilgængelige. Det samme kan være tilfældet hvis en person med en begrænset profil har så mange venner, at oplysningerne derved ikke længere kan kategoriseres som private.

Det kan tale for, at hvis disse betingelser er opfyldt, vil alle oplysninger fra Facebook kunne behandles lovligt. En lovlig behandling begrænses dog af persondatalovens § 5 om god databehandlingsskik. Det skal altså - udover den lovlige behandling - også være sagligt. Her kan ledelsesrettens saglighedsbegreb kvalificere persondatarettens saglighedskrav ud fra en betragtning om, at det som udgangspunkt næppe er sagligt at lade (alle) private oplysninger indgå i bedømmelsen af en kandidats egnethed til en konkret stilling.

<sup>24</sup> J.nr. 2011-2657-2091 af 15. januar 2011.

<sup>25</sup> Kreditoplysninger er heller ikke omfattet af den særlige kategori af oplysninger, jf. Persondataforordningen art. 9.

<sup>26</sup> Datatilsynets afgørelse i Journal nr. 2003-631-0118 af 15. maj 2006.

Et eksempel på manglende efterlevelse af god databehandlingsskik kan også være, at arbejdsgiveren etablerer en falsk profil for at få adgang til ansøgerens lukkede Facebook profil.

Det skal fremhæves, at en lovlig behandling i henhold til persondataloven kan være en ulovlig behandling i en anden sammenhæng. Hvis arbejdsgiveren eksempelvis via Facebook får information om, at ansøgerens sociale oprindelse, vil behandlingen og anvendelsen af denne til at afvise en ansøger kunne være ulovlig i medfør af forskelsbehandlingsloven.

## KREDITOPLYSNINGER

En arbejdsgivers vurdering af, hvem der er bedst egnet til jobbet, kan også indeholde et ønske om at vurdere ansøgerens økonomiske forhold. Ledelsesretten giver adgang til at afdække disse oplysninger, hvis der i øvrigt kan anses at være et sagligt driftsmæssigt behov herfor. Denne vurdering må antages ud fra en ledelsesretlig betragtning at være ret bred, og i hvert fald dække de stillingskategorier, der har med virksomhedens driftsmidler at gøre, herunder eksempelvis kassemedarbejdere og butiksassistenter.

Kreditoplysninger en almindelig oplysning<sup>25</sup>. Dermed er der større adgang til lovlig behandling i persondatalovens §6, da der ikke er et særligt beskyttelseshensyn. Herudover skal behandlingen stadig være saglig og proportional, jf. persondatalovens §5.

Datatilsynet har på baggrund af en konkret sag udtalt<sup>26</sup>, at persondatalovens krav om saglig og proportional databehandling sætter en grænse for, i hvilke tilfælde, der kan indhentes kreditoplysninger på stillingsansøgere. Datatilsynet fandt, at dette alene kan være sagligt og proportionalt, hvis der er tale om særligt betroede stillinger. Datatilsynet opremser en række stillingstyper, som i forhold til

den konkrete sag falder inden for og uden for denne definition. Særligt skal det fremhæves, at det forhold, at stillingen indebærer håndtering af værdier, herunder kontanter, som led i det daglige arbejde, ikke i sig selv indebærer, at stillingen kan karakteriseres som særlig betroet. Med andre ord vil krav om kreditoplysninger på kassemedarbejdere og butiksassistenter i henhold til persondataloven ikke være saglig og proportional behandling af personlige oplysninger.

## REFERENCER

For at opnå en mere nuanceret profil kan referencer udgøre en væsentlig faktor for arbejdsgiverens bedømmelse af ansøgerens kvalifikationer og kompetencer.

Ledelsesretten giver arbejdsgiveren adgang til at rette henvendelse til tidligere arbejdsgivere og forespørge om saglige arbejdsrelaterede forhold. De oplysninger, arbejdsgiveren opnår herved, vil udgøre almindelige personoplysninger i henhold til persondatalovens §6, og de vil blandt andet lovligt kunne behandles af arbejdsgiveren ud fra en interesseafvejning<sup>27</sup> mellem hensynet til individet og saglige hensyn til arbejdsgiverens interesse i at afdække ansøgerens jobmæssige kvalifikationer. I ansøgningssituationen vil hensynet til individet, dvs. ansøgeren, sjældent veje tungere end arbejdsgiverens ledelsesretligt funderede adgang til at vælge den bedst egnede.

Arbejdsgiveren skal dog huske persondatalovens informationsforpligtelser, og informere ansøgeren om, hvilke og hvordan der indsamles oplysninger om den pågældende, herunder ved referencer.

Arbejdsgiveren må ikke spørge ind til oplysninger, der kan kategoriseres som følsomme eller semi-følsomme<sup>28</sup>, medmindre arbejdsgiveren er omfattet af et særligt regulatorisk krav om den pågældende

oplysning, eksempelvis helbred, eller arbejdsgiveren har fået ansøgerens udtrykkelige samtykke.

Det er ikke kun den nye arbejdsgiver, der skal være opmærksom i forbindelse med indhentelse af oplysninger ved reference. Videregivelse af de pågældende oplysninger til en ansættende arbejdsgiver vil reguleres på samme måde. Det vil eksempelvis være en overtrædelse af persondataloven, hvis der videregives helbredsoplysninger fra en reference.

Dette var tilfældet i en dom afsagt af Højesteret<sup>29</sup>, hvor en kvinde i forbindelse med en ansættelsesamtale hos kommune A, havde samtykket til, at A måtte indhente referenceoplysninger hos kvindens tidligere arbejdsgiver, kommune B. Da A kontaktede B og gjorde opmærksom på tilladelsen til at indhente referencer, blev A, udover arbejdsrelaterede informationer, samtidig oplyst om, at B mistænkte kvinden for at have et alkoholmisbrug. A meddelte senere kvinden afslag på stillingsansøgningen. Højesteret fandt blandt andet, at kvindens ikke nærmere specificerede samtykke til at indhente referenceoplysninger hos en tidligere arbejdsgiver ikke kunne give adgang til at videregive følsomme oplysninger, som omfattet af persondataloven, hvorfor B blev dømt til at betale en godtgørelse på DKK 25.000 til kvinden. A blev dømt for overtrædelse af helbredsoplysningsloven, og dømt til at betale en godtgørelse på DKK 25.000 til kvinden.

Som enhver behandling under Persondataloven, skal behandlingen udover at have hjemmel, også være saglig og proportional. Her kan ledelsesretten påvirke saglighedsvurderingen.

## SAMTYKKE

Samtykke i en ledelsesretlig kontekst er ikke relevant. Ledelsesretten regulerer netop rummet for arbejdsgiverens handlinger uden samtykke/accept fra lønmodtageren/ansøgeren.

<sup>27</sup> Persondatalovens §6, stk. 1, nr. 7.

<sup>28</sup> Se note 22.

<sup>29</sup> Højesterets dom af 27. maj 2011, U 2011.2343 H.

Ledelsesretten begrænses som sagt blandt andet af persondatalovens krav om lovlige behandling af personlige oplysninger. Er det ikke muligt at finde anden behandlingshjemmel, kan arbejdsgiveren i en række sammenhænge persondataretligt være forpligtet til at anvende samtykket som lovlige behandlingshjemmel.

Det bemærkes generelt, at samtykke som lovlige behandlingshjemmel er en usikker hjemmel, da det i henhold til persondataloven vil kunne trækkes tilbage. Arbejdsgiveren bør derfor altid vurdere, om der kan findes en lovlige behandlingshjemmel i de øvrige undtagelser til forbuddet mod behandling i persondatalovens §§6, 7 og 8, ligesom behandlingen i øvrigt skal være saglig og proportional i henhold til persondatalovens §5.

Nærmere omtale af samtykke som lovlige behandlingshjemmel kan findes i HR Jura Magasinet, 9/2016, side 10.

Her skal det særligt fremhæves, at en del af samtykkets formål er at informere den pågældende generelt om, hvilke oplysninger, der indsamles og behandles, hvor de indsamles fra, hvor længe de opbevares mv., men også om konsekvenserne ved et manglende samtykke. Det er særligt denne del, der gør, at der kan stilles spørgsmålstejn ved, om samtykke i ansættelsesforholdet kan antages at være frivilligt, hvilket er en af betingelserne for et gyldigt samtykke.

Det må antages, at den danske implementering af persondataforordningen vil have et særligt fokus på samtykke i ansættelsesforhold, herunder i forbindelse med indhentelse af straffeattester mv., ligesom yderligere vejledning fra EU's såkaldte Artikel 29 gruppe, Justitsministeriet og Datatilsynet må forventes at have fokus på samtykkebegrebet, også i en arbejds-/og ansættelsesretlig kontekst. Samtykke inden for området spiller traditionelt en stor rolle, eksempelvis ved forhandling og varetagelse af kollektive rettigheder og individuelle ansættelseskontrakter.

## REKRUTTERINGSFIRMAER, TESTUDBYDERE MV.

Anvendelsen af rekrutteringsfirmaer, testudbydere og lignende i forbindelse med en rekrutteringsproces, vil normalt være anvendelse af databehandlere. En databehandler er en virksomhed, der behandler data på vegne af den dataansvarlige og under dennes instruktion. Det betyder, at det er den dataansvarlige, arbejdsgiveren, der som udgangspunkt er ansvarlig også for, at den proces og behandling, der foregår hos databehandleren, er lovlige.

Som noget nyt, inkluderer persondataforordningen databehandlere som pligtssubjekter til en vis grad, så databehandlere kan ifalde solidarisk eller selvstændig erstatningsansvar/bøde. Med andre ord kan databehandlere ikke længere "gemme sig bag" de dataansvarlige i en ansvarsmæssig sammenhæng.

Artiklens begrænsede plads levner kun mulighed for at pointere, at rekrutteringsfirmaer, testudbydere mv. er databehandlere, og opfordre til fokus på det i øvrigt obligatoriske aftalegrundlag med dem. Der er en lang række af persondataretlige forhold, som en databehandleraftale bør regulere, men erfaringen viser, at omfanget af databehandleraftaler end ikke tilnærmelsesvist svarer til antallet af databehandlere, som virksomheder bruger; heller ikke i HR-afdelingen.

Anvendelsen af databehandlere i ansøgningsprocessen, herunder rekrutteringsfirmaer, udbydere af personlighedstests mv., er et af de elementer, som ansøgeren skal have information om, jf. persondatalovens §28 og 29, straks ved opstarten.

## BEHOV FOR HANDLING

Der er ikke tvivl om, at alene inden for rekrutteringsprocesserne, er der en omfattende behandling af oplysninger, som vil medføre risiko for sanktioner i henhold til persondataforordningen.

I forberedelse af at møde kravene i persondataforordningen, vil en nøje afdækning af hvilke data, der i forbindelse med en rekruttering behandles i HR-afdelingen, herunder indhentes eksternt fra rekrutteringsbureauer, test-firmaer og derefter opbevares eksternt hos IT leverandøren, mv., være afgørende. Og her har vi slet ikke berørt de persondataretlige udfordringer, der er ved at disse samarbejdspartnere kan have data liggende på servere uden for EU. Eller hele HR systemet deles med søsterselskaber.

Overholdelse af persondataforordningen kræver afdækning af data flows, processer og (gen)forhandling af databehandlaftaler, samt procesbeskrivelser, persondatapolitikker mv. Det kræver ledelsesmæssig forankring og tværgående samarbejder. Og man vil næppe komme 100% i mål; det er en fortløbende proces. Allerede fordi det fulde overblik over den regulering, der vil gælde fra 25. maj 2018, ikke kan gives på nuværende tidspunkt.

Der vil komme national lovgivning, kollektive forhandlinger, og udfyldende vejledninger. Men alene afdækning af rekrutteringsprocesser, som i og for sig er et mindre element af dagligdagen i en HR-afdeling, vil kræve en hel del ressourcer, og det kan kun gå for langsomt med at komme i gang. Erfaringen viser dog, at i arbejdet med at opfylde reglerne, bliver man opmærksom på processer og handlinger, som man i lyset af personoplysningers særlige menneskeretlige status, den stigende misbrug af personlige oplysninger, hacking, identitetstyveri mv. kan have værdi at få ryddet op i eller præciseret.

Vær i øvrigt opmærksom på, at

- artiklen som udgangspunkt retter sig mod private firmaer,
- eventuelle kollektive forpligtelser/regulering i forbindelse med ansættelse af medarbejdere, kan medføre særlige forpligtelser,

- der kan være særlige forhold i relation til kandidat-behandlingen hos rekrutteringsfirmaet, som ikke omtales i denne artikel,
- en række persondataretlige aspekter ikke beskrevet. Det drejer sig blandt andet om krav til sletning, indsigtret, ajourføring og sikkerhed i forbindelse med behandling af personlige oplysninger i rekrutteringssammenhænge, eksempelvis krypteret udveksling af oplysninger, adgangskontrol, beskyttelse mod misbrug, mv. Her henvises til den persondataretlige litteratur og Datatilsynets vejledning<sup>30</sup>,
- en beskrivelse af den generelle påvirkning fra persondataforordningen på en række HR relaterede spørgsmål er også givet i HR Jura Magasinet, 9/2016, side 7.

---

<sup>30</sup> Vedrørende sikkerhed, henvises særligt til Datatilsynets vejledning om krav om datasikkerhed i forbindelse med personaleadministration hos private, offentliggjort den 23. januar 2015.

# ARBEJDSKLAUSULER - HVORNÅR ER DE LOVLIGE?



HELLE NØHR LARSEN  
ADVOKAT (H)

## 1. INDLEDNING

Hvilke ansættelsesretlige og lønmæssige forpligtelser kan en offentlig ordregiver pålægge en kontraktpart?

### 1.1 ARTIKLENS KONKLUSION

Artiklen omhandler spørgsmålet om, i hvilket omfang en offentlig ordregiver kan pålægge en kontraktpart en arbejdsklausul, og dermed at skulle efterleve en række ansættelsesretlige forpligtelser m.v. overfor de af kontraktpartens medarbejdere, som skal arbejde på den omhandlede opgave. På baggrund af afgørelsen af 2. august 2016 fra Klagenævnet for Udbud samt praksis fra EU-Domstolen og Arbejdsretten konkluderes det i artiklen, at det kan diskuteres om afgørelsen fra Klagenævnet for så vidt angår den i sagen gældende konkrete arbejdsklausul, og vedrørende den mere generelle danske håndtering af arbejdsklausuler i offentlige udbud er i overensstemmelse med gældende EU-ret. Konklusionen er, at arbejdsklausuler, der indebærer forpligtelser, udover de områder som er oplyst i udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, kan være i strid med EU-retten.

### 1.2 BAGGRUNDEN FOR ARTIKLEN

I artiklen diskuteres det, hvilket indhold en arbejdsklausul kan have, uden at blive anset som en for vidtgående restriktion i henhold til EU-reglerne om fri bevægelighed. Fokus vil være mere generelt at fastlægge rammerne for og indholdet af arbejdsklausuler samt mere specifikt at vurdere, hvilke krav til betaling af en nærmere fastsat mindsteløn en ordregiver kan stille i henhold til gældende regler. Arbejdsklausuler kan være udformet på mange måder, og derfor vil vurderingen af, om en arbejdsklausul er i overensstemmelse med gældende ret, skulle vurderes for så vidt angår den pågældende klausuls konkrete indhold.

Med udgangspunkt i afgørelsen fra Klagenævnet for Udbud den 2. august 2016 samt relevante EU- og nationale regler og afgørelser fra EU-Domstolen og Arbejdsretten vil artiklen gennemgå, hvilket indhold en (lovlig) arbejdsklausul kan have, herunder også for så vidt angår det lønniveau, som en ordregiver ønsker overholdt.

(I artiklen bruges betegnelserne "kontraktpart" og "tilbudsgiver" om den virksomhed, der byder på eller indgår aftale om udførelsen af en opgave i Danmark. Betegnelserne "udbudsgiver" og "ordre-

giver" vil blive brugt om den part, der udbyder eller på anden vis indgår en aftale om at få en opgave udført i Danmark).

## 2. ARBEJDSKLAUSULER

Ved en arbejdsklausul forstås en klausul, hvor en ordregiver, der ønsker en opgave udført, forpligter den tilbudsgiver, der får opgaven til, at de medarbejdere, som tilbudsgiver anvender til at udføre opgaven, skal sikres en række arbejdsvilkår, der typisk er gældende i det geografiske område og den branche, hvor arbejdet skal udføres. Klausulen kan indeholde et eller flere konkrete krav vedrørende arbejds- og ansættelsesvilkår, som tilbudsgiveren skal efterleve. Arbejdsklausuler indeholder typisk en henvisning til en sædvanlig overenskomst på området, som skal være gældende. Alternativt indeholder arbejdsklausulen et krav om, at tilbudsgiveren i forhold til sine medarbejdere skal efterleve en række sædvanlige/specifikke ansættelsesvilkår om løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår i henhold til en konkret overenskomst.

Det ses også ofte, at en arbejdsklausul indeholder en bestemmelse om kædeansvar/underkontrahentansvar eller solidarisk ansvar. Ved sådan et ansvar forstås i denne sammenhæng, at ordregiver forpligter den kontraktpart, der får opgaven, til også at kræve, at eventuelle underentreprenører skal pålægges at efterleve arbejdsklausulen. Den direkte kontraktpart vil også typisk blive holdt ansvarlig for egne og eventuelt dennes underentreprenørers manglende overholdelse af de indgåede forpligtelser. Med virkning fra den 18. juni 2016 er lov om Arbejdsmarkedets sociale Fond trådt i kraft. Ved denne lov har Danmark implementeret håndhævelsesdirektivet (2014/67 EU), dog uden at implementere det underkontrahentansvar overfor den direkte underentreprenør, som direktivet som udgangspunkt lægger op til, jf. nedenfor punkt 3.4.3 om håndhævelsesdirektivet. Der er således ikke dansk lovgivning, der regulerer muligheden for at pålægge kædeansvar indenfor bygge- og anlægsarbejder eller andre områder.

Statslige myndigheder er i meget stort omfang forpligtet til at anvende arbejdsklausuler, jf. nedenfor om ILO-konventionen nr. 94 – og de statslige myndigheder anvender også arbejdsklausuler. Derudover skønnes det, at ca. 90 % af alle kommuner anvender arbejdsklausuler eller andre former for sociale klausuler som en del af de generelle vilkår, som tilbudsgiver skal overholde i forbindelse med udbud indenfor byggeriet, jf. henvisninger til 3 F's og KL's undersøgelser i "Udstationeringsloven med kommentarer" af Christian Andersen-Mølgaard m.fl., side 97. Arbejdsklausuler er således virkelighed i stort set alle større offentlige udbud og aftaler om større byggeopgaver.

I Danmark er der både fra politisk hold og fra en lang række af arbejdsmarkedets parter et udbredt ønske om at undgå social dumping, og et af redskaberne i denne kamp er brugen af arbejdsklausuler. Ved social dumping forstås i denne sammenhæng, at inden- eller udenlandske virksomheder, der udfører opgaver/tjenesteydelser i Danmark, gør brug af (væsentligt) billigere udenlandsk arbejdskraft til at udføre en opgave sammenlignet med, hvad der gælder for danske medarbejdere. Udfordringen er, at når en ordregiver stiller krav om, at en opgave skal udføres under overholdelse af særligt fastsatte løn- og ansættelsesvilkår, så vil en udenlandsk tilbudsgiver kunne indtage det synspunkt, at der er tale om restriktioner i strid med EU's regler og principper om fri bevægelighed indenfor EU.

## 3. REGLERNE

### 3.1 TRAKTATEN - TEUF

Det er et grundlæggende princip i EU-retten, at der ikke må ske forskelsbehandling på grund af nationalitet, jf. 18 TEUF (konsolideret udgave af traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde), ligesom det er et grundlæggende princip, at der skal være fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital. Principperne fastslås mange steder i traktaten, jf. blandt andet artikel 26 TEUF, hvor rettighederne er fastslået. Rettighederne vedrørende fri bevægelighed for personer, tjeneste-

ydelser og kapital fremgår af TEUF tredje del, afsnit IV, kapitel 1 - kapital 4. Om arbejdskraftens frie bevægelighed fastslås det eksempelvis i artikel 45, at *"Arbejdskraftens frie bevægelighed sikres inden for Unionen"*. Det fremgår endvidere, at den frie bevægelighed forudsætter, at enhver forskelsbehandling begrundet i nationalitet afskaffes for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår. Dog kan forskelsbehandling finde sted, hvis dette er begrundet i den offentlige sikkerhed og orden, samt den offentlige sundhed, jf. artikel 45, stk. 3. Retten til frie varebevægelser fremgår blandt andet af artikel 56 TEUF: *"Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Unionen, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i en anden medlemsstat end modtageren af den pågældende ydelse"*. Artikel 56 i TEUF er en af de væsentlige traktatbestemmelser ved vurderingen af, om de restriktioner, som en ordregiver forpligter en tilbudsgiver til at efterleve i forbindelse med udførelse af opgaver i Danmark, er i overensstemmelse med EU-retten eller ej.

### 3.2 EU'S CHARTER OM GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER ("CHARTERET")

EU's Charter indeholder en række bestemmelser som omhandler de grundlæggende EU-frihedsrettigheder. Den frie bevægelighed for arbejdskraft og etableringsret m.v. er blandt andet fastslået i EU's Charter artikel 15 og 16, og retten til kollektive kampskridt fremgår af artikel 28. Charteret er tillagt traktatrang, og har altså direkte virkning.

### 3.3 ILO-KONVENTION 94

#### 3.3.1 INDHOLDET AF ILO-KONVENTION 94

Ud over de nævnte regler, så har Danmark tiltrådt ILO's konvention nr. 94. Danmark har tiltrådt konventionen i 1955, og konventionen er gennemført ved cirkulære 9471 af 30. juni 2014. Konventionen indebærer, at statslige myndigheder (ministerier og styrelser) i forbindelse med udbud af bygge- og anlægsopgaver skal stille krav om, at de medarbejdere, der skal arbejde under kontrakten, sikres, at

deres arbejdsvilkår ikke er mindre gunstige end dem, der i øvrigt gælder på det pågældende geografiske område inden for den pågældende branche. Disse regler skal modvirke social dumping i forbindelse med offentlige byggerier og anlægsarbejder.

De statslige myndigheder er forpligtet til at gøre brug af arbejdsklausuler, jf. konventionen og det nævnte cirkulære, mens det i cirkulæret *anbefales*, at kommuner og regioner også bruger sådanne klausuler - hvilket de i vidt omfang gør, jf. ovenfor punkt 2. Arbejdsklausulerne indebærer, at de statslige og kommunale myndigheder, som gør brug af klausulerne, forpligter de private kontraktparter til at give deres medarbejdere løn- og arbejdsvilkår svarende til, hvad der gælder for tilsvarende medarbejdergrupper indenfor samme geografiske område i den pågældende branche.

Det fremgår af konventionens artikel 2, at en kontraktpart skal forpligtes til at betale en løn, inklusiv alle tillæg, til sine medarbejdere, som skal være på samme niveau, som tilsvarende medarbejdere får for samme type arbejde i det pågældende geografiske område inden for branchen. Det fremgår videre af konventionen (artikel 1, stk. 3), at underentreprenører også skal overholde konventionen.

ILO-konventionen er bindende for de medlemslande, der har tiltrådt konventionen, herunder Danmark. Det er omdiskuteret om Danmarks implementering af ILO-konvention 94 i form af cirkulære 9471 af 30. juni 2014 (til erstatning for et cirkulære fra 1966), er udtryk for tilstrækkelig implementering af konventionen i dansk ret. Det er også (og måske særligt) omdiskuteret, om indholdet af ILO-konvention nr. 94 er i overensstemmelse med EU-retten, og om konventionen kan gøres gældende over for virksomheder i medlemslande, hvor nogle har tiltrådt konventionen og nogle ikke har. Formålet med denne artikel er ikke en undersøgelse af, hvorvidt ILO-konvention nr. 94 er i overensstemmelse med EU-retten eller ej, og hvad konsekvenserne i givet fald vil være, hvis konventionen ikke er i overensstemmelse med EU-retten. Der knyttes dog her der-

for nogle bemærkninger til spørgsmålet om, hvorvidt de krav, der efter ILO-konvention 94 skal stilles vedrørende overholdelse af arbejds- og ansættelsesretlige vilkår, er i overensstemmelse med EU-retten.

### 3.3.2 ILO-KONVENTION 94 OG EU-RETEN

Det fremgår af TEUF artikel 351, at folkeretlige forpligtelser, som en nationalstat har indgået inden indmeldelse i EU, ikke berøres af bestemmelserne i Traktaterne. I Domstolens dom C-301/08, *Deutscher Luftpol*, præmis 13, fremgår det, at bestemmelserne i en konvention, der er indgået forud for traktatens ikrafttrædelse, ikke kan påberåbes i forholdet mellem medlemsstaterne. Blandt andet på baggrund af denne dom må det antages, at Danmark ikke kan påberåbe sig ILO-konvention 94 til støtte for en arbejdsklausul overfor en borger/virksomhed i et medlemsland, hvis en arbejdsklausul går videre end EU-retten tillader.

Det er efter min opfattelse tvivlsomt, om indholdet af ILO-konvention nr. 94 er fuldt og helt i overensstemmelse med EU-retten, jf. også U 2016B.80 af Henrik Karl Nielsen, og U2014B.198 af Sune Troels Poulsen. Det er min vurdering, at ILO-konvention 94 indebærer muligheden for (og eventuelt pligten til) at anvende arbejdsklausuler med et mere omfattende indhold, end en arbejdsklausul i henhold til EU-reglerne, jf. forbuddet mod restriktioner i 56 TEUF og om udstationeringsdirektivets artikel 3 nedenfor i punkt 3.4.2. Det er min opfattelse, at man vil kunne finde eksempler på arbejdsklausuler der er i overensstemmelse med både ILO-konvention 94 og EU-retten, og klausuler der er i overensstemmelse med ILO-konvention 94, men ikke i overensstemmelse med EU-retten, afhængig af det konkrete indhold af den konkrete arbejdsklausul. Det må i denne forbindelse antages, at selvom Danmark har tiltrådt ILO-konvention 94, så kan de statslige og kommunale institutioner, som i vidt omfang bruger arbejdsklausuler, formentligt ikke kræve klausulerne overholdt overfor virksomheder fra andre EU-medlemslande, såfremt indholdet af klausulerne ikke lever op til EU-kravene.

Både ILO's Ekspertkomite og EU-kommissionen har ved flere lejligheder givet udtryk for, at der ikke er konflikt mellem ILO-konvention nr. 94 og EU-retten. På baggrund af disse tilkendegivelser, må det antages, at der vil blive gjort store anstrengelser for at forstå bestemmelserne uden store uoverensstemmelser med hinanden. På baggrund af de EU-domme, der er afsagt, og som omhandler udstationeringslovens artikel 3, stk. 1, jf. afgørelserne som gennemgås i punkt 5.1 - 5.4 nedenfor, må det dog antages, at der er en risiko for, at EU-Domstolen ikke vil anerkende arbejdsklausuler med et meget bredt indhold. Det må forventes, at i det omfang, at ILO-konvention nr. 94 indebærer, at arbejdsklausuler efter konventionen har et videre indhold, end det, der efter EU-retten kan pålægges en kontraktpart, så vil EU-Domstolen vurdere klausulen i forhold til EU-reglerne og de EU-retlige principper. Dette vil i givet fald kunne medføre, at vilkår, som er i overensstemmelse med ILO-konvention nr. 94, som EU-Domstolen anser for at være for vidtgående i forhold til EU-retten, vil blive anset for uberettigede - både når der er tale om statslige, kommunale og regionale myndigheder, som pålægger klausulerne. Det bemærkes i denne forbindelse, at når kommuner og regioner pålægger en kontraktpart en arbejdsklausul, med et (meget) omfattende indhold, hvis indhold lever op til ILO-konvention 94, men eventuelt er for vidtgående i forhold til EU-retten, så kan kommuner og regioner ikke henvise til, at ILO-konvention 94 (eller cirkulære 9471 af 30. juni 2014), indebærer en pligt til at pålægge arbejdsklausuler, idet konventionen alene indeholder en anbefaling af, at disse myndigheder anvender arbejdsklausuler.

## 3.4 DIREKTIVER OG LOVE

### 3.4.1 UDBUDSDIREKTIVET/ UDBUDSLOVEN

EU's udbudsdirektiv (direktiv 2014/24 EU) gælder, når offentlige myndigheder udbyder bygge- og anlægsopgaver på mere end ca. 38,9 mio. kr., og når statslige myndigheder udbyder andre vare- og tjenesteydelser til mere end ca. 1 mio. kr., og når der er tale om kommunale og regionale myndigheder der udbyder andre vare- og tjenesteydelser til en værdi af mere end ca. 1,5 mio. kr. Der er ikke i direk-

tivet fastsat regler om brugen af arbejdsklausuler. Udbudsdirektivet indeholder til gengæld flere betragtninger og en række bestemmelser om, hvilke krav og begrænsninger en ordregivende myndighed kan fastsætte vedrørende en opgaves udførelse. Ordregiver kan stille krav til og fastlægge betingelser for opgavens udførelse under forudsætning af, at kravene er gennemsigtige og klare, at kravene ikke er diskriminerende, at kravene vedrører kontraktens genstand, og at kravene er fastsat i udbudsbetingelserne.

Det fremgår af præambelen til direktivet, betragtning 37, at de ordregivende myndigheder kan stille krav om overholdelse af miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser. Sådanne krav skal være i overensstemmelse med EU-retten og i overensstemmelse med udstationeringsdirektivet. Det fremgår af betragtning 105, at en ordregiver kan stille krav om, at en kontraktpart skal overholde gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning i henhold til EU-retten, national lovgivning, kollektive aftaler eller i henhold til de internationale miljø-, social- og arbejdsmarkedsretlige lovbestemmelser, *under forudsætning af at sådanne regler og deres anvendelse er i overensstemmelse med EU-retten*. Det fremgår direkte af artikel 70 i direktivet, at en ordregivende myndighed kan fastsætte særlige betingelser vedrørende gennemførelsen af en kontrakt, hvis de er forbundet med kontraktens genstand (som nærmere defineret). Kravene kan vedrøre *”økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale og beskæftigelsesrelaterede hensyn”*. Det følger af artikel 18 i udbudsdirektivet, at medlemslandene skal overholde en række internationale konventioner m.v. Direktivet henviser i denne forbindelse til bilag X, der blandt andet oplister en række ILO-konventioner, som skal overholdes. Denne opstilling indeholder ikke ILO-konvention 94.

I Danmark er udbudsdirektivet implementeret ved udbudsloven (nr. 1564 af 15. december 2015), og lovens § 176 indeholder en stort set ordret implementering af artikel 70 i direktivet.

### 3.4.2 Udstationeringsdirektivet/ Udstationeringsloven

EU's udstationeringsdirektiv (direktiv 96/71 EU) vedrører levering af grænseoverskridende tjenesteydelser indenfor bygge- og anlægssektoren. Direktivet indeholder ikke konkrete bestemmelser om brugen af arbejdsklausuler (svarende til ILO-konvention 94), men indeholder mere specifikke regler om de krav og forpligtelser, som et medlemsland/værtsland kan eller skal stille overfor en kontraktpart, der skal udføre en tjenesteydelse i dette medlemsland/værtsland. Ifølge direktivet skal medlemsstaterne forpligte udenlandske tilbudsgivere til, at de indenfor de i direktivet beskrevne områder, jf. artikel 3, stk. 1, jf. stk. 8, skal sikre udstationerede medarbejdere de arbejds- og ansættelsesvilkår, som er gældende på den pågældende medlemsstats område, (når arbejdet skal udføres der).

I henhold til direktivet kan værtslandet kræve, at en udenlandsk tjenesteyder skal overholde værtslandets regler vedrørende de arbejds- og ansættelsesvilkår, der fremgår af direktivet (jf. artikel 3, stk. 1) samt de yderligere områder, hvor det kan kræves af hensyn til grundlæggende retsprincipper (*”ordre public-områder”*, jf. artikel 3, stk. 10). Det er i øvrigt en betingelse, at de omhandlede vilkår skal være fastsat på en af de måder, som direktivet foreskriver, jf. artikel 3, stk. 1, jf. stk. 8. Det betyder, at de arbejds- og ansættelsesvilkår, som et værtsland kan og skal forpligte en tilbudsgiver til at overholde, er de arbejds- og ansættelsesvilkår, som er nævnt i artikel 3, stk. 1, nr. a)-g), og når disse er fastsat *1) i lov eller administrative bestemmelser, 2) ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, eller 3) i kollektive aftaler, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på nationalt plan, og som gælder på hele det nationale område* (under forudsætning af, at der ikke sker forskelsbehandling mellem de nationale og udenlandske virksomheder), jf. artikel 3, stk. 1 og stk. 8, afsnit 2.

Udstationeringsdirektivet er implementeret i dansk ret ved udstationeringsloven (LBK nr. 175 af 24/02/2015). Den danske lov gælder for udstationering af lønmodtagere fra ét medlemsland til et

andet, uanset hvilken tjenesteydelse der er tale om, og loven er ikke begrænset til bygge- og anlægssektoren. Dette er i overensstemmelse med direktivet, som giver mulighed for denne mere omfattende implementering. Ved udstationeringslovens § 5, er det fastsat, at en virksomhed, der udstationerer lønmodtagere til Danmark, skal følge (helt eller delvist) arbejdsmiljøloven, ligestillingsloven, ligelønsloven, funktionærlovens § 7, forskelsbehandlingsloven og arbejdstidsloven. Oplistingen i § 5 omhandler de punkter, som fremgår af direktivets artikel 3, stk. 1, litra a)-b) og d)-g). Litra c) i direktivet er det eneste punkt, som ikke er medtaget i oplistingen i udstationeringslovens § 5. Dette skyldes, at litra c) vedrører *"mindsteløn, herunder overtidsbetaling"*, og Danmark har som bekendt ikke fastsat en generelt gældende mindsteløn ved lov eller kollektive overenskomster, der er tillagt generel virkning (det vil sige overenskomster, der gælder for alle - såkaldte "erga omnes overenskomster"). Til gengæld fastslås det i § 6 a, at der for at sikre udstationerede lønmodtagere løn svarende til, hvad danske arbejdsgivere er forpligtet til at betale for udførelsen af tilsvarende arbejde, kan anvendes kollektive kampskridt overfor udenlandske arbejdsgivere til støtte for et krav om overenskomst (på samme vis som der kan iværksættes kampskridt overfor danske arbejdsgivere).

I henhold til § 6 a, stk. 2 kan der alene iværksættes kollektive kampskridt, når den udenlandske arbejdsgiver forud for iværksættelsen af kollektive kampskridt, er blevet orienteret om de bestemmelser, der henvises til i den kollektive overenskomst, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område. Det skal i øvrigt fremgå med den fornødne klarhed, hvilken løn der efter overenskomsterne skal betales.

Vedrørende forståelsen af begrebet "mindsteløn", så fremgår det af udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, sidste afsnit, at *"I forbindelse med dette direktiv defineres begrebet mindsteløn, jf. stk. 1, litra c), i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat, på hvis område arbejds-*

*tageren er udstationeret"*. I Danmark vil fastlæggelsen af begrebet "mindsteløn" typisk være baseret på fortolkning af mindsteløn i henhold til en gældende overenskomst.

### 3.4.3 HÅNDHÆVELSESDIREKTIVET/ LOV OM ARBEJDSMARKEDETS FOND FOR Udstationerede

Mindstelønsbegrebet er også nærmere beskrevet i håndhævelsesdirektivet (2014/67 EU af 15. maj 2014 om håndhævelse af udstationeringsdirektivet). Af artikel 5, stk. 4 fremgår det, at de arbejds- og ansættelsesvilkår, der er omhandlet i artikel 3 i udstationeringsdirektivet, og som i overensstemmelse med udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, jf. stk. 8 er fastsat i kollektive overenskomster, skal stilles til rådighed for tjenesteydere og arbejdstagere fra andre medlemsstater m.v. på en let tilgængelig og gennemsigtig måde. I denne forbindelse anføres det, at *"De relevante oplysninger bør navnlig omfatte de forskellige mindstelønssatser og disses bestanddele, den metode, der anvendes til at beregne vederlag og - hvor dette er relevant - kriterier for klassificering i de forskellige lønkategorier"*. Håndhævelsesdirektivet indeholder i øvrigt i artikel 12 bestemmelser om, hvordan og i hvilket omfang medlemsstaterne kan indføre underkontrahentansvar (kædeansvar).

Danmark har implementeret håndhævelsesdirektivet ved vedtagelsen af lov om Arbejdsmarkedets Fond for Udstationerede (Lov nr. 613 af 8. juni 2016). Loven trådte i kraft den 18. juni 2016. Ved loven har Danmark valgt ikke at indføre kædeansvar i forhold til den direkte tilbudsgiver (som direktivet ellers lægger op til), men har i stedet etableret en fond, som skal dække lønmodtagerens (den udstationeredes) lønkrav, når dette er fastslået ved fagretlig behandling, og arbejdsgiveren ikke har betalt det fastslåede løntilgodehavende. Danmark har ved denne lov gjort brug af muligheden for at sikre håndhævelse af udstationeredes rettigheder ved at etablere *"andre passende håndhævelsesforanstaltninger"* end det underkontrahentansvar, der ellers er forudsat i direktivet, jf. håndhævelsesdirektivets artikel 12, stk. 2 og 6. For yderligere information om

den nye lov kan der henvises til artikel i HR Jura Magasinet nr. 9, 2016 af Ane K. Lorenzen.

#### 4. AFGØRELSE FRA KLAGENÆVNET FOR UDBUD DEN 2. AUGUST 2016

Sagens vedrørte et begrænset udbud efter det tidligere udbudsdirektiv (2004/18), som var implementeret i dansk ret som bilag til den dagældende bekendtgørelse. Da der var tale om et udbud fra Region Hovedstaden med en udbudssum på 112 mio. kr., var udbuddet omfattet af det tidligere udbudsdirektiv. Klagen var indgivet af Dansk Byggeri, der er tillagt adgang til at klage til Klagenævnet direkte i lovgivningen.

##### 4.1 UDBUDSBETINGELSERNE

Det var fastsat i udbudsbetingelserne

- at entreprenøren skulle sikre, at ansatte hos entreprenøren og dennes underentreprenører/-leverandører var sikret løn og arbejdsvilkår, der ikke var mindre gunstige end dem, der var gældende for arbejde af samme art i henhold til en dansk kollektiv overenskomst indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på det pågældende område
- at entreprisen skulle leveres med respekt for nationale og internationale love og regler vedrørende menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder, miljø og antikorruption. Der blev henvist til 4 konkrete internationale konventioner, der skulle efterleves, og det var præciseret, at dette blandt andet betød, at hverken entreprenøren eller dennes underentreprenører eller underleverandører måtte benytte sig af konventionsstridig arbejdskraft, og
- at manglende overholdelse af de lige nævnte betingelser ville kunne anses som væsentlig misligholdelse med den konsekvens, at entreprenøren straks skulle foretage afhjælpning ved at kompensere de ansatte, herunder ansatte hos underleverandører, hvis de havde fået mindre gunstig løn, arbejdstid og/eller andre arbejdsvilkår end krævet. Hvis entreprenøren skulle

efterbetale løn til de ansatte, skulle der også betales en nærmere angivet bod til bygherren. Tilsvarende var der fastsat regler om betaling af bod, hvis entreprenøren eller en underentreprenør/-leverandør havde ladet arbejdet udføre af personer uden nødvendig opholds- eller arbejdstilladelse.

##### 4.2 PÅSTANDENE

Dansk Byggeri nedlagde påstand om, at det var i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip, i udbudsmaterialet at pålægge tilbudsgiverne

- 1) fuldt ud at kompensere en underentreprenørs ansatte, hvis underentreprenøren ikke betalte den krævede løn og levede op til de krævede arbejdsvilkår,
- 2) at betale bod til regionen, hvis en underentreprenør ikke levede op til de krævede løn- og arbejdsvilkår,
- 3) at betale bod til regionen, hvis en underentreprenør lod arbejde udføre af personer uden gyldig opholds- eller arbejdstilladelse, og
- 4) at manglende overholdelse af krav, der ikke var præcist og fyldestgørende beskrevet, skulle anses som en væsentlig mangel.

Endelig var der nedlagt påstand om,

- 5) at det var i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og kravet om gennemsigtighed at kræve, at tilbudsgiverne skulle efterleve nationale og internationale love og regler uden at angive på hvilke punkter disse skulle overholdes.

Region Hovedstaden nedlagde påstand om, at klagen ikke skulle tages til følge.

##### 4.3 AFGØRELSEN

I afgørelsen startede Klagenævnet med indledningsvis at konstatere, at der både i Danmark og EU er et øget fokus på, at der ved større byggerier og større anskaffelser fastsættes arbejdsklausuler og

sociale klausuler. Formålet er at undgå, at den konkrete opgave udføres af ansatte under kritisable forhold. Klagenævnet henviste i denne forbindelse til vejledning til cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter fra beskæftigelsesministeriet (nr. 9472 af 30. juni 2014) og "Aftale om regionernes økonomi for 2014" mellem regeringen og regionerne samt punkt 105 i præambelen til det nye udbudsdirektiv, jf. ovenfor 3.4.1.

Klagenævnet tog ikke de nedlagte påstande til følge, idet Klagenævnet fastslog, at det EU-retlige proportionalitetsprincip ikke var overtrådt. I denne forbindelse henviste Klagenævnet til indholdet af artikel 26 i det dagældende udbudsdirektiv 2004/18, (artikel 70 i det nye udbudsdirektiv og udbudslovens § 176), som fastslår, at de ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende sociale og miljømæssige hensyn, når der er tale om betingelser vedrørende kontraktens udførelse, og hvis betingelserne er forenelige med fællesskabsretten, og de er nævnt i udbudsbetingelserne. Klagenævnet fastslog, at de kontraktvilkår, som ordregiveren kan fastsætte, skal være forenelige med fællesskabsretten, som proportionalitetsprincippet er en del af. Klagenævnet understregede, at artikel 70 i det nye udbudsdirektiv er udvidet således, at det udtrykkeligt nævnes, at de betingelser, som ordregiver kan fastsætte, kan være af hensyn til "*økonomiske, innovationsrelaterede miljømæssige, sociale og beskæftigelsesrelaterede*" forhold.

Klagenævnet fastslog, at en hovedentreprenør kan sikre sig i forhold til eventuelle underentreprenører ved at videreføre arbejdsklausuler i kontrakterne med dem, og at det er i overensstemmelse med sædvanlige obligationsretlige principper indenfor entrepriseretten, at en entreprenør hæfter over for bygherren for en underleverandørs mangler ved arbejdet. Med henvisning hertil ansås arbejdsklausulerne med kædeansvar for at være en passende foranstaltning for at sikre, at medarbejdere beskæftiget på byggeriet fik løn- og arbejdsvilkår, som svarede til forholdene på det danske arbejdsmarked. Klausulerne ansås ikke for

kunstigt at indskrænke konkurrencen. Det var uden betydning, om kædeansvar førte til øgede administrative og økonomiske byrder for hovedentreprenøren, da tilbudsgiver kunne lade sådanne forhold indgå i fastsættelsen af tilbudsprisen. Det var også uden betydning, at entreprenøren skulle betale bod til ordregiveren, da entreprenøren kunne videreføre bodsbestemmelserne til underentreprenøren.

Klagenævnet fastslog videre, at kravet om, at entreprenører og underentreprenører skulle udføre opgaven med respekt for nationale og internationale love vedrørende menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder, miljø og antikorruption (med henvisning til 4 konkrete konventioner), ikke var i strid med gennemsigtighedsprincippet. Her lagde Klagenævnet vægt på, at der var tale om konventioner, som indeholder grundlæggende samfundsprincipper om de pågældende områder, og at kravet om efterlevelse af disse principper ikke var diskriminerende eller i strid med ligebehandlingsprincippet. Det var heller ikke i strid med proportionalitetsprincippet, at klar overtrædelse af de anførte krav ville udgøre væsentlig misligholdelse.

Klagenævnet tog altså ikke Dansk Byggeris påstande til følge. Dansk Byggeri har 8 uger fra den 2. august 2016 til at tage stilling til, om afgørelsen skal indbringes for domstolene.

#### 4.4 KOMMENTAR

Følgende fremgår af det uddrag af udbudsbetingelserne, som er medtaget i kendelsen fra Klagenævnet, punkt. 10.1.2 om "*Løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår*": "*Entreprenøren skal sikre, at ansatte hos Entreprenøren og dennes underentreprenører/-leverandører, som medvirker til at opfylde kontrakten i Danmark, er sikret løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark og som gælder på hele det danske område*" (herefter benævnt "*Arbejdsklausulen*"). Af

punkt 10.1.3 fremgår det, at overtrædelse af punkt 10.1.2 er væsentlig misligholdelse, og af punkt 10.1.4 fremgår det, at entreprenøren kan pålægges at foretage afhjælpning, og herunder både betale eventuel manglende løn samt kompensere for de ansattes mindre gunstige arbejdstid og andre arbejdsvilkår, uanset om der er tale om ansatte hos entreprenøren eller underentreprenørerne. Endvidere skulle entreprenøren betale bod til bygherren, hvis entreprenøren havde undladt at betale korrekt løn. Det er uklart, om bodsbestemmelsen medfører, at boden (minimum 5.000 kr. pr. dag) forfalder til betaling fra det tidspunkt, hvor medarbejderne ikke får den korrekte løn - også når det er underentreprenørerne, der ikke har betalt korrekt løn, og uanset om entreprenøren ved dette - eller om boden først forfalder, fra det tidspunkt, hvor entreprenøren bliver bekendt med, at der er medarbejdere, der har et forfaldent lønkrav.

Som det fremgår, så forpligter den citerede arbejdsklausul entreprenøren og underentreprenøren ikke blot til at betale løn med tillæg i henhold til kollektiv overenskomst, men også til at overholde reglerne om arbejdstid og andre arbejdstidsvilkår i henhold til *en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område.*

Klagenævnet vurderede ikke de i sagen omhandlede forpligtelser i forhold til artikel 56 TEUF om forbud mod restriktioner i forbindelse med udveksling af tjenesteydelser, ligesom Klagenævnet ikke vurderede forpligtelserne i relation til udstationeringsloven og udstationeringsdirektivet og dertil hørende praksis. Spørgsmålet er, om kendelsen havde fået samme resultat, hvis Klagenævnet havde skullet tage stilling til, om forpligtelserne var i overensstemmelse med de lige nævnte regler og principper.

I den konkrete sag var der tale om en dansk udbyder og danske prækvalificerede tilbudsgivere, og de faktiske omstændigheder kunne derfor indikere, at der er tale om et rent dansk anliggende, hvor EU-

retten ikke finder anvendelse, og hvor EU-domstolen ikke er kompetent. Den konkrete sag blev procederet og afgjort på baggrund af dansk ret, og grunden til, at der henvises til udbudsdirektivet, er, at direktivet ved den dagældende bekendtgørelse var implementeret direkte i dansk ret.

Vedrørende de faktiske forhold i klagenævnsagen må det lægges til grund, at udbuddet indebar *mulighed* for et grænseoverskridende element, idet de forpligtelser, som Region Hovedstaden stillede krav om skulle overholdes, ville kunne påvirke samhandlen inden for EU med den konsekvens, at udbuddet er omfattet af gældende EU-ret m.v., jf. i denne forbindelse Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, "EU-ret fri bevægelighed", 2. udgave, side 26 og 27, og "EU-retten", 5. udgave, Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, side 254 og 255, om hvornår der er tale om interne, nationale forhold, og hvornår der er tale om en situation omfattet af EU-retten. I den konkrete sag for Klagenævnet kunne der *potentielt* være tale om et grænseoverskridende element i form af en udenlandsk tilbudsgiver (eller underentreprenør), og det må derfor antages, at EU-retten og de EU-retlige principper kan eller kunne gøres gældende i deres helhed.

EU-Domstolen har tidligere taget stilling til tilsvarende spørgsmål, jf. RegioPost sagen i præmis 44 - 52 (og nedenfor punkt 5.4). I RegioPost var alle tilknytningsmomenter, herunder ordregiver og tilbudsgivere, knyttet til Tyskland, og flere stater påstod, at der i sagen ikke var et grænseoverskridende element, idet alle parter var tyske. Staterne påstod derfor, at Domstolen ikke havde kompetence til at udtale sig om den omhandlede lovs forenelighed med udstationeringsdirektivet og/eller artikel 56 TEUF. Domstolen tilsidesatte indsigelserne, og konkluderede, at da udbudsdirektivet fandt anvendelse, skulle fortolkningsspørgsmål i relation til udbudsdirektivets artikel 26 tages til realitetsbehandling, selvom fortolkningsspørgsmålet var rejst indenfor rammerne af en tvist, hvor alle elementer fandtes inden for en enkelt stat (præmis 49). Ydermere fastslog Domstolen, at selv om alle elementer i sagen fandtes i én stat, så var Domstolen kompetent til at

træffe afgørelse om artikel 56 TEUF (præmis 50), idet det ikke kunne udelukkes, at udenlandske virksomheder var interesserede i at deltage i udbudsproceduren, men at nogle undlod at deltage på grund af lønkravet i udbudsbetingelserne (præmis 51).

Helt i overensstemmelse med sagen med RegioPost så må det antages, at udbuddet i Klagenævnsagen tilsvarende kan og skal (eller skulle) bedømmes i henhold til gældende EU-ret m.v. Det betyder, at de krav og forpligtelser, som arbejdsklausulen i Klagenævnsagen indeholdt, formentligt skulle være vurderet i henhold til gældende EU-ret og principper. Arbejdsklausulen kan opdeles i en række delforpligtelser, som kontraktparten/entreprenøren blev pålagt at overholde - og det må antages, at hvert enkelt delelement kan anses som en restriktion, hvis lovlighed skal vurderes i henhold til EU-retten.

Arbejdsklausulen kan opdeles i følgende delforpligtelser:

1. Pligt til at sikre de ansatte løn og særlige ydelser, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark og som gælder på hele det danske område.
2. Pligt til at sikre, at de ansattes arbejdstid ikke er mindre gunstig end den, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område.
3. Pligt til at sikre, at de ansatte er sikret andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark og som gælder på hele det danske område.
4. Vedrørende de i punkt 1 - 3 nævnte forpligtelser gælder det, at kontraktparten er ansvarlig både for egne og underleverandørers overtrædelser (kædeansvar), og at kontraktparten i denne forbindelse kan pålægges både at sørge for den rette opfyldelse, samt skal betale en bod for manglende betaling af rettidig løn.

Klagenævnet afgjorde som tidligere gennemgået, at samtlige de pålagte krav og forpligtelser var lovlige. Vedrørende den ovenfor, punkt 4.4, 1. afsnit, citerede bestemmelse i arbejdsklausulen om, at entreprenøren skulle overholde løn- og arbejdsvilkår i henhold til en (mere eller mindre præcist defineret) overenskomst, kan det diskuteres om arbejdsklausulen er i overensstemmelse med artikel 56 TEUF og udstationeringsdirektivet. Tilsvarende kan det diskuteres, om de øvrige dele af arbejdsklausulen - det vil sige kravet om overholdelse af arbejdstidsregler i henhold til en kollektiv overenskomst, overholdelse af 4 internationale konventioner samt erstatnings- og bodsansvar, både for egen og underentreprenørers misligholdelse - er i overensstemmelse med EU-retten.

Hvis man ser på de delforpligtelser, som udbudsbetingelsen punkt 10.1.2 kan deles op i, så er der flere af forpligtelserne, som både EU-domstolen og den danske Arbejdsret har taget stilling til lovligheden af i tidligere sager. I det følgende vil en væsentlig del af den relevante praksis fra EU-Domstolen og Arbejdsretten blive gennemgået med henblik på konkret stillingtagen til, om de enkelte dele af den pålagte arbejdsklausul rent faktisk er i overensstemmelse med EU- og dansk ret - således som Klagenævnet nåede frem til.

## 5. PRAKSIS - KRAV OM AT OVERHOLDE ARBEJDS- OG ANSÆTTELSESVILKÅR GENERELT

5.1 LAVAL UN PARTNERI LTD. MOD SVENSKA BYGGNADS ARBETAREFÖRBUND C 341/05 AF 18 DECEMBER 2007 (HEREFTER "LAVAL")  
Baggrunden for vedtagelsen af udstationeringslovens §6 a, som omhandler danske fagforeningers ret til at iværksætte kollektive kampskridt overfor en

udenlandsk tjenesteyder, skal særligt findes i Lavaldommen.

Ved afgørelsen tog EU-Domstolen stilling til, hvorvidt en svensk fagforening overfor den udenlandske arbejdsgiver, Laval, kunne iværksætte blokade for at gennemtvinge, at Laval tiltrådte en overenskomst og indgik i forhandling om lønvilkår for de ansatte (svarende til den måde som lønnen, på det pågældende område i Sverige blev fastsat på). Domstolen gennemgik reglerne for lønfastsættelse, som fremgik af en gældende overenskomst i Sverige og konstaterede, at lønfastsættelsen forudsatte forhandling mellem parterne på arbejdspladsen, og at denne forhandling indgik i en national kontekst, der var kendetegnet ved, at der ikke fandtes bestemmelser af nogen som helst art, der var tilstrækkeligt præcise og tilgængelige til, at en udenlandsk virksomhed kunne få klarhed over, hvilke forpligtelser den skulle overholde. Der kan i denne forbindelse nærmere henvises til præmisserne 99, 101 og 108, hvor EU-Domstolen fastslog, at retten til at iværksætte kollektive kampskridt til støtte for krav om at overholde arbejdsvilkår udover de områder, der fremgår af oplistningen i udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, udgjorde en restriktion vedrørende den frie bevægelighed for tjenesteydelser, og dermed som udgangspunkt var omfattet af forbuddet mod restriktioner i traktatens artikel 56.

Domstolen tog herefter stilling til, om retten til kollektive kampskridt eventuelt kunne begrundes i tvingende almene hensyn og derfor alligevel var forenelig med artikel 56 TEUF. Domstolen konkluderede, at artikel 56 i TEUF og udstationeringsdirektivet er til hinder for iværksættelse af kollektive kampskridt til støtte for arbejds- og ansættelsesvilkår på de områder, der er nævnt i udstationeringsdirektivets artikel 3, når der er tale om kollektive kampskridt til støtte for vilkår, der er mere fordelagtige for medarbejderne, end de, der gjaldt i henhold til svensk lovgivning, og når der i øvrigt også rejses krav om vilkår udover de områder, der er nævnt i artikel 3 i udstationeringsdirektivet, og når

der i øvrigt er tale om at indgå i forhandling om mindsteløn med en fagforening (præmis 108).

Domstolen fastslog herefter, at retten til kollektive kampskridt ikke var begrundet i tvingende almene hensyn, jf. præmis 101 og 110, idet den lønforhandling, som de kollektive kampskridt skulle gennemføres til støtte for, indgik i en national sammenhæng uden præcise eller tilgængelige informationer om lønniveau. EU-domstolen fastslog endvidere, at manglende oplysninger om den konkret anvendelige overenskomst samt manglende præcise oplysninger om det krævede lønniveau overfor en udenlandsk tjenesteyder ikke levede op til kravet om gennemsigtighed og klarhed om, hvilke krav en tilbudsgiver skal efterleve.

#### KOMMENTAR

Laval-afgørelsen viser, at når der er krav om, at en udenlandsk virksomhed skal overholde visse lønvilkår, så skal disse lønvilkår være baseret på så klare, tilgængelige og præcise bestemmelser, at en udenlandsk tjenesteyder ikke i praksis er udelukket fra at få klarhed over lønniveauet.

Derudover fastslår dommen, at artikel 56 TEUF og udstationeringsdirektivet, artikel 3, er til hinder for, at en fagforening (og dermed også eventuelle ordregivere) stiller krav om, at en udenlandsk tjenesteyder skal overholde en overenskomst, der både indeholder 1) *vilkår på andre områder end de områder der er oplistet i udstationeringsdirektivets artikel 3* og indeholder 2) *mere fordelagtige vilkår end de vilkår, som medlemslandet allerede har fastsat i sin lovgivning på de områder, der er oplistet i artikel 3*.

På baggrund af dommen kan det diskuteres, om fagforeninger og ordregivere i Danmark kan stille krav i henhold til en gældende overenskomst vedrørende de områder, hvor det allerede er angivet i udstationeringsloven, at en tjenesteyder skal følge gældende lovgivning. I henhold til udstationeringslovens § 5 skal en udenlandsk tjenesteyder altså helt eller delvist følge dansk lovgivning - arbejdsmiljøloven, ligebehandlingsloven, ligelønsloven,

funktionærlovens § 7, forskelsbehandlingsloven og arbejdstidsloven - vedrørende de områder, der er nævnt i udstationeringsdirektivet, artikel 3, stk. 1, litra a) - b) og d) - g), og kan formentlig ikke pålægges yderligere forpligtelser, heller ikke i henhold til gældende overenskomster indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter.

## 5.2 DIRK RÜFFERT MOD LAND NIEDERSACHSEN, C 346/08 AF 3. APRIL 2008 (HEREFTER "RÜFFERT")

Sagen omhandlede spørgsmålet om det var i overensstemmelse med EU-retten, at en tysk delstatslov pålagde, at udenlandske virksomheder, der skulle udføre arbejde i Tyskland ved hjælp af udstationeret arbejdskraft, skulle overholde en mindsteløn, der var fastsat i en kollektiv overenskomst, der ikke var alment gældende.

EU-Domstolen fastslog, at hverken delstatsloven eller den omhandlede kollektive overenskomst udgjorde en lov eller overenskomst, således som disse skal forstås i henhold til udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, første afsnit, første og andet led, jf. artikel 3, stk. 8. Af præmis 27 fremgår det, at en medlemsstat ikke kan fastsætte forpligtelser i henhold til en repræsentativ overenskomst, der ikke finder generel anvendelse, når der i øvrigt findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler finder generel anvendelse. EU-Domstolen fastslog i denne forbindelse (præmis 28), at den i sagen omhandlede overenskomst ikke udgjorde en kollektiv aftale i artikel 3, stk. 1's forstand, hvor der skal være tale om en kollektiv aftale, der finder generel anvendelse. Der var i øvrigt tale om, at forpligtelsen alene skulle gælde på offentlige byggekontrakter (og ikke på private kontrakter).

Ved præmis 33 og 34 fastslog EU-Domstolen, at udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 7 (om at direktivet ikke er til hinder for, at der kan fastsættes mere favorable vilkår for medarbejderne), ikke indebærer, at værtsmedlemsstaten kan betinge levering af en tjenesteydelse på sit område af, at en udenlandsk tjenesteyder skal overholde arbejds- og ansættelsesvilkår, der går videre end de ufravigelige

regler om minimumsbeskyttelse, idet artikel 3, stk. 1, første afsnit, litra a)-g) udtrykkeligt fastlægger den grad af beskyttelse, som kan kræves iagttaget af udenlandske virksomheder. Endvidere blev det fastslået, at det beskyttelsesniveau, som udstationerede medarbejdere skal have, jf. artikel 3, stk. 1, er begrænset til de vilkår, der er oplistet i litra a)-g), (med mindre medarbejderne allerede har mere favorable vilkår i det land, hvor de er ansat). Direktivets artikel 3, stk. 1, litra a)-g) er altså (som udgangspunkt) en udtømmende opstilling, og dette indebærer, at det alene er de oplistede vilkår, som kan kræves overholdt af en udenlandsk tjenesteyder.

Herefter fastslog EU-Domstolen i præmis 37-41, at en forpligtelse i en delstatslov om, at udenlandske arbejdsgivere skulle overholde en mindstelønssats fastsat i en kollektiv overenskomst, der ikke var generelt gældende og alene gældende for offentlige kontrakter ikke kunne begrundes i hensynet til arbejdstagernes beskyttelse (præmis 38) og ikke kunne anses for nødvendig, da den kun var gældende i forbindelse med offentlige kontrakter (præmis 40), og endelig, heller ikke kunne begrundes i hensynet til fagforeningernes uafhængige organisering af arbejdslivet (præmis 41).

EU-Domstolen konstaterede, at den i sagen omhandlede mindsteløn var i strid med artikel 49 i traktaten (nu artikel 56), og tog også stilling til, om der var tale om en nødvendig restriktion af hensyn til eksempelvis arbejdstagernes eller fagforeningernes beskyttelse m.v. Dette fandt EU-Domstolen ikke og henviste blandt andet til, at en anden (og lavere) mindsteløn allerede var fastsat i forbundsloven, samt at delstatsloven alene fandt anvendelse på visse byggekontrakter. Herefter fastslog EU-Domstolen, at den omhandlede arbejdsklausul var en restriktion i strid med udstationeringsdirektivet og artikel 49 EF.

## KOMMENTAR

Dommen fastslår, på linje med *Laval* (jf. ovenfor punkt 5.1) og *Kommissionen mod Luxembourg* (jf. nedenfor punkt 5.3), at udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1 er udtryk for en udtømmende oplist-

ning af de forpligtelser, som kan pålægges en udenlandsk tjenesteyder. Dommen fastslår endvidere, at det er i strid med EU-retten, hvis en medlemsstat pålægger en udenlandsk tjenesteyder at overholde en mindsteløn, som er fastsat på en anden måde end de måder, som udstationeringsdirektivet (udtømmende) oplister, som de mulige måder værtslandet kan (og skal) fastsætte regler på.

Dommen indebærer formentlig, at når et medlemsland har fastsat lovgivning og/eller alment gældende overenskomster vedrørende de områder, der er omhandlet i artikel 3, stk. 1, så kan en udenlandsk virksomhed ikke - eller kun helt undtagelsesvist - pålægges (yderligere) vilkår i henhold til kollektive overenskomster på de samme områder, jf. artikel 3, stk. 1, jf. stk. 8, 1. og 2. led, og jf. også kommentaren til Laval dommen. Laval- og Rüffert-dommene indebærer formentlig også, at et medlemsland (eller en ordregiver) kun har mulighed for at pålægge udenlandske virksomheder, at de skal efterleve (yderligere) vilkår i henhold til kollektive overenskomster, der ikke finder generel anvendelse, når den pålagte forpligtelse vedrører områder, som medlemslandet ikke allerede har fastsat regler om ved lov eller alment gældende overenskomster og voldgiftskendelser.

Konkret betyder det, at artikel 3, stk. 1, jf. stk. 8 i lyset af Laval- og Rüffert-afgørelserne må forstås på den måde, at når det eksempelvis i den danske udstationeringslov § 5 er fastsat, at en udenlandsk tilbudsgiver skal overholde lovgivningen for så vidt angår udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, litra a), b) og d)-g), så medfører denne lovgivning, at der ikke herudover kan fastsættes yderligere krav overfor en udenlandsk tjenesteyder i henhold til overenskomster aftalt mellem de mest repræsentative parter på arbejdsmarkedet inden for et givent område. Når først et medlemsland har fastsat vilkår om de områder, der er oplistet i udstationeringsdirektivets artikel 3 ved lov eller almengjorte overenskomster, så har medlemslandet som udgangspunkt taget stilling til, hvilke regler der skal overholdes i medfør af udstationeringsdirektivets artikel 3, og det er vanskeligt at forestille sig, at yderligere og/eller

mere vidtgående krav på de pågældende områder, i forhold til de allerede fastsatte lovkrav, vil kunne begrundes med at de er tvingende nødvendige (altså ligger indenfor "ordre public"-området), jf. udstationeringsdirektivet, artikel 3, stk. 10. Der skal naturligvis foretages en konkret vurdering af de forpligtelser, der kræves overholdt, og de konkrete omstændigheder i sagen.

### 5.3 KOMMISSIONEN MOD LUXEMBOURG, C 319/06, AFSAGT DEN 19. JUNI 2008 (HEREFTER "LUXEMBOURG")

I sagen tog EU-Domstolen stilling til en lang række krav og forpligtelser, som Luxembourg pålagde udenlandske tjenesteydere, når disse skulle udføre opgaver i Luxembourg med brug af udstationerede medarbejdere. Luxembourg havde vedtaget en lov, som pålagde udenlandske tjenesteydere at efterleve en lang række løn- og arbejdsvilkår gældende i Luxembourg, som var fastsat i henholdsvis nationale love og forskrifter eller i kollektive overenskomster m.v.

Kommissionen havde blandt andet nedlagt påstand om, at Luxembourg havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1 og stk. 10 ved at erklære, at de mange krav til virksomheder, der udstationerede lønmodtagere, var begrundet i ufravigelige bestemmelser vedrørende den nationale offentlige orden. Det var Kommissionens synspunkt, at den luxembourgiske lov var i strid med fællesskabsretten blandt andet fordi, loven gik videre end kravene i udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1 og stk. 10. Herudover var det Kommissionens synspunkt, at der var fastsat for vidtgående krav til den information, som den udenlandske arbejdsgiver skulle afgive om opgaven/de udstationerede medarbejdere, og den administration, som der var krav om, at de udenlandske virksomheder skulle etablere til brug for kontrol af oplysninger m.v.

EU-Domstolen anførte i præmis 25, at udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, første afsnit indebærer, at medlemsstaterne skal påse, at de virksomheder, der er etableret i en anden medlemsstat, og som

udstationerer arbejdstagere på deres område som led i en grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser, uanset hvilken lovgivning, der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, inden for de områder, som er nævnt i bestemmelsen, skal sikre de udstationerede arbejdstagere de arbejds- og ansættelsesvilkår, som er fastsat i den medlemsstat, på hvis område arbejdet udføres. I præmis 26 konstaterer EU-Domstolen, at der er indeholdt en udtømmende opregning af de områder, inden for hvilke medlemsstaterne kan kræve, at de gældende bestemmelser i værtsmedlemsstaten finder anvendelse.

EU-Domstolen fastslog, at 4 af de luxembourgske oplyste forpligtelser, som var gældende for udenlandske tjenesteydere, var udtryk for en tilsidesættelse af udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1 og stk. 10 (samt artikel 49 EF og 50 EF), idet de pågældende forpligtelser ikke som påstået af Luxembourg var udtryk for ufravigelige bestemmelser vedrørende den offentlige orden og ikke var omfattet af oplysningen i artikel 3, stk. 1, første afsnit. En af de 4 forpligtelser, som EU-Domstolen fastslog, var i strid med udstationeringsdirektivet, var en forpligtelse for den udenlandske tjenesteyder til at efterleve de kollektive overenskomster, som var alment gældende på de områder, som i øvrigt var oplyst i den luxembourgske lov. Herunder indgik også en bestemmelse om, at den udenlandske tjenesteyder skulle overholde gældende kollektive overenskomster. Om denne forpligtelse fastslog EU-Domstolen, at et krav om, at en tjenesteyder helt generelt skal overholde en kollektiv overenskomst, ikke kan anses for at være begrundet i hensynet til "offentlig orden" (ordre public), jf. præmis 65 - 67, særligt præmis 66.

Yderligere fastslog EU-Domstolen, at bestemmelsen i udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 10, hvorefter medlemsstaterne, når der er tale om grundlæggende rettigheder, kan pålægge virksomheder, som udstationerer arbejdstagere på deres område at overholde arbejds- og ansættelsesvilkår på andre områder end nævnt i artikel 3, stk. 1, første afsnit, skal fortolkes strengt, da der er tale om en undtagelsesbestemmelse fra princippet om den frie

udveksling af tjenesteydelser, (jf. præmis 30). Ligeledes fastslog EU-Domstolen, at artikel 3, stk. 10 er en undtagelse fra princippet om, at de områder, inden for hvilke værtsmedlemsstaten kan pålægge de udenlandske tjenesteydere at overholde værtsmedlemsstatens lovgivning, er udtømmende opregnet i artikel 3, stk. 1, første afsnit, hvorfor der skal være tale om en indskrænkende fortolkning af undtagelsen (jf. præmis 31). Yderligere fastslog EU-Domstolen i præmis 29, at nationale ordens- og sikkerhedsforskrifter må forstås på den måde, at der er tale om bestemmelser, hvis overholdelse anses for at være afgørende for opretholdelsen af det pågældende lands politiske, sociale og økonomiske organisation således, at de kræves overholdt af enhver person, der befinder sig på det pågældende medlemslands område eller i forbindelse med ethvert retsforhold i dette land. Herefter konkluderede EU-Domstolen i præmis 49, at medlemsstaterne kan pålægge andre forpligtelser end dem, der fremgår af artikel 3, stk. 1, første afsnit, *forudsat*, at der er tale om en bestemmelse af hensyn til den offentlige orden.

#### KOMMENTAR

På baggrund af dommen kan det (igen) konstateres, at oplysningen af de områder i udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, er udtryk for en udtømmende oplysning af de områder hvor et medlemsland kan og skal pålægge udenlandske tjenesteydere at leve op til værtslandets regler. Der kan alene fra værtslandets side stilles krav om, at den udenlandske tjenesteyder skal overholde forpligtelser på andre områder end oplyst i artikel 3, stk. 1, når der er tale om forhold, som er omfattet af begrebet "grundlæggende rettigheder", jf. artikel 3, stk. 10. Artikel 3, stk. 10 skal fortolkes strengt og indskrænkende og således, at der skal være tale om et forhold, der håndhæves overfor "enhver på området". Konklusionen må derfor være, at værtslande som udgangspunkt alene kan kræve, at udenlandske tjenesteydere skal overholde værtslandets regler indenfor de områder der er nævnt i artikel 3, stk. 1, og alene derudover, når der er tale om et område omfattet af artikel 3, stk. 10.

Dommen må i øvrigt forstås på den måde, at et generelt krav om, at en tjenesteyder skal overholde en hel kollektiv overenskomst, (som vi kender sådanne overenskomster i Danmark), som indebærer rettigheder og forpligtelser både inden- og udenfor de områder, som er nævnt i udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, formentlig er i strid med EU-retten, jf. præmis 66. I den konkrete sag var der tale om en forpligtelse fastsat i den nationale lovgivning. Tilsvarende forpligtelser fastsat enten i almengyldige overenskomster, eller overenskomster indgået mellem de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på hele det geografiske område, må ligeledes anses for at være i strid med EU-retten.

#### 5.4 REGIOPOST GMBH & CO. KG MOD STADT LANDAU IN DER PFALZ, C-115/14 AF 17. NOVEMBER 2015

Sagen omhandlede spørgsmålet om, hvorvidt en mindstelønsbestemmelse, som var fastsat i en delstatslov i Tyskland, kunne kræves overholdt af tilbudsgiverne, også selv om mindstelønnen alene relaterede sig til offentlige arbejder. I den pågældende sag var der tale om en mindsteløn fastsat i en delstatslov, som var gældende for alle offentlige arbejder i delstaten. Der var i forbundslovgivningen ikke fastsat en mindsteløn for området.

EU-Domstolen fastslog, at udbudsdirektivet ikke var til hinder for en ordning, hvor tilbudsgiverne var forpligtede til at betale de ansatte, der skulle deltage i udførelsen af de tjenesteydelser, der var omhandlet i sagen, en mindsteløn, som var fastsat i delstatsloven, jf. præmis 63, hvor EU-Domstolen fastslog, at der ikke var tvivl om, at der var tale om en "lov", selvom den alene fandt anvendelse på offentlig kontrakt og ikke på private kontrakter. EU-Domstolen fastslog i denne forbindelse, at betingelsen om "generel anvendelse" i artikel 3, stk. 8, første afsnit, i udstationeringsdirektivet alene vedrører kollektive overenskomster eller voldgiftskendelser omfattet af artikel 3, stk. 1, første afsnit, 2. led.

EU-Domstolen fastslog endvidere i præmis 66, at artikel 26 i udbudsdirektivet sammenholdt med ud-

stationeringsdirektivet giver medlemsstaterne mulighed for i forbindelse med indgåelse af en offentlig kontrakt at fastsætte en bindende minimumsbeskyttelsesregel vedrørende mindsteløn. En sådan bestemmelse er i overensstemmelse med det beskyttelsesniveau, som udstationerede medarbejdere skal sikres, jf. i denne forbindelse Laval-sagen, præmis 74, 80 og 81.

Vedrørende det forhold, at delstatsloven alene fandt anvendelse på offentlige kontrakter og ikke private kontrakter udtalte EU-Domstolen i præmis 71 og 74, at EU-Domstolen i Rüffert-afgørelsen havde lagt særlige kendetegn til grund i den pågældende sag, som var forskellige fra omstændighederne i RegioPost sagen. I præmis 74 fastslog EU-Domstolen således, at Rüffert-afgørelsen på flere punkter var forskellig fra RegioPost-sagen, idet Rüffert-afgørelsen vedrørte 1) en kollektiv overenskomst, som alene fandt anvendelse på byggesektoren, 2) som ikke omfattede private kontrakter, 3) som ikke fandt generel anvendelse, og 4) som vedrørte en situation hvor den mindsteløn, der var fastsat i den kollektive overenskomst (som den udenlandske tjenesteyder skulle overholde) oversteg niveauet for den mindsteløn, der fandt anvendelse for samme sektor i henhold til gældende forbundsstatslov. I modsætning hertil fastslog domstolene i RegioPost-sagen, at der i RegioPost-sagen var tale om en mindsteløn, 1) der var fastsat ved en lovbestemmelse, og 2) som var en bindende minimumsbeskyttelsesregel, som i princippet fandt anvendelse generelt for indgåelse af alle offentlige kontrakter i delstaten, uanset hvilken sektor det drejede sig om.

#### KOMMENTAR

RegioPost GmbH afgørelsen viser, at selv om en mindsteløn fastsat i en lovbestemmelse alene vedrører offentlige kontrakter (eller på anden vis har et begrænset anvendelsesområde), så kan der være tale om en lov, som lever op til kravene fastsat i udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1. RegioPost sagen fastslår, at udenlandske tjenesteydere skal efterleve en mindsteløn fastsat ved lov (i sagen en delstatslov), også selv om loven ikke gælder for alle typer af kontrakter, og som i sagen eksempelvis

alene vedrører offentlige kontrakter. Det fremgår af præmis 76, at dette gælder, når der ikke i øvrigt er fastsat en lavere mindsteløn på forbundsniveau. Endelig kan det formentlig udledes af præmis 76, at det er en forudsætning for, at en medlemsstat/ordregiver kan kræve en overenskomstmæssig fastsat mindsteløn overholdt, at der ikke er fastsat (en lavere) mindsteløn på samme område i henhold til gældende lovgivning (eller alment gældende overenskomster). Der kan i denne forbindelse henvises til EU-Domstolens bemærkning om, at der i Regio-Post sagen hverken i forbundsloven eller anden national lovgivning på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i sagen var bestemmelser, der pålagde en lavere mindsteløn i sektoren for posttjenester.

## 6. PRAKSIS - SÆRLIGT OM BEGREBET "MINDSTELØN"

### 6.1 ARBEJDSRETEN 2013.0828, HEKABE DESIGN GMBH MOD LO FOR MALERFORBUNDET I DANMARK AF 20. FEBRUAR 2014 (HEREFTER "HEKABE-AFGØRELSEN")

I denne sag tog retten stilling til, om det var berettiget, at Malerforbundet kunne iværksætte kollektive kampskridt overfor en tysk tjenesteyder (Hekabe) til støtte for et krav om indgåelse af en overenskomst, der blandt andet skulle sikre Hekabes udstationerede medarbejdere en aflønning, der svarede til minimumsaflønningen i henhold til den danske brancheoverenskomst for malerområdet.

Det fremgår af dommen, at den overenskomst, som Malerforbundet ønskede, at Hekabe skulle tiltræde, var en særlig tiltrædelsesoverenskomst for udstationerede virksomheder. I henhold til tiltrædelsesoverenskomsten skulle Hekabe overholde den til enhver tid for malerfaget gældende prisliste og overenskomst om løn, pension og arbejdsvilkår indgået mellem Danske Malermestre og Malerforbundet (herefter benævnt hovedoverenskomsten). Endvidere indeholdt tiltrædelsesoverenskomsten en henvisning til DA/LO hovedaftalen, som således blev tiltrådt ved underskrivelse af tiltrædelses-

overenskomsten. I tiltrædelsesoverenskomsten blev det præciseret, at en række bestemmelser i hovedoverenskomsten mellem Danske Malermestre og Malerforbundet ikke skulle være gældende, og det blev nærmere præciseret hvordan den opgjorte mindsteløn fremkom, herunder at der ved opgørelsen af mindsteløn indgik feriepenge, søgnehelighedsbetaling, pension, betaling til barselsfond og betaling til barns første sygedag i henhold til maleroverenskomsten. Det fremgik udtrykkeligt, at der kunne ske modregning vedrørende Hekabes eventuelle betaling i hjemlandet vedrørende feriepenge m.v. under forudsætning af at betalingerne i hjemlandet kunne dokumenteres overfor fagforeningen.

Arbejdsretten lagde til grund, at tiltrædelsesoverenskomsten ikke var i strid med EU-retten, og fandt at det var berettiget at iværksætte kollektive kampskridt til støtte for tiltrædelsesoverenskomsten. Arbejdsretten fandt, at lønkravet var korrekt opgjort, var tilstrækkeligt præcist formuleret, og i øvrigt var i henhold til en overenskomst mellem repræsentative arbejdsmarkedsparter på området.

### KOMMENTAR

Arbejdsrettens dom viser, at en række sædvanlige overenskomstmæssige ydelser kan indgå i begrebet "mindsteløn", som i overensstemmelse med udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, 2. led, skal fastlægges i overensstemmelse med national ret (i værtslandet). Arbejdsretten vurderede de i sagen omhandlede krav og forpligtelser i forhold til de relevante bestemmelser i udstationeringsdirektivet og præmisserne i Laval afgørelsen, og Arbejdsretten vurderede i denne forbindelse, hvilke ydelser der kan være indeholdt i begrebet "mindsteløn", og hvordan sådanne krav kan fastsættes. Det må konstateres, at Arbejdsretten på trods af den detaljerede gennemgang af reglerne vedrørende "mindsteløn", ikke konkret forholdt sig til lovligheden af de øvrige vilkår (kravet om overholdelse af hovedoverenskomsten med enkelte undtagelser samt overholdelse af Hovedaftalen mellem DA/LO). Vedrørende DA/LO Hovedaftalen bemærkes det, at denne aftale i det væsentlige indeholder procedure-

regler, men også indeholder bestemmelser om, at en medarbejder kan rejse krav om godtgørelse i tilfælde af usaglig opsigelse. Denne bestemmelse er altså ikke en bestemmelse om fagretlige "spilleregler", men er en bestemmelse som omhandler en medarbejders ansættelsesvilkår. I sin afgørelse nævner Arbejdsretten ikke disse særlige arbejdsvilkår/forpligtelser som var en del af overenskomstkravet, men konstaterede blot, at kravet var i overensstemmelse med EU-retten.

På side 7 og 8 i dommen gennemgår Arbejdsretten detaljeret betingelserne for, at Malerforbundet kunne kræve overholdelse af og iværksættelse af kollektive kampskridt til støtte for et krav om den nærmere opgjorte mindsteløn. Arbejdsretten nåede som sagt frem til, at den krævede løn var i overensstemmelse med såvel udstationeringsdirektivet som EU-domstolens praksis, idet lønnen var fastsat i en overenskomst indgået mellem repræsentative arbejdsmarkedsparter og i øvrigt var tilstrækkelig klar og præcis. Men Arbejdsretten foretog ikke samme grundige gennemgang af betingelserne for, at Malerforbundet kunne kræve de øvrige arbejdsvilkår, herunder vilkår i hovedoverenskomst og DA/LO Hovedaftalen, overholdt. Det vurderes, at kravet om, at Hekabe skulle efterleve tiltrædelsesoverenskomsten, som henviste til den gældende hovedoverenskomst (dog med visse undtagelser) samt hovedaftalen, formentlig var en restriktion i strid med 56 TEUF og/eller var i strid med udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, første afsnit, og dermed formentlig udgjorde en restriktion i strid med EU-retten. Der kan i denne forbindelse henvises til Luxembourg-dommen, jf. ovenfor pkt. 5.3.

Det har været omdiskuteret om ordregiver kan kræve, at udstationerede medarbejdere har krav på yderligere og/eller andre vilkår end dem, som er oplyst i udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1 (og udstationeringslovens § 5). På baggrund af blandt andet de her nævnte afgørelser (Laval, ovenfor punkt 5.1, Luxembourg, ovenfor punkt 5.3 og ovenfor Rüffert punkt 5.12) kan det formentlig konstateres, at pålagte forpligtelser der klart ligger ud over områder som er nævnt i lovens § 5/direktivets

artikel 3, eller pålagte forpligtelser, som er anderledes eller videregående end det, der følger af den lovgivning, som i henhold til udstationeringslovens § 5 skal overholdes, vil blive anset som ulovlige restriktioner i strid med de grundlæggende rettigheder om fri bevægelse

#### 6.2 LO FOR DANSK EL-FORBUND MOD DA FOR DI FOR BIC ELECTRIC SP.ZO.O (BIC) I AR 2014.0004 AF 9. OKTOBER 2014 (HEREFTER "BIC-AFGØRELSEN")

Sagen vedrørte BIC, som var en virksomhed etableret i Polen. BIC skulle udføre en opgave i Danmark, og udstationerede i denne forbindelse 3 medarbejdere. BIC havde indmeldt sig i DS Håndværk og Industri, og var dermed omfattet af en dansk overenskomst for så vidt angår arbejde, der skulle udføres i Danmark. Virksomheden skulle derfor overholde mindstelønsbestemmelsen i overenskomsten. I denne forbindelse opstod det spørgsmål, om BIC ved beregningen af, hvilken mindsteløn virksomheden betalte de 3 medarbejdere, kunne medtage et beløb (tillæg), som blev benævnt udstationeringstillæg, og som blev betalt til medarbejderne uden fradrag for social sikring, pension og skat.

Arbejdsretten havde i en tidligere sag mellem samme parter fastslået, at betaling af denne type tillæg, skabte en formodning for, at tillæggene var givet som kompensation for afholdte udgifter i forbindelse med udstationeringen. Arbejdsretten slog fast, at ved vurderingen af, hvilke ydelser til udstationerede arbejdstagere, der skulle anses for at udgøre en del af mindstelønnen, skulle udstationeringsdirektivet og forståelsen af mindsteløn i overensstemmelse med direktivet lægges til grund. Dette betød, at ydelser, som efter udstationeringsdirektivet er en del af mindstelønnen også efter overenskomsten, er en del af denne. Endelig fastslog Retten, at BIC havde bevisbyrden for at afkræfte formodningen for, at tillæggene var betalt for at kompensere for yderligere udgifter som følge af udstationeringen.

Ved afgørelsen fastslog Arbejdsretten, at det på baggrund af bevisførelsen måtte lægges til grund,

at BIC havde afkræftet formodningen om, at de betalte udstationeringstillæg var givet som godtgørelse af udgifter, der reelt var afholdt i forbindelse med udstationeringen. Det var derfor godtgjort, at det skattefrie udstationeringstillæg skulle indgå i opgørelsen af den af BIC betalte mindsteløn.

#### KOMMENTAR

Afgørelsen viser, at når en arbejdsgiver kan dokumentere, at en betaling til udstationerede medarbejdere ikke konkret er til dækning af udgifter i forbindelse med udstationeringen, vil den pågældende ydelse blive anset som en del af lønnen, som arbejdsgiveren kan medregne ved beregningen af, om arbejdsgiveren har betalt den korrekte løn i henhold til den konkrete gældende danske overenskomst.

#### 6.3 SÄHKÖALOJEN AMMATTILIITTO (EN FINSK FAGFORENING) MOD ELEKTROBUDOWA SPOKJA AKCYJNA (ESA) - EU-DOMSTOLEN, SAG NR. C-396/1, AFSAGT DEN 12. FEBRUAR 2015 (HEREFTER "ESA-AFGØRELSEN")

Sagen handlede om en polsk virksomheds udstationering af polske medarbejdere til at udføre en tjenesteydelse i Finland. Spørgsmålet var, om de polske medarbejdere kunne lade den finske fagforening forfølge deres krav, og om den polske virksomhed ESA havde betalt den rette løn i henhold til en finsk overenskomst.

I henhold til finsk lovgivning skulle udenlandske tjenesteydere betale den mindsteløn, der var fastsat i en kollektiv overenskomst, der fandt generel anvendelse i den pågældende branche. I den konkrete sag rejste den finske fagforening krav om, at ESA skulle følge akkordløns- og lønindplaceringsreglerne i en alment gældende overenskomst. I dommen ser det ud til, at ESA betalte den laveste faste mindsteløn efter en af de almengjorte overenskomster, men ikke havde fulgt den bedre garanterede mindsteløn ved akkord.

I sagen fastslog EU-Domstolen først og fremmest, at udstationeringsdirektivet og det Europæiske Char-

ters artikel 47, under de foreliggende omstændigheder, var til hinder for en polsk bestemmelse om, at medarbejdere ikke måtte overdrage deres lønkrav. Medarbejderne var således berettigede til i udstationeringslandet (Finland) at lade den finske fagforening forfølge deres lønkrav, jf. præmis 26. (Der var tvist om, hvorvidt et forbud mod overdragelse af lønkrav i henhold til polsk ret var lovligt).

Herudover tog EU-Domstolen stilling til hvorvidt en række ydelser og tillæg var omfattet af begrebet "mindsteløn", og i hvilket omfang dette var i overensstemmelse med udstationeringsdirektivets artikel 3 og 56 TEUF og 57 TEUF. I præmis 30 fastslog Domstolen (som i Laval, Rüffert og Luxembourg-afgørelserne), at udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, første afsnit indebærer, at udenlandske tjenesteydere på en begrænset række områder skal indrømme deres medarbejdere de arbejds- og ansættelsesvilkår, der er fastsat i værtsmedlemslandet. I henhold til artikel 3, stk. 1, andet afsnit, skal begrebet "mindsteløn" forstås i overensstemmelse med national lovgivning eller praksis i den medlemsstat, på hvis område arbejdstageren er udstationeret (præmis 32). I artikel 3, stk. 7, andet afsnit er angivet i hvilket omfang ydelser, der vedrører udstationeringen, skal betragtes som en del af mindstelønnen eller ej (præmis 33).

Herefter fastslog EU-Domstolen, at artikel 3, stk. 1 i udstationeringsdirektivet indebærer, at metoden til beregning af mindstelønnen og de kriterier, der anvendes i den forbindelse, er et anliggende for værtsmedlemsstaten samt, at reglerne - for at kunne gøres gældende overfor en udenlandsk tjenesteyder - skal være bindende, og skal opfylde betingelserne om gennemsigtighed, hvilket navnlig indebærer, at de skal være tilgængelige og klare (præmis 39 og 40).

EU-Domstolen slog videre fast, at udstationeringsdirektivet og artikel 56 og 57 TEUF ikke er til hinder for, at mindstetimeløn og/eller mindsteakkordløn beregnes på grundlag af arbejdstagerens indplacering i lønklasser i henhold til de relevante kollektive overenskomster i værtsmedlemslandet forudsat, at

denne beregning og indplacering foretages efter regler, som er bindende og gennemsigtige, hvilket skal efterprøves af den nationale stat (præmis 46).

I henhold til de finske overenskomster skulle den udenlandske tjenesteyder betale dagpenge til udstationerede medarbejdere. Dagpengene blev betalt som et fast beløb, og skulle kompensere medarbejderne for ulemperne ved udstationeringen, og i henhold til artikel 3, stk. 7, andet afsnit, udgjorde sådanne betalinger en del af mindstelønnen (præmis 49 - 52), da der ikke var tale om kompensation for afholdte udgifter i forbindelse med udstationeringen. Betaling af godtgørelsen skulle ske i samme omfang, som finske arbejdsgivere skulle betale dagpenge ved udstationering af finske medarbejdere i Finland.

Rejsetidsgodtgørelse, der skulle udbetales til arbejdstagerne på betingelse af, at deres daglige transporttid til og fra arbejdsstedet var over en time, skulle anses som en del af mindstelønnen, og den nationale ret skulle efterprøve dette forhold (præmis 57).

ESA's afholdelse af udgifter til logi skulle ikke indgå i beregningen af mindsteløn, og ESA kunne dermed ikke anse denne udgift som værende betalt som en del af lønnen. Der blev i denne forbindelse henvist direkte til udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 7, som gælder uanset, om medarbejderne har afholdt udgifterne og fået disse refunderet, eller om udgifterne er afholdt af arbejdsgiveren, jf. præmisserne 58 og 59. Samme konklusion nåede Domstolen til for så vidt angår udlevering af spisebiller, som også ansås for udleveret til dækning af udgifter i forbindelse med udstationeringen. Ydelserne var derfor heller ikke at anse som en del af mindstelønnen, jf. præmis 63.

Endelig fastslog EU-Domstolen, at udstationeringsdirektivets artikel 3 (og artikel 56 og 57 TEUF) skal forstås på den måde, at det mindstebeløb i feriepenge, som arbejdstageren i henhold til direktivets artikel 3, stk. 1, andet led, litra b), har ret til, er

en del af den mindsteløn, som arbejdstageren har ret til.

#### KOMMENTAR

Ved afgørelsen fastslås det, at mindstelønsbegrebet i udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, litra c) skal fortolkes i overensstemmelse med værtslandets forståelse af begrebet i henhold til gældende lov og praksis, og dette vil også sige forståelsen af "mindsteløn" i henhold til gældende overenskomst, når denne er aftalt i overensstemmelse med udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, jf. stk. 8. Afgørelsen viser, at en række forskellige ydelser kan være en del af mindstelønnen, og herunder at der kan være tale om mindsteakkordløn og indplacering i lønklasser, blot bestemmelserne, som skal efterleves, er gennemsigtige, bindende og tilgængelige. Yderligere fremgår det, at ydelser benævnt "dagpenge" i forbindelse med udstationeringen anses for at være en del af mindstelønnen, hvis beløbet er fast og ikke udbetales med henblik på konkret dækning af udgifter ved udstationeringen. Modsat ydelser - herunder naturalydelser - i form af enten betaling til logi og mad eller, hvor logi og mad stilles til rådighed for medarbejderne. Sådanne betalinger eller ydelser gives netop for at kompensere for konkrete udgifter (eller undgå disse) i forbindelse med udstationeringen, og derfor skal disse ydelser ikke indgå i beregningen af mindsteløn, jf. artikel 3, stk. 7.

#### 6.4 SAMMENFATTENDE OM MINDSTELØN M.V.

På baggrund af de gennemgåede domme kan det konstateres, at såvel EU-Domstolen som Arbejdsretten foretager en helt konkret vurdering af de enkelte ydelser, som en ordregiver eller fagforening kræver skal indgå i begrebet mindsteløn. EU-Domstolen og Arbejdsretten foretager vurderingen på baggrund af værtslandets definition af "mindsteløn", og den afgørende sontring er, om der er tale om en ydelse, som er omfattet af en mindsteløn, som en tjenesteyder skal overholde, eller om der er tale om en ydelse til dækning af udgifter ved udstationering. For så vidt angår EU-Domstolen viser ESA-afgørelsen, at EU-Domstolen (som sædvanlig) ret

detaljeret gennemgår de overordnede principper for det omtvistede spørgsmål - i denne sammenhæng "begrebet mindsteløn" -, og herefter overlader det til de nationale domstole at vurdere, om de konkrete omtvistede ydelser i forhold til national lovgivning eller overenskomst må anses for at være en del af mindstelønnen.

Selvom Laval-afgørelsen omhandlede spørgsmålet om lovligheden af kollektive kampskridt, så handlede en del af denne sag netop om hvilke krav til "mindsteløn", en udenlandsk tjenesteyder må tåle. På baggrund af Laval-afgørelsen kan det helt overordnet overvejes, om artikel 56 TEUF og udstationeringsdirektivet er til hinder for, at udenlandske tjenesteydere pålægges at overholde en ikke nærmere fastsat mindsteløn, som forudsætter forhandling om lønniveau m.v. med en fagforening. Yderligere fastslår Laval-afgørelsen, at lønbestemmelserne skal være tilstrækkeligt præcise og tilgængelige således, at det ikke i praksis er umuligt eller urimeligt vanskeligt for en udenlandsk virksomhed at få klarhed over, hvilke forpligtelser den skal overholde. Dette harmonerer også med kravet i håndhævelsesdirektivet artikel 5, hvor det er fastsat, at medlemslandene skal sikre, at de oplysninger om arbejds- og ansættelsesvilkår, der er omfattet af artikel 3 i udstationeringsdirektivet, og som skal overholdes af en udenlandsk tjenesteyder, skal gøres almindeligt tilgængelige på en klar, gennemsigtig, fuldstændig og lettilgængelig måde, således at de kan tilgås elektronisk. Dette er også præciseret i artikel 5, stk. 2, litra b) og stk. 4, for så vidt angår vilkår i kollektive overenskomster, herunder mindstelønssatser og disses bestanddele m.v.

## 7. KONKLUSION - VEDRØRENDE RAMMERNE FOR LOVLIGE ARBEJDSKLAUSULER

Klagenævnet for Udbud afgjorde den 2. august 2016, at de betingelser, som Region Hovedstaden havde stillet i udbudsbetingelserne vedrørende et udbud, omfattet af udbudsdirektivet, var i overensstemmelse med EU-retten.

På baggrund af den praksis der er gennemgået i artiklen, særligt praksis fra EU-Domstolen, diskuteres

det i artiklen, om Klagenævnets afgørelse er i overensstemmelse med EU-retten, herunder diskuteres afgørelsens delelementer vedrørende kravene om, at entreprenøren 1) helt generelt skulle overholde (stort set alle) arbejdsvilkår fastsat i overenskomst, 2) skulle overholde en i henhold til overenskomst fastsat mindsteløn, 3) skulle overholde arbejdstidsbestemmelser i henhold til overenskomst, og endelig 4) blev pålagt ansvar for underleverandørers manglende overholdelse af arbejdsklausulen.

### 7.1 KRAV OM GENEREL OVERHOLDELSE AF OVERENSKOMST

For så vidt angår den i klagenævns sagen indeholdte forpligtelse til, at entreprenøren skulle sikre, at de ansatte havde arbejdsvilkår, som ikke var mindre gunstige end dem, der var gældende for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for de pågældende faglige områder mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som var gældende på det danske område, kan det diskuteres, hvorvidt denne forpligtelse er i overensstemmelse med udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1 (og artikel 56 TEUF).

For så vidt angår den generelle henvisning om at overholde arbejdsvilkår i henhold til en gældende dansk kollektiv overenskomst, må det antages, at en sådan overenskomst både indeholder bestemmelser vedrørende de områder, som fremgår af udstationeringslovens § 5, og som udenlandske tjenesteydere skal overholde, når de udfører tjenesteydelser i Danmark, samt indeholder vilkår vedrørende yderligere områder - altså områder udover udstationeringslovens § 5 og udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1.

Blandt andet under henvisning til præmisserne 78, 80 og 81 i Laval-dommen, præmisserne 62-67 i Luxembourg-afgørelsen samt, præmisserne 33-34 i Ruffert-afgørelsen er situationen formentlig den, at en ordregiver kun undtagelsesvis kan pålægge en udenlandsk tjenesteyder vilkår, der vedrører områder ud over de områder, som er oplyst i udstationeringslovens § 5 (og direktivets artikel 3). Det anføres direkte i Luxembourg-afgørelsen præmis-

serne 62-67, at et krav om, at en udenlandsk tjenesteyder i sin helhed skal overholde en overenskomstbestemmelser på en række områder ikke var berettiget, jf. særligt præmis 66.

For så vidt angår de områder, som er oplyst i udstationeringslovens § 5 må der antages at være tale om områder, hvor der i loven er fastlagt et minimum-beskyttelsesniveau for udstationerede medarbejdere svarende til det, der følger af den lovgivning, der henvises til i § 5. Blandt andet under henvisning til præmis 74 og 78-81 i Laval-afgørelsen er situationen formentlig den, at en dansk ordregiver ikke på de områder, som er omfattet af udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, som implementeret i udstationeringslovens § 5, kan pålægge en udenlandsk tjenesteyder, at efterleve yderligere forpligtelser/vilkår end det, der fremgår af den lovgivning, som en udenlandsk tjenesteyder i henhold til udstationeringslovens § 5 skal overholde.

## 7.2 KRAV OM OVERHOLDELSE AF OVERENSKOMSTMÆSSIG ARBEJDSSTID

Vedrørende den i Klagenævnsagen indeholdte pligt til at entreprenøren skulle sikre, at de ansatte skulle sikres en arbejdstid, som ikke var mindre gunstig end den, som var gældende for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst, indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område, så kan det ikke på det foreliggende grundlag vurderes, om der er tale om et krav i strid med EU-retten og de gældende principper. Der er tale om en forpligtelse indenfor et af de områder som er oplyst i udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, hvor et værtsland kan og skal kræve, at en udenlandsk tjenesteyder skal overholde værtslandets regler. Men der er også tale om et område, som er reguleret i arbejdsmiljøloven og arbejdstidsloven (og arbejdstidsdirektivet), jf. udstationeringslovens § 5, der henviser til de nævnte love. Særligt på baggrund af Laval-afgørelsen må det antages at være tvivlsomt, om en ordregiver kan kræve yderligere arbejdstidsregler overholdt (udover arbejdsmiljølovens og arbejdstidslovens arbejdstidsregler), idet

udstationeringsloven indebærer, at det ved denne lov er fastsat hvilket beskyttelsesniveau, en tilbudsgiver har pligt til at efterleve på de i bestemmelsen oplyste områder. Der kan særligt henvises til præmisserne 80-83, 101 og 111 i Laval-afgørelsen.

## 7.3 KRAV OM OVERHOLDELSE AF OVERENSKOMSTMÆSSIG MINDSTELØN

Vedrørende kravet om, at *entreprenøren skulle sikre de ansatte løn og særlige ydelser, som ikke var mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område*, er det ikke muligt på baggrund af de foreliggende oplysninger om de faktiske omstændigheder med sikkerhed at vurdere, om kravet er i henhold til gældende EU-ret og principper.

Retten - og pligten - til, at medlemsstaterne kan og skal kræve, at en udenlandsk tjenesteyder skal betale den mindsteløn, overtidsbetaling m.v., som er fastsat på det område hvor tjenesteydelsen skal leveres, fremgår af udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, litra c). Bestemmelsen om løn er implementeret på den (særlige) måde, at det i udstationeringslovens § 6 a er bestemt, at der kan anvendes kollektive kampskrift overfor en udenlandsk arbejdsgiver for at sikre, at udstationerede lønmodtagere får en løn, der svarer til, hvad danske arbejdsgivere er forpligtede til at betale for tilsvarende arbejde. Denne mulighed for at en fagforening kan iværksætte kollektive kampskrift til støtte for lønkrav, forudsætter måske, at en ordregiver har mulighed for, i forbindelse med udbud af en opgave, at stille et tilsvarende krav overfor tilbudsgiverne, ligesom bestemmelsen også må antages at indebære, at ordregiveren er omfattet af samme restriktioner, som gælder for en fagforening, der vil gøre brug af kollektive kampskrift til støtte for et lønkrav. Dette fremgår ikke direkte af udstationeringsloven - og spørgsmålet er derfor, om udstationeringsloven indeholder fornøden hjemmel for, at en ordregiver i et udbud kan fastlægge et lønniveau i henhold til en gældende overenskomst.

Dette antages i artiklen - men dog med en vis usikkerhed, da hjemlen ikke er ganske sikker.

Det diskuteres i artiklen, om delkravet i arbejdsklausulen i Klagenævnsagen om, at entreprenøren skulle efterleve løn og særlige ydelser i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område, er i overensstemmelse med EU-retten. For at dette krav kan anses for at være i overensstemmelse med EU-retten, så må det forudsættes, at det rent faktisk fremgik af udbudsbetingelserne (eller i forbindelse med disse), hvilken eller hvilke konkret(e) overenskomst(er), der skulle overholdes, samt at den krævede løn og tillæg eller hvordan denne eller disse skal fastsættes fremgik med tilstrækkelig klarhed, jf. udstationeringslovens § 6 a, stk. 2. Omvendt må det antages, at hvis lønbestemmelserne og yderligere ydelser ikke fremgår klart af den gældende overenskomst, eller hvis det er usikkert, hvilken overenskomst der overhovedet henvises til, er kravet til klarhed ikke opfyldt, og denne del af Arbejdsklausulen ikke i overensstemmelse med EU-retten. Der kan i denne forbindelse særligt henvises til konklusionerne og EU-Domstolens betragtninger i Laval-afgørelsen præmisserne 100, 110 og 111.

Det fremgår udtrykkeligt af udstationeringslovens § 6 a, stk. 2, at forinden der iværksættes kollektive kampskridt, så skal der overfor den udenlandske tjenesteyder være henvist til den eller de bestemmelser i de kollektive overenskomster, der indgås af de mest repræsentative parter, og som gælder på hele det danske område, idet det forudsættes, at den løn m.v., der skal betales, fremgår med tilstrækkelig klarhed af disse bestemmelser.

#### 7.4 KRAV OM KÆDEANSVAR

Vedrørende forpligtelsen i Klagenævnsafgørelsen hvorefter entreprenøren kan holdes ansvarlig både for egne og underleverandørers overtrædelser med den konsekvens, at entreprenøren kan pålægges at betale såvel erstatning som bod for manglende ret-

tidig betaling af løn, kan det ligeledes diskuteres, om denne forpligtelse er i overensstemmelse med EU-retten.

I to tidligere EU-afgørelser, C-433/04, Kommissionen mod Belgien fra 2006, og C 60/03, Wolff & Müller & Co. KG mod José Fillipe Pereira (tysk sag fra 2004), nåede EU-Domstolen til to forskellige resultater.

I den tyske sag nåede EU-Domstolen frem til, at et kædeansvar, der var fastlagt ved lov, og hvorefter en entreprenør i henhold til lovgivningen, var solidarisk ansvarlig med eventuelle underentreprenører for manglende betaling af (netto) mindsteløn og betaling til overenskomstmæssige organer, kunne være tilladt. EU-Domstolen lagde i præmis 34 og 41 til grund, at en lovbestemmelse med kædeansvar, kan være en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, også selv om restriktionen gælder for enhver person eller selskab, der driver virksomhed i medlemslandet. Men der kan være tvingende hensyn, der kan begrunde en hindring af den frie udveksling af tjenesteydelser. Et tvingende hensyn kan være at beskytte de udstationerede arbejdstagere, jf. præmis 38, ligesom det kan være hensynet til at undgå illoyal konkurrence, jf. præmis 42. Det var herefter op til den nationale ret at tage stilling til, om der forelå sådanne tvingende hensyn til den omtvistede bestemmelse.

I den belgiske sag var der ligeledes tale om restriktioner fastsat ved national lov. Det var ved lov fastsat, at en opdragsgiver, der anvendte en entreprenør, der ikke var registreret [i Belgien], hæftede solidarisk med entreprenøren for betaling af skyldig skat. Endvidere skulle opdragsgiveren, som gjorde brug af en ikke registreret entreprenør i forbindelse med betaling af entreprenørens fakturaer tilbageholde 15 % af beløbet. EU-Domstolen fandt, at de forpligtelser, der i den pågældende sag var tale om, var tale om hindringer for den fri bevægelighed. EU-Domstolen fastslog i præmis 42, at der var tale om forpligtelser, som vedrørte udenlandske medkontrahenter, der ikke var registreret i Belgien, og EU-Domstolen fandt ikke, at der forelå tvingende

grunde til de vidtgående restriktioner, jf. præmisserne 35-40. Belgien havde derfor tilsidesat sin forpligtelse til at sikre fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser.

I den tyske sag, som blev afgjort i 2004 var der tale om et solidarisk ansvar pålagt ved lov og med henblik på sikring af underentreprenørers manglende betaling af mindsteløn til arbejdstagere eller bidrag til overenskomstmæssige organer. Der var tale om restriktioner som gjaldt for alle ordregivere - uanset om underentreprenøren var inden- eller udenlandsk. Dette er i modsætning til den Belgiske sag, hvor den solidariske hæftelse m.v. alene relaterede sig til udenlandske medkontrahtenter - og i øvrigt ikke var begrundet i hensynet til medarbejderne.

Det må antages at kædeansvar vil kunne udgøre en restriktion i forhold til artikel 56 TEUF, og det må derfor konkret vurderes, om der er tale om en lovlige restriktion, fordi restriktionen anses som nødvendig. I medfør af håndhævelsesdirektivet (2014/67/EU) har medlemsstater mulighed for at indføre regler om underleverandøransvar. Sådanne regler skal fastsættes på en ikke-diskriminerende og på en forholdsmæssigt afpasset måde med hensyn til anvendelsesområdet for og omfanget af ansvar med underleverance.

I Danmark er det valgt ikke at indføre et lovmæssigt fastsat kædeansvar, jf. lov om Arbejdsmarkedets Sociale Fond som er udtryk for Danmarks implementering af håndhævelsesdirektivet. Det kan således lægges til grund, at et eventuelt kædeansvar derfor alene vil blive pålagt af en eventuel ordregiver/aftalepart i forbindelse med udbud/indgåelse af aftale.

Om en sådan ordning, hvor en ordregiver pålægger en tilbudsgiver et underkontrahtansvar, herunder et underkontrahtansvar for alle led i en underkontrahtkæde, er i overensstemmelse med EU-retten, må anses for tvivlsomt. I artikel 12 i håndhævelsesdirektivet er det fastsat, at medlemsstaterne kan etablere underkontrahtansvar. Når Danmark har undladt at etablere denne type ansvar, må det anses

for tvivlsomt, om underkontrahtansvar i bredeste forstand kan pålægges lovligt og i overensstemmelse med EU-retten af en ordregiver. Vedrørende den her omhandlede tyske sag, hvor EU-Domstolen nåede frem til, at det pågældende solidariske ansvar kunne være i overensstemmelse med EU-retten, bemærkes det, at der var tale om et ansvar pålagt ved lov - og altså ikke en situation, hvor det solidariske ansvar var udtryk for en konkret udbudsbetingelse.

## 7.5 SAMMENFATTENDE KONKLUSION

På baggrund af EU-regler og principper, national lovgivning samt den i artiklen omhandlede praksis må det anses for tvivlsomt, om en arbejdsklausul som den, der blev behandlet i Klagenævnet for Udbud den 2. august 2016, i alle led er lovlige og i overensstemmelse med EU-retten. I artiklen diskuteres de enkelte problemstillinger, særligt spørgsmålet om at pålægge en kontraktpart at overholde arbejds- og ansættelsesvilkår generelt i henhold til en gældende overenskomst samt overholdelsen af en mere eller mindre klart fastsat mindsteløn, ligeledes i henhold til gældende overenskomst. Det er tvivlsomt, om en generel og bredt formuleret arbejdsklausul, som formentlig vil være i overensstemmelse med ILO-konvention 94, er i overensstemmelse med EU-retten, og som rådgiver bør det overvejes, uanset om man er rådgiver på ordregivers eller tilbudsgivers side, om sådanne brede arbejdsklausuler i sidste ende vil blive accepteret af EU-Domstolen.

# TO TUSINDE TAK!

GRUPPEN **HR JURA** PÅ LINKEDIN HAR NU RUNDET **2.000** MEDLEMMER.

EN MILEPÆL ER NÅET - DET ER VI MEGET STOLTE OVER OG GLADE FOR.

VI SIGER **2.000 TAK!**



# FORENINGSFRIHEDSLOVEN OG FORSKELSBEHANDLING PÅ GRUND AF FAGFORENINGSMÆSSIGT TILHØRSFORHOLD



MIKAEL MARSTAL  
JURIDISK CHEF, ADVOKAT (H)

## 1. INDLEDNING

I år er det 10 år siden, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol afsagde dom i to sager om anvendelsen af eksklusivbestemmelser i det danske overenskomsts system og foreneligheden heraf med retten til foreningsfrihed som defineret i Menneskerettighedskonventionens artikel 11 (negativ foreningsfrihed/retten til at stå udenfor en bestemt forening)<sup>1</sup>. I begge sager var to danske lønmodtagere i medfør af den for ansættelsesforholdet gældende overenskomst tvunget til at være medlem af et bestemt fagforbund som betingelse for at opretholde deres ansættelse. Domstolen fandt at denne tvang var i strid med retten til foreningsfrihed – og underkendte dermed i praksis den mangeårige brug af eksklusivaftaler.

Dommen førte til, at foreningsfrihedsloven i rekordtempo blev ændret og med ikrafttræden ultimo april 2006 fik den ordlyd, som vi også kender i dag<sup>2</sup>. I lovens § 4c blev der indført et udtrykkeligt forbud mod eksklusivaftaler.

## 2. FORBUD MOD DISKRIMINATION PÅ GRUND AF FAGFORENINGSFORHOLD VED ANSÆTTELSE OG OPSIGELSE

Samtidig med ændringerne i foreningsfrihedsloven i forhold til eksklusivbestemmelser benyttede lovgiver lejligheden til at præcisere lovens beskyttelse af lønmodtageres ret til foreningsfrihed i forhold til ansættelser og opsigelser. På denne baggrund fik lovens §§ 1 og 2 følgende ordlyd:

*§ 1: En arbejdsgiver må ikke undlade at ansætte en ansøger til en ledig stilling eller afskedige en lønmodtager, fordi denne er medlem af en forening eller af en bestemt forening.*

*§ 2: En arbejdsgiver må ikke undlade at ansætte en ansøger til en ledig stilling eller afskedige en lønmodtager, fordi denne ikke er medlem af en forening eller af en bestemt forening.*

Hovedsigtet med bestemmelserne er at beskytte lønmodtagerne mod fagforeningstvung<sup>3</sup>. Der er i lovens § 4a indført en bestemmelse om god-

<sup>1</sup> ECHR Case of Sørensen and Rasmussen v. Denmark (sag 52562/99 og 56620/99). Dom af 11. januar 2006.

<sup>2</sup> Lov nr. 359 af 26. april 2006, jf. lovbekendtgørelse nr. 424 af 8. maj 2006 om foreningsfrihed på arbejdsmarkedet.

<sup>3</sup> Forbud mod diskrimination på grund af medlemskab af politiske og religiøse foreninger er reguleret i forskelsbehandlingsloven (lovbekendtgørelse nr. 1349 af 16. december 2008 med senere ændringer).

gørelser på mellem 1 og 24 måneders løn ved opsigelser i strid med loven, ligesom det af lovens § 4 fremgår, at lønmodtagerne kan nedlægge påstand om genansættelse.

Hvis man troede, at lovændringen ville åbne for en række retssager om manglende ansættelse og måske navnlig om opsigelser i strid med loven, tog man fejl. Antallet af sager de seneste 10 år har været forsvindende lille.

En afgørelse fra Østre Landsret fra 2009 kan dog fremhæves til illustration af lovens anvendelse i praksis<sup>4</sup>. I sagen havde en medarbejder skiftet fagforening pr. 1 februar 2006 fra HK til en "gul" fagforening. En uge senere skrev "fællesklubben" på arbejdspladsen - med direkte henvisning til skiftet af fagforening - bl.a. følgende til virksomhedens ledelse:

*"Personalet i Annoncecentret føler, at de er ude af stand til at have et fornuftigt samarbejde med [A] efter at han har valgt at skifte forbund. Man er bekymret for at dette kan medføre alvorlige samarbejdsvanskeligheder, og derfor finder man sig tvunget til at reagere med denne skrivelse (...) da man absolut ikke ønsker en tilspidsning af situationen".*

Ledelsen kvitterede en uge senere med at varsle den pågældende medarbejder flyttet til en anden afdeling, og ultimativt blev han bedt om at arbejde hjemmefra. Godt otte måneder senere blev medarbejderen igen varslet til et nyt arbejdssted, hvilket han nægtede. Han blev herefter opsagt, og der blev rejst en sag om godtgørelse efter foreningsfrihedsloven under anbringende af, at opsigelsen var en direkte konsekvens af medarbejderens fagforeningsskift i februar 2006.

Retten var enig i, at der var en rød tråd fra februar 2006 og den oprindelige forflyttelse af medarbejderen til den nu meddelte opsigelse som følge af, at medarbejderen ikke ville acceptere en væsentlig ændring af ansættelsesforholdet og fandt det godtgjort, at opsigelsen var sket i strid med foreningsfrihedsloven. Landsretten anførte bl.a., at man fandt det bevist, "(...) at varslingen af ændringen i F's arbejdssted til Svendborg i december 2006 havde sin årsag i, at der var opstået uro på arbejdspladsen", og henviste herudover til byrettens præmisser, hvoraf bl.a. fremgik, at retten fandt det godtgjort, at "(...) [virksomheden] ikke ville have varslet disse ændringer i [A's] arbejdssted, hvis ikke han havde skiftet fagforening". Der var således efter rettens opfattelse godtgjort en direkte sammenhæng mellem medarbejderens fagforeningsskift og de væsentlige ændringer i ansættelsen, der måtte sidestilles med en opsigelse.

Medarbejderen blev herefter tilkendt en godtgørelse på 300.000 kr.<sup>5</sup>

Når dommen fra Østre Landsret står temmelig alene selv 10 år efter lovændringerne, hænger det givetvis sammen med lovens bevisbyrde-regler. Der er nemlig ikke specifikt lovgivet herom, og det betyder, at der i overensstemmelse med dansk rets udgangspunkt er tale om ligefrem bevisbyrde, hvor det altså er lønmodtageren, der skal bevise, at en manglende ansættelse eller en opsigelse er begrundet i fagforeningsforhold. Denne bevisbyrde er det i praksis meget vanskeligt at løfte, da man kun meget sjældent har en "rygende pistol" som i den ovenfor nævnte dom fra Østre Landsret i form af brevet fra "fællesklubben" og ledelsens prompte reaktion herpå. I stedet skal man som muligt forurettet lønmodtager for overhovedet at rejse en sag for det første kunne tilbagevise den formelle opsigelsesgrund (besparelser, arbejdsmangel osv.) og dernæst kunne påvise omstændigheder, der sandsynliggør at fag-

<sup>4</sup> Østre Landsrets dom af 27. marts 2009 i sag B-1468-08.

<sup>5</sup> Se til yderligere illustration af lovens anvendelsesområde Afskedigelsesnævnets tilkendegivelse af 21. juli 2014 i sag 20140194 samt Østre Landsrets dom af 29. juni 2000 i sag B-1937-99, Østre Landsrets dom af 30. juni 2005 i sag B-737-04 og Østre Landsrets dom af 16. oktober 2008 i sag B-2441-07.

foreningsforhold har influeret på beslutningen om opsigelse. Det kan i den forbindelse virke påfaldende, at der i anden lovgivning om forbud mod diskrimination på arbejdsmarkedet, nemlig ligebehandlingsloven og forskelsbehandlingsloven – altså områder, hvor lovgivningen baseres på EU-retten – er fastsat regler om delt og omvendt bevisbyrde, mens tilsvarende ikke gør sig gældende, når lovgivningen er et rent nationalt anliggende. Der er ingen tvivl om, at indførelse af omvendt eller i hvert fald delt bevisbyrde i foreningsfrihedsloven ville styrke lønmodtagernes beskyttelse betragteligt.

### 3. FORSKELSBEHANDLING PÅ GRUND AF FAGFORENINGSFORHOLD UNDER ANSÆTTELSEN

Foreningsfrihedsloven beskytter som nævnt mod diskrimination på grund af fagforeningsforhold ved ansættelser og opsigelser. Derimod beskytter loven ikke mod diskrimination under det løbende ansættelsesforhold, som bl.a. kan komme til udtryk i form af forskelle i de goder, herunder løn, som medarbejderne kan opnå. Der er således eksempler på, at de overenskomstbærende fagforbund har haft held til at overtale deres arbejdsgivermodparter til at give netop deres medlemmer særlige rettigheder og fordele.

I forbindelse med behandlingen af det oprindelige forslag til forskelsbehandlingsloven i 1996 blev der fra Venstre og Konservatives side stillet forslag om, at fagforeningsmedlemsskab skulle medtages som ulovlig diskriminationsgrund<sup>6</sup>. Dette blev imidlertid afvist af flertallet. Det blev også under behandlingen af lovforslaget afvist, at fagforeningsmedlemsskab kunne omfattes af beskyttelseskriteriet om politisk anskuelse, idet den daværende minister fastslog, at fagforeninger skulle varetage deres medlemmers økonomiske interesser og ikke fremme en bestemt politisk overbevisning<sup>7</sup>.

Under folketingsbehandlingen af ændringerne af foreningsfrihedsloven i 2006 stillede Kristelig Fagbevægelse i et høringssvar forslag om, at foreningsfrihedsloven også skulle give lønmodtagerne beskyttelse mod forskelsbehandling under ansættelsen, ligesom der blev stillet forslag om justering af bevisbyrdereglerne. I en kommentar hertil anførte beskæftigelsesministeren bl.a., at en imødekomme af forslaget ville gøre det "(...) vanskeligt for organisationerne og arbejdsgivere at agere i forhold til de indgåede overenskomster"<sup>8</sup>, ligesom det i et særskilt svar til Arbejdsmarkedsudvalget af ministeren blev fastslået, at der ikke var behov for at lempe bevisbyrdereglerne<sup>9</sup>. Hvori vanskelighederne bestod, eller hvorfor der ikke var behov for særlige bevisbyrderegler, er ikke helt klart.

Dermed er der i dag i dansk ret ingen beskyttelse mod forskelsbehandling på grund af fagforeningsforhold under den løbende ansættelse. Spørgsmålet har herefter været, om der – i lighed med problemstillingen om eksklusivaftaler – i Menneskerettighedskonventionens forbud mod negativ foreningsfrihed i artikel 11 måtte kunne udledes en sådan beskyttelse.

Denne problemstilling var genstand for prøvelse i sagen U2015.3210H.

Sagen omhandlede to medlemmer af Fagforeningen Danmark, hvis ansættelse var omfattet af den såkaldte emballageoverenskomst indgået mellem HK/Privat og 3F Industri på den ene side og DI på den anden side. Overenskomsten fastsætter bl.a., at medlemmer af 3F og HK i forbindelse med sygdom kan opnå ret til supplerende sygehjælp efter 13 ugers medlemskab<sup>10</sup>. Sygehjælpen består i, at en gennem overenskomsten oprettet social fond betaler et tillæg til sygedagpengene, sådan at lønnen under sygdom svarer til normallønnen. For de

<sup>6</sup> Tillægsbetænkning afgivet af Arbejdsmarkedsudvalget 15. maj 2006 (til lovforslag L 181 1995/1996).

<sup>7</sup> Arbejdsministerens besvarelse af spørgsmål nr. 16 af 1. april 2006 (L 181, bilag 23).

<sup>8</sup> Høringsnotat af 21. februar 2006 – Folketingets Arbejdsmarkedsudvalget (L 153, bilag 3).

<sup>9</sup> Beskæftigelsesministerens besvarelse af spørgsmål 1 af 17. februar 2006 fra Folketingets Arbejdsmarkedsudvalget (L 153 – bilag 1).

<sup>10</sup> Ordningen var oprindeligt indført i 1967 og videreført i senere overenskomster.

medarbejdere, der ikke er medlemmer af 3F eller HK, er der ikke adgang til et sådant tilskud, og de kan derfor under sygdom alene oppebære sygedagpenge og dermed et mindre beløb end den sædvanlige løn. De to medarbejdere, der var sagsøgere i sagen, var begge blevet opkrævet og modregnet for meget udbetalt sygeløn, som den sociale fond havde betalt ved en fejl under nogle sygdomsperioder. Under sagen blev det af de to berørte medarbejdere navnlig gjort gældende, at bestemmelserne om supplerende sygehjælp de facto udgjorde en eksklusivbestemmelse i strid med Menneskerettighedskonventionens artikel 11, idet bestemmelserne reelt tvang den enkelte lønmodtager til at være medlem af et af de overenskomstbærende fagforbund; man havde ikke råd til at stå udenfor, da det økonomiske tab ved længerevarende sygdom kunne været væsentligt. Særfordelene var således ifølge medarbejderne egnede til at påvirke valget af fagforening.

Højesteret afviste dette synspunkt med henvisning til bl.a., at hverken foreningsfrihedsloven eller Menneskerettighedsdomstolens praksis var til hinder for at tillægge manglende medlemskab af en fagforening andre negative konsekvenser end manglende ansættelse eller opsigelse. Da de to medarbejdere dog havde opnået ret til sygeløn svarende til sygedagpengesatsen, fandt Højesteret ikke, at de var tvunget til at melde sig ind i 3F eller HK, og konventionen var dermed ikke krænket. Højesteret lod dog en lille åbning stå tilbage med følgende bemærkning:

*"Spørgsmål om forenelighed med artikel 11 vil dog kunne rejses, hvis den forskelsbehandling, der er en følge af det manglende medlemskab af en fagforening, har den virkning, at den reelt tvinger arbejdstageren til at melde sig ind i fagforeningen, herunder navnlig hvis forskelsbehandlingen har en sådan karakter, at den indebærer en trussel mod arbejdstagerens eksistensgrundlag eller har en lignende indgribende karakter."*<sup>11</sup>

Det skal bemærkes, at overenskomster, der giver egne medlemmer særlige fordele, er relativt sjældne. Generelt forekommer arbejdsgiverorganisationerne at være tilbageholdende med at ville indgå aftaler, der gør forskel på medarbejderne. Der dukker af og til eksempler op, som dog primært vedrører lokalaftaler med enkeltstående arbejdsgivere uden arbejdsgiverorganisationernes (aktive) mellemkomst. I en lokalaftale fra 2016 mellem et større dansk vagtselskab og Vagt- og Sikkerhedsfunktionærernes Landssammenslutning (VSL) er det således eksempelvis blevet aftalt, at medlemmer af VSL får et særligt månedligt tillæg efter 7 års ansættelse samt overgår til en lidt højere løngruppe et år før ikke-medlemmer.

### 3.1. HAR DET MANGLENDE FORBUD MOD FORSKELSBEHANDLING UNDER ANSÆTTELSEN KONSEKVENSER FOR DEN DANSKE MODEL?

Højesteretsdommen fra 2015 er blevet omtalt som et nyt våben for de overenskomstbærende traditionelle fagforeninger i konkurrencen mod de alternative, "gule" fagforeninger i den forstand, at man med en udvidet brug af særrettigheder for egne medlemmer kan gøre det mere attraktivt at vælge det overenskomstbærende forbund til. Indtil videre ses det ikke anvendt i videre omfang, men alene sporadisk som i eksemplet fra VSL ovenfor. Og som nævnt vil øget brug af særrettigheder næppe være på dagsordenen hos de store arbejdsgiverforeninger, når der næste gang skal forhandles områdeoverenskomster. I den forbindelse skal det også påpeges, at der på de fleste større arbejdspladser efterhånden er medarbejdere, der enten ikke er organiserede overhovedet, eller som er medlemmer af en alternativ fagforening. Arbejdsgiverne kan med andre ord være ret sikre på at der vil være utilfredshed i rækkerne, hvis man gør forskel på medarbejderne.

Brugen af særrettigheder til egne medlemmer rejser imidlertid også spørgsmål i forhold til den danske model. En forudsætning for at den danske model

<sup>11</sup> Se om samme overenskomst og problemstilling opmandskendelse i faglig voldgift (FV 2012.0033) af 27. november 2012.

virker og virker effektivt - og kan vedblive hermed uanset et stadig større lovgivningspres fra EU - er, at de forhandlingsberettigede organisationer har den fornødne legitimitet i forhandlingerne. De skal med andre ord gerne repræsentere et overvejende flertal af de lønmodtagere, der berøres af overenskomsten.

Ifølge Danmarks Statistik<sup>12</sup> er der ud af en samlet arbejdsstyrke i Danmark på ca. 2.645.000 lønmodtagere (april 2016) godt 1.813.000, der er organiserede i en lønmodtagerorganisation. Heraf er omtrent 328.000 medlemmer af en fagforening udenfor hovedorganisationerne. I omegnen af 832.000 lønmodtagere står således helt udenfor en fagforening. Det betyder, at der i alt er godt 1.160.000 lønmodtagere, der ikke er medlemmer af de traditionelle overenskomstbærende fagforeninger - svarende til knap 44 % af alle lønmodtagere.

Mange lønmodtagere arbejder uden at være overenskomstdækkede, men tallene viser alligevel, at det i runde tal kun er lidt mere end halvdelen af lønmodtagerne, der er medlemmer af de forbund, der forhandler overenskomst. Det er i sig selv et relativt spinkelt grundlag for den tilstrækkelige legitimitet. Dette opvejes dog i en vis grad af, at der forhandles områdeoverenskomster, som gælder alle lønmodtagere indenfor overenskomstrådet uanset hvilken - om nogen - fagforening de er medlemmer af.

Hvis man imidlertid i stigende omfang åbner for brugen af særrettigheder, vil det i realiteten i et vist omfang alene være de godt 50 % egne medlemmer, man forhandler for. Og så begynder det at knibe med legitimiteten. Problemet bliver endnu mere udtalt, hvis de overenskomstbærende forbund mister medlemmer, sådan som det de senere år er sket for en del forbund. Det kan føre til et øget krav fra de alternative fagforeninger om at forhandle for sine egne medlemmer, hvormed vejen kan være åbnet for øget brug af paralleloverenskomster, men det

kan også - ikke mindst når man tager det store antal lønmodtagere med, der står helt udenfor fagforeningerne - medføre et øget politisk ønske om at lovgive om forhold, der traditionelt reguleres i overenskomsterne, navnlig hvor særrettighederne omhandler løn og andre centrale vilkår for ansættelsen. Og dermed kan en udnyttelse af muligheden i foreningsfrihedsloven for forskelsbehandling på grund af fagforeningsmæssigt tilhørsforhold under ansættelsen i realiteten risikere at svække den danske model.

#### 4. ANDRE ASPEKTER AF FORENINGSFRIHED

Som anført ovenfor var det både i 2006, hvor eksklusivbestemmelserne blev afskaffet, og i forbindelse med dommen U2015.3210 H Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, der udgjorde det juridiske grundlag. Netop konventionen har også været anvendt i en anden variation over temaet om retten til foreningsfrihed, som afslutningsvis skal nævnes.

I en overenskomst mellem 3F Hotel & Restauration og en virksomhed beskæftiget med hotelrengøring var det bl.a. indføjet, at alle ansatte, der ikke var medlem af 3F, skulle betale et "administrationsbidrag til vedligeholdelse af overenskomsten". Beløbet, der blev trukket direkte i lønnen af arbejdsgiveren og overført til 3F, svarede cirka til 40 % af prisen for et fuldt fagforeningsmedlemskab ved 3F. En berørt medarbejder påstod ordningen tilsidesat som ulovlig med henvisning til bl.a., at ordningen udgjorde et indgreb i den private ejendomsret i strid med artikel 1 i tillægsprotokol af 20. marts 1952 til Menneskerettighedskonventionen. Medarbejderen fik medhold i dette synspunkt, da ordningen ikke var gennemsigtig og da der manglede dokumentation for, at det opkrævede beløb stod i rimeligt forhold til faktiske udgifter til administration af overenskomsten. Arbejdsgiveren måtte derfor tilbagebetale det med urette opkrævede beløb<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> "Nyt fra Danmarks Statistik" nr. 235 af 25. maj 2016 og nr. 275 af 21. juni 2016.

<sup>13</sup> Retten i Glostrups dom af 28. november 2014 i sag BS 10C-2177/2014.

# VI LÆSER LIGE NU...



NATALIE VIDEBÆK MUNKHOLMS PH.D. AFHANDLING MED TITEL **LOYALITET I ARBEJDSRETLIGE RELATIONER** ER DEN FØRSTE SAMLENDE FREMSTILLING AF LOYALITETSPLIGT I ARBEJDSRETLIGE RELATIONER.

BOGEN ANVENDER EN NY GENNEMGÅENDE SYSTEMATIK OG GENNEMFØRER OMFATTENDE ANALYSER AF RETSPRAKSIS OM **LOYALITETSPLIGT I BÅDE DEN KOLLEKTIVE OG DEN INDIVIDUELLE RELATION.**

BOGEN KAN BESTILLES HOS DJØF FORLAG.



# FALDER MEDARBEJDERAKTIONÆRER UDENFOR LØNMODTAGERBEGREBET I DANMARK?



LISE LAURIDSEN  
PARTNER, ADVOKAT (L)



ANJA STAUGAARD JENSEN  
PARTNER, ADVOKAT

En af de mange konsekvenser af finanskrisen var, at efterspørgslen på aktiebaserede incitamentsprogrammer faldt i en årrække. Vores indtryk som rådgivere var, at den manglende interesse var gensidig, og således gjorde sig gældende både fra arbejdsgiver- og lønmodtagersiden.

I de seneste 6-7 år er incitamentsprogrammer baseret på aktieoptioner, warrants og kapitalandele imidlertid endnu engang blevet en fast del af mange danske medarbejderes lønpakker. Det fremgik en undersøgelse foretaget af DI i 2010<sup>1</sup> blandt organisationens medlemsvirksomheder, at hver 6. medarbejder ansat i de deltagende virksomheder var omfattet af en incitamentsordning baseret på aktieinstrumenter, og undersøgelsen viste, at helt op til hver 5. af de ledende medarbejdere var omfattet af en sådan ordning. Det er vores oplevelse, at antallet af medarbejdere omfattet af en aktiebaseret incitamentsordning i hvert fald ikke har været faldende siden undersøgelsens gennemførelse i 2010.

Vedtagelsen af de nye regler i ligningslovens § 7P, der med virkning fra den 1. juli 2016 har gjort det muligt at aftale aktiebaserede incitamentsprogram-

mer, der stiller medarbejderen gunstigt skattemæssigt, vil efter vores vurdering gøre udbredelsen af aktiebaserede incitamentsordninger endnu større.

Derfor er det mere end nogensinde aktuelt at vurdere, hvilken betydning for lønmodtagerstatus et medejerskab af arbejdsgiverselskabet kan få for den medarbejder, der er omfattet af en aktiebaseret incitamentsordning, idet vilkårene for ejerskabet af aktierne (uanset om den enkelte medarbejder forud for den endelige investering i kapitalandele) næsten altid være reguleret i en ejerftale. Ofte afhænger en medarbejders adgang til at erhverve warrants eller optioner af, at vedkommende på forhånd tiltræder en ejerftale, som regulerer vilkårene for det efterfølgende ejerskab af kapitalandele. Selve ejerftalen er sædvanligvis udarbejdet af selskabet og/eller majoritets ejeren, og er sjældent genstand for en egentlig forhandling med medarbejderen. Tværtimod bliver ejerftalen ofte præsenteret som en betingelse for medarbejderens deltagelse.

En medarbejder, der via et aktiebaseret incitamentsprogram bliver medejer af det selskab, som vedkommende arbejder i, vil både være kapitalejer og medarbejder. Hvis medarbejderen må betragtes

<sup>1</sup> DI's Total Reward Panel, oktober 2010.

som "medarbejderaktionær", jf. dette begreb nedenfor, stiller det særlige krav til indholdet af ejer-aftalen, da ansættelsesretlige regler tillige vil skulle inddrages. Det gælder særligt ved overvejelser om, hvad der skal ske, når medarbejderen ikke længere er ansat i selskabet eller koncernen, hvor den pågældende har kapitalandele, og ved overvejelser om hvorvidt betingelserne i ansættelsesklausuloven skal opfyldes, for at en konkurrence- eller kunde-klausul i en ejerftale kan håndhæves.

I Storbritannien blev der i september 2013 indført nye regler, der medførte, at status som "Employee Shareholder" samtidig betød, at vedkommende ikke længere ville kunne gøre krav på blandt andet godtgørelse for usaglig opsigelse, fratrædelsesgodtgørelse ved opsigelse pga. nedskæringer, kræve flekstid eller orlov til at tage efteruddannelse.

I Danmark blev der i 2012 i ferieloven ligeledes indført regler, hvorefter medejerskab af arbejdsgiverselskabet kan få indflydelse på den pågældendes lønmodtagerstatus.

Vi vil i denne artikel se nærmere på, om ændringen i ferieloven er et varsel om, at det danske folketing ønsker engelske tilstande og således ønsker at indføre en helt ny gruppering i dansk ansættelsesret - nemlig medarbejderaktionærer, som hidtil har været anvendt mere deskriptiv uden lovfæstet grundlag.

### HVORNÅR ER DER TALE OM EN MEDARBEJDERAKTIONÆR?

Betingelsen for, at blive betragtet som medarbejderaktionær er 1) at vedkommende har en ansættelsesretlig tilknytning til selskabet eller koncernen, som vedkommende ejer kapitalandele i, og at det netop er ansættelsesforholdet, der er baggrunden for, at medejerskabet er etableret, og 2) at forholdet mellem medarbejderaktionæren og andre medejere ikke kan betragtes som ligeværdigt.

### ANSÆTTELSESRETLIG TILKNYTNING TIL SELSKABET ELLER TIL ET MED SELSKABET

### KONCERNFORBUNDET SELSKAB, HVORI VEDKOMMENDE EJER KAPITALANDELE

En kapitalejer vil udelukkende kunne betragtes som medarbejderaktionær, hvis vedkommende har erhvervet sine kapitalandele i selskabet som følge af sin ansættelsesretlige tilknytning til selskabet eller til et selskab, der er koncernforbundet hermed.

I mange situationer vil det ikke volde vanskeligheder at vurdere, hvorvidt betingelsen om en ansættelsesretlig tilknytning til det selskab, der ejes kapitalandele i, eller til et med arbejdsgiverselskabet koncernforbundet selskab, er opfyldt.

Er medarbejderen således ansat i en permanent stilling i selskabet eller i et med selskabet koncernforbundet selskab, vil betingelsen om en ansættelsesretlig tilknytning være opfyldt.

Er medarbejderen ansat på en tidsbegrænset ansættelseskontrakt, vil betingelsen ligeledes være opfyldt, idet der ansættelsesretligt ikke er forskel på medarbejderens status som lønmodtager, da forskellen mellem de to typer ansættelse udelukkende består i, at der i den tidsbegrænsede ansættelse på forhånd er fastsat en slutdato for ansættelsen.

En person, der er tilknyttet et selskab som konsulent eller freelancer, vil ikke opfylde betingelsen om en ansættelsesretlig tilknytning til selskabet, og vil således ikke i denne sammenhæng blive betragtet som en medarbejderaktionær.

På samme måde som andre ansættelsesretlige vurderinger af, om en konsulent eller en freelancer falder uden for lønmodtagerbegrebet, der afgrænser personer, der er omfattet af den ansættelsesretlige lovgivning, skal det i denne sammenhæng understreges, at det udelukkende er de personer, der reelt har en helt selvstændig stilling i forhold til selskabet, der skal betragtes som konsulenter eller freelancere, og som dermed falder uden for begrebet "medarbejderaktionær".

En person, der har indgået en konsulentkontrakt eller en freelancekontrakt med et selskab, kan derfor på trods af sin titel som konsulent eller freelancer betragtes som ansættelsesretligt tilknyttet til selskabet, hvis vedkommendes tilknytning til selskabet reelt svarer til et ansættelsesforhold.

I sondringen mellem konsulenter, der henholdsvis falder uden for, og dem, der falder inden for lønmodtagerbegrebet, vil der normalt skulle lægges vægt på en række forhold. Følgende forhold vil typisk tale for, at der er tale om et ansættelsesforhold, uanset hvilken titel den pågældende person har:

- den pågældende har pligt til at udføre det aftalte arbejde,
- den pågældende skal selv udføre arbejdet og ikke kan sætte en anden i sit sted,
- den pågældende er underlagt arbejdsgiverens ledelse (instruktionsbeføjelse),
- den pågældende er aflønnet med A-indkomst,
- den pågældende har pligt til regelmæssigt at aflægge rapport til arbejdsgiveren,
- den pågældende har fast arbejdstid, og således er garanteret et bestemt antal timer,
- er på fast løn,
- har oppebåret feriegodtgørelse og/eller ferietilæg,
- har aftalt opsigelsesvarsel,
- udfører arbejdet i arbejdsgiverens navn.

Hvis en række af de ovenstående forhold er opfyldt, vil sandsynligheden tale for, at der reelt er tale om et ansættelsesforhold, uanset hvilken titel vedkommende har ifølge kontrakten. De ovenstående forhold kan udledes af retspraksis samt af vejledninger fra SKAT, idet den ansættelsesretlige og den skatteretlige vurdering ofte vil være sammenfaldende. Retspraksis og vejledning fra det ene område kan derfor i vid udstrækning anvendes som rettesnor for det andet område.

Det er ikke nødvendigt, at samtlige af de ovenstående forhold er til stede, førend vedkommende vil blive betragtet som værende i et ansættelses-

forhold, men der er flere af de oplyste forhold, der i særlig grad signalerer, at der er tale om et ansættelsesforhold, og som derfor tæller med i afvejningen med forholdsvis stor vægt.

Sådanne særlige "ansættelsesretlige" karakteristika er for eksempel, om vedkommende er undergivet en instruktionsbeføjelse fra selskabet, og om vedkommende udfører arbejdet i arbejdsgiverens navn.

Hvis vurderingen af indholdet i kontrakten peger hen mod, at der reelt er tale om et ansættelsesforhold, vil en sådan konsulent eller freelancer opfylde den første betingelse for at falde ind under begrebet "medarbejderaktionær".

Forhold, der omvendt typisk peger på, at der er tale om et reelt konsulent- eller freelancerforhold, vil sædvanligvis være, om den pågældende:

- er aflønnet med B-indkomst,
- er momsregistreret,
- udfører arbejdet fra egne lokaler,
- udfører arbejdet i eget navn og ansvar,
- selv hæfter for eventuel kreditgivning til kunder,
- ikke har nogen decideret arbejdsforpligtelse, men udelukkende aftalt levering af konkrete samlede ydelser,
- selv tilrettelægger arbejdet og arbejdstiden,
- har aftalt varierende arbejdstid og/eller aflønning efter resultat,
- har (eller har mulighed for at have) flere arbejdsgivere.

Såfremt de fleste af disse forhold er opfyldt, vil vedkommende typisk blive betragtet som selvstændig erhvervsdrivende, og vil således falde uden for lønmodtagerbegrebet og dermed også uden for begrebet "medarbejderaktionær" uanset, at den pågældende måtte eje kapitalandele i det selskab, som vedkommende udfører sine ydelser for. Baseret på SKATs hidtidige praksis er der næppe tvivl om, at spørgsmålet som hvorvidt konsulenten udfører arbejdet i eget navn og for eget ansvar, selv tilrettelægger arbejdet og arbejdstiden og har mulighed for at udføre arbejde for flere arbejdsgivere, er mo-

menter, der vejer tungt og sandsynligvis også tungere end de øvrige af de ovenfor opregnede forhold.

#### FORHOLDET TIL DE ØVRIGE MEDEJERE ER IKKE LIGEVÆRDIGT

Afgrænsningen mellem, hvad der kan betragtes som ligeværdige kapitalejere ("medejere"), og hvad der ikke kan betragtes som sådanne medejere, kan være kompliceret at foretage, da mange forskellige faktorer spiller ind i vurderingen.

Da der, bortset fra den ovenfor nævnte nye afgrænsning i ferieloven, ikke i dansk lovgivning er opstillet en specifik afgrænsning, der kan være relevant at anvende i denne sammenhæng, er det nærliggende at overveje, hvilke lovbestemmelser der i øvrigt kan hentes inspiration fra til brug for afgrænsningen. Hverken i selskabsloven, konkursloven, funktionærloven, ansættelsesbevisloven mv. er der imidlertid angivet en specifik ejerandel, som skal opnås for at falde uden for et givent begreb (f.eks. "funktionær", "lønmodtager" o.l.).

Når det skal afgøres, om et forhold er ligeværdigt eller ej, kan det være relevant at søge inspiration i retspraksis inden for områder, hvor der foretages en sondring mellem, hvorvidt en medarbejder må anses for at have en så stærk indflydelse på arbejdsgiverselskabet, at vedkommende anses for at repræsentere arbejdsgiveren, og således ikke befinder sig i en tjenestestilling i forhold til arbejdsgiverselskabet, og de situationer hvor det ikke er tilfældet.

Inspiration, der kan inddrages, er retspraksis vedrørende:

- konkurslovens sondring i § 95 mellem, hvorvidt et lønkrav er opnået "i skyldnerens tjeneste" eller ej,
- konkurslovens sondring i § 2, nr. 2, mellem, hvorvidt der er tale om en person, der i kraft af sit medejerskab i skyldnerselskabet er nærtstående til skyldneren eller ej, eller
- om en lønmodtager i relation til funktionærlovens § 1, stk. 2, kan betragtes som funktionær eller ej,

Fælles for ovenstående bestemmelser er blandt andet, at de medfører en vurdering af, om der er tale om en person, der befinder sig i en "tjenestestilling" i relation til arbejdsgiveren i modsætning til at befinde sig i en mere ligeværdig situation. De overvejelser, der har været foretaget i retspraksis for at vurdere disse forhold, kan derfor også være relevante i relation til at bedømme, om en medarbejder, der ejer kapitalandele i arbejdsgiverselskabet, må anses for at befinde sig i en ligeværdig situation i relation til majoritetsejeren eller ej.

Den følgende gennemgang af momenter, der kan inddrages i vurderingen, baseres derfor på retspraksis inden for de omtalte retsområder.

Vurderingen af, hvornår kapitalejeren opnår tilstrækkelig indflydelse til, at den pågældendes stilling som "medarbejder/lønmodtager/medarbejderaktionær" fortrænges, og kapitalejeren anses for at befinde sig i en så ligeværdig position i forhold til majoritetsejeren og eventuelle øvrige medejere, at vedkommendes retsstilling svarer til de øvrige medejerers retsstilling, vil skulle foretages i hvert enkelt tilfælde under hensyntagen til de konkrete omstændigheder. I det følgende er opregnet en række af de kriterier, der kan lægges vægt på.

#### *a) Størrelsen af den nominelle ejerandel*

Det er klart, at den nominelle ejerandel af kapital-ejersamlede post af kapitalandele er en væsentlig faktor. Ejer to kapitalejere hver 50 % af de samlede kapitalandele, vil disse naturligvis kunne betragtes som ligeværdige. En fordeling på 40/60 eller 25/75 vil også normalt være tilstrækkeligt ligeværdigt til, at den kapitalejer med den mindste aktiepost ikke kan betragtes som så svag, at vedkommendes retsforhold skal vurderes anderledes end andre medejerers.

Tages der udgangspunkt i den konkursretlige anvendelse af begrebet nærtstående, vil en medarbejders ejerskab af 1/3 af aktierne være vejledende for, hvorvidt den pågældendes aktiebesiddelse virker motiverende for de indbyrdes dispositioner,

dog således at den øvrige spredning af de resterende aktier indgår i vurderingen.

Hvis en kapitalejer i relation til konkurslovens nærtstående-begreb anses for at være nærtstående til selskabet, så vil denne kapitalejer også falde uden for begrebet "medarbejderaktionær", fordi vedkommende vil kunne betragtes som ligeværdig. På baggrund af retspraksis vurderes det dog, at en kapitalejer falder uden for begrebet "medarbejderaktionær" på et tidligere tidspunkt, end når den samlede ejerandel udgør 1/3 af selskabets samlede kapital. Der skal således mere indflydelse på selskabet til at være nærtstående, end der skal til at være medarbejderaktionær i denne artikel.

De kriterier, der lægges vægt på i f.eks. retspraksis vedrørende konkurslovens § 95 om lønprivilegiet og vedrørende dækning fra Lønmodtagernes Garantifond, kan på samme måde bruges som inspiration.

Lønmodtagernes Garantifond dækker lønkrav for personer, der er omfattet af konkurslovens § 95. Konkurslovens § 95 angiver, at krav på løn mv., som er opnået "*i skyldnerens tjeneste*", skal have en fortrinsstilling i forhold til simple kreditorer i et konkursbo. Personer, hvis lønkrav ikke er opnået i skyldnerens tjeneste, vil i et konkursbo være stillet som andre simple kreditorer og således ikke have en fortrinsstilling. Afgørende i denne sammenhæng er således, hvilke kapitalejere der i relation til denne afgrænsning må anses for at befinde sig i skyldnerens tjeneste.

Uanset, at konkurslovens § 2, nr. 2, ikke angiver en specifik kapitalandelsbesiddelse, der vil føre til, at kapitalejer må betragtes som nærtstående eller som værende uden for den kategori af medarbejdere, hvis lønkrav ikke i relation til konkurslovens § 95 kan anses for at være opstået i skyldnerens tjeneste, kan det på baggrund af retspraksis, der har taget stilling til ved Lønmodtagernes Garantifonds praksis i relation til disse vurderinger, antages, at ejer en person 10-15 % eller mindre af kapitalandelene, så vil vedkommende typisk blive anset for at være ikke-nært-

stående og vil derfor have lønprivilegium i et konkursbo.

I U1979.613S tog Sø- og Handelsrettens skifteret stilling til, om en række kommanditister, der hver ejede 1/14 af et konkursramt selskabs kapital, skulle anses for at stå i skyldnerens tjeneste og således have fortrinsstillede lønkrav i selskabets konkursbo. Skifteretten kom frem til, at ingen af kommanditisterne havde en sådan indflydelse på selskabets drift, at de skulle fratages deres lønprivilegium efter konkurslovens § 95. Skifteretten lagde bl.a. vægt på, at det var komplementaren, der udøvede den administrative og den økonomiske ledelse i selskabet. Uanset en ejerandel på ca. 7 % blev disse kommanditisters lønkrav fortrinsstillet i konkursboet på lige fod med selskabets øvrige medarbejdere.

I SH2005.P-0006-04 fik en salgsdirektør, der ejede kapitalandele i et selskab, der var gået konkurs, medhold i, at hans lønkrav var fortrinsstillet på trods af, at han ejede kapitalandele i selskabet. Sø- og Handelsretten fastslog, at han ikke havde en bestemmende indflydelse på selskabets drift, da salgsdirektørens ejerandel på intet tidspunkt oversteg 15 %, og da fordelingen af den øvrige selskabskapital heller ikke medførte, at han havde en bestemmende indflydelse på selskabets drift. Det er værd at bemærke, at salgsdirektøren ud over sin ejerandel tillige havde været medlem af selskabets bestyrelse, men da det kom frem under sagen, at denne bestyrelsespost reelt havde været uden indhold, blev salgsdirektøren samlet set ikke anset for at have en bestemmende indflydelse på selskabet, og hans lønkrav i konkursboet fik derfor fortrinsstilling.

Det må vurderes, at denne dom er udtryk for en meget konkret afgørelse, og at en ejerandel på 15 % sammenholdt med en (almindelig) bestyrelsespost normalt vil medføre, at en sådan kapitalejer falder uden for det sædvanlige lønmodtagerbegreb, og dermed også i denne sammenhæng sædvanligvis må anses for at falde uden for begrebet "medarbejderaktionær". Dette skyldes, at kombinationen af en ejerandel på 15 % og en bestyrelsespost normalt vil

betyde, at vedkommende anses for at befinde sig i en ligeværdig situation i forhold til de øvrige medejere og dermed vil falde uden for begrebet medarbejderaktionær. Det kan da heller ikke udelukkes, at afgørelsen ville blive en anden, skulle en tilsvarende situation i dag blive prøvet ved en dansk domstol, idet det signal, der sendes med ferielovens § 1, stk. 4, (jf. bekendtgørelse nr. 1238 af 25. november 2014) ville betyde, at kombinationen af medlemskab af direktionen og en aktiepost på mindst 10 % ville have skubbet salgsdirektøren ud af lønmodtagerbegrebet.

I U1982.1187Ø vurderede Østre Landsret, at en samlet ejerandel på 20 % betød, at denne kapital-ejer ikke kunne anses for at arbejde i skyldnerens tjeneste, og vedkommende fik således ikke fortrinsstilling for sit lønkrav. Østre Landsret lagde også vægt på, at denne kapital-ejer havde siddet som selskabets bestyrelsesformand.

I SØ- og Handelsrettens dom af 24. september 1991 (KP 52/1990) fik en kapital-ejer, der ejede 12½ % af selskabskapitalen, lønprivilegium.

Samlet set viser retspraksis, at en nominel ejerandel på 15 %<sup>2</sup> og opefter normalt vurderes at være udtryk for, at den pågældende kapital-ejer befinder sig i en ligeværdig situation i forhold til de øvrige medejere og dermed falder uden for begrebet lønmodtager. Som konsekvens heraf falder en sådan kapital-ejer uden for begrebet "medarbejderaktionær".

#### *b) Fordelingen af de samlede kapitalandele*

I et selskab, hvor kapitalen er spredt hos mange ejere, kan en kapital-ejer, der ejer en nominel mindre del, hurtigere blive anset for at have væsentlig indflydelse på selskabets drift, end hvis kapitalen i selskabet er fordelt hos færre ejere, og i denne situation vil en sådan kapital-ejer hurtigere falde uden for begrebet medarbejderaktionær, idet vedkommende hurtigere opnår tilstrækkelig indflydelse på selskabets forhold til at blive betragtet som ligeværdig.

---

<sup>2</sup> Og i ferieloven allerede fra og med 10 %.

Da en lang række beslutninger i henhold til selskabslovens regler træffes ved simpelt flertal, vurderes det også, at uanset at spredningen af selskabskapitalen måtte være stor, vil der skulle en vis nominel ejerandel til, før kapital-ejeren anses for at have en væsentlig indflydelse på selskabet, medmindre der blandt kapital-ejerne er indgået stemmeaftaler, der gør, at én kapital-ejer har en sådan (væsentlig) indflydelse på selskabets forhold, som vedkommendes nominelle ejerandel egentlig ikke berettiger til.

#### *c) Samlet indflydelse*

Som tidligere nævnt vil der være tale om en samlet vurdering, og har en kapital-ejer en stilling i selskabet, der giver vedkommende en væsentlig indflydelse på selskabet, kan dette ofte medføre, at vedkommende ikke bare falder uden for den ansættelsesretlige lovgivning, der forudsætter lønmodtagerstatus, men også uden for begrebet "medarbejderaktionær".

I et selskab vil det normalt være selskabets administrerende direktør, der falder uden for lønmodtagerbegrebet.

Når administrerende direktører som ovenfor omtalt ikke på forhånd er udelukket fra at falde ind under begrebet "medarbejderaktionær", skyldes det, at set i forhold til majoritetsejeren vil en administrerende direktør ofte ikke befinde sig i en ligeværdig situation i forhold til ejerindflydelsen, og der kan derfor også være situationer, hvor indholdet af en ejer-aftale med en administrerende direktør skal overvejes under inddragelse af ansættelsesretlige regler for at sikre, at ejer-aftalen kan håndhæves.

At den samlede indflydelse på selskabet har relevans ved siden af den nominelle ejerandel, viser Højesterets afgørelse i U1993.981H. I denne sag, hvor der skulle tages stilling til, om en kapital-ejer var nærtstående efter konkursloven, blev en kapital-ejer, der ejede 20 % af selskabskapitalen, og som sad i selskabets bestyrelse, ikke anset for at være nært-

stående til selskabet, idet hans reelle indflydelse på selskabet var begrænset som følge af stemmeaftaler i en aktionæroverenskomst og således kun svarede til ca. 10 % af A-aktierne. Henset til fordelingen af den øvrige selskabskapital vurderede Højesteret herefter, at kapitalejeren ikke skulle betragtes som nærtstående.

*d) Specifik lovgivning, der fastslår status*

Ændringerne i ferieloven i 2012<sup>3</sup> indebar for første gang, at en dansk ansættelsesretlig lov specifikt tog stilling til, hvilken betydning det skal have for lønmodtagerbegrebet, at en person ejer aktier i det selskab, hvori vedkommende er ansat.

Det fremgår således af ferielovens § 1, stk. 3, at en person, der har afgørende indflydelse på den virksomhed, som den pågældende arbejder i, ikke anses for at være lønmodtager.

Direktøren for Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering blev med ændringerne af ferieloven i 2012 hjemlet til at fastsætte mere detaljerede regler for, hvornår en person har afgørende indflydelse på den virksomhed, som den pågældende arbejder i. Sådanne regler blev herefter fastsat i bekendtgørelse nr. 1238 af 25. november 2014 om afgrænsning af lønmodtagerbegrebet i ferielovens § 1, stk. 4.

Af bekendtgørelsen fremgår, at der foreligger afgørende indflydelse, hvis den pågældende (eller dennes ægtefælle) er indehaver af

- 1) mindst 50 % af selskabskapitalen,
- 2) mindst 50 % af selskabskapitalens stemmевærdi,
- 3) en bestemmende andel af selskabets kapital,
- 4) en bestemmende andel af stemmerne i selskabet, eller
- 5) mindst 10 % af selskabskapitalen eller 10 % af selskabskapitalens stemmевærdi, og pågældende tillige er medlem af selskabets bestyrelse eller direktion.

<sup>3</sup> Lov nr. 377 af 28. april 2012.

Lovændringen gav dermed for første gang et fingerpeg om, hvordan Folketinget vurderer aktiebesiddelsers indflydelse på den pågældende kapitalejers lønmodtagerstatus.

Formålet bag lovforslaget var at skabe en mere ensartet praksis og dermed skabe gennemsigtighed og bedre retssikkerhed for borgeren. Dog var det ifølge forarbejderne ikke hensigten med lovforslaget at ændre på hidtidig praksis, ligesom lovforslaget ikke ændrede ved, at der i hvert enkelt tilfælde stadig skal foretages en konkret vurdering. Det blev ligeledes i forarbejderne vurderet, at lovændringen ikke ville få afsmittende virkning på anden ansættelsesretlig lovgivning.

Uanset, at denne nye specifikation har givet en helt konkret vejledning til, hvornår aktiebesiddelser får indflydelse på, om en aktionær er omfattet af ferieloven, vil lovændringens generelle effekt dog efter vores vurdering være begrænset. Dette skyldes blandt andet, at administrerende direktører jo allerede inden lovændringen i kraft af stillingen normalt ville falde udenfor ferieloven.

På samme måde falder en administrerende direktør også uden for ansættelsesbevisloven, funktionærloven, ligebehandlingsloven, konkurslovens § 95 mv.

Spørgsmålet er derfor, om der med lovændringen er kapitalejere, der herefter ikke blot vil falde udenfor ferieloven men tillige udenfor medarbejderaktionærbegrebet, og som før ville have været omfattet af dette.

Det vil i så fald så dreje sig om kapitalejere, der ejer mindst 10 % af kapitalandelene eller 10 % af stemmerettighederne.

Da lovgiver specifikt i forbindelse med vedtagelsen af lovændringen i ferieloven tilkendegav, at ændringen ikke forventes at få indflydelse på hidtidig praksis i forhold til vurdering af, hvornår en ansat

falder udenfor den del af dansk lovgivning, hvor lønmodtagerstatus og at befinde sig i en tjenestestilling er afgørende for beskyttelsen, er der efter vores vurdering ikke umiddelbart sket en ændring.

Baseret på hidtidig praksis er vores vurdering derfor stadig, at en administrerende direktør, hvis samlede aktiepost udgør mindre mere end ca. 15 % af selskabets samlede aktiekapital, normalt ikke kan betragtes som ligeværdig i forhold til majoritetsejeren i relation til indflydelsen på selskabet. Det kan imidlertid efter vores vurdering ikke udelukkes, at ændringen i ferieloven kan få betydning for kapitalejere, der ejer mindst 10 % af kapitalandelene i det selskab, hvori de er ansatte og er medlemmer af direktionen, idet denne gruppe så per automatik vil falde uden ferielovens beskyttelse, uden at en særskilt vurdering af deres samlede indflydelse på selskabet i den konkrete situation er nødvendig.

#### **KAN STATUS ÆNDRE SIG I LØBET AF EJERTIDEN?**

Det er vigtigt at være opmærksom på, at en vurdering af, om en kapitalejer skal betragtes som en medarbejderaktionær, der er foretaget på tidspunktet, hvor kapitalandelene erhverves, kan ændre sig over tid.

I relation til gyldigheden af bestemmelser, hvor det er af afgørende betydning, om en kapitalejer er medarbejderaktionær eller ej, vil det være tidspunktet, hvor en bestemmelse skal håndhæves, der er relevant.

Derfor er det vigtigt at foretage en løbende vurdering af kapitalejerens status, så det sikres, at samtlige bestemmelser til stadighed er gyldige. Det gælder ikke mindst i forbindelse med tilkøb af yderligere kapitalandele eller ved frasalg af kapitalandele eller i forbindelse med stillingsændringer, der medfører en større eller mindre indflydelse på selskabets forhold.

En medarbejder, der fra udgangstidspunktet ikke kan anses for at befinde sig i en ligeværdig situation,

kan over tid opnå en mere ligeværdig position i forhold til de øvrige medejere og således ikke længere kunne anses for at være omfattet af medarbejderaktionærbegrebet.

Det kan ske ved tilkøb af yderligere kapitalandele, så den samlede nominelle ejerandel kommer op over ca. 15 % af den samlede selskabskapital, hvilket som nævnt overfor typisk er tilstrækkeligt til, at en sådan kapitalejer falder uden for medarbejderaktionærbegrebet.

Udvikling fra medarbejderaktionær til almindelig kapitalejer kan herudover ske, hvis vedkommende ved hjælp af en bestyrelsespost opnår en øget indflydelse på selskabets forhold.

Indgåelse af ejeraftaler, der ved hjælp af stemmeaftaler tillægger medarbejderaktionæren en stemmevægt, der overstiger den stemmevægt, som medarbejderaktionærens nominelle ejerandel tilligger, kan også være med til at bringe kapitalejeren ud af kategorien medarbejderaktionær.

En udvikling fra medarbejderaktionær til almindelig kapitalejer over tid medfører ikke umiddelbart et behov for at ændre på vilkår i en ejeraftale, idet bestemmelser, der gyldigt kan håndhæves over for en medarbejderaktionær, også kan håndhæves over for en almindelig kapitalejer.

Parterne kan dog have en interesse i at indgå (for majoritetsejeren) mere lempelige vilkår f.eks. vedrørende kompensation for konkurrence- og kundeklausuler eller vedrørende betingelserne for tilbagekøbsklausuler ved den anden kapitalejers (tidligere medarbejderaktionærs) fratræden.

Ligeledes kan forholdene for en kapitalejer, der på udgangstidspunktet ansås for at befinde sig i en ligeværdig situation i forhold til majoritetsejeren og eventuelle øvrige kapitalejere, ændre sig over tid, således at denne kapitalejer fremadrettet må betragtes som medarbejderaktionær.

Udviklingen fra kapitalejer til medarbejderaktionær kan ske, hvis kapitalejeren afhænder kapitalandele, og vedkommendes samlede nominelle ejerandel bringes ned under 10-15 %.

Indflydelse, som kapitalejeren hidtil har opnået ved at have en bestyrelsespost (kombineret med en nominal ejerandel på mindst 10-15 %), som mistes, kan betyde, at kapitalejeren ikke længere kan anses for at befinde sig i en ligeværdig situation i forhold til majoritetsejeren og eventuelle øvrige kapitalejere.

Har kapitalejeren hidtil ved hjælp af stemmeaftaler, der medførte, at vedkommende havde en højere stemmewægt end den nominelle ejerandel tilsagde, haft en betydelig indflydelse på selskabets forhold og dermed befundet sig i en ligeværdig situation i forhold til majoritetsejeren og eventuelle øvrige kapitalejere, kan kapitalejeren fremadrettet skulle anses som medarbejderaktionær, såfremt sådanne aftaler ændres.

En udvikling fra almindelig kapitalejer til medarbejderaktionær over tid medfører umiddelbart et behov for at ændre på vilkår i en ejeraftale, idet bestemmelser, der gyldigt kan håndhæves over for en kapitalejer, ikke nødvendigvis kan håndhæves over for en almindelig kapitalejer. Dette gælder i særlig grad konkurrence- og kundeklausuler samt bestemmelser, der regulerer tilbagekøbsklausuler i forbindelse med fratræden.

#### **HAR DET DANSKE LØNMODTAGERBEGREB ÆNDRET SIG?**

Selvom ændringen i ferieloven i 2012 for første gang indførte begrebet "medarbejderaktionærer" i dansk ansættelsesretlig lovgivning, er Folketinget ikke gået så vidt som det britiske parlament, idet indførelsen af en ejergrænse på 50 % af kapitalandelene (uden en samtidig plads i direktionen eller bestyrelsen) i arbejdsgiverselskabet er så højt sat, at denne præcisering i ferieloven ikke ændrer den hidtidige vurdering af aktiebesiddelser i arbejdsgiverselskabets. Det vil således være vanskeligt at forestille sig, at en aktionær, der ejer 50 % eller mere

af kapitalandelene i det selskab, hvor vedkommende er ansat, skulle falde ind under lønmodtagerbegrebet i dansk lovgivning og medarbejderaktionærbegrebet.

Til sammenligning anses man i forhold til det nyligt indførte britiske medarbejderaktionærbegreb, som medarbejderaktionær, når man ejer en aktieandel på GBP 2.000 uanset størrelsen af selskabets samlede selskabskapital.

Overført til dansk praksis ville det betyde, at lønmodtagerstatus - særligt i store og mellemstore selskaber - ville mistes også med en ganske beskedne ejerandel. Vi forventer ikke, at den hidtidige praksis, hvor der har været lagt vægt på den reelle indflydelse på selskabet, jf. ovenfor, ændres til at blive en mere automatisk bedømmelse af den nominelle ejerandels størrelse.

Dermed kan det konkluderes, at der ikke efter vores vurdering reelt er sket en ændring i det danske lønmodtagerbegreb.

# VI SER OS FREM TIL...

DEN FOR HØJESTERET VERSERENDE SAG 259/2014 ER BERAMMET TIL HOVEDFORHANDLING TORSDAG DEN 13. OKTOBER 2016.

HØJESTERET SKAL I SAGEN TAGE STILLING TIL SPØRGSMÅLET OM, HVORVIDT EN AFSKEDIGELSE AF **EN GRAVID MEDARBEJDER** VAR I STRID MED LIGEBEHANDLINGSLOVEN, HERUNDER OM RÆKKEVIDEN AF **ARBEJDSGIVERS OMLACERINGSFORPLIGTELSE**.

DET SIDSTE SPØRGSMÅL ER SÆRLIGT INTERESSANT, IDET VESTRE LANDSRET FASTLOG TILBAGE I 2014 I SAGEN, AT **OMPLACERINGSFORPLIGTELSEN** SKULLE LØBER **HELT TIL UDLØBET AF DEN OPSAGTE MEDARBEJDETS OPSIGELSESVARSEL**, OG IKKE KUN TIL SELVE AFSKEDIGELSEN.



# MODREGNING I LØN MED KONNEKSE KRAV



PIA MOLTKE JENSEN  
ADVOKAT, PH.D.

## INDLEDENDE

Det er i dag den almindelige opfattelse, at en lønmodtagers krav på løn nyder en beskyttelse i form af krav om effektiv betaling, hvorfor der ikke kan gennemføres en almindelig tvungen modregning heroverfor.

Det er endvidere den almindelige opfattelse, at kun i de tilfælde, hvor der er en konneksitet mellem lønmodtagerens krav på løn og arbejdsgiverens modkrav, vil der kunne etableres en konneks modregning, hvorved arbejdsgiveren kan modregne sit modkrav i lønmodtagerens krav på løn.

Funktionærlovens § 3 regulerer sammen med tilhørende retspraksis, bl.a. hvorledes der skal foretages en tabsopgørelse i forbindelse med en arbejdsgivers uberettigede bortvisning af en funktionær, herunder i tilfælde af fritstilling. Bestemmelsen forholder sig indirekte tillige til i hvilket omfang, der kan gennemføres en almindelig, tvungen modregning. Om bestemmelsen tillige regulerer en arbejdsgivers ret til at modregne med konneks krav i funktionærens løn i fritstillingsperioden, er ikke genstand for selvstændig undersøgelse i nærværende artikel.

Der ses imidlertid ikke at være generelle bestemmelser, herunder i funktionærloven, der regulerer en

arbejdsgivers ret til at modregne konneks krav i en lønmodtagers krav på løn i optjeningsperioden i det løbende ansættelsesforhold og i tilfælde af arbejdsgiverens berettigede bortvisning. Ikke desto mindre kan konsekvenserne af en uberettiget modregning i en lønmodtagers krav på løn være store.

Problemstillingen er relevant i vurderingen af, hvorvidt arbejdsgiver væsentligt har misligholdt sine forpligtelser i henhold til ansættelseskontrakten, og kan bl.a. få store konsekvenser i den situation, hvor lønmodtageren er bundet af en konkurrenceklausul, idet konkurrenceklausulen bortfalder, såfremt arbejdsgiver væsentligt misligholder ansættelsesforholdet, hvilket en uberettiget modregning i lønnen i det løbende ansættelsesforhold vil være et udtryk for.

Nedenfor følger en række eksempler, som illustrerer, at spørgsmålet om modregning i det løbende ansættelsesforhold, kan antage mange forskellige former.

### *Eksempel 1: Sportsforeningen*

En lønmodtager har igennem en periode været kasserer i virksomhedens sportsforening for medarbejdere. Aktiviteterne finansieres delvist ved medarbejderens betaling hertil, og den resterende del af finansieringen står virksomheden for. I forbindelse

med lønmodtagerens overdragelse af hvervet som kasserer i foreningen til en anden medarbejder, konstateres det, at foreningen mangler et betydeligt beløb, og der er mistanke om, at den tidligere kasserer – som stadig er ansat – har tilegnet sig beløbet. Arbejdsgiveren ønsker at modregne i lønmodtagerens løn for det tab, som er lidt i sportsforeningen.

#### *Eksempel 2: Advokatens hushandel*

En advokat i et advokatfirma har selv udført arbejde hos advokatfirmaet i arbejdstiden i forbindelse med hendes private hushandel. Advokaten har ikke fået tilsagn om, at hun må udføre det pågældende arbejde, og arbejdsgiver ønsker nu at modregne værdien af arbejdet i den løbende lønudbetaling.

#### *Eksempel 3: Sekretærens hushandel*

En sekretær i et advokatfirma har fået udført arbejde hos advokatfirmaet i forbindelse med hendes private hushandel. Sekretæren har aftalt med arbejdsgiveren, at hun kunne få det pågældende arbejde udført og der er indgået aftale om en pris for arbejdet. Der er dog ikke indgået aftale om arbejdsgiverens adgang til at eventuelt at modregne i lønnen. Efter arbejdets udførelse ønsker arbejdsgiver imidlertid at modregne værdien af arbejdet i den løbende lønudbetaling.

#### *Eksempel 4: Det ødelagte bord*

En lønmodtager har forsætligt ødelagt et bord i virksomhedens kantine under frokosten i forbindelse med en ophedet debat. Bordet kan ikke repareres, og arbejdsgiveren er nødsaget til at indkøbe et nyt bord til kr. 15.000. Arbejdsgiveren ønsker at modregne udgiften til det nye bord i lønmodtagerens løbende lønkrav.

Om der kan foretages en modregning i de ovenstående eksempler, reguleres af de almindelige obligationsretlige principper om modregning, herunder konneks modregning. Der konkluderes herpå nederst i artiklen.

Denne artikel behandler de konnekse, obligationsretlige aspekter af en arbejdsgivers adgang til at modregne med krav mod lønmodtageren i det løbende ansættelsesforhold og i tilfælde af berettiget bortvisning af denne.<sup>1</sup>

### **MODREGNINGSBETINGELSERNE**

Reglerne om en almindelige tvungen modregning (ikke konneks modregning) følger af almindelige obligationsretlige principper, som er rodfæstet i dansk ret.

For at kunne gennemføre en almindelige tvungen modregning, skal følgende betingelser være opfyldt:

#### *Der skal være gensidighed mellem fordringerne:*

- Betyder, at hovedfordringens debitor (i nærværende artikel arbejdsgiver) skal være kreditor for modfordringen (i nærværende artikel arbejdsgiver) og omvendt.

#### *Fordringerne skal være udjævnelige:*

- Betyder, at modfordringen (i nærværende artikel arbejdsgiverens krav mod lønmodtageren) skal kunne benyttes til rigtig opfyldelse af hovedfordringen (i nærværende artikel lønmodtagerens krav på løn og lignende).

#### *Fordringerne skal være afviklingsmodne:*

- Betyder, at forfaldstid for modfordringen (arbejdsgiverens krav mod lønmodtagerens) skal være indtrådt og frigørelsestiden for hovedfordringen (lønmodtagerens krav på løn og lignende) skal være indtrådt.

#### *Modfordringen skal være retskraftig:*

- Modfordringen (arbejdsgiverens krav på lønmodtageren) må bl.a. ikke være forældet eller bortfaldet ved passivitet.

*Der må ikke være krav om effektiv betaling af hovedfordringen.*

---

<sup>1</sup> For en indgående analyse af den konnekse modregnings karakter af sikkerhed eller betaling, se Pia Moltke Jensen, Konneksitet, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag 2007, side 28ff og side 110 ff.

Er ovenstående betingelser opfyldt, vil der kunne gennemføres en almindelig tvungen modregning, der har virkning fra tidspunktet for modregningserklæringens afgivelse.

I den situation, som behandles i nærværende artikel (arbejdsgivers modregning i det løbende ansættelsesforhold og i tilfælde af berettiget bortvisning af lønmodtageren), vil de første 4 betingelse som altovervejende hovedregel være opfyldt.

Spørgsmålet er dog, om lønmodtagerens krav på løn er omfattet af kravet om effektiv betaling, herunder i hvilken udstrækning kravet om effektiv betaling kan fraviges ved en konneksitet mellem fordringerne og i hvilket omfang.

#### ER ET LØNKRAV OMFATTET AF KRAVET OM EFFEKTIV BETALING?

Et krav om effektiv betaling betyder, at en almindelig tvungen modregning ikke kan gennemføres, selvom de øvrige betingelser herfor er opfyldt, idet der er et hensyn at tage til hovedmandens (lønmodtagerens) behov for kontant betaling af hovedfordringen.<sup>2</sup>

Retsplejelovens § 511, stk. 1 indeholder følgende bestemmelse:

*“Udlæg kan ikke foretages i endnu ikke udbetalt løn eller andet vederlag for personligt arbejde, medmindre der er forløbet mere end 7 dage efter slutningen af den periode, i hvilken lønnen er indtjent, eller efter at vederlaget er fortjent”.*

Af denne generelle udlægshindring er det blevet udledt, at lønkrav tillige ikke kan mødes med modregning.<sup>3</sup> Tankegangen er den, at en adgang til

tvungen modregning et langt stykke hen ad vejen er en tvangsfuldbyrdelse med hovedfordringen (lønkravet) som genstand, som netop er udelukket med reglerne i Retsplejelovens § 511, stk. 1. Visse forfattere har gjort sig til talsmand for, at kravet om effektiv betaling af løn ikke hjemlet i Retsplejeloven, men at kravet skal finde sin begrundelse andetsteds.<sup>4</sup>

Uanset om kravet om effektiv betaling af lønkravet skal finde sin hjemmel i Retsplejeloven eller andetsteds, er det hensynet til netop lønmodtageren, der er årsagen til kravet om effektiv betaling i denne situation.

Hovedfordringen (lønkravet) er opstået på grund af lønmodtagerens arbejdsforpligtelse. En arbejdsindtægt er en forudsætning for at kunne skaffe midler til nødvendigt underhold. Hvis en arbejdsgiver har en adgang til tvungen modregning, er det ensbetydende med, at lønmodtageren (teoretisk set) ikke har midler til at forsøge sig selv og sine nærmeste. Det sociale sikringsystem, der i Danmark er etableret for at understøtte personer uden indtægt, er ikke etableret for at sikre en indtægt hos personer, der har leveret en arbejdsforpligtelse.<sup>5</sup>

#### KONNEKS MODREGNING I LØNFORHOLD MED UDGANGSPUNKT I RETSPRAKSIS

For at arbejdsgiver kan gennemføre modregning i det løbende ansættelsesforhold i lønmodtagerens krav på løn, skal der være en konneksitet mellem lønkravet og arbejdsgiverens krav mod lønmodtageren. Spørgsmålet er derfor, hvornår en arbejdsgivers krav mod en lønmodtager kan antages at være konnekst med lønkravet.

<sup>2</sup> I litteraturen er området tillige blevet behandlet under overskriften "kontanthensynet", Rune Sæbø, Motregning, 1. udgave, Fagboklaget Vigmostrad & Bjørke AS, 2003, side 254, og Carl Jacob Arnholm, Steiftog i obligationsretten, Oslo 1939, side 67ff og til dels Stefan Lindskog, Kvittning, 2. udgave, Nordstedts juridik, Stokholm, 1993.

<sup>3</sup> Gomard, Obligationsret, 3. del, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forslag 2009, s. 227; Preben Lyngsø: U 1977B.25.

<sup>4</sup> Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2007, s. 327f; Per Jacobsen: U 1977B.85, Pia Moltke Jensen, Konneksitet, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2007, side 109.

<sup>5</sup> For nærmere redegørelse af, hvorfor tilstedeværelsen af konneksitet mellem to fordringer, kan fravige kravet om effektiv betaling, se Pia Moltke Jensen, Konneksitet, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2007, side 28ff.

Det er sparsomt, hvad der findes af retspraksis vedrørende den konnekse fordringsforbindelse i ansættelsesforhold, herunder særligt nyere retspraksis. Der er en del retspraksis i relation til spørgsmålet om en arbejdsgivers adgang til at modregne over for en lønmodtagers krav på løn, men denne praksis relaterer sig ofte til, hvorvidt der overhovedet består et krav mod lønmodtageren og ikke, hvorvidt kravene i så fald er konnekse. Nedenfor følger en kort gennemgang af en række af de sager, hvor spørgsmålet om konneks modregning har været berørt i arbejdsretlige sammenhænge.<sup>6</sup>

#### U 2000.1234V:

En medarbejder var ansat i en virksomhed, som havde en personaleforening for de ansatte. Kun ansatte i en bestemt del af virksomheden kunne være medlem af personaleforeningen. Den pågældende medarbejder begik som formand og kasserer i personaleforeningen underslæb for ca. kr. 32.000, og blev som følge heraf bortvist fra virksomheden. Virksomheden ydede et årligt tilskud til personaleforeningen, og virksomheden dækkede efter ansøgning personaleforeningens tab ved underslæbet. I forbindelse hermed transportererede personaleforeningen kravet mod medarbejderen til virksomheden. I sagen anlagt af medarbejderen mod virksomheden, gjorde medarbejderen gældende, at bortvisningen var uberettiget, og at den foretagne modregning ligeledes var uberettiget, idet der hverken var konneksitet eller gensidighed mellem kravene. Byretten fandt, at bortvisningen ikke var berettiget, og at virksomheden var uberettiget til at modregne i løn (og feriepenge), da virksomhedens krav mod medarbejderen ikke udsprang af ansættelsesforholdet. Landsretten fandt derimod, at bortvisningen af medarbejderen var berettiget, selvom underslæbet ikke var begået direkte over for virksomheden, men over for personaleforeningen. Om den foretagne modregning anførte landsretten, at da

fordringerne ikke hidrørte fra samme retsforhold, var betingelserne for at kunne foretage modregning i krav på løn (og feriepenge) ikke opfyldt.

#### U 1971.879 Ø:

Ved arbejdsrettens afgørelse blev en medarbejder på en virksomhed pålagt bod for deltagelse i en ulovlig arbejdsnedlæggelse. Bodden skulle betales til Dansk Arbejdsgiverforening, som herefter bemyndigede virksomheden til at forstå inddrivelsen af boden, hvilket virksomheden gjorde ved at tilbageholde en del af medarbejderens løn. Medarbejderen lagde herefter sag an mod virksomheden med påstand om, at virksomheden var uberettiget til at foretage lønindeholdelse. Til støtte herfor gjorde medarbejderen bl.a. gældende, at der ikke forelå gensidighed mellem fordringerne, og at lønkrav ikke kan mødes med modregning (krav om effektiv betaling). Endvidere gjorde medarbejderen gældende, at selvom kravene stod over for hinanden som konnekse i snæver forstand, således de udsprang af samme løbende mellemværende mellem parterne, så kunne det ikke føre til et andet resultat, idet kravene efter deres beskaffenhed ikke havde en sådan forbindelse med hinanden, at det var rimeligt at fyldestgøre krav på bod ved modregning. Virksomheden gjorde bl.a. gældende, at der forelå konneksitet mellem fordringerne, idet de udsprang af samme gensidigt bebyrdende arbejdsforhold, og havde en intim forbindelse med hinanden. Virksomheden blev i landsretten frifundet for medarbejderens krav på tilbagebetaling af det modregnede beløb. Landsretten lagde i sin begrundelse vægt på, at begge fordringer havde deres oprindelige i arbejdsforholdet mellem parterne, og at virksomheden måtte have en rimelig begrundet selvstændig interesse i den skete modregning henset til den oplyste praksis om virksomhedens mulighed for at få overladt det tillagte bodsbeløb.

<sup>6</sup> Se endvidere U 1978.326 H samt U 1967.614 H, hvor der blev tilladt modregning i et lønkrav med et erstatningskrav opstået på baggrund af misligholdelse af arbejdsforholdet. Der blev i de nævnte sager ikke procederet på konneksitet, hvor de ikke behandles yderligere i nærværende artikel.

#### U 1983.1071 S:

En medarbejder blev ved arbejdsrettens afgørelse pålagt en bod for overenskomststridig arbejdsnedlæggelse hos arbejdsgiveren, Generaldirektoratet for Danske Statsbaner. Efterfølgende meddelte virksomheden, at der i medarbejderens hyre ville blive indeholdt et beløb af hver måned til betaling af boden. Medarbejderen måtte selv bestemme størrelsen af det indeholdte beløb, dog ikke under kr. 300 pr. måned. Medarbejderen meddelte, at han ikke kunne undvære mere end kr. 200 pr. måned og fremsendte herefter beløbet. Måned efter fremsendte medarbejderen atter kr. 200 til virksomheden som (del)betaling af boden. Virksomheden var ikke tilfreds hermed og meddelte medarbejderen, at der fremadrettet ville blive indeholdt et beløb på kr. 294,40 i hyren hver måned. I overensstemmelse med skrivelsen blev boden afviklet ved modregning. Medarbejderens fagforbund lagde sag an mod virksomheden med påstand om, at virksomheden var uberettiget til at foretage indeholdelse (modregning) i hyren. I sømandslovens § 25, 1. punktum var der en bestemmelse, hvorefter at der ikke uden medarbejderens samtykke - foruden betaling, som det i henhold til særlig lovgivning var pålagt virksomheden at tilbageholde - kunne gøres fradrag i hyren for beløb til dækning af erstatningsansvar, som var pådraget af medarbejderen i tjenesten. Fra forbundets side blev det bl.a. gjort gældende, at det fulgte af § 25, at en arbejdsretlig bod ikke kunne modregnes i hyren. Retten fandt, at spørgsmålet om modregning af boden i hyren ikke kunne ses omtalt i forbindelse med bestemmelsen i § 25. Et flertal fandt herefter, at formålet og de praktiske grund, der havde medført, at et erstatningskrav pådraget i tjenesten kunne modregnes, måtte antages tillige at gøre sig gældende i forhold til arbejdsretlig bod angående tjenesten. Bestemmelsen i § 25 kunne derfor anvendes analogt. Modregningen måtte dog forudsætte, at der blev taget et rimeligt hensyn til, at der skulle være et passende beløb tilbage til medarbejderens leveomkostninger.

#### U 1956.134 V:

I december 1953 blev der stjålet ca. kr. 600 på en landstation. Privatbaneejeren (arbejdsgiveren) påstod, at stationslederen den pågældende dag var ansvarlig for beløbet, og fradrog derfor kr. 50 i stationslederens månedlige løn. Stationslederen anlagde herefter sag med påstand om tilbagebetaling af beløbet. Landsretten fandt, at stationslederen i kraft af sit tjenesteforhold måtte være ansvarlig for det pågældende tyveri. Da stationslederens krav på løn udsprang af samme tjenesteforhold, fandtes arbejdsgiverens modregning med et mindre månedlig beløb berettiget under forudsætning af erstatningskravets berettigelse.

Af de ovenstående domme, som direkte behandler konneksitetsspørgsmålet, kan U 1956.134 V nævnes som et helt klassisk eksempel på konneksse fordringsforbindelser. Her udsprang begge fordringer af arbejdsforholdet (en gensidigt bebyrdende kontrakt), og modkravet opstod, fordi medarbejderen ikke havde opfyldt sin forpligtelse i henhold til arbejdsforholdet, da han havde tilsidesat sin forpligtelse til at forhindre tyveriet. Medarbejderen havde med andre ord misligholdt realydelsen. Derved er der tale om en fordringsforbindelse, der forholder sig til hinanden som en pengeydelse (lønkravet) over for en erstatning for misligholdt realydelse (arbejdsforpligtelsen).

I U 1971.879 Ø og U 1983.1071 S behandles spørgsmålet om modregning med krav på bod i forbindelse med overtrædelsen af en kollektiv overenskomst. I U 1983.1071 S blev modregningsadgangen afgjort ud fra en analog anvendelse af en lovbestemmelse om modregning med erstatningskrav, mens U 1971.879 Ø blev behandlet ud fra en helt traditionel tilgangsvinkel til spørgsmålet. Her kunne fordringerne ikke siges at udspringe af det samme gensidigt bebyrdende retsforhold, som ellers anført i arbejdsgiverens anbringender. Landsretten statuerede dog, at begge fordringer udsprang af arbejdsforholdet, som omfattede både den individuelle gensidigt bebyrdende arbejdskontrakt og den kollektive overenskomst. Derved er den

konkrete fordringsforbindelse i U 1971.879 Ø noget fjernere end i U 1956.134 V, idet de modstående fordringer i U 1971.879 Ø var opstået i hvert sit gensidigt bebyrdende retsforhold, som dog begge relaterede sig til arbejdsforholdet, og dermed naturligt ikke kunne bestå uden hinanden.

I U 2000.1234 V var der ligeledes en noget fjernere forbindelse mellem de modstående fordringer, idet disse var opstået i hvert sit gensidigt bebyrdende retsforhold. Men i modsætning til U 1971.879 Ø, blev der i U 2000.1234 V ikke statueret konneksitet mellem fordringerne, hvorfor arbejdsgiveren ikke kunne foretage en modregning i medarbejderens lønkrav.

Ud fra en konneks, obligationsretlig betragtning kan det synes interessant, at der er forskel på afgørelsen af U 1971.879 Ø og U 2000.1234 V, når begge fordringer i de to sager udspringer af hvert sit gensidigt bebyrdende retsforhold, men at fordringerne i begge sager i et eller andet omfang begge er afhængige af hinanden. Hvori består da forskellen?

I U 1971.879 Ø var det ene gensidigt bebyrdende retsforhold den individuelle ansættelseskontrakt, det andet gensidigt bebyrdende retsforhold den kollektive overenskomst. Det skyldes imidlertid traditionerne på det danske arbejdsmarked, at forholdet mellem arbejdsgiver og lønmodtageren reguleres via både individuelle aftaler og kollektive overenskomster, indgået mellem organisationerne. Den kollektive overenskomst og den individuelle aftale er fuldstændig afhængig af hinanden for at kunne træde i kraft mellem arbejdsgiver og lønmodtageren. Realiteten i U 1971.879 Ø var dermed, at de modstående fordringer (lønkra­vet og kravet på betaling af boden) reelt set forholder sig til hinanden som en pengeforpligtelse (lønkra­vet) og et erstatningskrav som følge af en misligholdt re­aldelse (boden). Lønkra­vet kunne dermed ikke bestå, hvis

ikke der tillige var indgået en aftale om en kollektiv overenskomst, og kravet på boden kunne ikke opstå, såfremt der ikke var indgået en individuel ansættelseskontrakt.

I U 2000.1234 V udsprang arbejdsgiverens krav (overdraget erstatningskrav som følge af underslæb i personaleforeningen) derimod af retsforholdet vedrørende arbejdstagerens funktion som formand og kasserer i personaleforeningen.<sup>7</sup> Det interessant er dog, at lønmodtagerens ansættelse hos arbejdsgiveren var en nødvendig forudsætning for, at lønmodtageren kunne bestride hvervet som formand for og kasserer i personaleforeningen. Og dermed bliver hovedkravets (lønkra­vets) opståen en nødvendig forudsætning for modkravets (erstatningskravets) opståen, og der kunne hermed argumenteres for, at begge fordringer var opstået som led i ansættelsesforholdet.

#### KONNEKSITETSVURDERINGEN I PRAKSIS

Det der umiddelbart kan udledes af retspraksis i relation til konneksitet i ansættelsesforhold er, at der ikke er en meget stringent opfattelse af, at fordringerne skal være opstået som led i det samme gensidigt bebyrdende retsforhold for at kunne statuere konneksitet.

Når det er sagt, synes det dog oplagt at konkludere, at når lønmodtageren mødes med et modkrav fra arbejdsgiveren, som i sin essens er et erstatningskrav som følge af en misligholdelse af lønmodtagerens arbejdsforpligtelse (standardiseret erstatningskrav i form af arbejdsretlig bod, erstatningskrav som følge af mangelfuld varetagelse eller udøvelse af arbejdsforpligtelsen), uagtet fordringerne snævert set ikke er opstået i samme gensidigt bebyrdende retsforhold, da vil der som udgangspunkt være en meget tæt forbindelse mellem de modstående fordringer, som i andre obligationsretlige sammenhænge vil være tilstrækkelige til at

---

<sup>7</sup> Det forhold, at fordringen var overdraget fra personaleforeningen til arbejdsgiveren, gør ingen forskel i relation til spørgsmålet om den konneks modregning, idet der ved overdragelsen sikres en gensidighed mellem fordringerne. Det bemærkes, at en konneksitet mellem de modstående fordringer endvidere tillige kan tilsidesætte kravet om gensidighed.

kunne begrunde en konneks modregning.<sup>8</sup> Dette kan tillige udledes af afgørelserne U 1971.879 Ø og U 1983.1071 S.

Omvendt viser U 2000.1234 V, at det forhold, at hovedkravets (lønkravets) opståen en nødvendig forudsætning for, at modkravet (erstatningskravets) kommer til eksistens, ikke er tilstrækkelig til at kunne statuere en konneks fordringsforbindelse i et ansættelsesforhold.

Med udgangspunkt i en samlet analyse af konneks fordringsforbindelser i relation til konneks modregning bredt set, er der opstillet to formodningsregler for, i hvilke tilfælde der kan antages at være konneksitet mellem fordringer.<sup>9</sup>

#### Positivt:

Der er en positivt formodning for konneksitet, såfremt de modstående fordringer forholder sig til hinanden som en pengeydelse contra en erstatning eller anden kompensation for en realydelse opstået i samme gensidigt bebyrdende retsforhold. Formodningen kan afkræftes, såfremt det kan sandsynliggøres, at der ikke er nogen form for afhængighed mellem fordringerne. Det kan til eksempel være tilfældet, når det gensidigt bebyrdende retsforhold er så omfattende, at mange forskelligartede forhold reguleres heri.

#### Negativt:

Der er en negativ formodning for konneksitet, såfremt de modstående fordringer ikke forholder sig til hinanden som en pengeydelse contra en erstatning eller anden kompensation for en realydelse opstået i samme gensidigt bebyrdende retsforhold. Formodningen kan afkræftes, såfremt modkravet er en nødvendig forudsætning for hovedkravets opståen, eller der konkret er en sådan afhængighed mellem fordringerne, at de grunde, der normalt vil udelukke modregning, ikke længere vejer tungest.

Som ovenfor anført, skyldes det traditioner på det danske arbejdsmarked, at forholdet mellem arbejdsgiver og lønmodtager reguleres via både individuelle aftaler og kollektive overenskomster, indgået mellem organisationerne. Den kollektive overenskomst og den individuelle aftale er fuldstændig afhængig af hinanden for at kunne træde i kraft mellem arbejdsgiver og lønmodtageren, og må anses som værende ét samlet gensidigt bebyrdende retsforhold. En bodsbetaling i henhold til overenskomsten er dermed et udtryk for en misligholdt realydelse. Dermed kan det konstateres, at konneksitetsvurderingen i U 1971.879 Ø og U 1983.1071 S er udtryk for en tilslutning til den positive formodningsregel om konneksitet. Tilsvarende kan siges om afgørelsen U 1956.134 V, da der i denne afgørelse stod et lønkrav samt et erstatningskrav som følge af en misligholdt realydelse over for hinanden.

I sagen U 2000.1234 V var arbejdsgiverens krav ikke et udtryk for en erstatning som følge af en misligholdt realydelse i selve ansættelsesforholdet. Arbejdsgiverens krav - som var blevet tiltransporteret fra personaleforeningen - var derimod et erstatningskrav som følge af et begået underslæb i et andet retsforhold. Dermed kunne der ikke konstateres konneksitet mellem de modstående fordringer. Afgørelsen er et eksempel på, at den negative formodning for konneksitet er til stede, når fordringerne netop ikke forholder sig til hinanden som en pengeydelse over for et erstatningskrav eller kompensation som følge af en misligholdt realydelse. Endvidere var modkravets (erstatningskravets) opståen ikke en nødvendig forudsætning for hovedkravets (lønkravets) opståen, hvorfor den negative formodning for konneksitet ikke kunne afkræftes.

#### TILSTØDENDE PROBLEMSTILLINGER

Det er en selvstændigt problemstilling, om der gælder en tidsmæssig begrænsning i kravet om effektiv betaling. I henhold til Retsplejelovens § 511,

<sup>8</sup> Se Pia Moltke Jensen, *Konneksitet*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2007, side 201ff.

<sup>9</sup> Se Pia Moltke Jensen, *Konneksitet*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2007, side 203f.

stk. 1 kan der foretages udlæg i krav på løn 7 dage efter, at denne er fortjent. Der ligger formentlig ikke noget krav om effektiv betaling efter denne periode; se til illustration U 1998.1620 Ø, hvor arbejdsgivers adgang til at modregne med en tiltransporteret fordring blev tilladt, idet der i hvert fald var adgang hertil 7 dage efter domsdatoen for løntilgodehavendet.

Det er endvidere en selvstændig problemstilling, hvorvidt der er adgang til at modregne fuldt ud i lønkravet i tilfælde af konneksitet mellem fordringerne, eller om der kun kan ske en delvis modregning, således lønmodtageren får udbetalt en løn fx svarende til transgbeneficiet.

Endelig er det en selvstændig problemstilling, hvorvidt kravet om effektiv betaling kan og skal udstrækkes til tillige at omfatte øvrige krav, som lønmodtageren måtte have mod arbejdsgiveren, herunder krav på bonus, overskudsdeling og lignende, men som traditionelt behandles som værende lønkrav i relation til opgørelse af bl.a. feriepengeforpligtelse, godtgørelser m.v.

### SAMMENFATTENDE

Det kan sammenfattende konkluderes, at ovenstående formodningsregler kan anvendes i vurderingen af, hvorvidt der er en konneksitet mellem et lønkrav og en arbejdsgivers krav mod lønmodtageren.

Tilbage står derfor kun besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt der vil kunne gennemføres en konneks modregning i de eksempler, som er opstillet indledningsvist i artiklen.

#### *Eksempel 1: Sportsforeningen*

Med henvisning til U 2000.1234 V og grundet det faktum, at arbejdsgiverens krav mod lønmodtageren ikke kan antages at være et udtryk for en erstatning som følge af en misligholdt realydelse i ansættelsesforholdet, kan der ikke gennemføres en konneks modregning i dette eksempel.

#### *Eksempel 2: Advokatens hushandel*

I dette tilfælde kan der argumenteres for, at advokaten har misligholdt sin realydelse, idet hun har anvendt sin arbejdstid til udførelsen af en privat ejendomshandel, som hun ikke har fået godkendt. Derved har arbejdsgiveren et erstatningskrav mod advokaten som følge af den misligholdte realydelse (hun har i det pågældende tidsrum ikke udført sit arbejdsforpligtelse), hvorfor der er konneksitet mellem lønkravet og erstatningskravet, og der kan gennemføres en konneks modregning. Det er et selvstændigt spørgsmål, hvordan erstatningskravet i givet fald skal opgøres.

#### *Eksempel 3: Sekretærens hushandel*

Sekretæren har fået udført arbejdet efter aftale, hvorfor arbejdsgiverens krav mod sekretæren ikke kan karakteriseres som værende et erstatningskrav. Der er derimod tale om en gensidig bebyrdende aftale om, at sekretæren mod betaling kan få udført et stykke arbejde hos arbejdsgiveren. Da er dermed en negativ formodning for konneksitet. Da modkravet (arbejdsgiverens krav på betaling for det udførte arbejde) heller ikke er en nødvendig forudsætning for, at sekretæren har et lønkrav mod arbejdsgiveren, kan der ikke statueres konneksitet i den pågældende situation, hvorfor arbejdsgiveren er afskåret fra at modregne i sekretærens lønkrav uden aftale herom.

#### *Eksempel 4: Det ødelagte bord*

Arbejdsgiveren har i dette tilfælde et erstatningskrav mod lønmodtageren som følge af lønmodtagerens erstatningspådragende handling ved at ødelægge bordet. Erstatningskravet relaterer sig imidlertid ikke isoleret til selve ansættelsesforholdet, idet erstatningskravet ikke kan siges at være et udtryk for et krav som følge af lønmodtagerens misligholdte realydelse. Der er derfor en negativ formodning for konneksitet. Idet de modstående fordringer heller ikke afhængige af hinanden eller på anden vis nødvendige for hinandens opståen, kan den negative formodning for konneksitet ikke afkræftes, og der kan ikke gennemføres en konneks modregning.

# LOYALITETSPLIGTEN OG MANAGEMENT BUYOUTS



NICOLAI HESGAARD  
PARTNER, ADVOKAT (L)



STINE BERTN STRYHN  
ADVOKAT

## INDLEDNING

Loyalitetspligten er en integreret del af ansættelsesforholdet og gælder uden nærmere aftale. Konkurrencehandling under ansættelsen rettet mod arbejdsgiveren anses for at udgøre et brud på loyalitetspligten. Brud på loyalitetspligten vil ofte kunne berettige virksomheden til at ophæve ansættelsesforholdet.

Ved såkaldte management buyouts ("MBO"), hvor ledelsen i en virksomhed tilbyder eller bliver tilbudt at købe virksomheden af dens nuværende ejere, risikerer ledelsen at komme i konflikt med loyalitetspligten som følge af den interessekonflikt, som næsten uvægerligt vil opstå mellem på den ene side den deltagende ledelse og på den anden side de eksisterende ejere og til en vis grad også virksomheden.

Formålet med denne artikel er kort at redegøre for problemstillingerne, og hvordan ledelsen bør agere for at undgå at bryde loyalitetspligten ved et MBO.

## MBO'ER

MBO'er er karakteriserede ved, at ledelsen i en virksomhed - det vil typisk være hele eller en del af direktionen - deltager i overtagelsen af virksomheden. I praksis vil ledelsen stifte eller overtage et allerede

stiftet selskab, som herefter overtager virksomheden - enten i form af en aktivhandel eller en aktiehandel.

Motiverne bag et MBO kan være mange, men ofte er et MBO begrundet i, at ledelsen i kraft af deres indsigt i virksomheden kan se nogle muligheder, som de vurderer ikke vil kunne realiseres med den eksisterende ejerkreds. Andre gange skyldes et MBO, at ejerne eller en rekonstruktør/kurator ønsker at afhænde virksomheden og på den baggrund opfordrer ledelsen til at overtage virksomheden.

Typisk vil et MBO blive finansieret delvist af ledelsen selv og delvist i form af låneoptagelse hos eksterne finansieringskilder, hvilke finansieringskilder kan bidrage enten som rene långivere eller som medejere.

En række faktorer er afgørende, hvis et succesfuldt MBO skal gennemføres, ikke mindst en effektiv ledelse, en stærk og realistisk forretningsplan samt en passende exit mulighed for de udtrædende ejere.

## LEDELSENS AGEREN VED ET MBO

### - SELSKABSRETLIGE FORPLIGTELSE

Det forhold, at en direktør alene eller sammen med andre ledende medarbejdere ønsker at købe deres virksomhed, er ikke i sig selv et problem i forhold til

loyalitetens pligt. Problemet opstår, når det bliver uklart og usikkert hvis interesser, ledelsen varetager.

Direktøren er i henhold til selskabsloven ansvarlig for den daglige ledelse<sup>1</sup>. Endvidere skal direktøren sikre at formueforvaltningen foregår på en betryggende måde og sikre at selskabets kapitalberedskab er tilstrækkeligt<sup>2</sup>. Herudover følger det af selskabslovens § 115 om bestyrelsens forpligtelser sammenholdt med selskabslovens § 127 om utilbørlige dispositioner, at selskabets ledelse skal varetage både ejernes interesser og selskabets vedtægtsmæssige formål – samlet kaldet selskabsinteressen.

Såfremt et MBO gennemføres som en handel med selskabets kapitalandele, vil der ikke være noget lovreguleret habilitetsproblem, idet selskabslovens regler<sup>3</sup> alene indeholder forbud mod, at (anmeldte) medlemmer af ledelsen deltager i beslutninger om aftaler mellem selskabet og den pågældende selv, og i tilfældet med en aktiehandel, er det ikke selskabet men selskabets ejerkreds, der indgår aftalen. Såfremt et MBO imidlertid gennemføres som en aktivhandel vil en habilitetskonflikt være oplagt i tillæg til potentielle loyalitetskonflikter.

Som et led i ledelsens varetagelse af selskabsinteressen, skal ledelsen tilvejebringe det for en overdragelse af virksomheden fornødne beslutningsgrundlag til selskabets ejere – herunder fyldestgørende oplysninger om prissætning af virksomheden og eventuelle alternativer til det af ledelsen foreslåede MBO.

Såfremt der fremkommer alternative bud om erhvervelse af virksomheden stiller dette øgede krav til ledelsen, idet ledelsen er forpligtet til ikke at modarbejde sådanne alternative tilbud. Ledelsen vil være forpligtet til loyalt at belyse konsekvenserne af det alternative tilbud og i den forbindelse også kon-

sekvenserne for den siddende ledelse, såfremt det alternative tilbud antages, herunder eventuelle ændringer af ledelsens vederlag, ansvarsområder eller evt. ledelsens fratræden. Dette vil til en vis grad sikre, at ejerne er helt på det rene med den interessekonflikt, der vil være mellem ledelsen og afgiveren af det alternative bud.

I forbindelse med ledelsens finansiering af et MBO, hvilket som ovenfor beskrevet typisk sker i større eller mindre omfang ved ekstern finansiering, vil det være nødvendigt for ledelsen at kunne videregive oplysninger om selskabets virksomhed til eksterne finansieringskilder. En sådan videregivelse vil imidlertid som udgangspunkt både være i strid med ledelsens ansættelsesretlige forpligtelser og selskabslovens regler om tavshedspligt<sup>4</sup>. I mange tilfælde vil det derfor være nødvendigt at indhente bestyrelsens samtykke til videregivelse af de relevante oplysninger, ligesom det vil være nødvendigt med indgåelse af en fortrolighedsaftale med de eksterne finansieringskilder (banker, investorer mv.)

Det sker ofte i praksis, og der er ikke selskabsretligt noget til hinder for, at en ledelse, der succesfuldt har gennemført et MBO, også efterfølgende bliver siddende som ledelse. Men da ledelsen nu er ejere/medejere, vil de have vanskeligere ved loyalt at varetage selskabsinteressen uden at lægge for meget vægt på egne interesser som aktionærer, og det bør derfor overvejes, hvordan balancen mellem aktionærernes interesser og selskabets interesser bedst muligt sikres.

## LEDELSENS AGEREN VED ET MBO - ANSÆTTESRETLIGE FORPLIGTELSE

Ved vurderingen af, hvad ledelsen kan tillade sig ved et MBO, kan der i et vist omfang hentes inspiration fra den praksis, der har udviklet sig vedrørende tilladelige forberedelseshandlinger i forbindelse med

<sup>1</sup> Selskabslovens § 117.

<sup>2</sup> Selskabslovens § 118.

<sup>3</sup> Selskabslovens § 131.

<sup>4</sup> Selskabslovens § 132. Der foreligger forfatterne bekendt ingen offentliggjorte domme om en direktørs overtrædelse af tavshedspligten i selskabsloven.

opstart af egen konkurrerende virksomhed<sup>5</sup>. Direktørers og andre ledende medarbejders loyalitetspligt er dog skærpet i forhold til lavere rangerende medarbejdere<sup>6</sup>.

Det må således anses for acceptabelt, at ledelsen får afdækket den økonomiske mulighed for at erhverve virksomheden, herunder finansieringen af erhvervelsen. Ligeledes vil det være berettiget for ledelsen at drøfte med eksterne rådgivere, hvorledes en sådan proces kan tilrettelægges. Men så snart ledelsen har afdækket disse forhold må det kræves, at ledelsen loyalt informerer bestyrelsen om deres forehavende. Oplysningspligten omfatter også, hvem der står bag den påtænkte MBO.

Ledelsen skal hvis man går sammen med udenforstående – særligt hvis den udenforstående er en konkurrent – være forsigtig med at dele fortrolige oplysninger, eksempelvis omkring virksomhedens strategi og indtjening, løn- og personaleforhold, kunder, samarbejdspartnere mv.

Hvor grænsen præcist går er vanskeligt at sige, men den såkaldte FIH/Alm. Brand Bank-sag<sup>7</sup> kan tjene som retningsgiver for, hvad der udgør illoyal adfærd, selvom den ikke direkte omhandlede et MBO.

Sagen vedrørte en ledende medarbejder i Alm. Brand Bank, som blev forsøgt headhuntet af FIH, hvorefter man under drøftelserne fandt ud af, at man eventuelt kunne sælge børsaktiviteterne i Alm. Brand Bank til FIH. Medarbejderen forelagde ideen for koncernledelsen i Alm. Brand Bank, hvorefter FIH og Alm. Brand Bank indledte forhandlinger, hvilke imidlertid endte uden resultat. Kort tid efter opsagde medarbejderen og 16 andre deres stillinger i Alm. Brand Bank, og banken søgte på den baggrund at nedlægge for-

bud mod FIH's ansættelse af de pågældende, hvilket ikke lykkedes. Landsretten fandt dog, at der fra medarbejderside var handlet illoyalt, idet de pågældende medarbejdere, mens ansættelsesforholdet endnu ikke var opsagt, deltog i planlægningen af FIH's konkurrerende virksomhed med hensyn til mål og strategier i et for vidt omfang. Endvidere fandt landsretten, at man fra medarbejderside havde givet FIH sådanne lønoplysninger, at man var i stand til at give de øvrige medarbejdere et attraktivt tilbud<sup>8</sup>.

En særlig vanskelig balancegang er inddragelsen af øvrige medarbejdere i processen. Det kan således være af væsentlig betydning for den ledelse, som ønsker at gennemføre et MBO, at særligt nøglemedarbejderne bakker op om overtagelsen eller i hvert fald ikke påtænker at opsige deres stillinger som følge af overtagelsen. Ledelsen bør for ikke at udsætte sig for anklager om illoyalitet søge at indhente accept fra bestyrelsen af, at man inddrager udvalgte nøglemedarbejdere. Det bør dog fra bestyrelsens side overvejes at betinge sådan accept af, at man har modtaget et indikativt bud på virksomheden, som gør, at man anser det for sandsynligt, at et MBO gennemføres, da inddragelsen af nøglemedarbejderne kan have negative konsekvenser for virksomheden, hvis MBO'et ikke gennemføres.

Da alternativet til et MBO nogle gange er at etablere konkurrerende virksomhed, kan ledelsen fristes til under forhandlingerne at tilkendegive dette over for virksomheden. Hvis dette alternativ imidlertid også indebærer involvering af de øvrige medarbejdere, vil der foreligge illoyalitet, hvis formålet er at få en tilkendegivelse fra de pågældende om, hvorvidt de vil med, hvis MBO'et ikke gennemføres. Således fandt landsretten, at det forhold at en administrerende di-

<sup>5</sup> Se Jeppe Høyer Jørgensen, *Ansattes konkurrencehandling*, Thomson Reuters, 2010, s. 89ff, Morten Langer under medvirken af Morten Phister Ritter, *Konkurrence- og kundeklausuler*, 4. udgave, Thomson Reuters, 2010, s. 21ff og Jørgen Boe mfl., *Direktørkontrakten*, 8. udgave, KarnovGroup, 2016, s. 133ff.

<sup>6</sup> Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i arbejdsretlige relationer*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016, s. 294.

<sup>7</sup> U.2006.2835 Ø.

<sup>8</sup> FIH bestred, at man havde modtaget detaljerede lønoplysninger, men ikke desto mindre lykkedes det at tilbyde en række af de pågældende medarbejdere en løn der svarede til en lønstigning på præcis 25 %.

rektør – som sammen med en udviklingsdirektør forhandlede om købet af deres virksomhed – rettede henvendelse til en projektleder i virksomheden og ikke blot drøftede eventuelt deltagelse i købet af virksomheden men også drøftede muligheden for at etablere en fælles konkurrerende virksomhed, hvis MBO'et mislykkedes, havde overskredet, hvad direktøren loyalt kunne foretage sig i forhold til virksomhedens ejer<sup>9</sup>. Bortvisningen af direktøren var på den baggrund berettiget.

Ledelsen skal også være opmærksom på, at fordi man en gang har haft en dialog med virksomhedens ejere om at erhverve denne ved et MBO, betyder dette ikke, at ledelsen til enhver tid kan gå ud fra at dette mandat fortsat består. Derfor påhviler det ledelsen at sikre sig, at der fortsat er opbakning fra virksomhedens ejere til, at ledelsen undersøger mulighederne for et MBO. Således fandt landsretten, at bortvisningen af en direktør var berettiget, idet direktørens mandat til at undersøge muligheden for et MBO ikke var blevet fornyet, efter at der var kommet en ny ledelse i virksomhedens moderselskab, hvorfor direktørens kontakt til eksterne investorer blev anset for illoyal og bortvisningen derfor fundet berettiget<sup>10</sup>.

I den situation, hvor selskabet allerede måtte befinde sig i en salgsproces, vil det forhold, at ledelsen udtrykker ønske om selv at erhverve virksomheden, skærpe ledelsens loyalitetspligt, da interessekonflikten er evident, og ledelsen i den situation kan have en interesse i at modarbejde salgsprocessen.

Når ledelsen har tilkendegivet at ville købe en virksomhed, skærpes også kravene til ledelsens beslutninger, da ledelsen ellers risikerer at blive beskyldt for mis-management med henblik på at kunne erhverve virksomheden billigere. Et lidt specielt tilfælde forelå, hvor to direktører i forbindelse med et forsøg på et MBO aftalte, at hvis MBO'et ikke blev gennemført, så skulle de begge sige deres stillinger op og afstå fra at tage ansættelse eller på anden måde arbejde for

virksomheden en periode på to år efter deres fratreden<sup>11</sup>. Da MBO'et ikke blev gennemført, opsagde de to direktører deres stillinger, men den ene direktør fortrød. Da virksomheden blev bekendt med årsagen til den fortrydende direktørs opsigelse, blev den anden direktør bortvist. Landsretten fandt, henset til at virksomheden havde accepteret, at de to direktører sammen søgte at købe virksomheden, at aftalen mellem de to direktører ikke indebar en misligholdelse af den bortviste direktørs ansættelsesforhold.

Set fra virksomhedens side indebærer et muligt MBO, at man placeres i en sårbar situation. Dette skyldes, at hvis et MBO ikke gennemføres, vil virksomheden ofte miste sin ledelse inden for kort tid. Hertil kommer at ledelsen ofte har en bedre og dybere indsigt i virksomheden, herunder dens fremtidspotentiale, hvorfor det er vanskeligere for de nuværende ejere end for ledelsen at vurdere, hvad den rigtige pris skal være.

## KONKLUSION

Ved et MBO påhviler der de pågældende medarbejdere en særlig pligt til meget tidligt at gøre virksomhedens bestyrelse opmærksom på, at man ønsker at erhverve virksomheden, således at bestyrelsen kan træffe de fornødne forholdsregler. I den efterfølgende proces er det vigtigt, at medarbejderne er bevidste om deres loyalitetsforpligtelser og sørger for at få godkendelse af tiltag, som kan blive anset for illoyale, herunder deling af informationer med nøglemedarbejdere og eksterne finansieringskilder.

De få domme der er afsagt på dette område bekræfter, at det er en svær balancegang på samme tid at varetage både virksomhedens og egne interesser. Dommene viser også, at et fejlslagent MBO ofte vil umuliggøre det fremtidige samarbejde.

<sup>9</sup> U.2003.1916Ø

<sup>10</sup> Østre Landsrets dom af 11. august 2008 (sag B-3498-04).

<sup>11</sup> Vestre Landsrets dom af 21. december 2009 (Sag B-0939-009).

# HVORDAN SKAL FERIE VARSLES?



STEEN ELKJÆR  
ADVOKAT

## INTRODUKTION

Det har i mange år været almindeligt forekommende ved opsigelse, at arbejdsgiver har varslet ferie uden angivelse af det præcise tidspunkt for, hvornår ferien skulle afholdes. Arbejdsgiver har i opsigelsesskrivelser ofte brugt formuleringen: "I opsigelsesperioden er du forpligtet til at afholde ferie i videst muligt omfang."

Vestre Landsret har ved dom afsagt d. 22. marts 2016, trykt i U2016.2342V haft lejlighed til at tage stilling til en situation, hvor medarbejderen var varslet afholdelse af mest mulig ferie i opsigelsesperioden. Den seks måneder lange opsigelsesperiode gav mulighed for at varsle al ferie optjent i det foregående kalenderår til afholdelse, men medarbejderen afholdte alligevel ikke 7 af sine tilgodehavende feriedage. Det var arbejdsgivers synspunkt, at medarbejderen ikke skulle have de resterende feriedage udbetalt, da varslet ikke var fulgt, hvorimod fagforeningen mente, at varslet var upræcist, og dette måtte komme arbejdsgiver til skade, hvorefter medarbejderen skulle have de 7 feriedage udbetalt.

Sagen angik et beløb på kr. 15.987, som jo er under grænsen for fri adgang til anke, jfr. retsplejelovens 368. Mandatarerne, fagforeningen og arbejdsgiverforeningen gav samstemmende tilkende overfor Procesbevillingsnævnet, at sagen var principiel, jfr. nærmere i det følgende, hvilket formentlig også medvirkede til, at der blev givet adgang til anke.

## PRAKSIS FØR U2016.2342V

### *Domspraksis*

Ferielovens § 15 fik sin nugældende formulering med virkning fra år 2001, men en varslingsregel for arbejdsgiver om feriens afholdelse indførtes ved ændring af Ferieloven i 1953. Den oprindelige varslingsregel er i lighed med den nugældende varslingsregel karakteriseret ved ikke at angive, hvad de nærmere krav til et varsel er. Forståelse af varslingsreglen har været til påkendelse i to trykte domme, jfr. Sø- og Handelsrettens dom af 4. november 1963, trykt i U1964.270S samt Højesterets dom af 20. februar 1964, trykt i U1964.233H, og de er blandt andet omtalt hos Eggert Thomsen m. fl. Ferieloven, Karnov, 2013, 1. udg. s 536f.

I U1964.233H, som vedrører en fratrædelsessituation, havde en repræsentant med god mulighed for at fastlægge sit arbejde valgt delvis ikke at afholde ferie, idet han ikke afholdt sin hovedferie i hovedferieperioden, selvom der var mulighed herfor. Trods det, at der ikke en gang var varslet ferie overfor repræsentanten, afslog Højesteret herefter at give medhold i hans påstand om betaling af feriegodtgørelse for de ikke afholdte hovedferiedage. I relation til varslingsreglerne må dommen læses således, at varslet var implicit overfor repræsentanten, idet han havde stor frihed til at tilrettelægge sit arbejde. Dommen må derfor have fået samme udfald, såfremt det var varslet, at repræsentanten i videst mulig omfang skulle afholde hovedferie i hovedferieperioden.

I U1964.270S havde en arbejdstager en meget selvstændig stilling, og det var i en instruktion fra arbejdsgiver anført, at arbejdstager selv måtte rette henvendelse til arbejdsgiver med ønske om ferien senest en måned før afholdelse af ferien. Da arbejdstager ikke havde rettet henvendelse om placering af sin ferie og følgelig ikke afholdt sin ferie, havde han herefter fortabt sin ferie, som han ellers gjorde krav på at få udbetalt ved sin fratrædelse. Omstændighederne i denne sag modsvarede omstændighederne i U2016.2342V navnlig med hensyn til, at arbejdstager havde stor indflydelse på tilrettelæggelse af sine arbejdsopgaver, og arbejdstager skulle selv tage initiativet til at placere sin ferie.

Begge domme må siges at være restriktive overfor arbejdstager, idet arbejdstager havde ansvaret for placering af sin ferie under de givne omstændigheder. I sidstnævnte afgørelse har retten fundet, at det ikke var i modstrid med varslingsreglerne at lægge ansvaret for at tage initiativet til placering af ferien over på arbejdstager med den følge, at tog arbejdstager ikke initiativet, medførte det fortabelse af ferien.

Højesteret har endelig i U1987.505/2H afsagt en særdeles restriktiv dom set fra arbejdstagers perspektiv. I sagen blev det varslet overfor to ansatte, at de skulle afholde ferie i opsigelsesperioden. Den

ene, en funktionær, fratrådte imidlertid før feriens afholdelse grundet anden beskæftigelse og krævede derfor sine feriepenge udbetalt. Højesteret afviste imidlertid dette, da varslingsreglerne var overholdt, og derfor skulle arbejdstager ikke have udbetalt sine feriepenge trods det, at han ikke havde mulighed for at afholde sin ferie.

#### *Administrativ praksis*

Som refereret hos Eggert Thomsen m. fl. s. 534ff, har der administrativt dannet sig en praksis, hvorefter kravet til varsling af ferie skal ske konkret. Ifølge de tre dér refererede afgørelser, truffet af Arbejdstilsynet, Arbejdsdirektoratet samt Arbejdsmarkedets Ankenævn, blev arbejdsgiver forpligtet til at betale feriepenge i situationer, hvor ferien ikke var varslet til afholdelse på konkrete datoer.

Arbejdsgiverne i alle tre sager havde en forventning om, at tilgodehavende ferie var afholdt på fratrædelsestidspunktet. Arbejdsgiverne baserede deres forventning i de tre sager på to forskellige grundlag, nemlig på kutyme i virksomheden om, at ferie blev afholdt inden en given dato og på, at arbejdsgiver generelt havde tilkendegivet, at ved fratræden efter hovedferieperiodens udløb skulle hovedferie være afholdt. Arbejdsgivernes synspunkter blev forkastet i alle tre sager.

Da U2016.2342V blev behandlet af Vestre Landsret stod ældre retspraksis overfor nyere administrativ praksis, og Vestre Landsret havde derfor mulighed for at afgøre denne modstrid. Sagen var dermed principiel.

#### **U2016.2342V**

En kvindelig funktionær, der beskæftigede sig med salg, blev opsagt den 29. april 2013 til fratræden 6 måneder senere, nemlig med udgangen af oktober 2013. I opsigelsesperioden arbejdede hun hjemmefra med at udarbejde tilbud og besøge kunder og havde således stor indflydelse på planlægningen af sin arbejdstid. Funktionæren valgte grundet opnåelse af anden beskæftigelse at kontraopsige sin stilling, således at hun fratrådte med udgangen af september 2013.

I opsigelsesskrivelsen var det varslet, at hun skulle "afholde mest mulig ferie", og det var præciseret, at det betød, at "ferie optjent i 2011 og 2012 skulle afholdes i opsigelsesperioden". Ved sin fratræden havde funktionæren imidlertid kun afholdt sin hovedferie samt 3 feriedage af sin restferie, og hun manglede således at afholde 7 feriedage af sin ferie optjent i 2012.

Funktionæren forklarede for byretten, at reglen på virksomheden var, at ved placering af restferie skulle medarbejderne selv overfor sin arbejdsgiver tilkendegive ønske om placering af ferie, og arbejdsgiver kunne herefter tage stilling til ønskerne. Virksomheden bekræftede, at dette var reglen om placering af restferie. Arbejdsgiver oplyste om baggrunden for anvendelsen af formuleringen i opsigelsesskrivelsen om varslingen: "afholde mest mulig ferie", at denne formulering blev anvendt for at være mest mulig fleksibel overfor medarbejderens ønske om tidspunkt for afholdelse af sin ferie.

Vestre Landsret afgjorde, at arbejdsgiver ikke havde varslet ferie på korrekt vis i henhold til ferieloven. Arbejdsgiver skulle have angivet de nøjagtige datoer for, hvornår funktionæren skulle have afholdt sin ferie og i mangel heraf, havde funktionæren krav på at få udbetalt de resterende 7 feriedage.

#### RÆKKEVIDDEN AF DOMMEN

U1964.270S og Højesterets afgørelse refereret i U1964.233H må anses for tilsidesat, og den administrative praksis refereret hos Eggert Thomsen s 534ff er blevet bekræftet ved U2016.2342V. Det er bemærkelsesværdigt, at den administrative praksis har påbegyndt en tilsidesættelse af domspraksis, herunder praksis fra Højesteret, eftersom der siden afsigelse af den første dom ikke er sket ændringer i kravene til varsling af ferie efter Ferieloven.

Man kunne overveje, om sagen U2016.2342V var blevet afgjort anderledes, såfremt arbejdsgiver henimod slutningen af opsigelsesperiodens udløb havde konfronteret arbejdstager med, at hun endnu ikke havde afholdt hele sin ferie. Vestre Landsret anfører i sine præmisser "Det er efter ferielovens §

15 arbejdsgiveren, som - efter forhandling med lønmodtageren - fastsætter, hvornår ferie skal afholdes, og arbejdsgiveren skal så tidligt som muligt meddele lønmodtageren, hvornår ferien skal afholdes."

Med den udtalelse synes Vestre Landsret at afskære en arbejdsgiver, der i opsigelsesskrivelse har varslet afholdelse af mest mulig ferie uden angivelse af dato, fra senere hen at fastlægge datoerne for ferien. Såfremt arbejdsgiver 14 dage før fratrædelse i U2016.2342V havde placeret de resterende 7 feriedage, ville arbejdstager formentlig ikke skulle respektere dette.

Man kunne også forestille sig den situation, at arbejdsgiver ønsker at ændre datoen for afholdelse af tidligere varslet ferie. I den situation skal arbejdsgiver overholde ferielovens § 15, stk. 3, hvorefter tidligere fastsat ferie kan ændres, såfremt væsentlige, upåregnelige driftsmæssige hensyn gør det nødvendigt.

#### FRI stilling OG SUSPENSION

Varsling af ferie med angivelse af dato forbindelse med fritstilling er fortsat unødvendigt, se fra praksis Sø- og Handelsrettens dom af 14. februar, 2006, trykt i U2006.1561S.

Såfremt arbejdstager er suspenderet, rejser spørgsmålet sig, om ferie også i den situation skal varsles konkret. Som suspenderet medarbejder er man ikke at ligestille med en fritstillet medarbejder, da ens arbejdsydelse med kort varsel kan blive krævet af arbejdsgiver. En fritstillet medarbejder har endvidere til forskel fra en suspenderet medarbejder en interesse i at kunne disponere frit over hele fritstillingsperioden. Det forekommer nærliggende, at en suspenderet medarbejder skal behandles som enhver anden medarbejder, der ikke er fritstillet. Arbejdsgiver er forpligtet til at varsle ferie konkret overfor en suspenderet arbejdstager, henset til Vestre Landsrets udtalelse i præmisserne om, at det er arbejdsgiver, der fastsætter hvornår ferie skal holdes.

## EFTERLEVELSE AF DOMMEN

I U2016.2342V var resultatet af sagen en umiddelbar gevinst for arbejdstager, da hun skulle have det idømte beløb på kr. 15.987. Man kan dog spørge, om arbejdstager på den lange bane mister noget fleksibilitet til en større værdi, idet arbejdsgiver nu må forventes at fastlægge ferien uden større hensyntagen til arbejdstager.

Såfremt arbejdsgiver imidlertid fortsat ønsker at være fleksibel omkring placering af ferie, kan han vælge en formulering, hvor placering af ferie søges aftalt, og som anden prioritering varsles afholdt op til arbejdstagers fratrædelse med angivelse dato for feriens afholdelse. Varslingen kunne hedde:

”Det varsles herved, at du i opsigelsesperioden skal afholde mest mulig ferie. Jeg vil opfordre dig til at komme til mig med dine ønsker til feriens placering. Hvis ikke andet er aftalt om feriens placering, varsles det herved, at ferien skal afholdes i perioden op til, at du fratræder, hvilket vil sige, at du holder ferie i dagene xx/xx-201x - xx/xx-201x.”

På denne vis undgås en uheldig bivirkning af Vestre Landsrets dom i form af mindre fleksibilitet på det danske arbejdsmarked.

# PERSONDATA, SOCIALE MEDIER OG DIGITALE RETTIGHEDER – ER DU OPDATERET?

HOS JUC KAN DU DELTAGE PÅ EN RÆKKE NYE SKRÆDDERSYEDE KURSER INDEN FOR HR JURA OG DEN NYE DIGITALE VIRKELIGHED.



## HUMAN RESSOURCES OG JURIDISK VIDEN SMELTER SAMMEN MED DIGITALISERING

Hvert minut overtrædes persondataloven, markedsføringsloven, varemærkeloven, ophavsretsloven, e-handelsloven m.fl. Det er et latent problem og en potentiel økonomisk udfordring, man som virksomhed bør være opmærksom på og foregribe – hvilket de færreste er. På en række nyudviklede og opdaterede kurser bliver du klædt på til at håndtere den nye virkelighed:

10. OKT  
2016

**IMMATERIELLE RETTIGHEDER I ANSÆTTELSEN**  
– Når en medarbejder opfinder eller skaber et værk  
Se [www.juc.dk/IRA16](http://www.juc.dk/IRA16)

Få en grundig indføring i reglerne omkring immaterielretigheder i ansættelsesforhold samt indsigt i og viden om, hvordan du praktisk håndterer de juridiske problemstillinger, det kan give anledning til, hvis en medarbejder eksempelvis gør en opfindelse eller skaber et værk under sin ansættelse.

31. OKT  
2016

**PERSONDATA I ANSÆTTELSESRETEN**  
– Fokus på det offentlige arbejdsmarked  
Se [www.juc.dk/PAOF16](http://www.juc.dk/PAOF16)

Du får dyb indsigt i de centrale problemstillinger i relation til håndtering af medarbejderdata samt de forskellige regelgrundlag, der tilsammen danner rammerne for registrering af medarbejderoplysninger m.v.

27. OKT  
2016  
(KBH)

07. NOV  
2016  
(AALBORG)

**VIRKSOMHEDERS BRUG AF SOCIALE MEDIER**  
Se [www.juc.dk/KVSM16](http://www.juc.dk/KVSM16) (Kbh)  
Se [www.juc.dk/AVSM16](http://www.juc.dk/AVSM16) (Aalborg)

På kurset får du indblik i og overblik over de primære regler, der regulerer virksomheders kommercielle aktiviteter på sociale medier, ligesom du får et bud på, hvordan virksomhederne i en række konkrete situationer bør forholde sig for at undgå overtrædelser/krænkelser.

14. NOV  
2016

**PERSONDATA I FORSKNING**  
– Følgerne af den nye persondataforordning  
Se [www.juc.dk/PF16](http://www.juc.dk/PF16)

På kurset får du et overblik over de regler, som du skal være opmærksom på i persondataloven frem til maj 2018 og en grundig gennemgang af de yderligere krav i persondataforordningen, der vil gælde herefter.



Axelborg | Vesterbrogade 4a | 1620 København V  
tlf: 7020 8260 | [juc@juc.dk](mailto:juc@juc.dk) | [www.juc.dk](http://www.juc.dk) | cvr: 35391304

## NYE BØGER



### LOYALITET I ARBEJDSRETLIGE RELATIONER

Natalie Videbæk Munkholm  
1. udgave 2016, Djøf Forlag  
ISBN 9788757436150

Loyalitet i arbejdsretlige relationer er den første samlede fremstilling af loyalitetspligt i arbejdsretlige relationer. Bogen koncentrerer sig om de typer af illoyale handlinger, der ikke knytter sig til konkurrerende handlinger, men i højere grad har at gøre med de 'bløde' forventninger, parterne kan have til hinanden. Bogen anvender en ny gennemgående systematik og gennemfører omfattende analyser af retspraksis om loyalitetspligt i både den kollektive og den individuelle relation.

Bogen er forfatterens prisbelønnede ph.d.-afhandling.



### DEN EUROPÆISEREDE VIKAR

Jacob Falsner  
1. udgave 2016, Djøf Forlag  
ISBN 9788757436310

Den europæiserede vikar omhandler de arbejdsretlige problemstillinger som vedrører vikarer inden for brugervirksomheder, vikarbureauer og vikarer.

Bogen er en let omarbejdet version af forfatter Jacob Falsners ph.d.-afhandling »Den europæiserede vikar«.

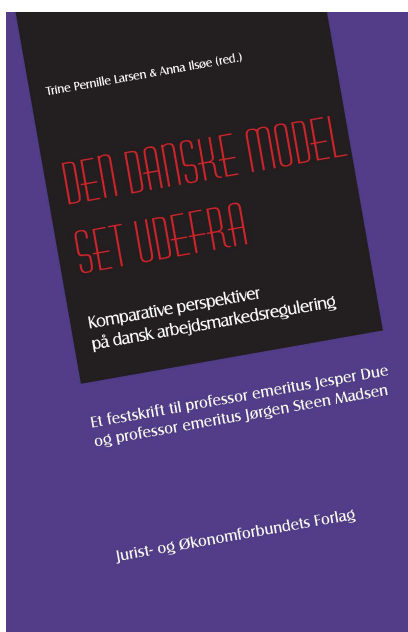


## FUNKTIONÆRRET

Lars Svenning Andersen mf.  
5. udgave 2016, Djøf Forlag  
ISBN 9788757432473

Bogen beskriver dybdegående funktionærens retsstilling, og er systematisk bygget op fra ansættelsens start - hvordan en funktionærstatus erhverves, hvorefter der redegøres for forholdene under og efter ansættelsen. Bogen indeholder herudover en række tilgrænsende love, der uddyber funktionærens retsstilling.

Al foreliggende teori og praksis er blevet gennemgået for at kunne give en nyvurdering for retspraksis inden for området, og er derfor også aldeles egnet som opslagsværk for dem der beskæftiger sig med funktionærretten.



## DEN DANSKE MODEL SET UDEFRA

Anna Ilsøe og Trine Pernille Larsen  
1. udgave 2016, Djøf Forlag  
ISBN 9788757436204

Bogen er et festskrift til Jesper Due og Jørgen Steen Madsen, og en hyldest til deres enorme forskningsmæssige indsats i forhold til at analysere den samlede udvikling i dansk arbejdsmarkedsregulering. Begrebet Den Danske Model, som Due og Madsen sammen med Carsten Strøby Jensen lancerede i hovedværket af samme navn i 1993, er omdrejningspunktet for alle bidragene i denne bog. Begrebet har siden været et gennemgående redskab i analyser af og debatter om arbejdsmarkedsreguleringen i Danmark - ikke mindst ved Forskningscenteret for Arbejdsmarkeds- og Organisationsstudier (FAOS), som Jesper Due og Jørgen Steen Madsen grundlagde for 25 år siden.

# Træt af tunge, tidskrævende sagsmapper?

Med det digitale værktøj Schultz Materialesamling kan du let og effektivt etablere digitale materialesamlinger og processkrifter, når du forbereder en retssag.

Se hvordan på vores **gratis introduktionswebinar 27. oktober kl. 9-9:30.**

Læs mere, og tilmeld dig på [schultz.dk/w27](https://schultz.dk/w27).





## GRUNDLÆGGENDE ARBEJDSRET

Jens Kristiansen  
4. udgave 2016, Djøf Forlag  
ISBN 9788799677887

Grundlæggende arbejdsret giver en samlet fremstilling af det arbejdsretlige system i fire hoveddele.

Siden 3. udgave udkom i 2014, er der bl.a. gennemført en ny lov om ansættelsesklausuler og afsagt en række principielle domme af både danske domstole og EU-Domstolen. Denne nye lovgivning og retspraksis er indarbejdet i denne 4. udgave.



## ANSÆTTELSESRET & PERSONALEJURA

Ole Hasselbalch  
5. udgave 2016, Djøf Forlag  
ISBN 9788757436334

Lærebog i Ansættelsesret og Personalejura rummer indgangen til ansættelsesretten samt i hovedtræk de dele af den kollektive arbejdsret, arbejdsmiljøretten og arbejdsprocesretten, der er nødvendigt at have indblik i for at kunne håndtere daglige, arbejdsretlige problemer på arbejdspladsniveau.

# FORFATTERLISTE



ANTON KRAEV  
ADVOKATFULDMÆGTIG  
CAND.MERC.JUR

Jeg er uddannet Cand.jur og Cand.merc.(jur.). Jeg har specialiseret mig i ansættelses- og arbejdsret, og har erfaring fra bl.a. Dansk Erhverv, HORESTA Arbejdsgiver, TDC Group, international kreditforsikrings-selskab Euler Hermes, Københavns Kommune og to advokatkontorer i bagagen.

Mine kompetencer og interesser ligger primært indenfor ansættelsesret og arbejdsret, såvel kollektiv som individuel, samt EU-arbejdsret, herunder konfliktløsning og forhandling, rådgivning og kommunikation, undervisning og andet formidling.



METTE KLINGSTEN  
ADVOKAT (H)

Mette Klingsten er advokat med møderet for Højesteret og driver virksomhed i regi af Mette Klingsten Advokatfirma. Mette Klingsten har speciale inden for arbejds- og ansættelsesret og har gennem en årrække rådgivet virksomheder og selvejende institutioner om området. Hun har herudover ført en række sager ved domstolene, faglig voldgift og Arbejdsretten.

Mette Klingsten er desuden medlem af Det Kongelige Teaters bestyrelse og er bestyrelsesformand i Copenhagen Phil og Landels-OrkesterForeningen. I foråret 2016 udkom 2. udgaven af Mette Klingstens "Ansættelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelse".



MADS BERNSTORN  
ADVOKATFULDMÆGTIG

Mads Bernstorn er advokatfuldmægtig hos Mette Klingsten Advokatfirma og beskæftiger sig blandt andet med ansættelses- og arbejdsret.



CATRINE SØNDERGAARD BYRNE  
PARTNER, ADVOKAT (L), CIPP/E

Catrine Søndergaard Byrne er partner hos Labora Legal, og har via sine ansættelser i organisationer og advokatfirmaer, herunder et internationalt, erhvervet sig en specialiseret viden om arbejds-/ansættelsesret og persondata. Hun er en værdsat rådgiver og sparringspartner, og er røkket i internationale legal directories.

I 2013 opnåede hun en international certificering i europæisk persondataret (CIPP/E) ved IAPP (International Association of Privacy Professionals).

Catrine underviser blandt andet for Danske Advokater, er co-chair for IAPP's danske KnowledgeNet, samt formand for programkomitèen for konferencen Databeskyttelsesdagen.



HELLE NØHR LARSEN  
ADVOKAT (H)

Helle Nøhr Larsen har beskæftiget sig med arbejds- og ansættelsesret i mere end 20 år og har erfaring med både kollektiv og individuel arbejdsret for nationale såvel som internationale klienter.

Helle indgår i SIRIUS advokaters internationale netværk, ELG (European Law Group) og rådgiver om ansættelsesretlige forhold på både konkret og strategisk niveau. Hendes lange erfaring i branchen gør, at hun har beskæftiget sig med stort set alt inden for det arbejdsretlige felt, herunder har hun stor erfaring med individuelle tvister, retssager, virksomhedsoverdragelser mv.



MIKAEL MARSTAL  
JURIDISK CHEF, ADVOKAT (H)

Mikael Marstal er juridisk chef og advokat (H) i Det Faglige Hus. LL.M. i EU-ret og diplomuddannelse i ledelse.

Mikael Marstal er forfatter til flere bøger om ansættelsesret. Underviser for bl.a. Kursusgruppen.



LISE LAURIDSEN  
PARTNER, ADVOKAT (L)

Lise Lauridsen er partner hos Bech-Bruun og rådgiver om alle aspekter af arbejds- og ansættelsesret og har i særlig grad erfaring med at rådgive danske og internationale virksomheder i forbindelse med virksomhedsoverdragelser, omstruktureringer samt ansættelsesvilkår og incitamentsordninger for ledelsesmedlemmer og andre nøglemedarbejdere.

Lise har herudover stor proceserfaring og erfaring i forhold til afskedigelse af tjenestemænd og medarbejdere ansat i tjenestemandsliggende stillinger.



ANJA STAUGAARD JENSEN  
PARTNER, ADVOKAT

Anja Staugaard Jensen er partner i Accuras Afdeling for Arbejds- og Ansættelsesret. Hun yder rådgivning til såvel danske som internationale kunder. Anja har stor erfaring med rådgivning af alle typer af virksomheder inden for enhver form for ansættelses- og arbejdsretlige problemstillinger og tvister. Hun beskæftiger sig særligt med ansættelsesretlige problemstillinger, der er forbundet med virksomhedsoverdragelser, omstruktureringer og rekonstruktioner.

Derudover er et af Anjas væsentligste arbejdsområder alle aspekter af konkurrence-, kunde- og jobklausuler, lige fra det indledende arbejde med risikoanalysen for virksomheden, til udarbejdelse af de relevante klausuler og alle aspekter forbundet med håndhævelsen af klausuler.



PIA MOLTKE JENSEN  
ADVOKAT, PH.D.

Pia Moltke Jensen er advokat hos LETT og yder rådgivning til danske og udenlandske klienter vedrørende alle aspekter inden for arbejds- og ansættelsesret.

Pia Moltke Jensen arbejder bl.a. med ansættelsesaftaler og direktørkontrakter, individuelle afskedigelser, fratrædelsesaftaler, arbejds- og opholdstilladelser, persondata i forbindelse med ansættelsesforhold og retssager om ansættelsesretlige forhold.

Pia Moltke Jensen beskæftiger sig derudover med persondata, kontraktkoncipering, Offentlige Private Partnerskaber (OPP/OPS), generel erhvervsret, tvangsauktioner og ekspropriation.



NICOLAI HESGAARD  
PARTNER, ADVOKAT (L)

Nicolai er leder af Elmanns afdeling for ansættelses- og persondataret.

Nicolai er internationalt anerkendt som ekspert inden for ansættelsesret og rådgiver både danske og udenlandske virksomheder, herunder finansielle institutioner. Rådgivningen omfatter alle dele af ansættelsesretten med særlig fokus på transaktioner, herunder due diligence, informations- og høringsforpligtelser og incitamentsordninger. Nicolai rådgiver også om persondataskyttelse, herunder etablering af whistleblower-hotlines. Endvidere bistår Nicolai i forbindelse med undersøgelser vedrørende overholdelse af FCPA og UK Bribery Act.



STINE BERNT STRYHN  
ADVOKAT

Stine Bernt Stryhn er en del af Elmanns M&A team. Stine yder primært rådgivning inden for selskabsret (stiftelse, generalforsamling, kapitalændringer, samt aktionærforhold), køb og salg af virksomheder, kontraktkoncipering og kontraktforhandling, samt ansættelsesret. Stine har endvidere gennemført CBS Executives bestyrelsesuddannelse.



STEEN ELKJÆR  
ADVOKAT

Steen Elkjær er uddannet som advokat på advokatkontor med almen praksis, før han kom til Arbejdsgiverforeningen KA i 2011. Her rådgiver han om alle aspekter af den individuelle og kollektive arbejdsret, deltager i mæglingsmøder samt varetager sagsførelse ved Arbejdsretten, faglige voldgifter og de civile domstole. Steen Elkjær skriver endvidere artikler om ansættelsesretlige emner og underviser indenfor samme.

# PÅ GENSYN

**HR JURA OG HR JURA MAGASINET** ER ET ANSÆTTelses- OG ARBEJDSRETLIGT MEDIE, SOM BESKÆFTIGER SIG MED TENDENSER INDEN FOR DANSK OG INTERNATIONAL ANSÆTTelses- OG ARBEJDSRET.

BESØG **HR JURA'S HJEMMESIDE**, HVOR DU KAN FINDE TIDLIGERE UDGIVELSER AF HR JURA MAGASINET, OVERSIGT OVER ANSÆTTelses- OG ARBEJDSRETLIG LITTERATUR MM.:

[www.hrjura.in](http://www.hrjura.in)

FØLG **HR JURA** PÅ LINKEDIN:

[www.linkedin.com](http://www.linkedin.com) og søg efter "HR JURA"

KONTAKT HR JURA'S **REDAKTION** PÅ

[contact@hrjura.in](mailto:contact@hrjura.in)

# HRJURA MAGASINET

ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET

10. NUMMER / EFTERÅR 2016

ISSN  
2245-3989

HR JURA V/ANTON KRAEV  
ÆBELØGADE 25, 2. TV.  
2100 KØBENHAVN Ø

CVR.NR. 34379866

WEB: HRJURA.IN  
E-MAIL: CONTACT@HRJURA.IN

