

HRJURA MAGASINET

ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET

11. NUMMER / FORÅR 2017

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
11. NUMMER / FORÅR 2017

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



BRUG FOR RÅDGIVNING OM ANSÆTTELSESRETLIGE EMNER?

Horten huser en af landets bedste ansættelsesretlige afdelinger. Vores specialister leverer skræddersyet rådgivning til både offentlige og private virksomheder inden for emner såsom virksomhedsoverdragelser, kollektive overenskomster, arbejds-klausuler, ansættelseskontrakter, forskels- og ligebehandling, tvister og meget mere.



INDHOLDSFORTEGNELSE

7 **ADGANG TIL MEDARBEJDERES HELBREDSOPLYSNINGER - NYE MULIGHEDER?**



CATRINE SØNDERGAARD
BYRNE
PARTNER, ADVOKAT (L)



TINA REISSMANN
PARTNER, ADVOKAT (H)

15 **MEDARBEJDERES LOYALITETSPLIGT EFTER EN BORTVISNING**



CLAUS ASCHOU
JOHANNESSEN
ADVOKAT



ANNE SKJOLD QVORTRUP
ADVOKAT (L)

21 **LOV OM ANSÆTTELSESKLAUSULER - EN LÆNGERE VEJ TIL BESKYTTELSEN MOD KONKURRENCE**

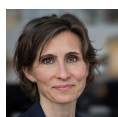


MORTEN LANGER
PARTNER, ADVOKAT (H)



SARA BALDUS
ADVOKAT

29 **KONKURRENCEBEGRÆNSENDE AFTALER FOR BESTYRELSESMEDLEMMER**



ANNE MARIE ABRAHAMSON
PARTNER, ADVOKAT (L)

37 EFTER AJOS - HAR VI ALLE GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER?



MICHAEL MØLLER NIELSEN
PARTNER, ADVOKAT (L)



JULIE FLINDT RASMUSSEN
ADVOKAT

43 DIREKTE ALDERSDISKRIMINATION OG DANSK RET



CHRISTIAN HØJER SCHJØLER
ADJUNKT

54 NYE BØGER

56 FORFATTERLISTE

LOKALAFTALER OG KUTYMER

SJÆLDENT UDBUDT KURSUS

NYT
KURSUS



27.
SEP.

7
LEKT.

KR.
4.995,-
ekskl. moms

Afholdes kl. 09.30 – 16.00 på
Axelborg, Vesterbrogade 4A, 1620 København V

Du får et samlet overblik over rammerne for lokale aftaler

Lokale aftaler på den enkelte arbejdsplads har fået en fremtrædende rolle i overenskomstsyste­met. Den danske arbejdsmarkedsmodel bliver ofte solgt på, at løn- og arbejdsvilkår ikke fastsættes politisk, men aftales gennem kollektive aftaler. Lokalt indgås der f.eks. aftaler om løn, arbejdstid, fridage, betalt frokostpause, rettigheder til uddannelse osv. – listen er lang.

På kurset får du et samlet overblik over rammerne for lokale aftaler, og du bliver klædt på juridisk til at håndtere de spørgsmål og dilemmaer, der kan opstå, når lokale aftaler indgås, leves, fortolkes og opsiges både på det private og offentlige arbejdsmarked.

Nogle af de spørgsmål, som bliver rejst på kurset er:

- › Hvem er de lokale aftal­parter?
- › Hvad er spillereglerne for lokale forhandlinger og hvordan kommer man ud af en lokalaf­tale?
- › Hvorfor dog indlade sig på lokale aftaler og ikke bare lade HR-afdelingen udarbejde en ensidig personalepolitik?
- › Hvad er en lokalaf­tale, en personalepolitik og en kutyme?
- › Hvornår bliver medarbejdere og virksomheder bundet af en kutyme, som end ikke er nedskrevet?
- › Hvad kan man aftale lokalt – i almindelighed og særlige eksempler fra private og offentlige overenskomster?

Undervisere

Peter Nisbeth,

Advokat og fagretlig koordinator hos LO

Ulrik Mayland

Advokat, LO

ANDRE KURSER FRA JUC

Opsigelse og sygdom

31. maj 2017

Ansættelses­klausuler

08. juni 2017

Bonus- og incitamentsordninger for medarbejdere

13. september 2017

Internationale ansættelser

05. oktober 2017

Ansættelsesretligt grundkursus

06. marts 2018



Axelborg | Vesterbrogade 4a | 1620 København V
tlf: 7020 8260 | juc@juc.dk | www.juc.dk | cvr: 35391304

ADGANG TIL MEDARBEJDERES HELBREDSOPLYSNINGER - NYE MULIGHEDER?



CATRINE SØNDERGAARD BYRNE
PARTNER, ADVOKAT (L)



TINA REISSMANN
PARTNER, ADVOKAT (H)

Der sker udveksling af medarbejderes helbredsoplysninger mellem forskellige personer og juridiske enheder i mange sammenhænge. Det kan være i forbindelse med etablering af fleksjob, iværksættelse af afhjælpende foranstaltninger og andet. Oplysningerne kan udveksles mellem en række forskellige interessenter, eksempelvis kommune, andre arbejdsgivere, kollegaer og faglige repræsentanter, herunder især til tillidsrepræsentanter og arbejdsmiljørepræsentanter.

Helbredsoplysninger er i alle tilfælde at betragte som følsomme persondata. Enhver aktivitet eller behandling af disse oplysninger vil derfor kun lovligt kunne ske under iagttagelse af persondataloven §§ 5 og 7¹.

Emnet for udveksling af medarbejderdata er meget omfangsrigt, og kan ikke analyseres inden for denne artikels begrænsninger. Fokus for denne artikel vil derfor være arbejdsgiverens muligheder for indhentelse af helbredsoplysninger fra medarbejderen og adgang til helbredsoplysninger hos kommunen.

1. ARBEJDSGIVERENS INDHENTELSE AF HELBREDSOPLYSNINGER OM MEDARBEJDERE

a. Ledelsesret og helbredsoplysningsloven

En arbejdsgiver kan i medfør af ledelsesretten kun stille krav om oplysninger om medarbejderes helbredsforhold i det omfang dette er sagligt begrundet, proportionalt og ikke unødigt krænkende. Dette inkluderer som helt overvejende udgangspunkt ikke oplysninger om hvilken sygdom eller karakteren af sygdom, der er årsag til medarbejderens fravær. Alene det forhold, at medarbejderen er fraværende på grund af sygdom, og dermed ikke ulovligt fraværende, vil være nødvendigt og tilstrækkeligt for arbejdsgiveren at vide i forhold til ledelsesretten. Det kan være eksempelvis sikkerhedsmæssigt begrundet og dermed sagligt at indføre særlige kontrolforanstaltninger til belysning af en helbreds-betinget situation, eksempelvis alkoholtest. Dette vil dog ikke blive belyst nærmere i denne artikel.

¹ Efter 25. maj 2018 - persondataforordningen art. 9 om særlige kategorier af oplysninger.

Supplerende til ledelsesretten fastlægger eksempelvis helbredsoplysningsloven² arbejdsgiverens meget begrænsede adgang til at indhente helbredsoplysninger både i forbindelse med etablering af ansættelsesforholdet og under ansættelsen.

Kun når anmodningen om disse helbredsoplysninger har til formål at finde ud af, om lønmodtageren lider af, eller har eller har haft symptomer på en sygdom, og sygdommen vil have væsentlig betydning for medarbejderens arbejdsdygtighed ved det pågældende arbejde, vil man kunne indhente helbredsoplysninger herom (og kun oplysninger om den pågældende sygdom).

Man kan altså ikke generelt spørge ind til medarbejderen/kandidatens helbredssituation, men kan i ansættelsessituationen lovligt spørge ind til konkrete sygdomme, hvis disse vil have væsentlig betydning for medarbejderens muligheder for at bestride det pågældende arbejde. Det var netop vurdering af at måtte begrænse arbejdsgiverens brug af teknologier til at generelt at afdække fremtidige sygdomsrisici hos en medarbejder, der var baggrunden for gentestudvalgets arbejde, som resulterede i helbredsoplysningsloven.

Forbuddet mod at indhente helbredsoplysninger i ansættelsessituationen modsvares dog af kandidatens pligt til at oplyse om helbredsforhold, der har betydning for kandidatens evne til at udføre arbejdet³. Denne oplysningspligt gælder dog kun inden ansættelsen, hvilket må betyde før endelig ansættelsesaftale er indgået, og altså ikke efter dette tidspunkt eller i øvrigt under ansættelsen.

b. Forskelsbehandlingsloven og helbredsoplysninger
Forskelsbehandlingsloven fastsætter et forbud mod, at en handicappet forskelsbehandles på grund af sit handicap. Da helbredsoplysninger også vil kunne beskrive en tilstand, der kan karakteriseres som et handicap, kan arbejdsgiveren således via helbredsoplysninger få en viden, som giver medarbejderen

en særlig status og pålægger arbejdsgiveren visse forpligtelser og dermed risiko for at forskelsbehandle den pågældende medarbejder.

Der kan for eksempel være tale om forskelsbehandling, hvis en arbejdsgiver undlader at afsøge mulighederne for at etablere afhjælpende foranstaltninger af ikke-uforholdsmæssigt økonomisk bebyrdende karakter i ansættelsessituationen, eller på anden måde diskriminerer den handicappede på grund af handicapet, eksempelvis ved at afskedige medarbejderen, selvom medarbejderen ville være egnet, kompetent og disponibel til at udføre arbejdet, såfremt nogle konkrete ikke-uforholdsmæssige økonomisk bebyrdende initiativer var iværksat.

Når helbredsoplysningsloven ikke indeholder en oplysningsforpligtelse for medarbejderen til under ansættelsen af egen drift eller på spørgsmål fra arbejdsgiveren, at give helbredsoplysninger, som har væsentlig betydning for arbejdsdygtigheden ved det pågældende arbejde, og arbejdsgiveren i henhold til helbredsoplysningslovens § 2 er afskåret fra generelt at afsøge, hvad arbejdstageren fejler, efterlades arbejdsgiveren ofte i en vanskelig situation. En sygdom kan således være et handicap, som forpligter arbejdsgiveren til en aktivitet. Men vurderingen af, om sygdommen er et handicap, vil kræve en mere konkret afdækning af sygdommens art og deraf følgende funktionsbegrænsning, end helbredsoplysningsloven åbner mulighed for.

Hvilke afhjælpningsinitiativer, der vil være relevante, vil også kræve en konkret afdækning af medarbejderens helbredssituation, hvilket arbejdsgiveren tillige er afskåret fra at spørge ind til. Da det samtidig ikke er fuldt afklaret, hvornår en arbejdsgiver har nok oplysninger til at burde vide, at sygdommen de facto er et handicap, er afvejningen mellem risiko for at forskelsbehandle og almindelig udøvelse af ledelsesretten i forhold til en beslutning om (saglig) afskedigelse en meget vanskelig balancegang.

² L 1996-04-24 nr. 286 Lov om helbredsoplysninger på arbejdsmarkedet.

³ Helbredsoplysningslovens § 6.

c. *Helbredsoplysninger i forbindelse med sygefravær*
Arbejdsgiveren har i det løbende ansættelsesforhold fået en række værktøjer i forbindelse med sygefravær, som en arbejdsgiver med fordel kan benytte sig af for at søge sig tilstrækkeligt oplyst om medarbejderens helbredsforhold, særligt hvis man på et senere tidspunkt skal vurdere, om samarbejdet skal ophøre på grund af sygefraværet. Formålet er at afsøge mulighederne for tilbagevenden til arbejdet, men bruges også for at vurdere mulighederne for et fortsat samarbejde, eller mulighederne for at etablere de under forskelsbehandlingsloven lovpligtige afhjælpningsforanstaltninger.

Værktøjerne har naturligvis det primære formål at afdække mulige initiativer, der kan understøtte en sygemeldt medarbejders tilbagevenden til arbejdet, hvilket bør være i langt de fleste arbejdsgivers og arbejdstagers interesse.

Men selv, når arbejdsgiveren faktisk udnytter denne ramme for dialog, vil man fortsat være overladt til at afdække relevante initiativer for at få medarbejderen tilbage på arbejde via en - mange gange langvarig - dans om den varme grød. Medarbejderens dokumentationsforpligtelse ved sygefravær giver i hvert fald arbejdsgiveren ret til at kræve dokumentation for, at medarbejderen er uarbejdsdygtighed (men ikke oplysninger om hvorfor), samt prognosen for tilbagevenden til arbejdet. Hvorvidt arbejdsgiveren også har adgang til at kræve oplysninger om sygdommens eventuelle funktionsmæssige begrænsninger⁴ uden derved at indhente egentlige helbredsoplysninger i strid med helbredsoplysningslovens §2 er et vanskeligt spørgsmål.

Når arbejdsgiveren foreslå konkrete initiativer til at få medarbejderen tilbage i arbejde, kan det medføre stor usikkerhed hos medarbejderen. Det kan også være en svær vurdering og et stort ansvar at pålægge medarbejderen i en ofte sårbar situation.

Når lægen involveres, eksempelvis via en mulighedserklæring, ses desværre lige så ofte en stedmoderlig behandling af de forslag, som arbejdsgiveren stiller. Måske med rette, for uden nærmere indsigt i sygdomsoplysninger kan arbejdsgiverens forslag ramme helt skævt. Det er derfor ikke forkert at sige, at arbejdsgiveren i disse sammenhænge ofte "skyder i blinde". Og derfor sker det desværre heller ikke sjældent, at arbejdsgiveren løber sur i processen og oplever manglende deltagelse fra medarbejderens side i et reelt forsøg på at få den pågældende til at vende tilbage til arbejdet. Frustrationer over dette kan let munde ud i overvejelser om at afslutte samarbejdet. Disse situationer opstår typisk, når medarbejderen er meget tilbageholdende med at dele sit sygdomsbillede med arbejdsgiveren, og her er vi måske ved noget af sagens kerne.

Sygdomsoplysninger har en hel særlig privat status for den enkelte person, og særligt de psykisk funderede sygdomme, ønsker medarbejderen ofte ikke at dele disse med eksempelvis arbejdsgiveren. Risikoen for integritetskrænkelser i forhold til helbredsoplysninger er også anerkendt som høj. Det er netop en af grundene til, at helbredsoplysningsloven blev vedtaget, og at helbredsoplysninger også er omfattet af persondatalovens §7 om følsomme oplysninger. Altså at der grundlæggende er et forbud mod at behandle sådanne oplysninger, medmindre en af de lovbestemte undtagelser er til stede.

At medarbejderen er tilbageholdende med at udlevere oplysningerne, efterlader imidlertid arbejdsgiveren og arbejdsmarkedet generelt handlingslammede med stigende omkostninger til sygefravær og tab af ressourcer.

d. *Samspil mellem persondataloven og helbredsoplysningsloven*

I samspillet mellem helbredsoplysningsloven og persondataloven er der ikke tvivl om, at helbreds-

⁴ Peter Blume og Jens Kristiansen: Persondata i ansættelsesforholdet, side 143.

oplysningslovens mere beskyttende regler går forud for persondataloven⁵, forudsat – naturligvis – at situationen er omfattet af helbredsoplysningsloven. Men det er ikke altid tilfældet. Skulle medarbejderen vælge at dele sit sygdomsbillede og helbredsoplysninger med arbejdsgiveren, vil arbejdsgiverens videre behandling af disse oplysninger ikke være omfattet af helbredsoplysningsloven, men persondataloven.

Persondatalovens §7 indeholder som nævnt et forbud mod behandling af helbredsoplysninger. Kun i de konkret oplistede undtagelser kan arbejdsgiveren efterfølgende lovligt behandle de helbredsoplysninger, som medarbejderen har givet arbejdsgiveren. Dette spørgsmål blev fastslået i landsrettens afgørelse i U 2017.98 H. Helbredsoplysningerne var lovligt indhentet, men arbejdsgiverens registrering af helbredsoplysningerne på medarbejdernes personalesag havde ikke hjemmel i persondatalovens §7. Oplysningerne skulle uden yderligere registrering være videresendt til det relevante helbredsnavn. Dette anerkendte arbejdsgiveren overfor Højesteret, som derfor alene skulle pådømme sanktionen⁶.

Udover at have lovlig behandlingshjemmel i persondatalovens §6-8⁷, må arbejdsgiveren i medfør af persondatalovens §5 først og fremmest kun behandle personoplysninger, hvor dette er nødvendigt, proportionalt og til et specifikt sagligt formål. Det er derfor vigtigt at holde sig for øje, at der ikke kan gives en generel tjekliste på, hvornår det kan være lovligt at behandle helbredsoplysninger;

allerede fordi vurderingen i henhold til persondatalovens §5 er en konkret og individuel vurdering.

e. *Samtykkets uransagelige veje*

Udover at behandlingen skal være lovlig i medfør af persondataloven §5, skal medarbejderens samtykke som altovervejende hovedregel foreligge, førend arbejdsgiveren i medfør af persondatalovens §7 lovligt kan behandle helbredsoplysninger. Mange arbejdsgivere er af den fejlagtige opfattelse, at når oplysningerne er givet af medarbejderen selv, har medarbejderen givet et samtykke, og efterfølgende behandlinger kan ske på grundlag af dette samtykke.

Men i henhold til persondataloven stilles strenge krav til samtykket som behandlingshjemmel⁸. Et gyldigt samtykke i henhold til persondataloven skal blandt andet være specifikt i forhold til den konkrete (eventuelle senere) behandling. Oftest vil det være sådan, at medarbejderen videregiver sine helbredsoplysninger med det formål, at arbejdsgiveren kan få hjælp til planlægningen af arbejdet, eller en vurdering af, om der er særlige tiltag, det kan være relevante at overveje for medarbejderens tilbagevenden til arbejdet. Samtykket kan derfor godt på den ene side hjemle arbejdsgiverens registrering af helbredsoplysningerne på eksempelvis personalesagen, men bortset fra et helt snævert konkret anvendelsesområde, vil arbejdsgiveren på den anden side ikke i medfør af persondatalovens §7 lovligt kunne anvende samtykket til eksempelvis (senere) at vurdere, hvorvidt medarbejderen skal afskediges.

⁵ L 2000-05-31 nr. 429 Lov om behandling af personoplysninger §2.

⁶ På trods af denne anerkendelse af, at persondataloven var overtrådt, udløste dette dog konkret ikke sanktioner overfor arbejdsgiveren.

⁷ For fuldstændighedens skyld bemærkes, at den persondatakategori, som er indeholdt i persondatalovens §8 (semifølsomme oplysninger) vil bortfalde med virkning fra 25. maj 2018, da det ikke vil være (og næppe har været) lovligt at opretholde denne særlige (danske) kategori.

⁸ I henhold til EU persondataforordningen, se note 9, vil der med virkning fra 25. maj 2018 skulle afgives et udtrykkeligt samtykke for behandling af helbredsoplysninger, mod "blot" et utvetydigt samtykke til at behandle almindelige personoplysninger.

Særligt i lyset af den kommende persondataforordning⁹ vil dette medføre nye processer omkring brug af helbredsoplysninger i ansættelsesforholdet, herunder processer for information og sikring af eksempelvis et gyldigt samtykke i forbindelse med sygefravær og anvendelsen af helbredsoplysninger.

2. KOMMUNENS INDHENTELSE AF HELBREDSOPLYSNINGER

Modsat arbejdsgiveren, har kommunen i medfør af reglerne om myndighedsudøvelse¹⁰ i forbindelse med forvaltningen af sygedagpengeloven en række konkrete værktøjer, som kan bringes i anvendelse for at vurdere, hvorvidt medarbejderen er uarbejdsdygtig i sygedagpengelovens forstand. I den proces vil kommunen i stort set alle tilfælde kunne afdække en omfattende mængde oplysninger om medarbejderens helbredsmaessige forhold, som arbejdsgiveren ikke har mulighed for at afdække.

I et stigende antal sager har vi imidlertid erfaret, at såfremt arbejdsgiveren fik adgang til de pågældende oplysninger, ville arbejdsgiveren have haft mulighed for at iværksætte en lang række mere relevante tiltag, som konkret ville hjælpe medarbejderen tilbage til arbejdet.

I en konkret sag havde arbejdsgiveren gennemført sygefraværssamtaler og mulighedssamtaler, men det var alligevel ikke lykkedes at identificere tiltag, som medarbejderen og lægen fandt var relevante tiltag for, at medarbejderen kunne genoptage arbejdet. Arbejdsgiveren modtog partshøringsmateriale fra kommunen i forbindelse med en forestående afgørelse om bortfald af sygedagpengereetten og overgang til ressourceforløb. Via dette partshøringsmateriale blev arbejdsgiveren bekendt med helbredsoplysninger, som gjorde det muligt for ar-

bejdsgiveren at identificere nogle helt konkrete tiltag, som fik medarbejderen tilbage i arbejde. Dette betød, at medarbejderen ikke skulle overgå til ressourceforløb, men beholdt dagpengereetten, og i øvrigt kort tid efter kunne genoptage arbejdet (delvist).

I det lys er højesterets afgørelse af 24. januar 2017¹¹ vigtig.

Sagen drejede sig om en pædagog, der var blevet opsagt fra sit arbejde i en vuggestue. Efter opsigelsen blev pædagogen sygemeldt. I forbindelse med kommunens oplysning af sygedagpengesagen, oplyste lægen i et statusnotat, at pædagogen var blevet tilbudt en specifik antidepressiv psyko-farmaka behandling, men pædagogen ønskede ikke behandlingen på det pågældende tidspunkt. Kommunen ønskede at afdække dette nærmere, og under partshøringen af pædagogen vurderede sagsbehandleren, at pædagogen havde afvist lægens tilbud om den specifikke behandling, hvorfor ret til sygedagpenge skulle bortfalde i medfør af sygedagpengelovens §21, stk. 1 (afvisning af at modtage nødvendig lægebehandling).

I forbindelse med den efterfølgende partshøring af arbejdsgiveren om stop af dagpengerefusion, beskrev kommunen dels årsagen til sygdommen, dels at psyko-farmaka behandling var tilbudt, men afvist. Lægens statusnotat var også vedlagt partshøringen.

Hvordan arbejdsgiveren reagerede herpå er ikke relevant for denne artikel, men berører bestemt et andet relevant emne for en artikel, nemlig arbejdsgiverens lovlige reaktionsmuligheder i forbindelse med bortfald af sygedagpengerefusion¹².

⁹ Forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016. Det må formodes, at helbredsoplysningsloven er en del af den lovgivning, som Justitsministeriet har identificeret vil blive påvirket af forordningen, og hvor man må forvente en fortsat regulering. I den forbindelse ville det være ønskværdigt, om den i §6 angivne oplysningspligt også blev udstrakt til at gælde under ansættelsen.

¹⁰ Persondatalovens §7, stk. 6.

¹¹ Højesterets sag 107/2016.

¹² Det er i landsrettens dom af 3. maj 2016 i B-1700-13 oplyst, at arbejdsgiveren bortviste pædagogen. Bortvisningen blev efter det oplyste dog efterfølgende trukket tilbage på fagforeningens foranledning.

Relevant for denne artikel er imidlertid, at pædagogen klagede over kommunens videregivelse af helbredsoplysningerne til arbejdsgiveren, og fik medhold i Beskæftigelsesankenævnet. Beskæftigelsesankenævnets begrundelse var, at der var tale om sygdomsoplysninger, og dermed oplysninger af så personlig karakter, at de kunne undtages fra partsaktindsigten i den (dagældende) forvaltningslov §15, og dermed også undtages partshøring.

Pædagogen krævede efterfølgende godtgørelse i medfør af erstatningsansvarslovens §26 fra kommunen. Og det er denne sag, som Højesteret afgjorde den 24. januar 2017.

Højesteret slog indledningsvist fast, at statusnotatet og samtalerne mellem pædagogen og sagsbehandleren gav kommunen grundlag for at undersøge, om der var anledning til at træffe afgørelse om bortfald af sygedagpengereetten.

Højesteret skulle herefter vurdere, om helbredsoplysningerne skulle have været undtaget fra partshøringen i medfør af forvaltningslovens §19. Det vil være tilfældet, hvis oplysningerne (sygdomsårsag og afvisning af at deltage i psykofarmaka behandling) skulle være undtaget fra en partsaktindsigt i medfør af reglerne herom. Særligt vigtigt er i den forbindelse vurderingen af, om hensynet til retten til partsaktindsigt skal vige for afgørende hensyn til bl.a. andre private interesser, jf. (dagældende) forvaltningslov §15.

Højesteret afviste pædagogens argumenter og anførte, at en parts interesse i at kende de pågældende oplysninger til varetagelse af sit tarv har en så betydelig vægt, at denne ret kun bør vige, hvis der er "nærliggende fare for, at private eller offentlige interesser vil lide skade af væsentlig betydning", hvilket Højesteret afviste var tilfældet i den konkrete sag. Pædagogen havde ellers argumenteret for, at dette var tilfældet, særligt under

hensyn til, at helbredsoplysningerne var irrelevante for arbejdsgiveren, da arbejdsgiveren ikke havde mulighed for at influere på dette forhold.

Højesteret hæftede sig i sin afgørelse ved, at oplysningerne var til ugunst for arbejdsgiveren (da de kunne medføre bortfald af sygedagpengerefusion) sammenholdt med, at oplysningerne var af væsentlig betydning for afgørelsen (det var netop disse oplysninger, der ville medføre bortfald af sygedagpengerefusion). Det betød, at kommunen ville have pligt til at inkludere oplysningerne i en partsaktindsigt efter den (dagældende) forvaltningslovs §15, og dermed også i partshøringen i medfør af forvaltningslovens §19. Højesteret fastslog videre, at videregivelsen ikke krænkede pædagogen, da de blev fremsendt til personer hos arbejdsgiveren, der var underlagt tavshedspligt.

Højesteret konkluderede derfor, at videregivelsen af helbredsoplysningerne var nødvendig for at fastslå, om arbejdsgiveren havde krav på dagpengerefusion under pædagogens fortsatte sygefravær, hvorfor oplysningerne skulle være en del af partshøringen, og videregivelsen derfor også var berettiget i medfør af persondatalovens §7, stk. 2, nr. 4¹³.

3. NY ADGANG TIL HELBREDSOPLYSNINGER FOR ARBEJDSGIVEREN?

Uanset, at forvaltningslovens regler om undtagelser fra retten til partsaktindsigt i forvaltningsloven §15 er blevet ændret¹⁴, medfører ændringerne ikke en indskrænkning af muligheden for, at en part via en partshøring skal gøres bekendt med helbredsoplysninger, som har væsentlig betydning for vurderingen af sygedagpengelovens uarbejdsdygtighedsbegreb.

Dermed kan arbejdsgiveren via partshøringsreglerne blive bekendt med helbredsoplysninger, som arbejdsgiveren ellers ikke har adgang til. Arbejdsgiveren kan dermed også få adgang til hel-

¹³ Behandling, herunder videregivelse, af helbredsoplysninger må i medfør af persondatalovens §7, stk. 2, nr. 4 finde sted, når behandlingen er nødvendig for, at et retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares.

¹⁴ L 2013 638: FT 2012-13 (lovforslag 145).

bredsoplysninger, som kan gøre eventuelle tiltag for at få medarbejderen tilbage til arbejdet langt mere relevante og konkrete, eller kaste lys over, hvorvidt medarbejderen lider af et handicap, og dermed er særligt beskyttet, og hvilke afhjælpningsforanstaltninger der så kan være relevante at overveje, herunder iværksættelse af tiltag med offentligt tilskud.

Der vil i hvert fald i lyset af højesteretsdommen kunne argumenteres for, at såfremt dette sker for at vurdere medarbejderens krav på eksempelvis afhjælpningsforanstaltninger eller afskedigelsesbeskyttelse i medfør af forskelsbehandlingsloven, vil videregivelsen fra kommunen ikke være i strid med persondataloven §7, stk. 2, nr. 4, og arbejdsgiveren vil i forbindelse med en høringsproces kunne kræve indsigt i de helbredsoplysninger, som har væsentlig betydning for afgørelser om sygedagpengen.

Hvorvidt arbejdsgiveren i medfør af de nye regler om partsaktindsigt i forvaltningslovens §9 mfl. derudover vil kunne kræve indsigt i helbredsoplysninger i den løbende sygedagpengesag, og dermed yderligere adgang til helbredsoplysninger, som arbejdsgiveren ellers er afskåret fra, vil være for omfangsrigt at behandle i denne artikel, men kan være tema for en ny artikel – og bør i hvert fald overvejes i forbindelse med medarbejderes sygemeldinger.

Konklusionen er således, at højesterets afgørelse sikrer en udveksling af helbredsoplysninger mellem arbejdsgiveren og kommunen, som kan være vigtig for at få medarbejderen tilbage på arbejde. Oplysninger som arbejdsgiveren kun har begrænset adgang til at indhente, hvilket kan virke kontra-produktivt på det overordnede, vigtige samfundsmæssige hensyn til, som må være at få sygemeldte medarbejdere tilbage på arbejde. Et reelt samarbejde mellem arbejdsgiver, kommunen og lægen med (lovlig) udveksling af helbredsoplysninger kan være

et afgørende initiativ i den forbindelse. Der skal dog naturligvis skabes ro omkring medarbejderens bekymringer i den forbindelse.

4. ARBEJDSGIVERENS BEHANDLING AF HELBREDSOPLYSNINGER SKAL STADIG VÆRE LOVLIG

Det skal afslutningsvist fremhæves, at arbejdsgiverens anvendelse af helbredsoplysningerne naturligvis er underlagt almindelig arbejdsretlig og persondataretlig regulering. Bliver arbejdsgiveren bekendt med helbredsoplysninger via en partshøring, vil registrering og anden anvendelse af disse helbredsoplysninger skulle være saglige i forhold til ledelsesretten, men persondataloven kræver, (i) at arbejdsgiveren har et sagligt og proportionalt formål til denne (nye) anvendelse, jf. §5, (ii) at arbejdsgiveren har lovhjemmel til behandlingen, jf. §7, og (iii) at arbejdsgiveren tillige opfylder sin informationsforpligtelse i medfør af persondatalovens §28 og 29¹⁵.

Endelig bemærkes, at persondataforordningen ikke ændrer på, at videregivelse af følsomme oplysninger fra en kommune til en arbejdsgiver i forbindelse med en sygedagpengeafgørelse også efter 25. maj 2018 vil kunne ske i medfør af artikel 9, når videregivelsen sker til fastlæggelse af et retskrav, imødegåelse eller forsvar for et sådan.

Persondataforordningen ændrer heller ikke på, at arbejdsgiveren i forhold til sin egen behandling af helbredsoplysningerne skal (i) have et sagligt formål (artikel 5), skal (ii) have lovhjemmel (artikel 9), og at den dataansvarlige har (iii) en informationsforpligtelse (art. 13 og 14).

¹⁵ Dette dog forudsat at underretning ikke kan undtages efter bestemmelserne, hvilket eksempelvis kan være tilfældet, når den dataansvarlige ved, at den registrerede person allerede er bekendt med de oplysninger, der ellers skal gives efter bestemmelsen. Dette må antages ofte at være tilfældet i forhold til oplysninger modtaget i forbindelse med en partshøring.

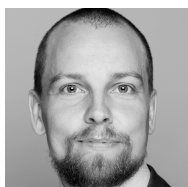
Træt af tunge, tidskrævende sagsmapper?

Med det digitale værktøj Schultz Materialesamling kan du let og effektivt etablere digitale materialesamlinger og processkrifter, når du forbereder en retssag.

Læs mere på schultz.dk/materiale.



MEDARBEJDERES LOYALITETSPLIGT EFTER EN BORTVISNING



CLAUS ASCHOU JOHANNESSEN
ADVOKAT



ANNE SKJOLD QVORTRUP
ADVOKAT (L)

INDLEDNING

Som udgangspunkt bortfalder en medarbejders loyalitetspligt ved ansættelsesforholdets ophør. Det har imidlertid været omdiskuteret i teorien, om dette også er tilfældet, når medarbejderen er blevet bortvist med rette.

På baggrund af Højesterets dom af 19. marts 1973, U 1973.319/2H, har flere teoretikere således konkluderet, at en medarbejder, der bortvises berettiget, har en loyalitetspligt overfor arbejdsgiveren i en periode svarende til medarbejderens sædvanlige opsigelsesvarsel - det vil sige i et stipuleret opsigelsesvarsel.

I denne artikel gennemgås retstilstanden for den tidsmæssige udstrækning af loyalitetspligten for medarbejdere, der berettiget bortvises, og som ikke har været underlagt en konkurrenceklausul - det sker navnlig i lyset af en nyere forbudssag.

LOYALITETSPLIGTEN

Ansættelsesretligt udspringer loyalitetspligten af arbejdsgiverens vederlagsforpligtelse. Medarbejdere er således undergivet en loyalitetspligt uden nærmere aftale, så længe ansættelsesforholdet består, eller så længe arbejdsgiveren udbetaler løn - også i en eventuel opsigelsesperiode.

Et af kernepunkterne i loyalitetspligten er, at medarbejdere er afskåret fra at konkurrere mod arbejdsgiveren, så længe de er omfattet af loyalitetspligten.

På baggrund af sammenhængen mellem vederlagspligten og loyalitetspligten må der, som anført af Jeppe Høyer Jørgensen, kræves særlige grunde for at fravige denne sammenhæng.¹

Spørgsmålet er, om der herudover er særlig grund til at fravige udgangspunktet i den situation, hvor arbejdsgiveren berettiget bortviser en medarbejder, så medarbejderen er forpligtet til at udvise loyalitet

¹ Jf. Jeppe Høyer Jørgensen: Ansattes konkurrencehandling - loyalitetspligt og markedsføringslovens §§ 1 og 19 (2010), s. 63.

over for den tidligere arbejdsgiver i en periode svarende til det kontraktuelle opsigelsesvarsel (det stipulerede opsigelsesvarsel), selvom arbejdsgiveren er frigjort fra sin vederlagsforpligtelse. I det følgende benævnes dette synspunkt "forlængelsessynspunktet".

FORLÆNGELSESSYNSPUNKTET

Umiddelbart står forlængelsessynspunktet i skarp kontrast til loyalitetspligtens obligationsretlige udgangspunkt, hvorefter den alene gælder så længe medarbejderen får vederlag for indskrænkningen i sin handlefrihed. Morten Langer har dog til støtte for forlængelsessynspunktet anført, at medarbejderen i modsat fald kan misligholde og derved fremprovokere en situation, hvor loyalitetsforpligtelsen ophører på grund af arbejdsgiverens ophævelse af ansættelsesforholdet. På den måde kan medarbejderen ifølge Morten Langer misligholde sig til en bedre retsstilling.² Han antager samtidig, at dommen gengivet i U 1973.319/2H, som gennemgås nærmere nedenfor, kan tages til indtægt for dette synspunkt.

KRITIK AF FORLÆNGELSESSYNSPUNKTET

Forlængelsessynspunktet har imidlertid mødt kritik i den juridiske litteratur. Kritikken er overordnet, at synspunktet savner støtte i retlige betragtninger, og at hensynet bag synspunktet er fejlagtigt. I det følgende gennemgås denne kritik nærmere.

U 1973.319/2H er som nævnt taget til støtte for forlængelsessynspunktet. Dommens faktum af relevans for denne artikel er følgende:

A var bestyrer af et speditionsfirmas filial i Odense, F, og i hans ansættelseskontrakt fra 1959 fremgik det, at han kunne opsiges ansættelsesaftalen med 1 års varsel. Endvidere indeholdt kontrakten en konkurrenceklausul, der var sammensat således, at A var forpligtet til i en periode på 4 år fra fratrædelsesdagen ikke at drive konkur-

rerende virksomhed i Danmark. A afbrød ansættelsesforholdet uden varsel. Kort herefter etablerede A selvstændig speditivirksomhed i Odense.

Højesteret fandt for det første enstemmigt, at A havde savnet grundlag for uden varsel at afbryde ansættelsesforholdet og påbegynde konkurrerende virksomhed i strid med den aftalte konkurrenceklausul. Højesteret fandt yderligere, at A var at anse som funktionær, hvorefter den dagældende funktionærlovs § 18, 3. punktum fandt anvendelse. Af denne bestemmelse fremgik det, at en konkurrenceklausul kun var gældende for funktionæren i ét år fra fratrædelsesdagen, medmindre funktionæren modtog et i en skriftlig kontrakt fastsat rimeligt vederlag for forpligtelsen. Da A ikke modtog et sådant vederlag forkortedes konkurrenceklausulen derfor fra 4 år til 1 år. Højesteret skulle herefter tage stilling til, fra hvilket tidspunkt klausulen skulle gælde. Højesterets flertal (3-2) udtalte herom:

"Med hensyn til beregningen af årsfristen i samme bestemmelse finder disse dommere, at bestemmelsen i al fald i det foreliggende tilfælde, hvor [A] ensidigt og uden rimelig grund har afbrudt tjenesteforholdet uden varsel, må forstås således, at [A's] forpligtelse gælder i et år fra det tidspunkt, til hvilket han lovligt kunne have bragt den ansættelsesaftale, hvori klausulen findes til ophør."³

Som det ses, udtaler Højesteret sig alene om, hvornår konkurrenceklausulen skulle gælde fra i en situation, hvor medarbejderen havde foretaget en uberettiget ophævelse af ansættelsesforholdet. Morten Langer har dog til trods herfor udledt følgende:

"Konsekvensen af Højesterets dom må derfor være, at loyalitetsforpligtelsen er gældende indtil det tidspunkt, hvortil medarbejderen kunne have opsagt sin

² Jf. Morten Langer: Konkurrence- og kundeklausuler (2016), s. 35 ff. og s. 255 f.

³ Dissensen stemte for, at ét-årsfristen i funktionærlovens § 18, 3. pkt. skulle gælde fra den faktiske fratræden - tidspunktet for den uberettigede ophævelse af ansættelsesforholdet, som af gode grunde lå ét år før udløbet af det stipulerede opsigelsesvarsel.

stilling med lovligt varsel, uanset at arbejdsgiveren har valgt at bortvise medarbejderen på grund af væsentlig misligholdelse.”⁴

Finn Schwarz m.fl. tilslutter sig Morten Langers konklusion, men forholder sig heller ikke til på hvilket grundlag, dommens præmis om en konkurrenceklausuls begyndelsestidspunkt kan udstrækkes til den tidsmæssige udstrækning af den generelle loyalitetspligt. De anfører, at:

*”Loyalitetsforpligtelsen må således være gældende indtil det tidspunkt, hvor medarbejderen kunne have opsagt sin stilling med lovligt varsel, uanset at arbejdsgiveren har bortvist medarbejderen på grund af væsentlig misligholdelse, eller medarbejderen uberettiget har ophævet ansættelsesforholdet.”*⁵

Ser man isoleret på U 1973.319/2 H, afklarer dommen imidlertid ikke loyalitetspligtens tidsmæssige udstrækning, idet den ikke omhandler andre situationer, end hvor der er aftalt en konkurrenceklausul. Det kan endda anføres, at dommen udtrykker, at der netop ikke gælder en efterfølgende loyalitetspligt; hvis der gjaldt en efterfølgende loyalitetspligt, ville det ikke have været nødvendigt for Højesteret at fortolke konkurrenceklausulen - så havde det fulgt direkte af en sådan loyalitetspligt, at A ikke kunne afbryde ansættelsesforholdet for at starte ny virksomhed. Dommen ses derfor ikke at støtte forlængelsessynspunktet.

Der er udtalt massiv kritik af forlængelsessynspunktet i den juridiske teori; primært ud fra den betragtning, at det ikke obligationsretligt er muligt, at den ene part efter kontraktophævelsen frigøres fuldt ud for sine forpligtelser, mens den anden part fastholdes. Henrik Karl Nielsen har til eksempel udtalt skarp kritik af forlængelsessynspunktet, hvilket fremgår af følgende udsagn:

*”Synspunktet, at en loyalitetsforpligtelse skulle kunne bestå efter et ansættelsesforhold ophør, er imidlertid uden støtte i retlige betragtninger. Loyalitetsforpligtelsen udspringer af det forhold, at der er en gældende ansættelseskontrakt og et bestående ansættelsesforhold. Et sådant ansættelsesforhold indebærer en pligt for lønmodtageren til at præstere en arbejdsydelse og en pligt for arbejdsgiveren til at erlægge et vederlag. Udover pligten til at erlægge arbejdsydelsen medfører den blotte eksistens af et ansættelsesforhold, at lønmodtageren er underlagt en loyalitetsforpligtelse over for arbejdsgiveren. Loyalitetspligten i et ansættelsesforhold har sin hjemmel i eksistensen af en gældende ansættelsesaftale. I en situation hvor arbejdsgiveren berettiget bortviser en lønmodtager, er det heller ikke retvisende som anført af Erik Wendelboe Christiansen og Finn Schwarz at tale om, at ”medarbejderen (...) (har) bragt ansættelsesforholdet til ophør.” I en sådan situation har lønmodtageren misligholdt. Det er imidlertid arbejdsgiveren, der har valget mellem de misligholdelsesbeføjelser der kan gøres gældende. I tilfælde af væsentlig misligholdelse fra lønmodtagerens side kan arbejdsgiveren vælge at hæve ansættelsesaftalen ved at foretage bortvisning. I den situation er det arbejdsgiveren, der bringer ansættelsesforholdet til ophør. Hvis en arbejdsgiver vil fastholde en lønmodtager på efterlevelse af sin loyalitetsforpligtelse, må arbejdsgiveren fastholde ansættelsesaftalen. Der er intet retsgrundlag for eksistensen af en loyalitetsforpligtelse, når en opsigelsesperiode er udløbet eller når arbejdsgiveren har valgt at bringe ansættelsesforholdet til ophør ved bortvisning.”*⁶

Ovennævnte udsagn kan til fulde tiltrædes. Særligt bemærkes, at forlængelsessynspunktet står i direkte modstrid med loyalitetspligtens konstruktion. Forlængelsessynspunktet må endda forventes i en række tilfælde at være egentligt velfærdstruende for

⁴ Jf. Morten Langer: Konkurrence- og kundeklausuler (2016), s. 37.

⁵ Jf. Finn Schwarz, Erik Wendelboe Christiansen & Maria Schmiegelow: *Ansættelsesklauuloven* (2016), s. 37.

⁶ Jf. Henrik Karl Nielsen: *Funktionærloven med kommentarer* (2013), s. 462-463.

tidligere medarbejdere, hvorfor det må kræve en klar hjemmel.

Palle Bo Madsen anfører ligeledes, at medarbejderen som altovervejende hovedregel ikke er bundet af en loyalitetspligt efter ansættelsesforholdets ophør, medmindre der er tale om konkurrenceretlig illegitim adfærd, hvor det tidligere ansættelsesforhold kan blive et kvalificerende, skærpende moment. Hans holdning er dog ikke fremsat i forbindelse med en kritik af forlængelsessynspunktet, men han fremfører tilsvarende synspunkter som Henrik Karl Nielsen til støtte for, at der ikke gælder en loyalitetspligt efter kontraktforholdets ophør:

”En bortvisning bringer derimod ansættelsesforholdet til øjeblikkeligt ophør med den virkning, at konkurrencepåførsel derefter ikke uden en aftalt konkurrenceklausul kan betragtes som kontraktlig misligholdelse. (...) Ved bortvisning bliver det kontraktmæssige opsigelsesvarsel ikke aktuelt, og end ikke ved berettiget bortvisning kan man ”konvertere” det kontraktmæssige opsigelsesvarsel til en konkurrenceklausul gældende for et tidsrum svarende til opsigelsesvarslet, jf. U 1988.214 V. Den herefter gældende almindelige konkurrenceretlige loyalitetspligt (...) kan derimod næppe undgå at blive påvirket af en illegitim adfærd i forbindelse med ophøret.”⁷

Til støtte for forlængelsessynspunktet er det af forfatterne anført, at medarbejderen i modsat fald kan misligholde sig til en bedre retstilling i forhold til loyalitetspligten. Her skal Henrik Karl Niensens synspunkt om, at beslutningen om at bortvise en

medarbejder jo er arbejdsgiverens beslutning, fremhæves. Medarbejderens væsentlige misligholdelse af ansættelsesforholdet udløser ikke automatisk en bortvisning, hvorfor hensynet bagved forlængelsessynspunktet forekommer fejlagtig. Dette understreges også ved, at retstillingen ikke nødvendigvis skal anses som ”enten/eller”. I visse situationer kan arbejdsgiveren modregne sit erstatningskrav i medarbejderens krav på løn eller fremtidige krav på løn. Eksempelvis hvis arbejdsgiveren kan dokumentere, at medarbejderen har udført arbejde for en konkurrerende virksomhed i arbejdstiden i et givent tidsmæssigt omfang. Derfor behøver arbejdsgiveren ikke nødvendigvis at bortvise vedkommende, som heller ikke frigøres fra sin loyalitetspligt, selvom lønkravet reduceres i det omfang arbejdsgiveren kan dokumentere, at medarbejderen ikke har erlagt sin fulde arbejdstid hos arbejdsgiveren.

Selv hvis arbejdsgiveren vælger at bortvise medarbejderen, kan det nævnes, som anført af Jeppe Høyer Jørgensen⁸, at den manglende loyalitetspligt over for arbejdsgiveren efter en bortvisning i nogen grad opvejes af, at medarbejderen heller ikke længere får løn efter en berettiget bortvisning.

MODSTRIDENDE NYERE RETSPRAKSIS

Som det fremgår ovenfor, kan U 1973.319/2 H ikke tages til indtægt for, at der skulle gælde en loyalitetspligt under et stipuleret opsigelsesvarsel for medarbejdere, som berettiget bortvises. Den konklusion har også overvejende tilslutning i den juridiske litteratur, jf. blandt andet den ovenfor beskrevne kritik. Visse andre domme er også nævnt

⁷ Jf. Palle Bo Madsen: Markedsret Del 2 - Markedsføringsret og konkurrenceværn (2015), s. 313 f., som ikke henviser til U.1973.319/2 H.

⁸ Jf. Jeppe Høyer Jørgensen: Ansattes konkurrencehandling - loyalitetspligt og markedsføringslovens §§ 1 og 19 (2010), s. 63 med note 3.

i diskussionen som stridende mod 1973-dommen. Det drejer sig om U 1988.214V og U 1939.226H, der gennemgås straks nedenfor.

1988-dommen⁹ drejede sig ligesom 1973-dommen ikke om loyalitetspligtens tidsmæssige udstrækning, men om hvorvidt der kunne indfortolkes en konkurrenceklausul i et gensidigt opsigelsesvarsel på 12 måneder mellem parterne. Altså en form for efterfølgende loyalitetspligt. Vestre Landsret udtalte herom, "at der ikke i det kontraktmæssige opsigelsesvarsel i tilfælde af berettiget bortvisning findes at kunne indfortolkes nogen konkurrenceklausul gældende for et tidsrum svarende til opsigelsesvarslet." Dette synspunkt fremkom også i 1939-dommen.¹⁰ Sammenfattende må det på baggrund af disse domme konkluderes, at der ikke kan indfortolkes konkurrenceklausuler under et stipuleret opsigelsesvarsel, hvis ikke parterne har aftalt en konkurrenceklausul.

Dette synspunkt er også kommet til udtryk i en forbudssag fra 2014. Det drejer sig om Københavns Byrets kendelse af 23. april 2014 (BS 18C-950/2014).

En medarbejder opsagde sin stilling den 31. januar 2014 med det aftalte varsel på 7 måneder, idet han skulle tiltræde en stilling hos en konkurrent den 1. august 2014. Medarbejderen var omfattet af en 2 årig kundeklausul. Få dage efter opsigelsen blev medarbejderen imidlertid bortvist, da det blev konstateret, at medarbejderen havde

kopieret data. I forbindelse med bortvisningen fik medarbejderen oplyst, at vedkommende fortsat havde en loyalitetsforpligtelse overfor arbejdsgiveren i den stipulerede opsigelsesperiode. Medarbejderen valgte dette til trods at påbegynde sin nye konkurrerende ansættelse umiddelbart efter bortvisningen, dvs. under det stipulerede opsigelsesvarsel. Arbejdsgiveren begærede derfor forbud nedlagt mod, at medarbejderen kunne påbegynde den konkurrerende ansættelse.

Retten fandt, at arbejdsgiveren havde sandsynliggjort, at bortvisningen af medarbejderen var berettiget. Med henvisning til princippet i U 1973.319/2 H fandt retten derfor, at kundeklausulen var gældende i 2 år fra den 31. august 2014, det vil sige fra udløbet af det stipulerede opsigelsesvarsel. Arbejdsgiveren fik derimod ikke medhold i påstanden om en loyalitetspligt under den stipulerede opsigelsesperiode. Retten udtalte herom:

"Dommen i UfR 1973.319H angår ikke direkte dette spørgsmål, og det lægges til grund, at der ikke tidligere er afsagt domme i Danmark, hvor det forbydes en bortvist medarbejder, der ikke er bundet af en konkurrenceklausul, at lade sig ansætte i en konkurrerende virksomhed i den opsigelsesperiode, hvor medarbejderne ville have modtaget vederlag fra sin tidligere arbejdsgiver, hvis der ikke var sket bortvisning."¹¹

Byrettens kendelse er således helt i overensstemmelse med Palle Bo Madsen, Jeppe Høyer Jør-

⁹ Denne sag drejede sig om en underdirektør i en trælastvirksomhed, der blandt andet havde begået underslæb. Mod løfte fra arbejdsgiveren om ikke at indgive politianmeldelse underskrev underdirektøren en fratrædelsesaftale, hvori han erkendte at have begået det strafbare forhold. Udover dette indeholdt aftalen en konkurrenceklausul som skulle gælde 3 år fra fratrædelsestidspunktet. Dagen efter fratrædelsesaftalen blev underskrevet, udsendte arbejdsgiveren en cirkulæreskrivelse i neutral form til virksomhedens kunder, hvor man underrettede om underdirektørens fratræden. Kort derefter bestred underdirektøren konkurrenceklausulens gyldighed. Herefter indgav virksomhedens advokat politianmeldelse mod underdirektøren, og udsendte samtidigt en ny skrivelse til virksomhedens kunder, hvor man oplyste, at den tidligere underdirektør havde begået strafbare forhold, som blev politianmeldt. I mellemtiden havde underdirektøren taget ny ansættelse hos en anden virksomhed.

¹⁰ Denne sag drejede sig om en direktør, der uretmæssigt forlod sin stilling efter to år på grund af uoverensstemmelser og påbegyndte efterfølgende konkurrerende virksomhed. Selskabet gjorde blandt andet gældende, at direktøren skulle ophøre med at drive sin nye virksomhed, og at direktøren på anden vis i et vist tidsrum også skulle undlade at være interesseret i konkurrerende virksomhed, selvom der ikke var aftalt en konkurrenceklausul. Sø- og Handelsretten afviste disse anbringender med den begrundelse, at der ikke uden udtrykkelig bestemmelse herom i kontrakten kunne indfortolkes en sådan konkurrenceklausul.

¹¹ Afgørelsen blev kæret til Østre Landsret, men blev aldrig pådømt af Østre Landsret pga. særlige forhold.

gensen og Henrik Karl Niensens synspunkter beskrevet ovenfor. Afgørelsen viser, at der ikke gælder en efterfølgende loyalitetspligt for en ansat, som er berettiget bortvist, når der ikke er aftalt en konkurrenceklausul. Vil arbejdsgiveren undgå, at medarbejderen kan påbegynde ansættelse hos en konkurrerende virksomhed efter en bortvisning, må der derfor aftales en konkurrenceklausul. Derfor kan det ikke tiltrædes, når Claus Juel Hansen i Karnovs HR-guide i afsnittet om "Loyalitetspligt og tavshedspligt" anfører, at retstilstanden ikke er "helt klar" efter byrettens kendelse, idet han anfører, at byrettens afgørelse medfører, at en "medarbejder reelt kan misligholde sig til en bedre retstilling", hvilket således spejler Morten Langers synspunkt i relation til U 1973.319/2 H. Som ovenfor nævnt forekommer dette synspunkt fejlagtigt, da det er arbejdsgiveren, som vælger en misligholdelsesbeføjelse ved at bortvise medarbejderen.

KONKLUSION

På baggrund af gennemgangen af retspraksis ovenfor ses synspunktet om, at der gælder en loyalitetspligt for en berettiget bortvist medarbejder under et stipuleret opsigelsesvarsel, således ikke at have vundet genlyd ved domstolene. Retsstillingen kan herefter sammenfattes sådan, at vælger arbejdsgiveren at bortvise en medarbejder, ophører medarbejderens loyalitetspligt samtidig. I bortvisningssituationen gælder der dermed ikke en undtagelse til det obligationsretlige udgangspunkt om, at loyalitetspligten følger arbejdsgiverens vederlagsforpligtelse, medmindre der er tale om konkurrenceretlige, illegitime handlinger. Hensynet til medarbejderens velfærd tilsiger også, at den modsatte retstilling kræver klar hjemmel. Arbejdsgiverens værn mod at stå i den situation, hvor en bortvist medarbejder dagen efter bortvisningen kan starte konkurrerende virksomhed, ligger i arbejdsgiverens mulighed for at aftale en konkurrenceklausul¹² – eller

at fortsætte lønudbetalingerne for at fastholde medarbejderens loyalitetspligt¹³, men eventuelt foretage modregning for et dokumenteret erstatningskrav i medarbejderens krav på løn.

¹² Jf. U.1997.1069 H, hvor Højesteret helt generisk udtalte: "... bemærkes, at en ansat efter ansættelsesforholdets ophør i almindelighed har ret til at udøve virksomhed, som er konkurrerende i forhold til den hidtidige arbejdsgiver, når denne ikke har sikret sig herimod gennem en aftalt konkurrenceklausul."

¹³ Jf. Jeppe Høyer Jørgensen: Ansattes konkurrencehandling - loyalitetspligt og markedsføringslovens §§ 1 og 19 (2010), s. 63, note 3.

LOV OM ANSÆTTELSESKLAUSULER - EN LÆNGERE VEJ TIL BESKYTTELSEN MOD KONKURRENCE



MORTEN LANGER
PARTNER, ADVOKAT (H)



SARA BALDUS
ADVOKAT

INDLEDNING

Lov om ansættelsesklausuler fejrede ved årsskiftet sin 1 års fødselsdag. Med virkning fra den 1. januar 2016 blev reglerne for indgåelse af konkurrence- og kundeklausuler skærpet betydeligt sammenholdt med de regler, der fra 1999 og frem til 2015 var gældende for funktionærer. For ikke-funktionærer var der tilmed tale om, at klausuler for første gang blev lovreguleret (hvis man ser bort fra aftalelovens §§ 36 og 38).

Der gælder nu ét regelsæt for alle lønmodtagere. Administrerende direktører er fortsat ikke omfattet af reglerne – kun § 11, stk. 1 og 2, der viderefører aftalelovens § 38. For både funktionærer og ikke-funktionærer er der tale om en betydelig skærpelse af betingelserne for indgåelse af aftaler om konkurrence- og kundeklausuler. En sådan skærpelse har også åbenlyst være intentionen med lovændringen.¹

Den ændrede regulering af konkurrence- og kundeklausuler havde sit oprindelige udspring i en analyserapport fra Produktivitetskommissionen, der blev nedsat i 2012 af den daværende regering. Kommissionen anbefalede, at lovgivningen om konkurrence- og kundeklausuler blev skærpet, så arbejdsgivernes mulighed for brug af konkurrence- og kundeklausuler blev begrænset væsentligt.²

Produktivitetskommissionens anbefaling blev taget med i den politisk aftalte vækstpakke fra 2014, hvor de deltagende partier indgik en delaftale, der havde til formål at begrænse brugen af konkurrence- og kundeklausuler i overensstemmelse med kommissionens anbefaling.³

Historien om lovforslagets tilblivelse er gengivet i bemærkningerne til lovforslaget⁴. Supplerende er det anført, at reglerne om konkurrence- og kunde-

¹ Ft 2015-2016, tillæg A, L 25, s. 5-6.

² Produktivitetskommissionen, Analyserapport 2, august 2013, s. 59.

³ Delaftale nr. 57 til Aftale om en vækstpakke, 2014.

⁴ Ft 2015-2016, tillæg A, L 25, s. 5-6.

klausuler skal medvirke til at skabe en balance imellem lønmodtagernes, arbejdsgivernes og samfundets interesser. Det vil sige lønmodtagernes interesse i at kunne skifte job inden for egen branche, samfundets interesse i en høj mobilitet på arbejdsmarkedet og heroverfor arbejdsgivernes interesse i ikke at få undermineret konkurrenceevnen ved, at medarbejdere straks tager værdifuld knowhow med sig til arbejdsgiverens konkurrent. Denne balance skaber et behov, er det anført, for at sikre en kontrolleret brug af ansættelsesklausuler.⁵

Formålet med lovgivningen - at begrænse brugen af konkurrence- og kundeklausuler - giver sig i lov om ansættelsesklausuler udslag i et væld af skærper af de betingelser, der skal være opfyldt, for at en restriktion er gyldigt aftalt.

Det naturlige spørgsmål, der melder sig, er selvfølgelig, om formålet om klarhed - i form af ét regelsæt - og begrænsning, vil blive opfyldt.

SKÆRPEDE BETINGELSER OG NYE UDFORDRINGER

Lov om ansættelsesklausuler indeholder - sammenholdt med funktionærlovens §§ 18 og 18 a - en række nye og skærpede gyldighedsbetingelser til konkurrence- og kundeklausuler.

Betroelse

Det bliver et krav for indgåelse af aftaler om konkurrenceklausuler, at lønmodtageren indtager en "helt særlig betroet stilling". Efter de tidligere regler var det for funktionærer en betingelse, at vedkommende indtog en "særlig betroet stilling". Det er angiveligt lovgivers hensigt, at vurderingen efter lov om ansættelsesklausuler skal være skærpet sammenlignet med funktionærlovens regler, men lovforslagets bemærkninger tyder på, at den største skærpelse vil ske for ikke-funktionærer, hvor der hidtil ikke har været noget formelt betroelseskrav.⁶

⁵ Ft 2015-2016, tillæg A, L 25, s. 5.

⁶ Ft 2015-2016, tillæg A, L 25, s. 17-18.

⁷ Ft 2015-2016, tillæg A, L 25, s. 18.

⁸ Ft 2015-2016, tillæg A, L 25, s. 17.

De eksempler, der er fremhævet i lovforslagets bemærkninger, er fx, at en lønmodtager, der ikke er funktionær, skal have adgang til samme fortrolige viden mv., "som en funktionær skal", eller samme fortrolige oplysninger, som fx regnskaber, leverandøraftaler, prisaftaler, rabatordninger mv.

Mere generelt er det fremhævet i lovforslagets bemærkninger, at det med formuleringen "helt særlig betroet" fordres, at medarbejderen via sin stilling skal besidde eller kunne erhverve en viden, som kan udnyttes til skade for arbejdsgiveren af en konkurrent, og at medarbejderen skal kunne komme i besiddelse af oplysninger, der må betragtes som en afgørende del af virksomhedens forretningsmodel.⁷

Det er alt andet lige forhold, som også under de tidligere regler i funktionærloven blev inddraget i vurderingen af, om en funktionær indtog en særlig betroet stilling. Noget kunne derfor tyde på, at skærpelsen for så angår funktionærer, vil være begrænset. Dermed vil ældre retspraksis, der omhandler spørgsmålet om funktionærers betroelseskrav, med en vis sandsynlighed - og trods lovbe mærkningernes ordlyd, om at den tidligere praksis efter funktionærloven "delvis forlades"⁸ - stadig kunne være relevant i fremtidige sager om vurderingen af betroelseskravet sammenholdt med forarbejdernes eksempler på, hvad der bør kræves til en 'helt særlig betroet stilling'.

Kompensation

Et andet af de områder, hvor der med lov om ansættelsesklausuler er sket en nyordning, er spørgsmålet om kompensation.

Under de tidligere regler havde funktionærer krav på kompensation under konkurrence- eller kundeklausulers løbetid. Kompensationen skulle mindst udgøre 50 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet. Hvis den fratrædte medarbejder opnående "anden

passende beskæftigelse" - altså beskæftigelse inden for sit uddannelses- eller erfaringsområde, og med respekt af klausulen - blev indtægten modregnet i kompensationen, dog undtaget kompensationen for de første 3 måneder, hvis det var en konkurrenceklausul, der var aftalt. Dertil kom, at arbejdsgiveren kunne få "to klausuler for éns pris", fordi medarbejderen ikke var berettiget til kompensation for en kundeklausul, hvis der samtidig gjaldt en konkurrenceklausul.

Dette system med en fast mindstesats for kompensation og modregning "krone-for-krone" er med lov om ansættelsesklausuler ændret til kompensationsbetaling i forskellige niveauer eller grader alt efter, hvor lang en klausul der er aftalt, og hvilken situation medarbejderen befinder sig i efter fratrædelsen.

Udgangspunktet er nu, at den fratrådte medarbejder i klausulperioden skal modtage en kompensation på 40 %, henholdsvis 60 %, af lønnen på fratrædelsestidspunktet, hvis kunde- eller konkurrenceklausulen har en varighed på maksimalt 6 måneder, henholdsvis 12 måneder.

Hvis medarbejderen i klausulperioden - eller i dele heraf - opnår anden passende beskæftigelse, kan kompensationen reduceres til 40 % af udgangspunktet, det vil sige til 16 %, henholdsvis 24 %.

For kombinerede kunde- og konkurrenceklausuler gælder en helt tredje kombination af kompensation og varighed. Kombinerede klausuler kan maksimalt have en varighed på 6 måneder, men ikke desto mindre er medarbejderen berettiget til kompensation efter den høje sats - 60 %, henholdsvis 24 %.

For alle klausuler gælder det, at kompensationen for de første 2 måneder skal betales som en engangskompensation på fratrædelsestidspunktet. Kompensationen skal udbetales efter den gældende høje sats og er dermed uafhængig af medarbejderens eventuelle nye beskæftigelse.

Der er som nævnt tale om en reduktion af kompensationen ved anden passende beskæftigelse og ikke

en modregning med medarbejderens indkomst ned til en mindstegrænse. Det betyder, at arbejdsgiveren, der skal udbetale kompensation til en fratrådt medarbejder, som udgangspunkt ikke længere vil have brug for oplysninger om medarbejderens indkomst i den nye beskæftigelse, men alene vil have behov for at vide, om og i så fald hvilken beskæftigelse medarbejderen har. Det er forudsat i forarbejderne, at vurderingen af, hvilken kompensationssats medarbejderen er berettiget til, principielt skal ske måned for måned.

I kraft af, at arbejdsgiveren nu kan nøjes med at skulle forholde sig til, om medarbejderen er i ny, passende beskæftigelse eller ej, ved vurderingen af, om medarbejderen er berettiget til den høje eller lave kompensationssats, kan administrationen af kompensation muligvis vise sig enklere for arbejdsgiveren. Det trækker dog i den modsatte retning, at det i lovforslagets bemærkninger er forudsat, at det skal vurderes måned for måned, hvilken kompensationssats medarbejderen er berettiget til. Hvordan dette krav nærmere vil blive fortolket, har vi i sagens natur til gode at konstatere, men hvis man fx forestiller sig, at det vil være arbejdsgivers ansvar måned for måned at kontakte medarbejderen og høre, om medarbejderen er i beskæftigelse, vil det ikke føre til, at det er blevet enklere eller mindre omstændeligt at administrere klausulerne efter de nye regler - snarere tværtimod.

Den skriftlige aftale

Også på det mere formelle plan er der sket en betydelig skærpelse af gyldighedsbetingelserne for konkurrence- og kundeklausuler sammenlignet med funktionærlovens §§ 18 og 18 a. Det stiller helt nye krav til formuleringen af klausulerne, hvor der virkelig er grund til at være omhyggelig.

Der er i lovens §§ 5, 6 og 7 opremset en række gyldighedsbetingelser, der gælder for henholdsvis konkurrence-, kunde- og kombinerede klausuler. Det er et krav, at der indgås en skriftlig aftale om

klausulen, der skal indeholde en række nærmere oplysninger til medarbejderen.⁹

For konkurrenceklausuler er det nu en gyldighedsbetingelse, at medarbejderen oplyses om, at denne indtager en "helt særlig betroet stilling". Derudover skal aftalen om en konkurrenceklausul indeholde en begrundelse for konkurrenceklausulen - formuleret som, at medarbejderen skriftligt skal have oplyst, hvilke forhold i ansættelsen der gør en konkurrenceklausul påkrævet. Derudover skal medarbejderen have oplyst, at konkurrenceklausulen først bliver virksom efter 6 måneders ansættelse, at medarbejderen vil modtage compensation efter lovens regler samt endelig klausulens varighed - der ikke må være længere end 12 måneder fra fratrædelsestidspunktet.

For kundeklausuler er det en gyldighedsbetingelse, at klausulen kun omfatter kunder, som medarbejderen har haft forretningsmæssig forbindelse med inden for de seneste 12 måneder før opsigelsestidspunktet, og at medarbejderen informeres om dette. Derudover skal medarbejderen informeres om karenstiden på 6 måneder, compensation og varighed på samme måde som ved konkurrenceklausuler.

Yderligere har medarbejderen krav på at få udleveret en liste over, hvilke kunder der er omfattet af kundeklausulen. Kravet om denne liste er strengt taget ikke at finde blandt de opremsede gyldighedsbetingelser i § 6, nr. 1-4, men er derimod reguleret i § 6, stk. 2.

Det fremgår imidlertid tydeligt af lovforslagets bemærkninger, at udleveringen af en (korrekt) kundeliste er en betingelse for at kunne gøre kundeklausulen gældende over for medarbejderen, hvorfor det i sagens natur må regnes med som en gyldighedsbetingelse.¹⁰ Ydermere fremgår det af lovforslagets bemærkninger, at kundelisten ud over

at være udleveret også skal være korrekt for alle de anførte kunder.¹¹ Med denne ordlyd kunne arbejdsgiveren måske principielt risikere, at en enkelt fejl på listen kunne have konsekvenser for hele kundeklausulen, hvilket forekommer at være en usædvanlig og ikke proportionel sanktion. Vores bud vil være, at der - bemærkningernes ordlyd til trods - må skulle finde en eller anden grad af proportionalitetsvurdering sted i forhold til, hvad der skal ske med kundeklausulen, hvis der er fejl på kundelisten.

For kombinerede klausuler skal gyldighedsbetingelserne for både konkurrence- og kundeklausuler være opfyldt, dog således at der skal tages højde for de særlige bestemmelser om varighed og compensation, der gør sig gældende for kombinerede klausuler.

Generelt indeholder lov om ansættelsesklausuler væsentlig mere detaljerede krav og strengere gyldighedsbetingelser, end hvad der var tilfældet efter funktionærlovens §§ 18 og 18 a. Det er noget nyt, at de i loven opregnede gyldighedsbetingelser skal gengives på skrift over for medarbejderen, og at bestemte udtryk skal kunne genfindes i klausulens tekst, før den er gyldig.

Tilmed lægger lovforslagets bemærkninger op til en forholdsvis streng fortolkning af gyldighedsbetingelserne over for arbejdsgiver. Det viser sig fx ved domstolenes adgang til at efterprøve, om den for konkurrenceklausuler krævede begrundelse stemmer overens med virkeligheden sammenholdt med arbejdsgivers tilsyneladende manglende mulighed for at "reparere" på en mangelfuld eller ikke retvisende begrundelse ved at dokumentere, at medarbejderen rent faktisk har udfyldt en "helt særlig betroet stilling". Et andet eksempel er betingelsen om kundelisten, der skal være "korrekt for alle omfattede kunder".

⁹ Jf. Lov om ansættelsesklausuler § 5, nr. 6, § 6, stk. 1, nr. 5 og § 7, nr. 2 forudsætningsvis.

¹⁰ Ft 2015-2016, tillæg A, L 25, s. 19.

¹¹ Ft 2015-2016, tillæg A, L 25, s. 19.

Der er med andre ord grund til nøje at overveje formuleringen af konkurrence- og kundeklausuler, der er omfattet af lov om ansættelsesklausuler. De strenge og detaljerede gyldighedsbetingelser indebærer en stærkt forøget risiko for, at selv mere formelle fejl eller mangler i en kunde- eller konkurrenceklausul vil kunne føre til klausulens ugyldighed, uanset hvor velbegrundet restriktionen ellers måtte være i det virkelige liv.

Selvom vi selvfølgelig stadig har til gode at se, hvordan domstolene vil fortolke og anvende lovens gyldighedsbetingelser, må det forventes, at dels lovens ordlyd, dels de fortolkningsbidrag, der findes i lovens forarbejder, vil blive tillagt betydelig vægt.

Dermed er det formentlig også sikkert at sige, at det vil være påkrævet, at arbejdsgiver ved udformningen af kunde- og konkurrenceklausuler så nøgternt, fyldestgørende og - for så vidt angår kravet om begrundelse - så konkret som muligt beskriver de gyldighedsbetingelser, der fremgår af loven.

Klausulernes ophør

Også i relation til spørgsmålet om klausulernes ophør er der med de nye regler gennemført ændringer.

Lovens § 10, stk. 1, viderefører den adgang til arbejdsgivers opsigelse af konkurrence- og kundeklausuler, som blev indført med revisionen af funktionærlovens § 18 og indførelsen af funktionærlovens § 18 a i 1999. Som hidtil kan opsigelse ske med en måneds varsel til udgangen af en måned.

Ved opsigelse bortfalder parternes forpligtelser, når opsigelsesperioden udløber. Det vil sige, at hvis opsigelse sker under ansættelsen, vil klausulen aldrig træde i kraft. Hvis opsigelsen derimod sker ved fratrædelsen eller i løbet af klausulperioden, vil både restriktionen og pligten til at betale kompensation ophøre ved opsigelsesperiodens udløb.

Der gælder imidlertid den undtagelse¹², at hvis arbejdsgiver opsiges klausulen, og medarbejderen fratræder inden for 6 måneder derefter, vil medarbejderen have krav på at modtage engangskompensationen, der efter lov om ansættelsesklausuler udgør 2 måneders kompensation, og som ikke kan reduceres. Så vidt er bestemmelsen en videreførelse af funktionærlovens regler for opsigelse af konkurrenceklausuler.

Det er dog som noget nyt blevet en yderligere betingelse, at medarbejderen for at have krav på engangskompensationen også skal have været ansat i mindst 3 måneder på fratrædelsestidspunktet. Som udgangspunkt er der ikke noget mærkverdigt i en sådan karenperiode, men det er samtidig en gyldighedsbetingelse for alle tre typer af restriktioner, at medarbejderen skal have været ansat i minimum 6 måneder, før en klausul kan gøres gældende over for medarbejderen.¹³

Reglen indebærer dermed, at en medarbejder, der opsiges sin stilling og fratræder mellem den 4. og 6. ansættelsesmåned, vil have krav på at modtage engangskompensation svarende til 2 måneders kompensation, til trods for, at klausulen utvivlsomt ikke kan gøres gældende på fratrædelsestidspunktet. Set udelukkende på lovens ordlyd kunne det godt ligne en lapsus - en utilsigtet konsekvens. Det følger imidlertid af lovforslagets bemærkninger, at det rent faktisk er lovgivers intention med bestemmelsen, at en medarbejder skal være berettiget til engangskompensation i denne situation.¹⁴ Bestemmelsen er dog ikke motiveret nærmere.

Hvis en medarbejder opsiges af arbejdsgiveren uden selv at have givet anledning til opsigelsen, fx ved stillingsnedlæggelse, eller hvis medarbejderen ophæver ansættelsesforholdet på grund af arbejdsgiverens væsentlige misligholdelse, har det for konkurrenceklausuler hidtil været ensbetydende med, at klausulen bortfalder. Reglen fulgte af af-

¹² Lov om ansættelsesklausuler § 10, stk. 2.

¹³ Jf. lovens § 5, nr. 3, § 6, stk. 1, nr. 2 og § 7, nr. 2.

¹⁴ Ft 2015-2016, tillæg A, L 25, s. 21-22.

taleloven og gjaldt ikke blot for funktionærer, men for alle lønmodtagere og for administrerende direktører.¹⁵

Bestemmelsen er videreført i lov om ansættelsesklausuler § 11, stk. 1, men med den væsentlige modifikation, at hvor medarbejderens kompensationskrav bortfaldt efter de tidligere gældende regler,¹⁶ har medarbejderen nu efter de nye regler krav på at modtage engangskompensationen.

Både for så vidt angår betaling af engangskompensation ved uhyre kortvarige ansættelsesforhold og ved driftsmæssigt begrundede opsigelser/berettede ophævelser må der i høj grad stilles spørgsmålstegn ved rationalet bag, at arbejdsgiver skal betale engangskompensationen for en konkurrenceklausul, der ikke kan gøres gældende.

At arbejdsgiver nu skal betale (delvis) kompensation for en klausul, der ikke kan gøres gældende, bryder med det ellers almindelige princip om, at ugyldighed fører til, at hver part beholder sit – altså arbejdsgiveren sin kompensation, og medarbejderen sin ret til at påtage sig konkurrerende beskæftigelse uden at skulle respektere en konkurrenceklausul.

Dette skifte er ikke i lovforslagets bemærkninger begrundet fra lovgivers side. Det nærmeste, vi kommer, er, at det af bemærkningerne til § 11, stk. 1, fremgår, at engangskompensationen skal betales, fordi klausulen må opfattes som opsagt af arbejdsgiver.

Sammenligningen holder imidlertid ikke, allerede fordi arbejdsgivers opsigelse af klausulen er arbejdsgivers valg. Medarbejderen kan dermed ikke have nogen beskyttelsesværdig forventning om, at klausulen vil blive gjort gældende, når medarbejderen søger efter ny beskæftigelse. Derimod vil det – både ved de meget kortvarige ansættelser og ved driftsmæssigt begrundede opsigelser – være

klart for medarbejderen, at klausulen ikke under nogen omstændigheder vil kunne gøres gældende.

SAMME BESKYTTELSE, MEN LÆNGERE DERHEN

Der er ikke med lov om ansættelsesklausuler lagt op til eller sket en afgørende indskrænkning af selve den beskyttelse, som man som arbejdsgiver kan opnå med en konkurrence- eller kundeklausul. Dog er gruppen af arbejdsgiverens kunder, der kan omfattes af en kundeklausul, blevet begrænset, ligesom klausulernes varighed er blevet begrænset betydeligt.

Klausulerne er således stadig det primære "værktøj", som en arbejdsgiver kan benytte sig af, hvis arbejdsgiveren ønsker at forhindre, at medarbejderen straks efter fratrædelsen tager know-how med sig til en ny arbejdsgiver, eller at medarbejderen straks "betjener" arbejdsgiverens kunder som selvstændig eller som ansat hos en ny arbejdsgiver.

De skærpede og meget detaljerede gyldighedsbetingelser, der er indført med lov om ansættelsesklausuler, vil muligvis i sig selv kunne begrænse brugen af konkurrence- og kundeklausuler.

Gyldighedsbetingelserne stiller som nævnt krav til affattelsen og administrationen af konkurrence- og kundeklausuler, og der kan dermed være arbejdsgivere, der på forhånd opgiver at aftale en konkurrence- og kundeklausul med en medarbejder, fordi byrden og arbejdet med udarbejdelsen og administrationen ikke er det værd for i det højeste 12 måneders beskyttelse.

Der er selvfølgelig også det scenarie, at jo strengere betingelserne er, jo større er sandsynligheden for, at en arbejdsgiver (uforvarende) får konciperet eller administreret en klausul på en måde, der ikke lever op til disse betingelser. Det forekommer dog ikke at være en helt fair måde at afbalancere hensynene til

¹⁵ Aftalelovens § 38, stk. 2, der er ophævet med virkning fra 1. januar 2016.

¹⁶ At medarbejderens krav på kompensation bortfaldt, blev endeligt afklaret af Højesteret i dom af 12. april 2005, U 2005.2073 H. Højesteret begrundede konklusionen med de almindelige regler om retsvirkningen af ugyldighed.

medarbejderne og det omkringliggende samfund på den ene side og arbejdsgiverne på den anden, og det har formentlig ikke været en del af kalkulationen fra lovgivers side.

De økonomiske omkostninger ved konkurrence- og kundeklausuler kunne formentlig spille en større rolle i forhold til at opnå formålet om begrænsning af anvendelsen af klausuler.

Sammenholdt med funktionærlovens §§ 18 og 18 a vil lov om ansættelsesklausuler givetvis indebære øgede omkostninger for arbejdsgivere - i hvert fald i nogle situationer. Til eksempel vil en klausul med en varighed på 12 måneder nu udløse en kompensation på 60 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet, hvorimod det efter funktionærlovens § 18 udløste en kompensation på 50 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet. Tilmed skal arbejdsgiveren efter lov om ansættelsesklausuler betale kompensation svarende til 24 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet, selvom medarbejderen har opnået anden passende beskæftigelse, hvorimod anden passende beskæftigelse for den fratrådte medarbejder efter funktionærlovens § 18 som oftest bevirkede, at der ikke skulle betales kompensation. I den anden retning trækker imidlertid det forhold, at engangskompensationen - der efter begge regelsæt skal betales uanset anden beskæftigelse - kun udgør 2 måneders kompensation efter lov om ansættelsesklausuler, hvorimod den udgjorde 3 måneders kompensation efter funktionærlovens § 18.

Dertil kommer, at hvis arbejdsgiveren kan nøjes med en klausul af 6 måneders varighed - hvilket en del arbejdsgivere har kunnet også under de tidligere regelsæt - er kompensationen ikke blevet (væsentlig) fordyret, idet den blot udgør 40 %, henholdsvis 16 %.

Endelig kan det overvejes, om reglerne - utvivlsomt mod intentionen - kan føre til en øget forholdsmæssig forekomst af konkurrenceklausuler over for kundeklausuler i lyset af, at konkurrence- og kundeklausuler nu er ligestillet i kompensationsmæssig henseende.

Før 2016 var kundeklausuler - både i teori og praksis - forbundet med færre omkostninger for arbejdsgiveren, herunder fordi kundeklausuler ikke udløste et krav på modregningsfri engangskompensation. Denne forskel afspejlede det forhold, at konkurrenceklausuler er væsentligt mere begrænsende for den fratrådte medarbejders muligheder for at opnå anden beskæftigelse. Når klausulerne nu ligestilles i kompensationsmæssig henseende, kan det føre til, at arbejdsgiveren vælger en konkurrenceklausul frem for en kundeklausul, når der nu intet er sparet. Denne mulige konsekvens er næppe i overensstemmelse med lovens intentioner om at begrænse brugen af konkurrence- og kundeklausuler.

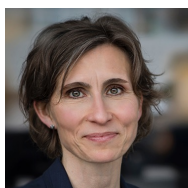
Der er også den mulighed, at den begrænsede varighed af konkurrence- og kundeklausuler kan føre til, at flere arbejdsgivere vil benytte sig af muligheden for at aftale et gensidigt forlænget opsigelsesvarsel, hvilket i hvert fald kan lade sig gøre uden for overenskomsterne. På den måde vil en arbejdsgiver, der har brug for at beskytte knowhow og forretningsmodel kunne udskyde klausulens begyndelsestidspunkt med det forlængede opsigelsesvarsel, hvor medarbejderen vil være underlagt den almindelige loyalitetspligt, der alt andet lige giver en bredere beskyttelse, end konkurrence- og/eller kundeklausuler under nogen form. I kraft af at medarbejderen vil have krav på løn i det forlængede opsigelsesvarsel, vil en sådan løsning sandsynligvis indebære forøgede omkostninger for arbejdsgiveren, men det kan sagtens være investeringen værd.

At formålet om klarhed og begrænsning af anvendelsesområdet for konkurrence- og kundeklausuler vil nås med lov om ansættelsesklausuler, forekommer ikke entydigt. Loven indebærer utvivlsomt øgede administrative byrder for arbejdsgivere, hvorimod loven ikke nødvendigvis øger omkostningerne til konkurrence- og kundeklausuler. Arbejdsgivere, der har et stort beskyttelsesbehov, vil dog formentlig stadig anvende konkurrence- og kundeklausuler i samme eller næsten samme omfang som tidligere, og måske endda overveje at anvende en

konkurrenceklausul i stedet for tidligere en kunde-klausul eller supplere konkurrence- eller kunde-klausuler med andre tiltag. Dertil kommer, at loven formentlig ikke - for funktionærer - indebærer nogen reel begrænsning af, hvilke medarbejdere der kan omfattes af en konkurrenceklausul. Trods forarbejdernes bemærkning om, at den hidtidige praksis delvis forlades, tyder de fremhævede eksempler og øvrige bemærkninger om anvendelsesområdet på, at i langt de fleste tilfælde vil der ikke være en tydelig forskel på vurderingen af, om en funktionær var særlig betroet efter funktionærlovens regler, eller om en funktionær er helt særlig betroet efter lov om ansættelsesklausuler.

Om den tilstræbte klarhed og begrænsning vil blive opnået med lov om ansættelsesklausuler, må selvsagt i sidste ende afvente retspraksis og andet, der kan belyse den praktiske anvendelse af reglerne, men på nuværende tidspunkt er det bestemt ikke givet, at det vil være tilfældet.

KONKURRENCEBEGRÆNSENDE AFTALER FOR BESTYRELSESMEDLEMMER



ANNE MARIE ABRAHAMSON
PARTNER, ADVOKAT (L)

PROBLEMSTILLINGEN

Ind i mellem hører man om bestyrelsesmedlemmer, der fra den ene dag til den anden forlader en bestyrelsespost i én virksomhed til fordel for en bestyrelsespost i en anden, konkurrerende virksomhed.

Når man tænker på, hvor stor en indsats danske virksomheder normalt lægger i at beskytte virksomheden mod konkurrerende aktiviteter, herunder ved brug af konkurrencebegrænsende aftaler med direktører, kapitalejere (i ejeraftaler) og nøglemedarbejdere, kan man undre sig over, at der tilsyneladende ikke på tilsvarende vis søges lagt begrænsninger på bestyrelsesmedlemmer.

Det vil typisk være hensynet til at beskytte forretningshemmeligheder, knowhow, forretningsmæssig indsigt, nøglemedarbejdere samt kunderelationer, der fører til brugen af konkurrence- og kundeklausuler over for direktører, nøglemedarbejdere og kapitalejere. Bør samme hensyn ikke gøre sig gældende i relation til bestyrelsesmedlemmer?

Formålet med denne artikel er at belyse de retlige rammer for brugen af konkurrencebegrænsende aftaler i relation til bestyrelsesmedlemmer og samtidig fremkomme med visse friere overvejelser omkring spørgsmålet.

ANSÆTTESRETLIGE OVERVEJELSER

Der sondres ansættelsesretligt mellem konkurrence-, kunde- og medarbejderklausuler. Konkurrenceklausuler har til formål at forhindre, at en person udsætter en virksomhed for konkurrerende adfærd. Kundeklausuler har til formål at forhindre, at en person har forretningsmæssig kontakt med en virksomheds kunder, mens en medarbejderklausul (som ikke længere gyldigt kan indgås, jf. i det følgende) har til formål at forhindre, at en person rekrutterer eller på anden måde foranlediger en virksomheds medarbejdere til at forlade virksomheden. Klausulerne vil typisk være gældende i ansættelsesperioden (hvis dette følger af klausulens ordlyd) og i en given periode efter aftalens ophør.

Der gælder visse formkrav i relation til gyldigheden af sådanne klausuler, afhængigt af hvilken persongruppe klausulerne søges pålagt.

Konkurrenceklausuler er reguleret af ansættelses-klausullovens § 5, for så vidt angår lønmodtagere. Ifølge denne bestemmelse kan en konkurrenceklausul kun gyldigt pålægges en lønmodtager, hvis klausulen indgås skriftligt, og der tilkommer lønmodtageren en kompensation i den periode, klausulen skal være gældende, jf. ansættelses-klausul-lovens § 8. Klausulen kan desuden udelukkende pålægges helt særligt betroede medarbejdere.

På tilsvarende vis er kundeklausuler reguleret af ansættelses-klausul-lovens § 6 for så vidt angår lønmodtagere. Ifølge denne bestemmelse kan en kundeklausul kun gyldigt pålægges en lønmodtager, hvis klausulen indgås skriftligt, og der tilkommer lønmodtageren en kompensation, jf. ansættelses-klausul-lovens § 8.

En kombineret klausul, der både omfatter en konkurrenceklausul og en kundeklausul, er reguleret af ansættelses-klausul-lovens § 7.

Der blev med ansættelses-klausul-loven indført et generelt forbud mod indgåelse af nye medarbejderklausuler. De gyldige medarbejderklausuler, der er indgået før 1. januar 2016, hvor loven trådte i kraft, kan dog opretholdes frem til 1. januar 2021. Ud over disse medarbejderklausuler, der gyldigt er indgået før lovens ikrafttræden, vil det udelukkende være muligt at anvende medarbejderklausuler i forbindelse med forhandlinger om virksomheds-overdragelser.

I tillæg til konkurrence- og kundeklausuler vil lønmodtagere (og direktører) i løbet af ansættelsesforholdet være underlagt en almindelig loyalitetsforpligtelse, der forhindrer den pågældende i at foretage nogen former for konkurrerende virksomhed, så længe vedkommende er ansat af virk-

somheden. Dette gælder også i en eventuel fritstillingsperiode.

For direktører og kapitalejere gælder der som udgangspunkt aftalefrihed i forhold til konkurrencebegrænsende aftaler. Det betyder, at der gyldigt kan indgås aftaler om konkurrence- og kundeklausuler uden kompensation, blot med iagttagelse af aftalelovens almindelige gyldighedsregler, herunder aftalelovens § 36.

Direktører er dog desuden omfattet af bestemmelsen i ansættelses-klausul-loven § 11, stk. 1 og 2¹ (tidligere aftalelovens § 38, stk. 1 og 2), hvorefter konkurrenceklausulen bortfalder, hvis direktøren ikke selv har givet anledning til opsigelsen, eller hvis selskabet har misligholdt sine forpligtelser overfor direktøren, og direktøren som følge heraf opsiges sin stilling. Endvidere kan klausulen for en direktør tilsidesættes, hvis klausulen med hensyn til tid, sted eller andre forhold går videre end påkrævet for at værne om arbejdsgiverens tarv eller på urimelig måde indskrænker personens adgang til erhverv.

Bestyrelsesmedlemmer, når bortses fra medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer, vil typisk ikke være i et lønmodtagerforhold til virksomheden, men vil blive betragtet som en selvstændig part (se om selve valget til hvervet som bestyrelsesmedlem nedenfor). Der kan derfor som udgangspunkt indgås aftaler med et bestyrelsesmedlem på lige fod som med direktører og kapitalejere, således at der er aftalefrihed, kun begrænset af de almindelige aftaleretlige regler.

Ansættelsesretligt er der således intet til hinder for at indgå aftaler med et bestyrelsesmedlem omkring konkurrencebegrænsning, herunder såvel i forhold til konkurrerende adfærd som i forhold til kunderelationer. Ofte vil et bestyrelsesmedlem dog ikke få direkte kontakt med en virksomheds kunder, og der vil derfor typisk ikke være behov for anvendelse af en kundeklausul.

¹ Om rækkevidden af Ansættelses-klausul-lovens § 11, stk. 1 og 2, jf. stk. 3, i forhold til andre end lønmodtagere henvises til Jens Paulsen i RR 2016.09.0014 og Finn Schwarz m.fl. i note 383 i Ansættelses-klausul-loven.

I tillæg til konkurrencebegrænsende aftaler vil bestemmelser om tavshedspligt kunne yde virksomheden et værn mod misbrug af fortrolig information. Tavshedspligten for bestyrelsesmedlemmer fremgår af selskabslovens § 132.

Desuden indeholder markedsføringslovens § 19 et forbud mod misbrug af virksomhedens forretningshemmeligheder i 3 år efter samarbejdsforholdets ophør. Bestemmelsen omfatter personer, der i kraft af et ansættelses- eller samarbejdsforhold eller et hverv har lovlig adgang til virksomheden. Bestemmelsen omfatter med formuleringen "hverv" også bestyrelsesmedlemmer.

SELSKABSRETLIGE OVERVEJELSER

Ifølge selskabslovens § 120 skal flertallet af medlemmerne af bestyrelsen i aktieselskaber vælges af generalforsamlingen. Endvidere fremgår det af samme bestemmelses stk. 3. at forud for valg af medlemmerne af bestyrelsen på generalforsamlingen skal der i aktieselskaber gives oplysning om de opstillede personers ledelseshverv i andre erhvervsdrivende virksomheder bortset fra aktieselskabets egne 100 pct. ejede datterselskaber.

Denne bestemmelse er indsat for at sikre, at generalforsamlingen er oplyst om, hvilke andre interesser der varetages af den pågældende kandidat til bestyrelsen. Denne oplysningspligt er vigtig, for at generalforsamlingen kan sikre, at bestyrelsesmedlemmet udelukkende varetager selskabets interesser i sit virke som bestyrelsesmedlem. Hvis den opstillede kandidat til bestyrelsen også besidder hverv i konkurrerende virksomheder, vil dette typisk føre til, at der ikke kan opnås valg til bestyrelsen, medmindre hvervet i den konkurrerende virksomhed samtidig opgives.

Af anbefalingerne for god selskabsledelse (corporate governance) fremgår det, at der sammen med indkaldelsen til generalforsamling, hvor valg til bestyrelsen er på dagsordenen, udover det i lovgivningen fastlagte bør udsendes en beskrivelse af de opstillede kandidaters kompetencer med oplysning om kandidaternes øvrige ledelseshverv, herunder

poster i direktioner, bestyrelser og tilsynsråd, inklusive ledelsesudvalg, i udenlandske virksomheder, krævende organisationsopgaver, og at det oplyses, om kandidater til bestyrelsen anses for uafhængige.

I relation til uafhængighed anbefales det, at mindst halvdelen af de generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer er uafhængige, således at bestyrelsen kan handle uafhængigt af særinteresser. For at være uafhængig må den pågældende ikke være eller inden for de seneste 5 år have været medlem af direktionen eller ledende medarbejder i selskabet, et datterselskab eller et associeret selskab, indenfor de seneste 5 år have modtaget større vederlag fra selskabet/koncernen, et datterselskab eller et associeret selskab i anden egenskab end som medlem af bestyrelsen, repræsentere en kontrollerende kapitalejers interesser, inden for det seneste år have haft en væsentlig forretningsrelation (eksempelvis personlig eller indirekte som partner eller ansat, kapitalejer, kunde, leverandør eller ledelsesmedlem i selskaber med tilsvarende forbindelse) med selskabet, et datterselskab eller et associeret selskab, være eller inden for de seneste 3 år have været ansat eller partner hos ekstern revisor, være direktør i et selskab, hvor der er krydsende ledelsesrepræsentation med selskabet, have været medlem af bestyrelsen i mere end 12 år, eller være i nær familie med personer, som ikke betragtes som uafhængige.

Bestyrelsens opgaver består i at varetage den overordnede og strategiske ledelse og sikre en forsvarlig organisation af kapital-selskabets virksomhed, jf. selskabslovens § 115, samt påse, at

- 1) bogføringen og regnskabsafleggelsen foregår på en måde, der efter kapital-selskabets forhold er tilfredsstillende,
- 2) der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller,
- 3) bestyrelsen løbende modtager den fornødne rapportering om kapital-selskabets finansielle forhold,
- 4) direktionen udøver sit hverv på en behørig måde og efter bestyrelsens retningslinjer og

5) kapital selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt, herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde kapital selskabets nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder, og bestyrelsen er således til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske situation og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt.

Hvervet for de generalforsamlingsvalgte medlemmer af bestyrelsen gælder for den periode, der er fastsat i vedtægterne. Valgperioden skal ophøre ved afslutningen af en ordinær generalforsamling senest 4 år efter valget.

Endvidere følger det af selskabslovens § 121, at et medlem af bestyrelsen til enhver tid kan udtræde heraf. Meddelelse herom skal gives til kapital selskabets bestyrelse og, hvis medlemmet ikke er valgt af generalforsamlingen, tillige til den, som har udpeget den pågældende. Et medlem af bestyrelsen kan til enhver tid afsættes af den, som har valgt eller udpeget den pågældende.

Som nævnt fastslår selskabsloven i § 132 en tavshedspligt, således at medlemmer af bestyrelsen ikke uberettiget må videregive, hvad de under udøvelsen af deres hverv har fået kendskab til.

Man kan overveje, om et bestyrelsesmedlem under sit hverv er underlagt en almindelig loyalitetsforpligtelse på linje med den loyalitetspligt, der gælder i et ansættelsesforhold og som i givet fald skulle forhindre bestyrelsesmedlemmet i at påtage sig opgaver, roller eller hverv for en konkurrerende virksomhed, så længe bestyrelseshvervet bestrides. Der kan ikke påvises at gælde en tilsvarende loyalitetspligt for et bestyrelsesmedlem som for lønmodtagere, men et bestyrelsesmedlem har pligt til at varetage selskabets interesser, jf. også princippet i selskabslovens § 127, så længe vedkommende sidder i selskabets bestyrelse, og dette vil typisk ikke være foreneligt med, at vedkommende samtidig sidder i bestyrelsen for et andet konkurrerende selskab.

Som det fremgår, beror bestyrelsesmedlemmets hverv på et valg af generalforsamlingen. Derved adskiller bestyrelsesmedlemmets rolle sig fra såvel direktørens, kapitalejerens og medarbejderens, idet der for disse gruppers vedkommende er tale om et kontraktligt etableret forhold.

Denne forskel betyder, at der ikke i forhold til bestyrelsesmedlemmet foreligger en gensidigt bebyrdende kontrakt, hvor der kan indsættes en konkurrencebegrænsende aftale. Dette betyder imidlertid ikke, at det er udelukket at pålægge et bestyrelsesmedlem en konkurrencebegrænsende aftale. Generalforsamlingen kan beslutte, at der som led i hvervet som bestyrelsesmedlem skal gælde et vilkår om konkurrencebegrænsning. Det er dog en væsentlig forudsætning herfor, at vilkåret ud over at være vedtaget af generalforsamlingen skal være kommunikeret til kandidaterne til bestyrelsen, således at kandidaterne er gjort bekendt med, at det vil være et vilkår i forbindelse med hvervet, at den pågældende person påtager sig den konkurrencebegrænsende klausul, hvis kandidaten opnår valg til bestyrelsen.

Typisk anvendes en bestyrelseskontrakt mellem selskabet og bestyrelsesmedlemmet, hvor vilkåret om den konkurrencebegrænsende aftale indgår, jf. nærmere nedenfor.

Man kan overveje, om spørgsmålet om pålæg af en konkurrenceklausul er et generalforsamlingsanliggende, eller om bestyrelsen evt. kan gennemføre konkurrencebegrænsningen som en art "egen regulering"?

Denne løsning forudsætter i sagens natur, at bestyrelsen ønsker at pålægge sig selv en sådan effektiv konkurrencebegrænsning, og det er måske ikke altid sandsynligt.

Bestyrelsens arbejde skal udføres i overensstemmelse med forretningsordenen, jf. selskabslovens § 130. Det kunne derfor ligeledes overvejes, om en eventuel konkurrencebegrænsende bestemmelse

kunne indsættes i bestyrelsens forretningsorden som et alternativ til en bestyrelseskontrakt.

Det er bestyrelsen selv, der udarbejder forretningsordenen. Det følger blandt andet af § 130, stk. 2, at bestyrelsen bør tage stilling til, om forretningsordenen skal indeholde en bestemmelse om tavshedspligt. Der er dog udelukkende tale om en vejledende opgørelse af emner, der kan være relevante for bestyrelsens forretningsorden. Det vil i sidste ende være op til bestyrelsen at sammensætte forretningsordenen ud fra selskabets konkrete behov.

Det er vel ikke selskabsretligt udelukket, at bestyrelsen kan foretage denne form for "egen regulering", herunder i form af en bestemmelse i bestyrelsens forretningsorden. Det synes dog ikke i praksis at være forretningsordenen, der anvendes til dette formål.

I praksis ses det, at det er bestyrelsens formand, der foranlediger, at andre bestyrelsesmedlemmer indgår en bestyrelseskontrakt, hvori er medtaget en konkurrenceklausul. Denne fremgangsmåde forudsætter i sagens natur, at bestyrelsens formand handler i overensstemmelse med et mandat fra generalforsamlingen (majoritetskapitalejeren). For bestyrelsens formand selv må en repræsentant for generalforsamlingen (majoritetskapitalejeren) tage initiativ til at indgå aftalen med bestyrelsesformanden.

KONKURRENCEBEGRÆSENDE AFTALER FOR BESTYRELSESMEDLEMMER

Som fastslået ovenfor, er det muligt at indgå konkurrencebegrænsende aftaler med et bestyrelsesmedlem. Den konkurrencebegrænsende aftale bør foreligge i skriftlig form og indgås mellem bestyrelsesmedlemmet og det selskab, som bestyrelsesposten vedrører. Aftalen benævnes ofte bestyrelseskontrakt. Aftalen kan eksempelvis indeholde følgende hovedpunkter i relation til den konkurrencebegrænsende aftale:

Afgrænsning af forbuddet:

- Hvilken virksomhed er bestyrelsesmedlemmet forhindret i at beskæftige sig med?
- Varigheden af forbuddet (i hvor lang en periode efter bestyrelseshvervets ophør skal forbuddet gælde?)
- Skal der betales kompensation for klausulen? I givet fald skal der også tages stilling til evt. modregning.
- Kan klausulen opsiges?
- Skal forbuddet også gælde, hvis bestyrelsesmedlemmet afsættes af generalforsamlingen, uden at bestyrelsesmedlemmet har givet rimelig anledning til hvervets ophør (jf. princippet i Ansættelsesklauulovens § 11, stk. 1)?
- Hvilken sanktion skal overtrædelse af forbuddet medføre (erstatningsansvar og/eller konventionalbod)?
- Retsmidler til imødegåelse af handlinger i strid med klausulen (nedlæggelse af forbud mv.)?

Det kommende bestyrelsesmedlem bør som nævnt præsenteres for klausulen inden valget, og i forbindelse med valget bør det kommende bestyrelsesmedlem tiltræde klausulen med sin underskrift på aftalen.

Andre forhold, der evt. kan reguleres i en bestyrelseskontrakt, kunne eksempelvis være følgende:

- Bestyrelsens sammensætning
- Opgaver
- Arbejdsfordeling
- Honorar
- Varighed/ opsigelse
- Tidsplan for bestyrelsesmøder
- Materiale til bestyrelsesmøder
- Evaluering af bestyrelsen og de enkelte medlemmer
- Tavshedspligt og
- Forsikring.

GENERELLE OVERVEJELSER

Som der fremgår ovenfor, er det forfatterens opfattelse, at der gyldigt kan pålægges bestyrelsesmedlemmer konkurrencebegrænsende aftaler i forbindelse med påtagelsen af hvervet som bestyrelsesmedlem. Det forudsætter, at vilkåret er vedtaget af generalforsamlingen og præsenteret for kandidaterne til bestyrelsen inden valget, således at det klart fremgår, at den konkurrencebegrænsende aftale er et vilkår, der vil være gældende for kandidaten, hvis denne opnår valg.

Hvis vilkåret først præsenteres for bestyrelsesmedlemmet efterfølgende – enten af generalforsamlingen eller af bestyrelsen som "egenregulering" – kræver det særskilt accept på dette tidspunkt fra bestyrelsesmedlemmets side at blive pålagt denne klausul.

Er der forhold, der kan tale imod brugen af konkurrencebegrænsende aftaler?

Som anført ovenfor, indeholder anbefalingerne omkring god selskabsledelse en anbefaling omkring, at mindst halvdelen af bestyrelsens medlemmer bør være uafhængige. Reglerne har primært fokus på at sikre, at bestyrelsen kan virke uden hensyntagen til særinteresser. Bestyrelsens opgaver består som bekendt i at varetage den overordnede og strategiske ledelse og sikre en forsvarlig organisation af kapital-selskabets virksomhed, jf. selskabslovens § 115.

Ved valget til bestyrelsen påtager det enkelte medlem sig at varetage visse lovbestemte pligter, der i videst muligt omfang skal sikre, at der sker en forsvarlig ledelse af selskabet, og bestyrelsesmedlemmet varetager på denne måde en bredere forpligtelse end blot hensynet til selskabets aktionærer. Bestyrelsesmedlemmet skal således arbejde for at sikre, at selskabet drives på en måde, der ud over kapitalejernes interesser, tilgodeser kreditorer, medarbejdere, offentlige myndigheder og også bredere samfundshensyn.

Hvis et bestyrelsesmedlem ikke mener at kunne indestå for den fortsatte ledelse af selskabet, bør det pågældende medlem udtræde af bestyrelsen, hvilket kan ske umiddelbart og uden varsel.

Sidstnævnte er også en væsentlig forskel i forhold til direktører, medarbejdere og kapitalejere, hvor aftalens ophør typisk er fastlagt i særskilte bestemmelser om opsigelsesvarsel m.v.

Det forhold, at bestyrelsesmedlemmet skal varetage en bredere rolle end blot sikre kapitalejerne det størst mulige afkast på deres investering, betyder også, at der kan være grund til at udvise tilbageholdenhed omkring brugen af konkurrencebegrænsende aftaler på bestyrelsesmedlemmer. Der pålægges en binding på bestyrelsesmedlemmet, der kan medføre, at bestyrelsesmedlemmet i konkrete situationer agerer på en uhensigtsmæssig måde, f.eks. vælger at blive siddende som bestyrelsesmedlem, i stedet for at udtræde. Dette kan være begrundet i, at den pågældende ikke ønsker at miste en indtægt som bestyrelsesmedlem uden mulighed for at påtage sig lignende hverv i tilsvarende virksomheder.

Visse kandidater til bestyrelsesposterne vil formentlig slet ikke påtage sig de konkurrencebegrænsende aftaler. Man kan forestille sig, at bestyrelsesmedlemmet oplever, at en sådan konkurrencebegrænsende aftale vil være en væsentlig hindring for den pågældende persons mobilitet. Det kan også tænkes, at den pågældende person vil opleve, at et sådant vilkår vil påvirke den pågældende persons mulighed for at være uafhængig og dermed varetage sine forpligtelser som bestyrelsesmedlem på behørig vis.

Som argument imod at påtage sig en konkurrencebegrænsende aftale kan det anføres, at selskabet er tilstrækkeligt beskyttet gennem bestyrelsesmedlemmets tavshedspligt, jf. selskabslovens § 132. Overtrædelse af denne bestemmelse er straffebelagt, jf. selskabslovens § 367. Hertil skal dog som modargument anføres, at også direktører, medarbejdere og kapitalejere som oftest vil være underlagt tavs-

hedsforpligtelse uden, at dette vurderes at udgøre et tilstrækkeligt værn mod konkurrerende adfærd. Sager omkring overtrædelse af tavshedsforpligtelse er svære at vinde. Dels fordi virksomheden skal løfte bevisbyrden for, at den pågældende person har overtrådt tavshedsforpligtelsen, dels fordi virksomheden skal dokumentere at have lidt et økonomisk tab ved overtrædelsen, hvis sagen skal være andet end principiel (og medmindre der undtagelsesvist er indsat en konventionalbod i aftalen). Som anført er tavshedspligten i selskabslovens § 132 strafbelagt, hvilket tilsvarende gør sig gældende for markedsføringslovens § 19. Strafferetlige sager omkring overtrædelse af selskabslovens og markedsføringslovens tavshedsforpligtelser er få; formentlig som følge af nævnte bevismæssige vanskeligheder og manglende økonomisk incitament for virksomhederne til at føre sagerne.

Det kan også anføres som argument imod brugen af konkurrencebegrænsende aftaler for bestyrelsesmedlemmer, at bestyrelsesmedlemmerne qua deres overordnede rolle i selskabets ledelse, ikke opnår et detaljeringskendskab svarende til eksempelvis en direktørs, og at der derfor ikke er det samme behov for en konkurrencebegrænsende aftale for et bestyrelsesmedlem. Hertil kan det imidlertid anføres, at detaljeringskendskabet formentlig er meget varierende fra selskab til selskab. Under alle omstændigheder opnår bestyrelsesmedlemmet kendskab til fortrolige strategiske overvejelser, knowhow og kunderelationer, som på væsentlig måde vil kunne skade virksomheden, hvis denne viden viderebringes som bestyrelsesmedlem i en konkurrerende virksomhed.

Endelig kan man forestille sig, at et bestyrelsesmedlem som betingelse for at acceptere en konkurrencebegrænsende aftale, vil kræve et højere bestyrelseshonorar for herigennem at opnå kompensation for de begrænsninger, som klausulen medfører.

AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER

Formålet med nærværende artikel er at skabe fokus på spørgsmålet omkring brugen af konkurrencebe-

grænsende aftaler på bestyrelsesmedlemmer. Det er forfatterens opfattelse, at brugen af konkurrencebegrænsende aftaler på bestyrelsesmedlemmer er meget lidt udbredt. Efter forfatterens opfattelse er der ingen juridiske hindringer for brug af konkurrencebegrænsende aftaler på bestyrelsesmedlemmer.

For nogle virksomheder vil hensynet til at beskytte virksomheden tale for brugen af konkurrencebegrænsende aftaler. Mere overordnede hensyn til bestyrelsesmedlemmets pligter og krav om uafhængighed kan dog tale imod brugen af konkurrencebegrænsende aftaler, og visse bestyrelsesmedlemmer vil formentlig takke nej til tilbuddet om bestyrelseshvervet, hvis der knyttes vilkår om konkurrencebegrænsning til hvervet.

TAK FOR ANERKENDELSEN!

I forbindelse med det årlige heldagsseminar ved forening AnsættelsesAdvokater blev jeg udpeget til at modtage Talentprisen 2016. Talentprisen er udtryk for en særlig anerkendelse for arbejdet inden for det arbejds- og ansættelsesretlige felt.

Jeg er glad, stolt, beæret og ydmyg over denne kæmpe anerkendelse. Tak for de pæne ord og mange tak for prisen!

Anton Kraev
Ansvarshavende redaktør



Uddrag af Priskomiteens nominering:

Priskomiteen har udpeget advokatfuldmægtig Anton Kraev til at modtage Talentprisen for 2016.

Anton Kraev har vist sig som en engageret og nytænkende iværksætter og har især gjort sig bemærket med sit arbejde for at dele viden om ansættelsesret.

[...]

Magasinet beskæftiger sig med forskellige ansættelsesretlige problemstillinger, og både universitetsprofessorer og et bredt udvalg af advokater har over årene bidraget til magasinet, som er en væsentlig kilde til videndeling inden for det ansættelsesretlige felt.

Det er Ansættelsesadvokaters opfattelse, at dette arbejde af en yngre advokatfuldmægtig, som kommer Ansættelsesadvokaters medlemmer til gode, fortjener en særlig anerkendelse, hvilket Talentprisen er udtryk for.

København, den 11. november 2016



EFTER AJOS - HAR VI ALLE GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER?



MICHAEL MØLLER NIELSEN
PARTNER, ADVOKAT (L)



JULIE FLINDT RASMUSSEN
ADVOKAT

Den 6. december 2016 gik Højesteret i rette med EU-rettens betydelige påvirkning af og forrang for dansk ret. Højesteret afsagde en principiel og kontroversiel dom i den såkaldte Ajos-sag. Otte ud af ni Højesteretsdommere fandt stik imod EU-rettens principper, at der i en relation mellem to private parter ikke var hjemmel i dansk ret til at tilsidesætte den tidligere bestemmelse i funktionærlovens § 2a, stk. 3, til fordel for et grundlæggende EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling. Men hvad får Højesterets dom af betydning for EU-ret i Danmark fremadrettet?

Ajos-sagen¹ handler om den grundlæggende ret til ikke at blive diskrimineret på grund af alder. Før Lissabon-Traktatens ikrafttræden den 1. december 2009 beroede denne ret på et almindelig EU-retligt princip. Denne ret har desuden siden 2000 været konkretiseret i beskæftigelsesdirektivet² og i artikel 21 i Chartret om Grundlæggende Rettigheder

(“Chartret”), der blev formuleret i 2000 som en enstemmig, højtidelig erklæring af regeringerne i Rådet, altså som såkaldt soft law – det vil sige en erklæring, der ikke har retlig forbindende kraft for medlemslandene eller deres borgere.

Ved Lissabon-Traktatens ikrafttræden fik Charteret traktatrang, det vil sige rent retskildemæssigt er Chartret på niveau med EU-Traktaten (“TEUF”). Afskedigelsen i Ajos skete ca. et halvt år før Lissabon-Traktatens ikrafttræden. I Ajos-sagen var det afgørende derfor dansk rets uoverensstemmelse med en grundlæggende ret, der på det for sagens afgørende tidspunkt fremgik af det almindelig EU-retlige princip om forbud mod alders diskrimination, der var en del af primærretten.

AJOS-SAGEN KORT

En funktionær havde været ansat i virksomheden Ajos i næsten 25 år, da han som 60-årig blev opsagt

¹ Højesterets dom af 6. december 2016 sag nr. 15/2014, 1. afdeling, Sag C-441/14: Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Højesteret (DK) den 24. december 2014.

² Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle ramme bestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, EF-Tidende nr. L 303 af 02/12/2000 s. 16-22.

af virksomheden. Han ville som udgangspunkt være berettiget til en fratrædelsesgodtgørelse svarende til 3 måneders løn i henhold til funktionærlovens § 2a.

Fordi medarbejderen havde ret til arbejdsgiverbetalt alderspension ved sin fratreden, var der efter dansk ret ikke krav på fratrædelsesgodtgørelse al ligevel. Ajos udbetalte derfor ikke fratrædelsesgodtgørelsen til medarbejderen.

Da medarbejderen efterfølgende fik job i en anden virksomhed og derfor ikke gik på pension, anlagde medarbejderen sag mod Ajos med krav om udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse samt krav om betaling af godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven på grund af aldersdiskrimination.

Sø- og Handelsretten kom i sagen og med henvisning til EU-domstolens dom i Ole Andersen-sagen (sag C-499/08) frem til, at Ajos' forståelse af den dagældende funktionærlovs § 2a, stk. 3, var i strid med beskæftigelsesdirektivets forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Hvis en opsagt arbejdstager således har til hensigt at forfølge sin erhvervsmæssige karriere, kan en arbejdsgiver ikke nægte denne fratrædelsesgodtgørelsen, blot fordi medarbejderen er berettiget til pension på fratrædelsestidspunktet.

På den baggrund fandt Sø- og Handelsretten at medarbejderen var berettiget til fratrædelsesgodtgørelse i henhold til funktionærloven, men ikke, at medarbejderen havde krav på godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven.

Sagen blev herefter indbragt for Højesteret, som skulle tage stilling til, om en klar og utvetydig regel, som den dagældende funktionærlovs § 2a, stk. 3, skulle tilsidesættes med henvisning til et EU-retligt princip, som forbyder forskelsbehandling på grund af alder, eller om virksomhedens berettigede forventning om retstilstanden efter den dagældende funktionærlovs § 2a, stk. 3, og selve reglens indhold afskar arbejdstageren fra retten til fratrædelsesgodtgørelse.

Forskellen på Ajos-sagen og tidligere sager, der omhandlede den dagældende undtagelsesbestemmelse til funktionærlovs § 2a, var, at der i Ajos-sagen var tale om en tvist mellem to private parter. To private parter kan som udgangspunkt ikke støtte direkte ret på EU-rettens regler i forholdet mellem hinanden, hvis ikke EU-retten er implementeret i national ret, ligesom der kan være en vis usikkerhed om EU-rettens anvendelse, hvis en national regel strider mod EU-retten, hvilket medarbejdere omvendt kan, hvis arbejdsgiveren er en offentlig institution.

Højesteret skulle derfor tage stilling til om en klar dansk regel skulle tilsidesættes i forholdet mellem Ajos og medarbejderen.

EU-KONFORM FORTOLKNING AF REGELKONFLIKTER

En offentlig arbejdsgiver er over for dets medarbejdere direkte bundet af EU-retlige regler - også selvom reglen ikke er implementeret, eller hvis en national regel strider mod EU-retten. EU-retten tilsidesætter i disse tilfælde dansk ret.

I Ajos-sagen, hvor der var tale om to private parter, der påberåbte sig hver sit regelsæt, var svaret imidlertid ikke lige til, da direktivbestemmelser ifølge TEUF artikel 288, stk. 3, og efter fast EU-retspraksis, ikke kan pålægge private virksomheder forpligtelser over for deres medarbejdere, hvorfor medarbejdere ikke kan støtte direkte ret på EU-retlige regler over for deres arbejdsgivere, når der er en konflikt mellem EU-retten og national ret.

EU-domstolen har imidlertid i tidligere sager, fx i Dominguez-sagen (sag C-282/10), hvor en direktivbestemmelse og en national regel ikke harmonerer i en tvist mellem to private parter, gjort gældende, at den nationale domstol i videst muligt omfang først skal søge at fortolke national ret EU-konformt, det vil sige i overensstemmelse med EU-retten.

Pligten til at fortolke national ret EU-konformt i videst muligt omfang stopper imidlertid efter fast

praksis dér, hvor en sådan fortolkning ville ende med at stride mod national ret – såkaldt "contra legem", eller hvor fortolkningen vil stride mod grundlæggende retsprincipper³ i det land, hvor tvisten verserer.

Hvis det ikke er muligt at overholde EU-retten ved EU-konform fortolkning af national ret, har den krænkede private part altså ikke flere EU-retsmidler tilbage over for den anden private part.

Disse principper er dog blevet udfordret af EU-Domstolen i blandt andet Mangold-sagen (sag C-144/04), hvor EU-Domstolen udtalte, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt EU-retligt princip, og at dette princip kan påberåbes i en tvist mellem private. Det betød i den konkrete sag, at en arbejdstager kunne påberåbe sig princippet om forbud mod aldersdiskrimination, som er udmøntet i beskæftigelsesdirektivet, over for sin private arbejdsgiver.

Dette princip blev efterfølgende gentaget i EU-Domstolens dom i Küçükdeveci-sagen (sag C-555/07).

Overført til Ajos-sagen, skulle disse principper for Højesteret medføre, at den daværende bestemmelse i funktionærlovens § 2a, stk. 3, enten kunne fortolkes EU-konformt, eller at det generelle EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination betød, at EU-retten tilsidesatte den klare danske retsregel og principielt ville ophæve den danske regel i forholdet mellem to private parter.

HØJESTERETS SPØRGSMÅL TIL EU-DOMSTOLEN

Efter den oprindelige hovedforhandling af Ajos-sagen i juni 2014 udtalte Højesteret, at det med en helt klar og fast dansk praksis ikke var muligt at ændre kurs og pludselig fortolke funktionærlovens § 2a, stk. 3, i overensstemmelse med den måde, som

EU-Domstolen havde fortolket beskæftigelsesdirektivets aldersdiskriminationsforbud i Ole Andersen-sagen. Dette mente Højesteret ville være en contra legem-fortolkning af funktionærloven.

For Højesteret var spørgsmålet derfor kun, om Ajos alligevel var forpligtet til at betale fratrædelsesgodtgørelsen, fordi forbuddet mod aldersdiskrimination i beskæftigelsesdirektivet ifølge Mangold- og Küçükdeveci-dommene er en udmøntning af et generelt EU-retligt princip, der forpligter også private, og dermed tilsidesætter modstridende danske regler.

Selvom Mangold- og Küçükdeveci-dommene klart indikerede, at EU-Domstolen allerede havde besvaret dette spørgsmål bekræftende, fandt Højesteret det alligevel ud fra et retssikkerhedsmæssigt hensyn nødvendigt at spørge EU-domstolen igen.

På den baggrund besluttede Højesteret – i stedet for at afsige dom umiddelbart efter hovedforhandlingen – at spørge EU-Domstolen, om det ikke var tid til at præcisere Mangold-praksis.

I sin præjudicielle forelæggelse nødede Højesteret nærmest EU-Domstolen til at revurdere praksis (Mangold). Synspunktet var, at princippet om forbud mod aldersdiskrimination skal stå tilbage for retssikkerhedsprincippet, der ligeså er et generelt EU-retligt princip. Et andet princip ville være i strid med national ret.

EU-Domstolens⁴ svar var ikke opmuntrende læsning for Højesteret. Det generelle EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på baggrund af alder betyder, at nationale domstole er forpligtet til at undlade at anvende en national bestemmelse, der strider mod princippet.

Princippet om beskyttelse af berettigede forventninger kan ikke finde anvendelse som begrundelse for fortsat at anvende national ret i strid med EU-

³ Se sag 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, ECLI:EU:C:1987:431.

⁴ Dom:EU:C:2016:278.

retten. Et sådant resultat ville medføre en begrænsning i den tidsmæssige virkning af EU-Domstolens fortolkning af EU-retten.

Kravet om direktivkonform fortolkning indebærer en forpligtelse for de nationale domstole til at ændre fast praksis, hvis praksis er baseret på en fortolkning af national ret, som er uforenelig med EU-retten.

Som det er praksis i sager om forståelse af EU-retten, der har været forbi EU-Domstolen, blev det overladt til Højesteret at afgøre, hvordan sagens resultat skulle være. EU-Domstolens afgørelse var klar, på linje med Ole Andersen-sagen og dermed ville det være en formsag for Højesteret at tilsidesætte dansk ret ud fra betragtninger om EU-rettens forrang og direkte virkning.

HØJESTERETS RESULTAT

Højesteret afsagde dom i Ajos-sagen den 6. december 2016 hvor et flertal på otte af de ni dommere konkluderede, at Højesteret ikke havde mulighed for at følge nogen af EU-Domstolens anvisninger, og derfor tilsidesatte Højesteret de facto EU-rettens forrang for dansk ret.

Først og fremmest stod samtlige ni højesteretsdommere fast på, at der foreligger en klar og utvetydig retstilstand om den dagældende funktionærlovs § 2a, stk. 3, og at forskelsbehandlingslovens § 1, ikke kan gives forrang for dermed at opnå en direktivkonform fortolkning.

På denne baggrund konstaterede Højesteret at der forelå en contra legem-situation, altså en situation, hvor den nationale ret og EU-retten ikke gennem direktivkonform fortolkning kan bringes i overensstemmelse, da resultatet, som EU-retten støtter, stred imod indholdet af dansk ret.

Spørgsmålet var dernæst, hvorvidt Højesteret skulle tilsidesætte den nationale retsstilling til fordel for det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling. Ud fra en betragtning om, at forbuddet er en grundlæggende rettighed, der finder direkte anvendelse i Danmark også mellem private.

Flertallet på otte dommere fandt, at det uskrevne EU-retlige princip ikke kunne fortrænge den danske bestemmelse, mens den dissenterende dommer kom til det modsatte resultat.

Højesterets flertal fastslog, at principper i henhold til TEUF artikel 6, stk. 3 om de grundlæggende rettigheder, som de er garanteret ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, og som udgør generelle principper i EU-retten, eller bestemmelser i EU's Charter om grundlæggende rettigheder, herunder Chartrets artikel 21 om ikke-forskelsbehandling, efter Danmarks tiltrædelseslov ikke er gjort umiddelbart anvendelig i Danmark.

Højesterets flertal fandt derfor, at Danmarks lov om tiltrædelse af Lissabon-Traktaten ikke står over og dermed tilsidesætter § 2a, stk. 3 i funktionærloven i en tvist mellem private parter.

ET ANSÆTTELSESRETLIGT OPGØR MED EU-RETEN - OG NEDSKYDNING AF DE GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER

Ajos-dommen er uden tvivl en principiel dom fra Højesterets side, da dommen rejser flere interessante spørgsmål om det fremtidige samarbejde mellem EU-Domstolen og Højesteret og for den sags skyld om samarbejdet mellem den danske tiltrædelseslovgiver og Højesteret.

Skal dommen så ses i lyset af, at de politiske trends har ændret sig mod en fornyet bekræftelse af national suverænitæt, som er et resultat af seneste års disintegrerede processer som fx flygtningekrisen, Brexit og den finansielle krise? Med andre ord, var der politisk momentum for en kritisk stillingtagen til EU-domstolens udtalelse i sagen, da sagen skulle behandles i Højesteret, hvilket på mange måder gjorde sagen til et oplagt springbræt for en sådan kritisk tilgang, da sagen omhandlede et område af EU-retten - grundlæggende rettigheders direkte virkning mellem private - som både er kontroversielt og endnu ikke fastlagt?

Svaret er ikke klart, men med støtte i præmisserne kan vi udlede af dommen, at den danske tiltrædelseslov ikke giver et juridisk grundlag for, at et generelt ikke direkte traktatfæstet princip som ikke er klart tiltrådt i dansk ret, skal udfoldes i specifikke EU-domme på en sådan måde, at det får forrang i forhold til national ret i forholdet mellem private. Højesteret har ment, at der er grænser for EU-rettens dynamiske anvendelse i national ret.

Dommen er et opgør med EU-retten i dets direkte virkning i forholdet mellem private og kan derfor sagtens tænkes at få virkning på andre områder end inden for ansættelsesretten.

Hvis der senere viser sig at være diskrepanser mellem dansk ret og EU-retten på andre områder må det med dommen i Ajos-sagen være forventeligt, at danske domstole vil foretage en tilbunds-gående undersøgelse af, om Danmark tilstrækkeligt klart har inkorporeret et princip som forbuddet mod aldersdiskrimination.

Men hvad kommer dommen så til at få af betydning for dansk ansættelsesret fremadrettet?

I praksis er dommen nok begrænset til helt særlige situationer og dommens rækkevidde er derfor umiddelbart begrænset til dels tvister mellem private parter, og dels til sager, hvor det ikke er muligt at løse tvisten ved at fortolke den danske regel EU-konformt, fordi det vil være *contra legem*.

En mere vidtrækkende fortolkning af dommen er, at den er en form for advarsel udstedt til EU-Domstolen omkring behovet for et dualistisk retligt samarbejde. Højesteret har trukket en klar grænse for EU's traktatmæssige indvirkning på dansk ret.

Dommen skal imidlertid ikke anvendes som en sovepude for private danske arbejdsgivere i de tilfælde, hvor der er modstrid mellem dansk ret og EU-ret, da dommen er begrænset til at angå uskrevne generelle EU-retsprincipper, som er ud-

viklet på grundlag af TEUF artikel 6, stk. 3, og bestemmelser i Charteret. Enhver anden direkte traktatfæstet bestemmelse, må ud fra Højesterets flertals begrundelse som udgangspunkt være at anse for havende direkte virkning i Danmark - også mellem private.

Det er et helt andet spørgsmål om den danske stat ved en sådan konflikt mellem EU-retten og dansk ret pådrager sig et erstatningsansvar ved ikke at have tiltrådt EU-Traktatens bestemmelser på tilstrækkelig vis.

Højesteret har i en dom af 19. januar 2017⁵ (Skjold-sagen) givet retningslinjer for statens pligt til at handle for at undgå et fortsat ansvar, men den erstatningspådragende adfærd for staten kan være skærpet, når det er selve Traktaten, der ikke er tiltrådt på tilstrækkelig vis.

⁵ Højesterets dom af 19. januar 2017, sag nr. 42/2016.

6 ÅR MED HR JURA...

HRJURA
MAGASINET
ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET



DIREKTE ALDERSDISKRIMINATION OG DANSK RET



CHRISTIAN HØJER SCHJØLER
ADJUNKT

Denne artikel¹ vil redegøre for bredden af undtagelsesmulighederne til forbuddet mod direkte aldersdiskrimination i arbejds- og ansættelsesretten. Redegørelsen tager sit naturlige afsæt i undtagelsesmulighederne i forskelsbehandlingsloven² og lægger særlig vægt på beskrivelsen af undtagelsesmuligheden for gældende kollektive overenskomster i lovens § 5 a, stk. 3, herunder det tidsmæssige aspekt i bestemmelsen.

INTRODUKTION TIL ALDERSDISKRIMINATIONSFORBUDET

Det såkaldte aldersdiskriminationsforbud har sit ophav i EU-retten i form af beskæftigelsesdirektivet, Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 (herefter direktivet), hvor forbuddet fremgår af art. 2. Forbuddet blev implementeret i dansk ret i 2004, idet alderskriteriet og handicapkriteriet blev tilføjet

rækken af suspekter kriterier i forskelsbehandlingsloven (herefter FBL) i form af en række mindre ændringer og tilføjelser til den eksisterende lov.³ Direktivets øvrige suspekter kriterier, religion, tro og seksuel orientering var allerede blevet gennemført i loven forinden.⁴

I sammenligning med de øvrige diskriminationsforbud inden for EU-retten er der en bredere ramme for fravigelse af forbuddet mod aldersdiskrimination end f.eks. forbuddet mod kønsdiskrimination, hvilket bl.a. har rejst spørgsmålet, om alder var et sekundærkriterium. Således rummer direktivets art. 6, stk. 1, en i forhold til EU-retten ny undtagelsesmulighed for direkte diskrimination: Bestemmelsen tillader således direkte aldersdiskriminerende foranstaltninger, hvis formålet med foranstaltningen er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt beskæf-

¹ Artiklen bygger videre på emnets behandling i min ph.d.-afhandling med titlen *Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten*, som udkommer på forlaget Ex Tuto Publishing i sommer 2017.

² Lov nr. 459 af 12. juni 1996 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv., som senest ændret ved lov nr. 1489 af 23. december 2014.

³ Jf. lov nr. 1417 af 22. december 2004 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv.

⁴ Jf. ændringslov nr. 253 af 7. april 2004.

tigelses-, arbejdsmarkeds- eller erhvervsuddannelsespolitisk formål og de i foranstaltningen anvendte midler er hensigtsmæssige og nødvendige. Ved implementeringen af direktivet i dansk ret valgte man, fremfor en ordret implementering af den brede undtagelsesadgang i art. 6, stk. 1, at udskille den i en række særskilte undtagelser i FBL.

FBL foreskriver i § 2, at det er forbudt at lægge vægt på en persons alder i ansættelsesmæssig henseende, men loven rummer en lang række af undtagelser til forbuddet, hvoraf flere alene glæder for alderskriteriet.

BREDDEN AF UNDTAGELSESMULIGHEDERNE I DANSK RET

Der er følgende undtagelsesmuligheder for direkte aldersdiskrimination:

- FBL § 1, stk. 7, om implementeringsaftaler.
- FBL § 1 a, om adgangen til at undtage de væbnede styrker fra forbuddet.
- FBL § 5 a, stk. 3, om opretholdelsen af gældende legitime aldersgrænser i kollektive aftaler eller overenskomster.
- FBL § 5, stk. 4, om fritagelse af unge under 18 år, hvis ansættelse er omfattet af en overenskomst.
- FBL § 5, stk. 5, om fritagelse af unge under 15 år, hvis ansættelse ikke er reguleret af en overenskomst.
- FBL § 6, stk. 2, om regulære erhvervs-mæssige krav.
- FBL § 6 a, om aldersgrænser for adgangen eller retten til pensions- eller invaliditetsydelse i erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger.
- FBL § 9, stk. 4 om aldersgrænser for børn og unges adgang til beskæftigelse,
- National lovgivning, der overholder betingelserne i direktivets brede undtagelse i art. 6, stk. 1.

Det bemærkes, at FBL i lovens § 9, stk. 2, giver adgang til positiv særbehandling via lov eller anden offentlig foranstaltning af personer med en bestemt alder for at forbedre deres beskæftigelsesmuligheder, og i stk. 3 giver adgang til positiv særbehandling af ældre til fremme af deres beskæftigelsesmuligheder. Disse adgange tillader foranstaltninger, der har til hensigt at stille målgruppen bedre, hvorimod de andre omtalte undtagelser ovenfor tillader ringere behandling af målgruppen. Refleksvirkningen af den positive særbehandling er dog, at de ikke-omfattede grupper kan anses som diskrimineret, idet modtagerne af den positive særbehandling gives en fortrinsstilling. Adgangen til positiv særbehandling omtales dog ikke yderligere i artiklen.

Indtil 2014 fandtes der i lovens daværende § 5 a, stk. 4, en særlig adgang til at aftale individuelle eller kollektive aftaler om tvungne fratrædelsesaldrer, når lønmodtageren fyldte 70 år. Den ophævedes ved en lovændring i 2014⁵, og dermed fjernedes adgangen til at aftale tvungne fratrædelsesaldrer, medmindre de kan undtages efter lovens § 5 a, stk. 3, en implementeringsaftale eller fremgår af anden lovgivning.

De oplyste undtagelsesmuligheder introduceres i det følgende, hvor vægten som nævnt særlig lægges på undtagelsen i lovens § 5 a, stk. 3.

FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 1, STK. 7, OM IMPLEMENTERINGS-AFTALER

Direktivet tillader i art. 13, stk. 2, at arbejdsmarkedets parter indgår aftaler, der indeholder regler om forbuddet, og forbuddet i forskelsbehandlingsloven finder derfor ikke anvendelse, hvis et tilsvarende forbud følger af en kollektiv aftale eller overenskomst, jf. lovens § 1, stk. 7.⁶

At implementeringsaftaler er et udbredt fænomen ses også på direktivets område: Dansk Industri og

⁵ Ændringslov nr. 1489 af 23. december 2014, der trådte i kraft 1. januar 2015.

⁶ Ifølge art. 18 havde medlemsstaterne mulighed for at lade arbejdsmarkedets parter gennemføre forbuddet fsva. de bestemmelser, der henhører under kollektive overenskomster. Men i Danmark kunne Implementeringsudvalget ikke opnå enighed om en fælles implementeringsmodel.

CO-Industri har indgået en organisationsaftale om implementering af direktivets bestemmelser om handicap og alder, som via implementeringsprotokollater finder anvendelse på alle ansatte, der er omfattet af parternes overenskomster⁷, og det samme har Ledernes Hovedorganisation og Dansk Arbejdsgiverforening gjort i Ledaftalen.⁸

Fællestrækket for implementeringsaftalerne er, at de tilstræber en neutral gennemførelse af direktivets bestemmelser og dikterer fagretlig behandling af uoverensstemmelserne. Derved undgås det tidsmæssige islæt af undtagelsen i lovens § 5 a, stk. 3, omtalt nedenfor.

TVUNGEN FRATRÆDELSÆSALDER OG IMPLEMENTERINGSÅFTALER

Såfremt en aldersgrænse er omfattet af en implementeringsaftale, skal den vurderes efter direktivets undtagelser, herunder art. 6, stk. 1. Det var aktuelt i en voldgiftssag,⁹ hvor opmanden skulle tage stilling til en individuelt aftalt tvungen fratrædelsesalder.

Den ansattes ansættelsesforhold var omfattet af Industriens Funktionæroverenskomst, og i denne indgik som bilag 26 et protokollat om aftaleimplementering af alder og handicapbestemmelserne i direktivet.¹⁰

Implementeringsaftalen i sagen indebar, kort fortalt, at det er reglerne i direktivet og ikke loven, der fandt anvendelse på overenskomstrådet. Undtagelsesadgangen i art. 6, stk. 1, kræver ikke, at medlemsstaterne bestemmer, at den direkte forskelsbehandlende foranstaltning er aftalt i en kollektiv aftale eller overenskomst. At lovgiver kræver det i lovens § 5 a,

stk. 3, er derfor udtryk for et højere beskyttelsesniveau, hvilket ikke kræves ifølge implementeringsaftalen. Derfor var ulige behandling på grund af alder tilladt ifølge implementeringsaftalens § 5:

»...hvis den er objektivt og rimeligt begrundet bl.a. ud fra beskæftigelsesmæssige, arbejdsmarkeds-mæssige og erhvervspolitiske mål, såfremt midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.«

Det omfattede således også principielt set tvungne fratrædelsesalder i individuelle kontrakter, hvilket i øvrigt var en udbredt praksis ifølge arbejdsgiversiden.¹¹

Klageren i sagen blev ansat som sekretær hos indklagede i 1965, og arbejdsgiver forelagde vilkåret med den pligtige afgangsalder for den ansatte til underskrift i 2007, dvs. efter 42 års ansættelse, uden forudgående drøftelse eller orientering om virksomhedens politik på området. Den ansatte underskrev ansættelseskontrakten med vilkåret og fratrådte virksomheden i overensstemmelse med vilkåret.¹²

Spørgsmålet i sagen var således, om dette individuelle vilkår, der ikke henviste til en kollektiv aftale om tvungne fratrædelsesalder, overholdt implementeringsaftalens § 5, der gengav betingelserne i direktivets art. 6, stk. 1.

Opmanden tillagde det manglede kollektive islæt i aftalen afgørende betydning. Opmanden inddrog alle Domstolens afgørelser om tvungne fratrædelsesalder i kendelsen og fastslog på den bag-

⁷ Implementeringsaftalen fremgår af bilag 19 til Industriens Overenskomst 2014-2017, der rummer protokollat om aftaleimplementering af alder og handicapbestemmelserne i Rådets direktiv 2000/78 af 2. oktober 2004. Implementeringsaftalen er bilag 26 til parternes funktionæroverenskomst.

⁸ Det fremgår af Ledaftalen af 2007, s. 41, protokollat af 15. december 2006 om aftaleimplementering af alder og handicapbestemmelserne i Rådets direktiv 2000/78.

⁹ Sagsnr. FV2014.0133, kendelse af 2. marts 2016.

¹⁰ Implementeringsaftalen fremgår af kendelsens s. 23.

¹¹ Jf. kendelsens s. 38, hvor opmanden refererer til DI's oplysninger herom.

¹² Kendelsens s. 30.

grund, at Domstolen indrømmede medlemsstaterne en vid skønsmargin, hvilken ved overenskomstimplementering også var overladt arbejdsmarkedets parter.¹³

Men ifølge opmanden var skønsmarginen begrundet i, at:

»...en kollektiv overenskomst afspejler en balance mellem divergerende, men legitime interesser, der indgår i en kompleks sammenhæng af arbejdsforhold, som er snævert knyttet til de politiske valg med hensyn til pension og beskæftigelse.«¹⁴

Den faste afgangsalder i den indklagede virksomhed var udtryk for virksomhedens ensidige beslutning, og kunne:

»...derfor ikke ses som udtryk for en balance, parterne har skullet finde mellem deres respektive interesser, og for en gensidig anerkendelse af, at de bagvedliggende formål er legitime og kan bære en fast afgangsalder på 65 år.«

Derfor skulle indklagede løfte bevisbyrden for vilkårets overholdelse af betingelserne.

Den indklagede virksomhed var en højteknologisk virksomhed inden for forsvars- og rumfartsindustrien, som var afhængig af at være i front indenfor ingeniørvidenskab. Virksomheden kunne dokumentere et højere aldersgennemsnit blandt sine ansatte end arbejdsmarkedet som helhed.¹⁵ Bl.a. var aldersgennemsnittet i 2013 fem år højere i virksomheden end snittet på landsplan. I bogholderiet, hvor klager var ansat som sekretær, var gennemsnitsancienniteten 19,7 år.

¹³ Kendelsens s. 37.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Kendelsens s. 29.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Kendelsens s. 38.

Formålet med indførelsen af tvungne fratrædelsesalder skyldtes ifølge indklagede et ønske om at afspejle det omliggende samfund, at fremme tilgangen af nye medarbejdere og at undgå ydmygende afskedigelser af ældre medarbejdere, når de »blev langsomme i opfattelsen«.¹⁶

Opmanden ville ikke afvise, at det var muligt, at indklagede befandt sig i en situation og på et marked, der kunne begrunde en fast afgangsalder, men indklagede havde ikke løftet bevisbyrden herfor. Forklaringen ved indklagedes ansatte og de fremlagte tal for aldersgennemsnittet i virksomhed og på landsplan var ikke tilstrækkeligt til at løfte bevisbyrden, og at det ifølge arbejdsgiversiden var en udbredt praksis, ændrede ikke herpå.¹⁷

Den tvungne fratrædelsesalder var således i strid med forbuddet i implementeringsaftalens § 3.

Kendelsen kan antydningvist tages til indtægt for, at det er vanskeligt at undtage individuelt aftalte tvungne fratrædelsesalder, selvom de er aftalt under en implementeringsaftale.

FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 1 A, OM ADGANGEN TIL AT UNDTAGE DE VÆBNEDE STYRKER FRA FORBUDET

Den særlige adgang for Forsvarsministeren til helt at undtage de væbnede styrker i aktiv tjeneste fra forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder og handicap indførtes ved ændringsloven af 2004. Den støttedes på direktivets præambelbetragtning 18 og art. 3, stk. 4. Undtagelsen udmøntede sig i første omgang i bkg. nr. 1194 af 7. december 2008, der sidenhen afløstes af bkg. nr. 350 af 30. marts 2012, som undtager militært personel og personel, der indgår i redningsberedskabets freds- og krigsmæssige beredskab.

FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 5 A, STK. 3, OM OPRETHOLDELSEN AF GÆLDENDE LEGITIME ALDERSGRÆNSER I KOLLEKTIVE AFTALER ELLER OVERENSKOMSTER

Den generelle undtagelsesbestemmelse i direktivets art. 6, stk. 1, er fortrinsvis gennemført via lovens § 5 a, stk. 3. Den generelle undtagelsesadgang for direkte forskelsbehandling i art. 6, stk. 1, henviser til, at direkte forskelsbehandling kan undtages, hvis:

»...den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.«

Forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3, har følgende ordlyd:

»Stk. 3. Uanset bestemmelsen i stk. 1 er loven ikke til hinder for opretholdelsen af gældende aldersgrænser fastsat i eller aftalt i henhold til kollektive aftaler og overenskomster, forudsat at disse aldersgrænser er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af dansk ret, og midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.«

Der synes via brugen af udtrykket »opretholdelsen af gældende aldersgrænser« at være tilsigtet en temporal virkning med bestemmelsen, hvorefter bestemmelsen alene undtager de kollektivt aftalte aldersgrænser, der var gældende på tidspunktet for lovens ikrafttræden, den 28. december 2004.

Direktivets art. 6, stk. 1, har ikke sådan tidsmæssig begrænsning, og § 5 a, stk. 3, er derfor reelt udtryk

for en løbende nedjustering af undtagelsesadgangen i art. 6, stk. 1 i dansk ret, eftersom enhver ændring i en af stk. 3 omfattet aldersgrænse, gør den ikke-gældende i stk. 3's forstand, hvorefter den ikke kan opretholdes over for forbuddet.

Bestemmelsen i § 5 a, stk. 3, var ifølge bemærkningerne tiltænkt at gennemføre direktivets art. 6, stk. 1, men den tilføjer ikke eksemplerne i bestemmelsen, dvs. et »legitimt beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitisk formål«. De fremgår imidlertid af forarbejderne.¹⁸ Hensigten med bestemmelsen var at sikre, at:

»...aldersbestemmelser i kollektive aftaler og overenskomster, der er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål indenfor rammerne af den nationale ret, vil kunne opretholdes, hvis midlerne til at opfylde formålet er hensigtsmæssige og nødvendige.«¹⁹

Det skulle afspejle de videre rammer, der gives i art. 6, stk. 1, og udgjorde således en undtagelse af forbuddet mod direkte diskrimination i lovens § 5 a, stk. 1.

Bestemmelsen overlader overenskomstparterne ansvaret for at sikre, at en evt. ulige behandling begrundet i alderskriteriet kan begrundes objektivt og rimeligt inden for rammerne af den nationale ret.²⁰

FORARBEJDERNE OMTALER IKKE DET TIDSMÆSSIGE ASPEKT

Ordlyden af bestemmelsen efterlader umiddelbart ikke megen tvivl om hensigten med bestemmelsen, men hensigten genfindes ikke i forarbejderne. Af de ovenfor citerede almindelige bemærkninger til bestemmelsen fremgår, at lovforslaget havde til hensigt at foreslå en bestemmelse, hvorefter aldersbestemmelser:

¹⁸ Artiklen gengives i pkt. 2.1.2. i de alm. bemærkninger til lovforslag nr. 92 af 11. november 2004 om ændring af forskelsbehandlingsloven.

¹⁹ Jf. pkt. 4.2. i de alm. bemærkninger til lovforslaget.

²⁰ Jf. bemærkningerne til nr. 13 i bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser.

»...vil kunne opretholdes, hvis midlerne til at opfylde formålet er hensigtsmæssige og nødvendige.«²¹

Endvidere fremgår det af bemærkningerne, at ændringsloven udnytter direktivets mulighed for at tillade direkte forskelsbehandling i et nærmere angivet omfang, og at det inden for rammerne af disse bestemmelser vil være lovligt at anvende alderskriteriet direkte.²² Denne udlægning stemmer i øvrigt overens med hensigten om minimumsimplementering, som ministeren tilkendegav over for Folketinget ved afslutningen af førstebehandlingen af lovforslaget, der indsatte alderskriteriet:

»Der er så blevet rejst spørgsmål om niveauet for implementeringen, og der vil jeg godt erindre om, at der med lovforslaget er tale om en implementering af et EF-direktiv. Som der er bred enighed om i Tinget, går vi som alt overvejende hovedregel ikke længere end direktivets krav, når vi gennemfører direktiver på arbejdsmarkedet.«²³

Det er interessant, at forarbejderne ikke berører det tidsmæssige aspekt af bestemmelsen, hvis det havde været hensigten med bestemmelsen. I bemærkningerne til selve bestemmelsen burde en så afgørende egenskab ved bestemmelsen have været omtalt og forklaret. I stedet angiver bemærkningerne, at de vide rammer i art. 6, stk. 1 også bør afspejle sig i lovens bestemmelser, hvorfor det forslås

»...at indsætte en bestemmelse, der giver videre rammer end § 5a, stk. 1, i forhold til kollektive aftaler og overenskomster...«

Disse bemærkninger harmonerer ingenlunde med ordlydsfortolkningen af bestemmelsen, hvorefter ændringsloven indebærer et fremadrettet forbud

mod al, tilmed overenskomstbestemt, direkte anvendelse af alderskriteriet, medmindre anvendelsen kan undtages via en anden lovbestemmelse, en implementeringsaftale efter § 1, stk. 7, eller via undtagelserne i lovens § 5 a, stk. 4 og 5 eller § 6. På lang sigt giver § 5 a, stk. 3, ikke videre rammer end § 5 a, stk. 1, idet den ifølge ordlyden ikke tillader undtagelsen af nye overenskomstbestemmelser.

VEJLEDNINGEN TIL LOVEN BEKRÆFTER DEN TEMPORALE VIRKNING

Beskæftigelsesministeriet udarbejdede i 2006 en vejledning til forskelsbehandlingsloven, som gentog den i ændringsloven omtalte fortolkning af bestemmelsen. Ifølge vejledningen gjaldt undtagelsen i stk. 3 kun:

»...aldersgrænser i kollektive aftaler og overenskomster, der gjaldt pr. 28. december 2004, hvor den seneste lovændring trådte i kraft. Derfor kan der ikke i nye overenskomster indgås aftaler om nye bestemmelser, der indeholder aldersgrænser, medmindre det sker som led i en aftaleimplementering af Beskæftigelsesdirektivet, jf. lovens § 1, stk. 7.«²⁴

Ifølge vejledningen har lovgiver tilsyneladende fundet det tidsmæssige aspekt uproblematisk, idet overenskomstparterne kan omgå det via en implementeringsaftale, hvorefter loven slet ikke finder anvendelse på den forskelsbehandlende foranstaltning.

FOLKETINGETS OMBUDSMAND UDTALTE SIG OM FORTOLKNINGEN

Hvis blikket rettes mod praksis, er der ikke oplagte sager, hvor den tidsmæssige virkning gjorde en overenskomstbestemmelse ugyldig i forhold til forbuddet. Derimod blev problemstillingen sat på spidsen i en udtalelse fra Folketingets Ombuds-

²¹ Jf. pkt. 4.2. i de alm. bemærkninger til lovforslaget.

²² Jf. bemærkningerne til nr. 3 i bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser.

²³ Indlæg nr. 25, ministertale, under førstebehandlingen af lovforslag L 92, forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. Den fandt sted ved møde 20, torsdag den 18. november 2004 i Samling 2004-5, 1. samling.

²⁴ Beskæftigelsesministeriet: *Vejledning om forskelsbehandlingsloven*, 2006, s. 20.

mand, der omhandlede en tvungen fratrædelsesalder på 63 år, som gjaldt for de tjenestemandsansatte medlemmer af Danmarks Radios faste orkestre i medfør af en kollektiv aftale mellem de ansatte og Danmarks Radio.²⁵ Der forelå ingen implementeringsaftale, hvorfor den tvungne fratrædelsesalders gyldighed afhang af, om aftalen var omfattet af lovens § 5 a, stk. 3.

Ombudsmanden konkluderede indledningsvist i sin udtalelse, at:

»Forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3, giver mulighed for at opretholde gældende aldersgrænser fastsat i eller aftalt i henhold til kollektive aftaler og overenskomster. Som nævnt ovenfor trådte bestemmelsen i kraft den 28. december 2004.«²⁶

Ombudsmanden lagde utvivlsomt den temporale virkning til grund for sin afgørelse i sagen. Dermed var spørgsmålet virkningen heraf dog ikke afgjort.

Ombudsmanden undersøgte, hvorledes udtrykket »gældende« i lovens § 5 a, stk. 3 skulle fortolkes, når det anvendtes på overenskomster, der i sagens natur indgås for begrænsede perioder og løbende genforhandles. Ombudsmanden henviste i den forbindelse til Hasselbalch²⁷ og Kristiansen²⁸.

Der var ifølge Ombudsmanden ikke tvivl om, hvorvidt der forelå en kollektiv aftale, men Ombudsmanden var i tvivl, om den regelmæssige opsigelse og genforhandling af bl.a. organisationsoverenskomster indebar, at den pågældende overenskomst derved formelt var bortfaldet i stk. 3's forstand, selvom en ny overenskomst trådte i kraft

med virkning fra det tidspunkt, hvor den tidligere bortfaldt.

Som nævnt ovenfor berørte forarbejderne ikke tilnærmelsesvist denne problemstilling. Ombudsmanden nåede dog frem til, at:

»Det må således anses for lovligt at en bestemmelse i en overenskomst om pligtmæssig fratræden før det 70. år bliver opretholdt i forbindelse med fornyelse af overenskomsten.«

Ombudsmanden lagde i den forbindelse vægt på KL's opfattelse, som fremsattes i et høringssvar:

»KL forstår lovforslaget således, at aftaler om pligtmæssig fratræden under 65 år og som er indgået før den 27. september 2004 [må være 28. december 2004; Ombudsmandens bemærkning] kan opretholdes, uanset om overenskomsten efterfølgende er eller bliver fornyet, men med uændret indhold f.s.v.a. pligtig afgangsalder.«

Beskæftigelsesministeren bekræftede KL's opfattelse af lovforslaget i et notat af 16. oktober 2006, hvor ministeren tog stilling til de indkomne høringssvar.²⁹

Ombudsmanden rejste i sagen en interessant problemstilling, som dog i forhold til den »almindelige« overenskomstfornyelser forekom relativt oplagt, idet det modsatte de facto ville betyde, at muligheden for opretholdelsen, for et stort antal overenskomsters vedkommende, ville være en meget stakket frist.

²⁵ Tjenestemandreglementet fra 2006 kan findes her: www.dmf.dk/fileadmin/user_upload/dokumenter/DR_reglement_orkestertjenestemaend_2006.pdf

²⁶ Udtalelse FOB2009-8-1, afsnit 3,

²⁷ Ole Hasselbalch: *Arbejdsret med tilknyttede dele af arbejdsmiljøretten, socialretten og skatteretten*, Jurist- og Økonomforbundet, 2014, s. 418 ff. I 9. udgaven, som Ombudsmanden henviste til, var afsnittet på s. 415 ff.

²⁸ Jens Kristiansen: *Den kollektive arbejdsret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundet, 2014, s. 301. I 2. udgaven, som Ombudsmanden henviste til, var afsnittet på s. 315.

²⁹ Det fremgår af side 35 i Beskæftigelsesministeriet »Sort bog« til L 61, lov nr. 1542 af 20. december 2006.

KONKLUSION PÅ DEN TEMPORALE VIRKNING

I lyset af sidstnævnte udtalelse, vejledningen og bemærkninger til den omtalte ændringsloven i 2005, synes det at være vanskeligt at fastholde, at bestemmelsen kan og skal fortolkes uden den tidsmæssige begrænsning.

Det bemærkes, at i langt de fleste tilfælde, vil overenskomstparterne alternativt kunne foretage en aftaleimplementering, hvorved problemet undgås, men det ændrer ikke ved, at den temporale virkning muligvis ikke var tilsigtet ved lovens fremsættelse i 2004.

Den temporale virkning har i øvrigt den langsigtede konsekvens, at direkte forskelsbehandling på grund af alder, der ikke kan undtages via de andre omtalte undtagelser i loven, ikke kan undtages lovens forbud i § 5 a, stk. 1, hvorfor direktivets generelle undtagelse i art. 6, stk. 1 i princippet ikke længere er implementeret i loven – det er dog ikke et krav ifølge direktivet, idet medlemsstaternes implementering heraf var fakultativ. Art. 6, stk. 1 bruger nemlig udtrykket, at »Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling...«.

Ombudsmandsudtalelsen kan, selvom det ikke er en domstolsafgørelse, tages til fornuftig indtægt for, at kollektivt fastsatte aldersgrænser, der var gældende på tidspunktet for lovens ikrafttræden, kan opsiges, og til en via grænse, genforhandles uden dermed ikke at være bortfaldet i stk. 3's forstand. Men hvis aldersgrænsen ændres i op eller nedadgående retning, vil der være tale om en »ny« aldersgrænse, som alene kan opretholdes via en implementeringsaftale eller en af særundtagelserne i loven.

Et eksempel på en sag, hvor den temporale virkning kunne have spillet en rolle var i U.2013.3130H, hvor

Højesteret skulle tage stilling til en overenskomstbestemt tvungen fratrædelsesalder i televirksomheden TDC A/S, hvorefter fratrædelse skulle ske uden varsel ved udløbet af den måned, hvori medarbejderen fyldte 67 år. Overenskomstvilkåret fremgik af en virksomhedsoverenskomst af 2007 mellem virksomheden som arbejdsgiver og Lederforeningen i virksomheden, som var den kollektive interessebærer på lønmodtagersiden. Den var således indgået efter implementeringen af alderskriteriet i FBL i 2004, men der var i sagen enighed mellem parterne om, at vilkåret hidrørte fra en tidligere overenskomst fra 1996 mellem virksomheden og den daværende sammenslutning af ledere og specialister i virksomhed. Bestemmelsen havde dengang samme ordlyd. Med andre ord var der enighed mellem parterne om, at fratrædelsesalderen var »gældende« i § 5 a, stk. 3's forstand, hvorfor det spørgsmål ikke behandlede i dommen.³⁰

FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 5, STK. 4, OM FRITAGELSE AF UNGE UNDER 18 ÅR, HVIS ANSÆTTELSE ER OMFATTET AF EN OVERENSKOMST

Ifølge bestemmelsen er forbuddet ikke til hinder for:

»...bestemmelser i kollektive aftaler og overenskomster om særlige regler for aflønning af unge under 18 år. Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder med hensyn til ansættelse, lønvilkår og afskedigelse finder ikke anvendelse for lønmodtagere under 18 år, hvis ansættelse er omfattet af en kollektiv overenskomst, der indeholder særlige regler om aflønning af unge under 18 år.«

Bestemmelsen harmonerer med eksemplet i direktivets art. 6, stk. 1, litra a), hvorefter særlige vilkår for unge med henblik på at fremme deres erhvervs-mæssige integration, er et eksempel på et legitimt

³⁰ Det bemærkes, at der indgår en implementeringsaftale i Lederaftalen af 2007, s. 41, protokollat af 15. december 2006. Nærværende sag behandlede dog efter lovens § 5 a, stk. 3, hvilket indikerer, at den lokale virksomhedsoverenskomst som nævnt ikke omfattedes af implementeringsaftale i Lederaftalen. I modsat fald havde vurderingen nemlig skulle baseres på implementeringsaftalens § 5, der i alt væsentlig svarer til direktivets art. 6.

formål. Det understreges endvidere af, at den danske regering indirekte fik prøvet ordningen af Domstolen i *Hütter*-sagen, hvor den danske regering via et indlæg i sagen fik fremhævet den danske ordnings evne til at tilskynde de unge til at gennemgå en supplerende uddannelse.³¹ Domstolen adresserede den danske ordning i *Hütter*-sagens præmisser, idet den danske ordning ifølge Domstolen adskilte sig fra den omtvistede østrigske ordning i sagen, eftersom den danske havde til formål:

»...at fremme den erhvervsmæssige integration af unge under 18 år derved, at de fastsætter en lavere minimumsløn for dem end den, som gælder for ældre arbejdstagere.«³²

Undtagelsen lå til grund for Højesteretsdommen U. 2014.470H, hvor en tidligere ansat servicemedarbejder i Irma påstod, at aflønningen og afskedigelsen af ham stred mod direktivets art. 6, stk. 1. Hans ansættelsesforhold som ungarbejder var reguleret af en overenskomst, der fastsatte særlige betingelser for ansatte under 18 år under henvisning til lovens daværende § 5 a, stk. 5, (nu stk. 4).

Højesteret nåede frem til, at overenskomsten og lovens § 5 a, stk. 5, var forenelig med direktivets art. 6, stk. 1.

FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 5, STK. 5, OM SÆRLIG AFLØNNING AF UNGE UNDER 15 ÅR, HVIS ANSÆTTELSE IKKE ER REGULERET AF KOLLEKTIV OVERENSKOMST
Bestemmelsen undtager forbuddet fra at finde anvendelse på unge under 15 år i relation til ansættelse, aflønning og afskedigelse, hvis ansættelsen ikke er omfattet af en overenskomst. Hvis ansættelsen omfattes af en overenskomst, finder loven

ikke anvendelse i medfør af § 5, stk. 4. Årsagen til, at der gælder denne særlige undtagelse for gruppen af lønmodtagere på 13 og 14 år, der i øvrigt er omfattet af undervisningspligten, skyldes, at der oftest ikke aftales overenskomster for denne kategori af lønmodtagere. Arbejdsretten afgjorde ved dom af 18. januar 1988 i sag 87.418, at der ikke fandtes den fornødne faglige interesse bag et krav om overenskomst for denne gruppe af lønmodtagere, idet det ville stride imod disse unge personers tarv at blive indblandet i arbejdskampe.

Derfor ville en undtagelse baseret på overenskomstfravigelse ifølge lovgiver ikke være egnet til at bringe ansættelsesvilkårene for denne gruppe af unge ud af lovens anvendelsesområde.³³

FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 6, STK. 2 OM ERHVERVSMÆSSIGE KRAV

Denne undtagelse er i høj grad en neutral implementering af direktivets art. 4, stk. 1, og undtager således forskelsbehandling, hvor det er af afgørende betydning for uddannelsen eller erhvervsudøvelsen, at udøveren har en bestemt karakteristika, herunder en bestemt alder. Forskelsbehandlingen er underlagt et rimelighedskrav, hvorefter kravet skal stå i rimeligt forhold til erhvervsaktiviteten.

§ 6, stk. 2, er indholdsmæssigt set identisk med art. 4, stk. 1, bortset fra tilføjelsen af, at undtagelsen skal være administrativt meddelt af ressortministeren efter indhentet udtalelse fra beskæftigelsesministeren, hvilket svarer til den tilsvarende bestemmelse i lov om ligebehandling af mænd og kvinder.³⁴ Sidstnævnte var ifølge forarbejderne begrundet i at sikre en ensartet undtagelsespraksis, idet de ansvarlige ministerier havde adgang til den sagkund-

³¹ Sag 88/08, *David Hütter mod Technische Universität Graz*, dom af 18. juni 2009, pr. 26.

³² *Hütter*-sagens pr. 49.

³³ Jf. betænkning nr. 98 af 1. marts 2006 over Forslag til Lov om ændring af forskelsbehandlingsloven m.v. (Undtagelse for unge under 18 år), pkt. 4, til § 2, nr. 1.

³⁴ Jf. § 13 i den daværende lovbekendtgørelse nr. 711 af 20. august 2002 om ligebehandling af mænd og kvinder mv.

skab som var nødvendig for at afgøre, om en undtagelse var påkrævet.³⁵

En arbejdsgiver kan herefter ikke fravige lovens forbud uden forinden at have søgt og fået dispensation fra den pågældende ressortminister.

Det bemærkes, at kravet om en administrativt meddelt undtagelse ikke gælder, hvor der foreligger en implementeringsaftale, idet direktivet art. 4, stk. 1 ikke forudsætter en meddelt dispensation.

FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 6 A, OM ALDERSGRÆNSER FOR ADGANGEN ELLER RETTEN TIL PENSIONS- ELLER INVALIDITETSYDELSE I ERHVERVSTILKNYTTET SOCIALE SIKRINGSORDNINGER

Bestemmelsen fik sin nuværende ordlyd i 2014, hvorefter forbuddet, uanset §§ 2-5:

»...ikke [er] til hinder for fastsættelse af aldersgrænser for adgang eller ret til pensions- eller invaliditetsydelse, der er omfattet af erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, eller for anvendelse af alderskriteriet i aktuarberegninger inden for rammerne af disse ordninger«³⁶

Det bemærkes, at undtagelsen ifølge ordlyden alene gælder aldersgrænser for adgangen eller retten til de omtalte ydelser – ikke en aldersgraduering ydelser. Sidstnævnte var tilfældet i U.2016.749H, som var udløberen af *Kristensen-sagen*³⁷, hvor anvendelsen af alderskriteriet i den omstridte arbejdsmarkedspensionsordning i sagen gik ud over den blotte fastsættelse af aldersgrænser for adgangen til pensionsydelse. Derfor kunne ordningen ikke vurderes efter § 6 a, og måtte ifølge Højesteret i

stedet undtages efter direktivets art. 6, stk. 1. Den eneste markante forskel på undtagelsen i art. 6, stk. 1, og art. 6, stk. 2, er den, at sidstnævnte ikke rummer et proportionalitetskrav.³⁸

Højesteret lagde i dommen til grund, at formålet med § 6 a, var helt at undtage bl.a. arbejdsmarkedspensioner fra lovens område, og derfor skulle bestemmelsen, i lyset af EU-Domstolens dom i *Kristensen-sagen*, fortolkes således, at arbejdsmarkedspensioner undtages fra forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder, i det omfang dette var foreneligt med EU-retten, herunder navnlig beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1. Højesterets anvendelse af undtagelseshensigten bag lovens § 6 a, selvom ordlyden er identisk med art. 6, stk. 2, indebærer, at lovens § 6 a, til en vis grad også implementerer art. 6, stk. 1, idet al anvendelse af aldersgrænser i arbejdsmarkedspensioner i lyset af U.2016.749H kan undtages § 6 a, i det omfang det kan undtages efter art. 6, stk. 1. Det må dog fremdeles være således, at aldersgrænser, der omfattes af kernen i lovens § 6 a, ikke er underlagt et proportionalitetskrav, jf. direktivets art. 6, stk. 2, mens aldersgrænser, der omfattes af § 6 a, i kraft af U.2016.749H er underlagt et proportionalitetskrav.

FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 9, STK. 4 OM ALDERSGRÆNSER FOR BØRN OG UNGES ADGANG TIL BESKÆFTIGELSE FASTSAT VED LOV ELLER I MEDFØR AF LOV I FBL § 9, stk. 4 tillades aldersgrænser, der regulerer børn og unges adgang til beskæftigelse. Aldersgrænserne skal ifølge bestemmelsen være fastsat ved lov eller med hjemmel i lov, hvorfor der med rette kan stilles spørgsmålstegn ved behovet for bestemmelsen.³⁹ Bestemmelsen definerer ikke

³⁵ Jf. lovforslag nr. 181 af 17. januar 1996 til lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv., i bemærkningerne til § 6, stk. 2 under bemærkningerne til forslagets enkelte bestemmelser.

³⁶ Jf. lov nr. 1489 af 23. december 2014 om ændring af forskelsbehandlingsloven, der trådte i kraft 1. januar 2015.

³⁷ Sag 476/11, *Kristensen mod Experian*, dom af 26. september 2013, hvor Domstolen i pr. 54 slog fast, at aldersgraduering af pensionsbidrag ikke var omfattet af art. 6, stk. 2.

³⁸ Det må lægges til grund ud fra generaladvokatens konklusion i dennes forslag til afgørelse af 7. februar 2013 i *Kristensen-sagen*, pkt. 47. Domstolen berørte dog ikke dette fortolkningsspørgsmål i dommen.

³⁹ Ole Hasselbalch: *Den danske arbejdsret*, afs. XIII, pkt. 2.3.2.3. i den elektroniske udgave på lovportaler.dk, som omtaler forbeholdet som værende overflødig.

alderen på målgruppen »børn og unge« og er tilsyneladende alene af formalistisk karakter.

Ifølge forarbejderne er undtagelsesbestemmelsen begrundet i beskyttelseshensyn og en forudsætning for opretholdelsen af reglerne i arbejdsmiljøloven om mindstealder for adgang til beskæftigelse.⁴⁰ Som det fremgår nedenfor finder FBL som udgangspunkt ikke anvendelse på aldersgrænser fastsat i anden lovgivning, der i stedet skal vurderes efter direktivet. I den forbindelse kan det fremhæves, at direktivets art. 6, stk. 1, i litra a), angiver, at legitim forskelsbehandling kan bestå i at fastsætte særlige vilkår for unges adgang til beskæftigelse med henblik på at beskytte dem.

NATIONAL LOVGIVNING, DER OVERHOLDER BETINGELSERNE I DIREKTIVETS ART. 6, STK. 1

Loven finder heller ikke anvendelse på aldersgrænser fastsat i anden lovgivning.⁴¹ Aldersgrænser fastsat i medfør af anden lovgivning vil kunne opretholdes uændret, hvis den pågældende aldersgrænse er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål indenfor rammerne af dansk ret, og midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige, jf. art. 6, stk. 1. F.eks. indeholder både arbejdsretsloven og tjenestemandsløven tvungne fratrædelsesaldrer for dommere⁴², tjenestemandsansatte jurister⁴³ og præster, provster og biskopper.⁴⁴

Ved fremsættelse af ændringsloven i 2004, konkluderedes det i bemærkningerne, at såfremt der i andre ministeriers lovgivning måtte være aldersgrænser, var det pågældende ministeriums ansvarlig for at påse, at aldersgrænsen var begrundet i et legitimt

formål og at der var den fornødne proportionalitet mellem mål og midler.⁴⁵

AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER

Som det ses ovenfor er der en bred adgang til at fravige aldersdiskriminationsforbuddet i dansk ret, og visse af undtagelserne i FBL er tilmed gjort bredere i praksis. Der står dog en række ubesvarede spørgsmål tilbage, som må forventes at blive adresseret i praksis fremadrettet, herunder fortolkningen af den temporale virkning i FBL § 5 a, stk. 3. Området er derfor bestemt værd at følge i fremtiden.

⁴⁰ Jf. bemærkningerne til nr. 17 i bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser i ændringsloven af 11. november 2004 om ændring af forskelsbehandlingsloven.

⁴¹ Ole Hasselbalch: *Den danske arbejdsret*, afs. XIII, pkt. 2.3.2.3. i den elektroniske udgave på lovportaler.dk, som henviser til princippet om lex specialis.

⁴² Ifølge arbejdsretsloven gælder beskikkelsen som dommer indtil vedkommende fylder 70 år, jf. § 4 Lov nr. 106 af 26. februar 2008 om Arbejdsretten og de faglige voldgiftsretter med senere ændringer gælder.

⁴³ De afskediges fra udgangen af den måned, hvori de fylder 70 år, jf. § 34, stk. 2 i tjenestemandsløven, lovbekendtgørelse nr. 488 af 6. maj 2010 med senere ændringer.

⁴⁴ De afskediges fra udgangen af den måned, hvori de fylder 70 år, jf. § 43 a tjenestemandsløven.

⁴⁵ Jf. pkt. 5.5. i de alm. bemærkninger til lovforslag nr. 92 af 11. november 2004 om ændring af forskelsbehandlingsloven.

NYE BØGER

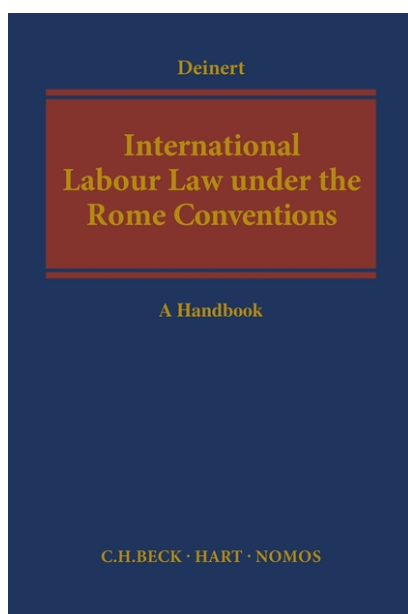


DANSK ARBEJDSMARKEDSPOLITIK

Per Kongshøj Madsen, Thomas Bredgaard, mf.
2. udgave 2016, Djøf Forlag
ISBN 9788757436990

I denne reviderede udgave gives et opdateret og systematisk overblik over arbejdsmarkedspolitikken, både når det gælder teoretiske perspektiver, konkrete erfaringer og de kommende års udfordringer. Der er særlig fokus på de store arbejdsmarkedspolitiske reformer, som er gennemført fra starten af 2010'erne.

Dansk arbejdsmarkedspolitik henvender sig til alle med faglig interesse for dansk arbejdsmarkedspolitik. Bogen er desuden målrettet undervisningen på samfundsvidenskabelige uddannelser.



INTERNATIONAL LABOUR LAW UNDER THE ROME CONVENTIONS

Olaf Deinert
1. udgave 2017, Hart Publishing

International Labour Law under the Rome Conventions offers a full academic examination of the conflict-of-laws questions in Labour Law, as far as they are standardised in Europe (Rome I and for industrial action Rome II). It also deals with the unregulated or only partial regulated field of the law referring to the applicable employment law and answers detailed conflict-of-laws questions of the international Labour Law.

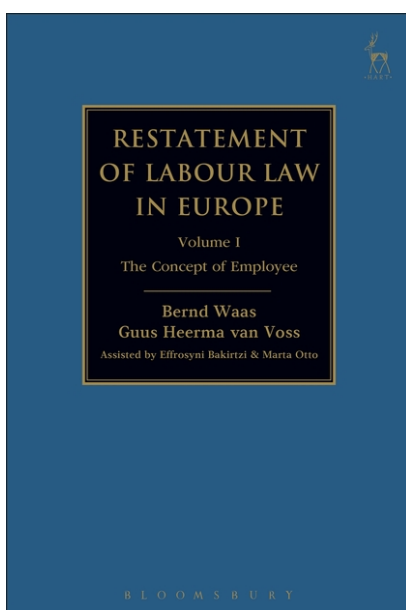


RELIGION, EQUALITY AND EMPLOYMENT IN EUROPE

Katayoun Alidadi

1. udgave 2017, Hart Publishing

Using a comparative and socio-legal approach that emphasises the practical role of human rights, anti-discrimination law and employment protection, this book argues for an enforceable right to reasonable accommodation on the grounds of religion and belief in the workplace in Europe. In so doing, it draws on the case law of Europe's two supranational courts, three country studies -Belgium, the Netherlands and the UK - as well as developments in the US and Canada. By offering the first book-length treatment of the issue, it will be of significance to academics, students, policy-makers, business leaders and anyone interested in a deeper understanding of the potentials and limits of European and Western inclusion, freedom and equality in a multicultural context.



RESTATEMENT OF LABOUR LAW IN EUROPE

Bernd Waas, Guus Heerma van Voss

1. udgave 2017, Hart Publishing

The concept of 'employee' is arguably the most important one in labour law, defining, as it does, the scope of the discipline as a whole. This important new publication aims to develop a restatement of the concept of the employee in European labour law. The study identifies both problems and solutions that have emerged, clearly setting out comparisons between the different member states' approaches. The country reports explore both statutes and case law, tracking their contribution to legal doctrine. The objective of the restatement is to increase knowledge and gain a better understanding of one of the most crucial aspects of European labour law.

FORFATTERLISTE



CATRINE SØNDERGAARD BYRNE
PARTNER, ADVOKAT (L)

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 rangeret 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 og Teknologisk Institut, er medlem af bestyrelsen i tænkehandletanken DataEthics, er co-chair for IAPP's danske KnowledgeNet, samt formand for programkomitéen for konferencen Databeskyttelsesdagen.



TINA REISSMANN
PARTNER, ADVOKAT (H)

Tina Reissmann er partner hos Labora Legal, og har i over 20 år rådgivet danske og internationale virksomheder om alle aspekter af ansættelsesret, herunder omstruktureringer, kollektive afskedigelser samt ansættelse og afskedigelse af direktører. Tina har et mangeårigt samarbejde med førende udenlandske specialister, og har i mere end 20 år haft møderet for Højesteret.

Tina har igennem sit mangeårige virke sat et solidt fingeraftryk på udviklingen i dansk ansættelses- og arbejdsret, og er en af de højest ratede advokater i de førende internationale legal directories.



CLAUS ASCHOU JOHANNESSEN
ADVOKAT

Claus Aschou Johannesen er advokat hos Gorrissen Federspiel og rådgiver om både ansættelsesret og selskabsretlige spørgsmål.

Claus har således stor praktisk erfaring med arbejds- og ansættelsesretlige problemstillinger, herunder rådgivning vedrørende incentive programmer, håndtering af opsigelsessituationer og medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer.

Claus har undervist som ekstern lektor på Aarhus Universitet i den internationale voldgiftskonkurrence, Vis Moot, og har været censorvikar i faget "Drafting Commercial Contracts"



ANNE SKJOLD QVORTRUP
ADVOKAT (L)

Anne Skjold Qvortrup er senioradvokat hos Gorrissen Federspiel med mere end 12 års speciale i arbejds- og ansættelsesret.

Anne fungerer som daglig sparringspartner for klienter, og hun har særlig erfaring med håndtering af eksempelvis manglende performance og fratrædelsessituationer, ligesom hun har stor erfaring med udarbejdelse af ansættelsesretlige aftaler i form af ansættelsesaftaler, incentive schemes og fratrædelsesdokumenter.

Derudover fører Anne løbende retssager omkring arbejds- og ansættelsesretlige forhold ved såvel by- som landsretten.

Anne er tidligere ekstern lektor i ansættelsesret på Aarhus Universitet og er desuden underviser i flere kurser om ansættelsesretlige forhold, herunder for advokater og dommere.



MORTEN LANGER
PARTNER, ADVOKAT (H)

Morten Langer er advokat og partner hos Norrbom Vinding, hvor han beskæftiger sig med alle aspekter af arbejds- og ansættelsesretten, men har følgende særlige interesse inden for individuel ansættelsesret, konkurrence- og kundeklausuler, IP og medarbejdere, reorganiseringer og masseafskedigelse samt bonusprogrammer og alternative aflønningsformer.

Morten Langer er forfatter til "Incentives og bonusordninger" (2012), "Rekrutteringsbegrænsninger - herunder jobklausuler" (2009) og "Konkurrence- og kundeklausuler" (4. udgave, 2010). På baggrund af den nye lov om ansættelsesklausuler, der trådte i kraft den 1. januar 2016, har han senest udgivet 5. udgave af bogen "Konkurrence- og kundeklausuler".



SARA BALDUS
ADVOKAT

Sara Baldus er advokat og beskæftiger sig med alle aspekter af arbejds- og ansættelsesretten. Sara har særlig interesse for individuel ansættelsesret. Hun har medvirket ved udarbejdelsen af 5. udgave af Morten Langers bog "Konkurrence- og Kundeklausuler".



ANNE MARIE ABRAHAMSON
PARTNER, ADVOKAT (L)

Anne Marie Abrahamson er partner hos Lundgrens med speciale i alle aspekter af dansk ansættelsesret. Med afsæt i sin omfattende erfaring på området rådgiver hun både danske og udenlandske klienter om alle ansættelsesretlige spørgsmål. Hun har særligt fokus på udfordringerne i internationale ansættelser og transaktioner, men har også erfaring med persondataret og offentlig ansættelsesret.

I sit daglige arbejde med klienterne lægger Anne Marie stor vægt på effektiv styring og optimering af processen. Hun er en erfaren advokat, der løbende fører mange rets- og voldgiftssager inden for sit specialeområde.

Anne Marie er medforfatter til bogen "Selvstændige erhvervsdrivende og lønmodtagere" (Karnov 2014 - Anne Marie Abrahamson, Jan S. Hove, Deloitte) og forfatter til bogen "Vikarloven med kommentarer" (Karnov 2014).



MICHAEL MØLLER NIELSEN
PARTNER, ADVOKAT (L)

Michael Møller Nielsen er partner og leder af Lund Elmer Sandagers ansættelsesretsafdeling. Han rådgiver om alle former for ansættelsesretlige udfordringer, bl.a. direktørkontrakter, overenskomstforhold, konkurrencebegrænsende aftaler og individuelle ansættelsesforhold. Michaels ekspertområde er inden for fortolkning af kollektive overenskomster og tvister med fagforeninger vedrørende brud på kollektive overenskomster. Derudover rådgiver han løbende virksomheder, der bliver mødt med et krav fra fagforeninger om at indgå en kollektiv overenskomst.

Michael har møderet for landsret. Han har skrevet flere artikler om ansættelsesretlige forhold, og underviser blandt andet på CBS, hvor han er tilknyttet som ekstern underviser og vejleder studerende, der skriver speciale. Derudover sidder Michael i Danes Wordwides ekspertpanel og er næstformand i NGO'en Danish Justice Foundation.



JULIE FLINDT RASMUSSEN
ADVOKAT

Julie Flindt Rasmussen er advokat i Lund Elmer Sandagers ansættelsesretsafdeling. Hun rådgiver primært virksomheder inden for det arbejds- og ansættelsesretlige område, herunder om forhold i forbindelse med ansættelsen, under ansættelsen og ved ansættelsesforholdets ophør.

Julie har blandt andet erfaring med udarbejdelse af ansættelses- og direktørkontrakter, kunde- og konkurrenceklausuler og fratrædelsesaftaler. Herudover rådgiver hun blandt andet om vilkårsændringer, virksomhedsoverdragelser, overenskomstforhold samt opsigelse og bortvisning af medarbejdere.



CHRISTIAN HØJER SCHJØLER
ADJUNKT

Christian Højer Schjølér er adjunkt på Syddansk Universitet, hvor han underviser og forsker i arbejdsret med vægt på anti-diskriminationsretten. Han blev ph.d. via en omfangsrig afhandling omhandlerde aldersdiskriminationsforbuddet og flere artikler inden for samme område. Han er tidligere advokat med erfaring fra advokatkontorer og en arbejdsgiverorganisation.

Christian Højer Schjølér har i ph.d.-afhandlingen undersøgt tilblivelseshistorien bag aldersdiskriminationsforbuddet, de særegne aspekter ved alderskriteriet, hvordan forbuddet blev implementeret i dansk ret, medlemsstaternes og overenskomstparternes skønsmargin under forbuddet og EU-Domstolens fortolkning af forbuddet.

Christians ph.d.-afhandling med titlen *Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten* udkommer på forlaget Ex Tuto Publishing i sommer 2017.

Elmann

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

Få en sparringspartner der leverer løsningsorienteret juridisk rådgivning