

HRJURA MAGASINET

ANSÆTTELSESG- OG ARBEJDSRET

16. NUMMER / SOMMER 2021

ISSN
2245-3989

HR JURA V/ANTON KRAEV
TOLDBODGADE 53, 3. TV.
1253 KØBENHAVN K

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 rettighedshavere.

REDAKTION



ANTON KRAEV
ANSVARSHAVENDE REDAKTØR
ADVOKAT (L), CAND.MERC.JUR

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

HR JURA MAGASINET

16. NUMMER / SOMMER 2021

ISSN

2245-3989

HR JURA V/ANTON KRAEV

TOLDBODGADE 53, 3. TV.
1253 KØBENHAVN K

CVR.NR. 34379866

WEB: HRJURA.IN

E-MAIL: CONTACT@HRJURA.IN





SE SKOVEN.

Komplekse problemstillinger kræver præcise svar. Men selv om djæveln ofte ligger i detaljen, behøver svaret ikke være djævlens detaljeret. Hos Horten ser vi altid tingene i en større sammenhæng. For kun ved at se det store billede kan vi levere præcis rådgivning, der er til at forstå. Og som flytter dig videre og fremad.

Find din advokat på www.horten.dk

HORTEN

INDHOLDSFORTEGNELSE

7 NY LITTERATUR

15 PORTRÆT



FLEMMING DREESEN
ANSÆTTELSESRETSCHEF
DANSK ARBEJDSGIVERFORENING

20 NON-DISCLOSURE CLAUSES IN SEXISM AND SEXUAL HARASSMENT CASES IN THE NORDICS



ANDERS ETGEN REITZ
PARTNER, ADVOKAT (L)



KIRSTEN ASTRUP
ADVOKATFULDMÆGTIG

26 #METOO - OG DE MANGE ANSÆTTELSESRETTLIGE DILEMMAER



ANNE LOUISE WULFF
PARTNER, ADVOKAT (L)



CLAUDIA SOFIA KOUTSONIKOLAS
ADVOKATFULDMÆGTIG

33 OPSIGELSE AF PERSONALEGODER



DAVID BAR-SHALOM
SENIORADVOKAT

39

KONKURRENCEBEGRÆNSEDE KLAUSULER I EJER- OG OVERDRAGELSESAFTALER



SØREN OLE NIELSEN
PARTNER, ADVOKAT (L)



LAURA LUNDT
STUD.JUR.

43

KAN EN ARBEJDSGIVER KRÆVE, AT EN MEDARBEJDER BLIVER VACCINERET?



CATRINE SØNDERGAARD BYRNE
PARTNER, ADVOKAT (L)

51

ARBEJDSGIVERS MULIGHED FOR AT FORETAGE VILKÅRSÆNDRINGER - MED FOKUS PÅ COVID-19'S PÅVIRKNING



STEFAN HÜHNE
CAND.JUR.



SARAH CHRISTOFFERSEN
CAND.JUR.

78

FORFATTERLISTE



Schultz Legal Arbejdsret

Vær 100% dækket ind i sager om arbejds- og ansættelsesret

Spar tid på din research

Arbejds- og ansættelsesret er et kompliceret fagområde, hvor domme og kendelser i høj grad regulerer praksis, og hvor små nuancer stiller store krav til tolkning.

Med Schultz Legal Arbejdsret får du nemt og hurtigt adgang til lovgivning, domme og litteratur, der kan spare dig både tid og ressourcer.

Adgang til præcis den litteratur du har brug for

Portalen er udviklet i tæt samarbejde med Dansk Arbejdsgiverforening og Djøf Forlag og indeholder bl.a.:

- Arbejds- og ansættelsesretlig lovgivning
- Domme, kendelser og retsformandsafgørelser fra Højesteret, Østre og Vestre Landsret, Sø- og Handelsretten, Arbejdsretten og Tjenestemandsretterne
- Faglige voldgiftskendelser fra DA-/LO-området og fra det statslige område
- Afgørelser fra Tvistigheds-, Afskedigelses-, Leder-, Overenskomst- og Samarbejdsnævnet samt Folketingets Ombudsmand.

Opdaterede love og regler

Lovkommentarerne/litteraturen indeholder en dybdegående og systematisk gennemgang og udlægning af de relevante lovtekster og giver et samlet overblik over loven paragraf for paragraf.

Teoretisk og praktisk behandling

Håndbøgerne indeholder en teoretisk og/eller praktisk behandling af et retsområde med beskrivelser og analyser og kan med fordel bruges som opslagsværker.

Ny intuitiv platform

Vi lancerer Schultz Legal Arbejdsret med en helt ny, intuitiv brugergrænseflade og funktionalitet - på samme platform som Schultz Legal Research.

Prøv løsningen gratis i 14 dage:

www.schultz.dk/legal-arbejdsret

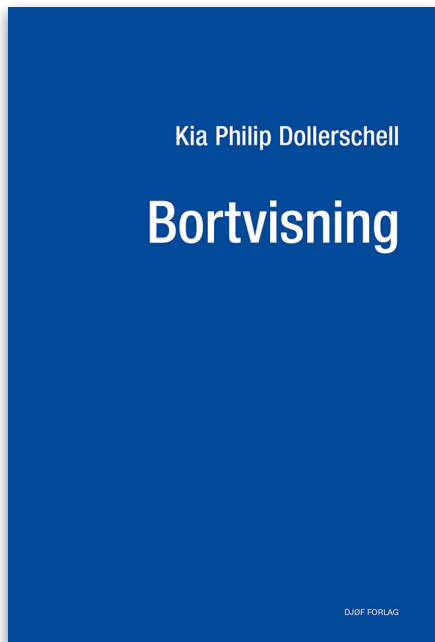
Vil du vide mere?

Kasper Bundgaard

8177 6844

kab@schultz.dk



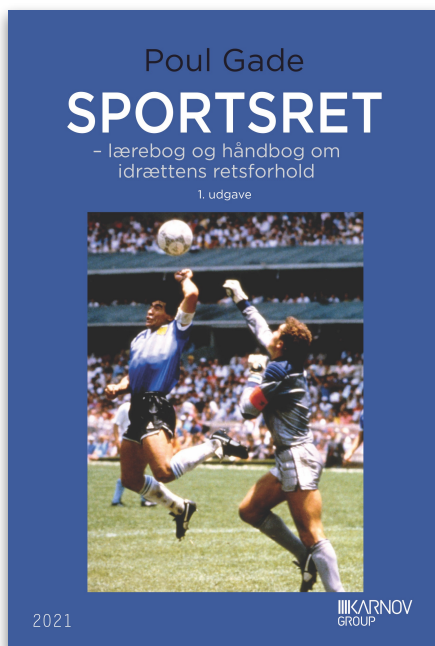


BORTVISNING

Kia Phillip Dollerschell
2. udgave 2021, DJØF Forlag

Bortvisning er en overskuelig og praktisk håndbog for jurister og andre praktikere, der beskæftiger sig med bortvisningssager, og som ønsker et samlet overblik over de mange forskelligartede juridiske forhold, der knytter sig til bortvisningssituationen.

Bogen er inddelt i en række emner, der hver især relateres til bortvisningssituationen og som efterfølges af en række domme.



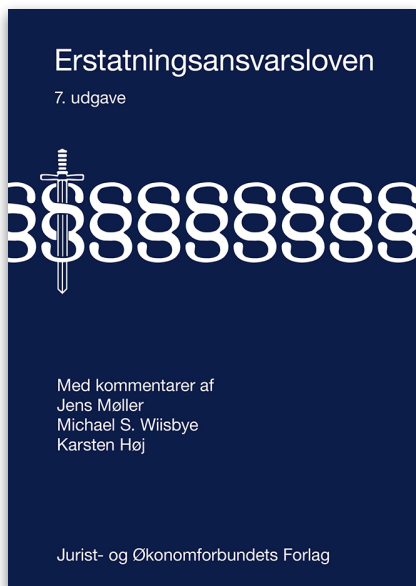
SPORTSRET - LÆREBOG OG HÅNDBOG OM IDRÆTTENS RETSFORHOLD

Poul Gade
1. udgave 2021, Karnov Group

Sportsret beskæftiger sig med de juridiske problemstillinger, som erfaringsmæssigt opstår i forbindelse med sportsudøvelse.

Bogen består af tre dele, som behandler følgende emner:

- Organiseringen af konkurrenceidræt og idrættens retsinstanser
- Konkurrencereglerne, dvs. de juridiske rammer om elitesport
- Kontraktforhold i sport, belyst gennem kontrakter i professionel fodbold



ERSTATNINGSANSVARSLØVEN

Jens Møller, Michael S. Wiisbye og Karsten Høj
7. udgave 2020, DJØF Forlag

Erstatningsansvarsloven med kommentarer foreligger nu i en ny og gennemrevideret udgave. Værket er skrevet af tre af landets førende erstatningsretlige eksperter.

Siden 6. udgave er loven blevet ændret ikke mindre end 12 gange på en række centrale områder, herunder bl.a. reglerne om tortgodtgørelse, reglerne om godtgørelse til efterladte ved dødsfald, reglerne om tabt arbejdsfortjeneste samt ændringer som følge af ny forældelseslov. Der er desuden fremkommet flere end tusinde nye centrale afgørelser, der alle er grundigt behandlet.



ERSTATNINGSRETLIGE GRÆNSEOMRÅDER I PROFESSIONSANSVAR, LEDELSESANSVAR OG PRODUKTANSVAR

Vibe Ulfbeck
3. udgave 2021, DJØF Forlag

I bogen behandles professionsansvar, ledelsesansvar og produktansvar. Ansvarsformerne er karakteriseret ved, at de ikke uden videre lader sig indpasse i den traditionelle formueretlige sondring mellem ansvar i og uden for kontrakt. Ud fra denne synsvinkel gives i første del af bogen en introduktion til forskellige former for professionsansvar samt ledelsesansvar, og i anden del beskrives udvalgte produktansvarsemner.

Bogen er skrevet med henblik på undervisningen i faget specialiseret erstatningsret ved Københavns Universitet, men henvender sig også til praktikere, der arbejder med erstatningsspørgsmål i relation til rådgivning, ledelse og produktansvar.



DIREKTØRKONTRAKTEN

Jørgen Boe, Claus Juel Hansen og Jens Lund Mosbek
9. udgave 2020, Karnov Group

Bogen tager udgangspunkt i en gennemarbejdet modelkontrakt. De forskellige afsnit i modelkontrakten gennemgås og kommenteres. Herunder gennemgås direktørens ansvarsområde, konkurrence- og kundeklausuler, vederlag, bonus, pension, forsikringer og ophør. Direktørens ledelsesansvar behandles også.

Bestemmelserne i kontrakten perspektiveres med relevant lovgivning og retspraksis. Fremstillingen indeholder endvidere alternative og supplerende bestemmelser til modelkontrakten samt en række bilag med retningslinjer for arbejdsdelingen mellem bestyrelse og direktion, bonusaftaler og direktørens fratrædelsesaftale.



ANSVARSFORSIKRING AF BESTYRELSE OG DIREKTION

Klaus Stubkjær Andersen og Erik Werlauff
2. udgave 2020, Karnov Group

Ansvarsforsikring af bestyrelse og direktion giver en omfattende, ajourført indføring i gældende dansk ret for ledelsesansvar og en detaljeret oversigt over muligheder og faldgruber indenfor ledelsesansvarsforsikring. Denne bog indeholder:

- En beskrivelse af retsreglerne og retspraksis for ledelsens erstatningsansvar i Danmark
- Gennemgang af ledelsesansvarsforsikringens dækning med udgangspunkt i aktuelle forsikringspolicer fra markedsledende forsikringsselskaber, herunder generelle bestemmelser, udvidelser og undtagelser, samt særlige problemstillinger ved ledelsesansvarsforsikringer
- Forslag til afdækning af risici via personlig risk management



TJENESTEMANDSLOVEN MED KOMMENTARER

Michael Møllegaard Jessen og Henrik Karl Nielsen
1. udgave 2021, Karnov Group

Tjenestemandsløven med kommentarer forventes at udkomme medio august 2021.



EU-ARBEJDSRET

Natalie Videbæk Munkholm
22. udgave 2021, Djøf Forlag

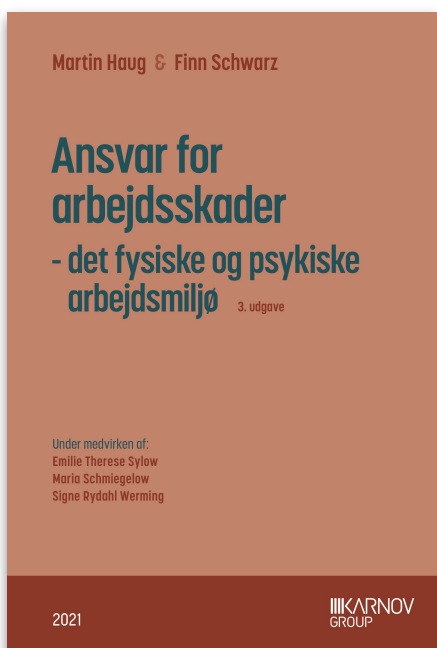
Arbejdsmarkedets regler 2021 indeholder de vigtigste nationale arbejds- og ansættelsesretlige love, regler og overenskomster, samt de vigtigste EU-retlige og internationale arbejds- og ansættelsesretlige regelsæt. Udvælgelsen er baseret på nu afdøde professor emeritus, jur.dr. Ole Hasselbalchs tidligere udgaver, tilpasset af lektor, ph.d. Natalie Videbæk Munkholm.



ARBEJDSKADESIKRINGSLOVEN

Mikael Kielberg, Niels-Henrik Dam og Niels Jochumsen
7. udgave 2021, Karnov Group

Arbejdsskadesikringsloven forventes at udkomme ultimo august 2021.



ANSVAR FOR ARBEJDSKADER - DET FYSISKE OG PSYKISKE ARBEJDSMILJØ

Martin Haug og Finn Schwarz
3. udgave 2021, Karnov Group

Bogen belyser arbejdsgiverens civilretlige og strafferetlige ansvar for arbejdsskader. Bogen er velegnet som opslagsværk. Den formidler området i tilgængelig form og indeholder udførlig omtale af trykt og utrykt retspraksis. Forfatterne redegør bl.a. for:

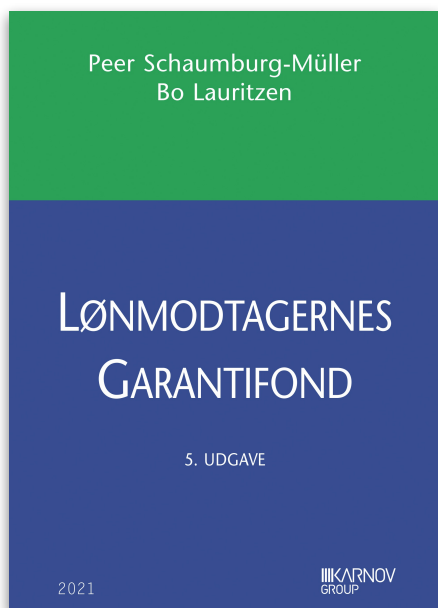
- Den overordnede ansvarsvurdering
- Hvem erstatningskrav kan rettes mod, f.eks. når der er tale om arbejdsskader i forbindelse med lånt personale eller flere arbejdsgivere på samme arbejdsplads
- Arbejdsskader, der er opstået på grund af arbejdsstedets indretning, arbejdets tilrettelæggelse eller manglende instruktion og tilsyn fra arbejdsgiverens side
- Arbejdsskader i forbindelse med anvendelse af maskiner, tekniske hjælpemidler, værnemidler, stilladser, stiger og løft
- Ansvar for det psykiske arbejdsmiljø og psykiske skader



HANDICAP OG BESKÆFTIGELSE

Thomas Bredgaard, Finn Amby, Helle Holt, Frederik Thuesen
1. udgave 2020, Djøf Forlag

Bogen bygger på integrerede analyser af forhold, der hæmmer og fremmer beskæftigelsen for mennesker med bevægelseshandicap og opstiller en model for et mere rummeligt arbejdsmarked for mennesker med handicap. Den giver således både ny indsigt i årsagerne til, at mennesker med handicap er underrepræsenterede på arbejdsmarkedet og forslag til, hvordan flere mennesker med handicap kan blive en del af arbejdsfællesskabet. Bogen henvender sig til alle med interesse for arbejdsmarkedsforhold, handicap, beskæftigelse og beskæftigelsessystemet.



LØNMODTAGERNES GARANTIFOND

Peer Schaumburg-Müller og Bo Lauritzen
5. udgave 2021, Karnov Group

Lov om Lønmodtagernes Garantifond er en af de mest centrale love på arbejdsmarkedet. Mange, arbejdsgivere såvel som lønmodtagere og dermed også disses forskelligartede repræsentanter, stifter bekendtskab med den - især i lyset af de senere års konkurser som følge af de samfundsmæssige konjunkturer og senest Coronapandemien.

Loven rejser en lang række komplicerede fortolkningsproblemer inden for områderne arbejdsret, ansættelsesret, EU-ret, konkursret, insolvensret og skifteret. Kommentarerne bygger på forarbejder, teori og på den omfattende retspraksis og administrative praksis, der har udviklet sig gennem årene. Bogen har indarbejdet de omfattende ændringer i loven, som senest er gennemført primo 2021.

FLEMMING DREESEN
ANSÆTTELSESRETSCHEF
DANSK ARBEJDSGIVERFORENING



EN AF DE STØRSTE JURIDISKE KAPACITETER INDEN FOR ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET.

TIDLIGERE EMBEDSMAND

Efter færdiggørelsen af studiet fra Århus Universitet var jeg et par år i Viborg Statsamt, hvor jeg hovedsagelig beskæftigede mig med familieretlige sager. Statsamterne havde dengang en meget bred portefølje, herunder bevilling af fri proces til civilretlige sager. Der var også kuriøse emner, som f.eks. bevillinger til privat dødsboskifte og ikke mindst stempelretten, hvor man kunne udmåle en "mulkt" som straf.

I Justitsministeriet var jeg i Lovafdelingen, først i formueretskontoret og senere i kontoret for statsret og offentlig ret og i den sidste tid i Flygtninge-nævnets sekretariat.

I departementet havde man som nu også et formiddagsjob to dage om ugen. Jeg var hos Københavns Politi som anklager i røverafdelingen. Det var bl.a. den afdeling, der havde den sag, som senere blev til Blekingegade-sagen. Jeg havde ikke noget med den sag at gøre, men var i afdelingen den dramatiske formiddag, hvor sagen i maj 1989 åbnede sig, da det endnu ikke pågrebne medlem kørte galt, og Politiet dermed fik fat i adressen i Blekingegade. Politiet havde nøglerne, men vidste ikke, hvor de passede og de 4 øvrige anholdte var på nippet til at blive løsladt.

I Justitsministeriet havde jeg bl.a. fornøjelsen af de tidlige overvejelser i EU om ændring af databeskyttelsesreglerne; et emne, som jeg stadig har fornøjelsen af og som har forfulgt mig siden.

Fra Justitsministeriet har jeg også medtaget bl.a. notatskrivningen og jeg tror, at DA i starten blev forundret over mine lange notater. Det er man i DA nu stadig.

FRA PER JACOBSEN SOM UNDERVISER TIL POLITISK ARBEJDE I DA

Min erfaringer om ansættelsesret og kollektiv arbejdsret, inden DA var fra en obskur TV-række i sort/hvid om den danske models fortræffeligheder, tillidsrepræsentant i ministeriet og et lille såkaldt kursusfag på Århus Universitet. Per Jacobsen var underviseren og lærebøgerne var Jacobsens egen store "Kollektiv Arbejdsret" og en af Hasselbalchs tidlige og tynde bøger. Kurset var ikke særligt søgt, men det var det eneste om ansættelsesret og kollektiv arbejdsret.

Arbejdet i DA som Ansættelsesretschef er som udgangspunkt en politisk funktion med henblik på at sikre danske arbejdsgiverens interesser på det ansættelsesretlige område i nationalt og internationalt, hvor EU jo fylder næsten hele billedet.

DA's arbejde sker på grundlag af mandater via DA's politiske udvalg, hvor DA's medlemsorganisationer er repræsenteret. DA's opgaver er således bl.a. at sammenstille, koordinere og søge at gennemføre arbejdsgiverfællesskabets samlede interesser.

Da jeg startede i DA, var der langt flere medlemsorganisationer, og der var stadig en hel del virksomheder, som var direkte medlemmer af DA, så dengang havde man en direkte kontakt med virksomhederne og deres ansættelsesretlige udfordringer. DA har nu i flere år været en forening af foreninger og tillige større og større foreninger med egne eksperter. Arbejdet i DA er dermed siden min start blevet klart mere professionaliseret.

En af de positive ting i DA er mangfoldigheden af opgaver, som man kan blive stillet over for. Jeg har fx. altid godt kunne lide at skrive, herunder bøger om ansættelsesret på DA's forlag (der nu udgives på nettet via Schultz).



FERIELOVSUDVALGET

Ferielovsudvalget var et langvarigt forløb i et glimrende og tæt samarbejde med navnlig FH, Beskæftigelsesministeriets og Finansministeriets embedsværk og ikke mindst med udvalgets formand, Børge Dahl.

Ferielovsudvalget havde på den ene side den klare opgave at komme med en EU-holdbar-løsning, men på den anden side var det helt åbent, hvordan vi løste opgaven. Modellen i den nye ferielov med samtidighedsferie inden for 16 måneder i et drejet ferieår, der starter den 1. september og ikke mindst overgangsordningen er således udviklet i løbet af udvalgsarbejdet. Jeg lavede på et tidspunkt til udvalget en model for en overgangsordning, hvor pengene "forsvandt" ned i arbejdsgivernes lommer. Det blev desværre opdaget.

Hovedparten af arbejdet og energien i udvalget gik med etableringen af overgangsordningen og de komplicerede beregninger, der ligger bag modellen med de indefrosne feriepenge og som skal omfatte et meget langt forløb ud i fremtiden. Det var jo de store tals lov, og det har da også vidt sig, at der er tale om beløb på mere end 100 mia. kr. Derfor er det da lidt vemodigt på grund af al det arbejde i udvalget med indefrysningen, at hovedparten af de indefrosne feriepenge nu er blevet udbetalt, men målet med indefrysningen er stadig intakt.

Til gengæld havde jeg fornøjelsen ved at selv at være med til at udvikle modellen for udbetalingen af de indefrosne feriepenge i anledning af Corona.

Jeg har dog bl.a. ladet mine indefrosne feriepenge indestå af respekt for bl.a. Ferielovsudvalgets arbejde.

ILO

Den flittige og velargumenterede har kolossal indflydelse i ILO-arbejdet. Da jeg deltog i ILO's årlige arbejdskonference i Geneve første gang i 1998, faldt jeg lige ind i det i et udvalg, der forhandlede en ny konvention om graviditet og barsel. Indflydelse fik man bl.a. ved at blande sig og blive ved, når de andre gik til reception eller i seng.

Ligesom man altid skal respektere andre folks arbejde, skal man også respektere deres udfordringer. Virksomheder og arbejdsgiveres problemer er på samme tid både ensartede og forskellige verden over. Man lærer også at være ydmyg over for andres udfordringer, f.eks. at mange arbejdsgiverforeninger verden over bare kæmper for at få en stabil organisation på benene økonomisk og i forhold til fx statsmagten.



FLEMMING DREESEN

ANSÆTTELSESRETSCHEF

1991 - 2021	ANSÆTTELSESRETSCHEF (FULDMÆGTIG, CHEFKONSULENT) DANSK ARBEJDSGIVERFORENING
1993-1997	EU-REPRÆSENTATION I BRUXELLES DANSK ARBEJDSGIVERFORENING
1988-1991	JUSTITMINISTERIET LOVAFDELINGEN, FLYGTNINGENÆVNET, KØBENHAVNS POLITI
1986-1988	FULDMÆGTIG VIBORG STATSAMT
1985	CAND.JUR. AARHUS UNIVERSITET

ØVRIGE HVERV

Flemming Dreesen er tidligere medlem af bl.a. Sygedagpengeudvalget, Ankestyrelsen, Ankenævnet for Arbejdsløshedsforsikring, Gentestudvalget 1993-94 (helbredsoplysningsloven), Helbredsoplysningsrådet, Kommission om børn og unges erhvervsarbejde 1992-1993, Beskæftigelsesministeriets Implementeringsudvalg, EU's rådgivende Udvalg for Social Sikring og Rådgivende Udvalg for Vandrørende Arbejdstagere, Ferielovsudvalget 2015-17, Arbejdsmarkedets Feriefond bestyrelse 1997-2021, 1998-2021 arbejdsgiverdelegat ILO's årlige Arbejdskonference, Arbejdsgiver-suppleant i ILO's styrelsesråd, 2021-2024, Beskæftigelsesudvalgets faste ILO-udvalg, DA's repræsentant i IOE (International Organisation of Employers).

I mange lande drives en arbejdsgiverforening m.v. f.eks. direkte af virksomheder og store sekretariater med ansatte eksperter er ofte ukendte.

På et tidspunkt var der to officielle delegater fra arbejdsgiverforeningen i det olierige Nigeria, der gerne ville mødes med min kollega og jeg i Geneve. De to velklædte herrer var angiveligt begge vice adm. direktører i den lokale arbejdsgiverforening. Den daværende adm. direktør stod til at skulle blive afløst af en af de to og som led i ansøgningsprocessen skulle de bl.a. indhente erfaringer fra alverden, herunder de danske arbejdsgivere. Om vi ikke ville afsætte tid til et snarligt besøg, når de kom til Danmark? Det ville vi gerne, og visitkort blev udvekslet. Nu skete ingenting i måneder, indtil der kom en mail fra Nigeria, hvor de to beklagede forsinkelsen, men det kneb lidt med rejsepenge; om vi dog ikke kunne sende et pænt beløb?!

AT ASFALTERE, MEDENS MAN KØRER

En af de mest udfordrende opgaver har klart været Corona-krisen. Der er dage fra foråret 2020, hvor man stadig husker, hvor man var, da tingene skete, omend ikke helt så dramatisk som et Kennedy-mord. Her passer for en gangs skyld klicheen om at asfaltere, medens man kører.

Her virkede det dog nærmere som om, at man rullede ud i mørket alene efter kompasset. Det kompas som fx. arbejdsmarkedets parter kørte efter, var jo den danske models grundpiller.

Jeg fulgte udviklingen lige fra starten af 2020, da de første problemstillinger dukkede op, da jeg tidligere har beskæftiget mig med beredskabet om fx SARS og MERS, men det blev klart, at vi her stod med noget langt større og at fx dele af epidemiloven slet ikke var tilstrækkelig.

Man må ikke glemme, at omkostningerne har været høje navnlig for mange virksomheder og deres ejere og at vi jo slet ikke er igennem Corona-krisen endnu.

Alt under Corona-krisen har ikke været lige kønt. Statsmagten er kommet tæt - og efter min vurdering - for tæt ind i arbejdsmarkedets parterers sfære. Det er aldrig positivt at skulle stå med hatten i hånden over for statsmagten. Vi må arbejde for, at prisen - også den langsigtede - for den danske model ikke bliver for høj.

LIGESOM MAN
ALTID SKAL
RESPEKTERE
ANDRE FOLKS
ARBEJDE, SKAL
MAN OGSÅ
RESPEKTERE
DERES
UDFORDRINGER.



Der sker kun noget, hvis nogen handler.

Lige nu står vi som samfund over for en række udfordringer. Der er mange holdninger til, hvordan de skal løses. Men der sker kun noget, hvis nogen handler.

Og her kommer Dansk Erhverv ind i billedet. Vores medlemmer er virksomheder, der kan få ting til at ske og hjulene til at snurre. Kort sagt, handlekraft. Og den handlekraft skal vi bruge nu. Til at trække os i gang igen og forløse det enorme potentiale, der hedder Danmark.

**DANSK
ERHVERV**
BRUG HANDLEKRAFTEN

NON-DISCLOSURE CLAUSES IN SEXISM AND SEXUAL HARASSMENT CASES IN THE NORDICS



ANDERS ETGEN REITZ
PARTNER, ADVOKAT (L)



KIRSTEN ASTRUP
ADVOKATFULDMÆGTIG

Along with the exposure of multiple cases on sexual harassment and sexism, it has also come to light that a number of the victims of sexual harassment in the workplace have signed non-disclosure clauses, for example as part of a severance agreement. This has been heavily criticized - but what does the laws in Denmark, Sweden and Norway say about the use of such clauses in these situations?

There may be many good reasons to enter into severance agreements, and severance agreements do - as a default - contain a confidentiality clause. What is special about the cases now coming to light is that the non-disclosure clauses seem to have the purpose of broadening or targeting the duty of confidentiality of the victim, about the sexual harassment they experienced. This is unlike traditional severance agreements, where focus is on confidentiality with respect to the terms of the agreement and possibly also on the general duty of confidentiality which would have applied either way.

ARE NON-DISCLOSURE CLAUSES ENFORCEABLE?

Settlements are often reached between two parties who disagree on the facts of a case. In cases on sexism and sexual harassment it's often one person's word against another's, and a public statement by the victim can - if the circumstances cannot be proven - be defamatory, allowing the alleged harasser to raise a claim. Often, both parties therefore have a mutual interest in concluding a settlement, to avoid the risks and costs of a case.

However, when a severance agreement then includes a non-disclosure clause which imposes a duty of confidentiality on a matter the employee would not otherwise be subject to as part of the employment, the question is whether this clause is even enforceable?

Non-disclosure clauses in Denmark could be contrary to law and honor

In Denmark, it's relevant to look towards section 5-1-2 of the Danish Code of 1683 which provides that an agreement against law and honor can be set aside. This conclusion is also confirmed in established case law.

Illustratively, in a case from the Danish Supreme Court on illegal work¹, the court stated that an agreement can be set aside under section 5-1-2 of the Code if it violates the interests of a third party or public morality – even though none of the parties to the agreement wants it to be set aside.

In line herewith, the Danish Consumer Ombudsman has also stated that non-disclosure clauses are invalid if “unreasonable and contrary to honest business practice because it deprives the consumer of central rights such as freedom of speech and access to enforcement authorities and legal assistance.”² Although it's positive if the parties can reach a settlement, such agreements should therefore never be at the expense of central rights which would also, at the same time, substantially complicate the possibility to enforce the applicable rules in practice.

Prohibitions to disclose the circumstances of a case on sexism or sexual harassment is undoubtedly contrary to the public interest and violates the general moral perception. It's therefore not unlikely that the courts in Denmark would also override extensive non-disclosure clauses with reference to section 5-1-2 under the Code.

However, even if the harassed employee goes public, without proof of the circumstances of the case, the risk of defamation remains. To address this issue, HK and others have now chosen to recommend members to enter into so-called anonymity clauses. Such clauses keep the identity of the harasser and

company secret but allows for harassed employees to share their story. Although pragmatic, the risk of breaching this clause when telling the story remains a risk and does not seem solved with this approach.

With the upcoming legislation on the protection of whistleblowers, which will include access to making reports on sexual harassment, it is even more clear that any prohibitions to disclose the circumstances would be deemed unlawful. This is because under the coming rules, it is prohibited to prevent or attempt to prevent someone from making a report.

Non-disclosure clauses are a matter of assessment in Sweden

In Sweden, sexual harassment is prohibited as a form of discrimination under the Swedish Discrimination Act.

According to these rules, agreements that revoke or restrict an employee's rights under the Act can be adjusted or declared void in court. For example, employees who have been subject to sexual harassment are entitled to claim compensation under the Act. However, nothing in the Act explicitly entitles the employee to disclose a case of discrimination to the general public.

A similar issue applies in relation to the Swedish Whistleblowing Act. Pursuant to the Act, an employee who reports serious misconduct in the company's business shall be protected against sanctions. The Act is binding to the benefit of the employee, meaning that it cannot be derogated from by agreement between the company and the employee. However, the Act only prevents agreements which revoke or restrict the employee's entitlement to damages in the event the company violates the prohibition on reprisal. Consequently, the Act does not contain any rules regarding agreements which revoke or restrict the employee's entitlements to blow the whistle.³

¹ Judgement by the Danish Supreme Court of 20 May 2014 (U.2014.2434 H)

² Decision by the Danish Consumer Ombudsman regarding Basisbank A/S of 31 August 2020

³ Bo Ericson, Henrik Ask, Lag (2016:749) om särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga misförhållanden 3 §, Lexino 2019-04-30

On this basis, an employee's consent to not disclose having been subject to sexual harassment at the workplace, can likely not be adjusted or declared void directly on the basis of the Swedish Discrimination Act or Whistleblowing Act. This conclusion, however, does not exclude that the non-disclosure clause could be challenged on the basis of general legal principles, such as the principle of *pactum turpe*, or by otherwise being undue or contrary to good practice on the labour market.

According to the principle of *pactum turpe*, illegal or immoral agreements can in some cases be disregarded. There is no clear definition of the principle, and therefore, the Swedish courts have a large margin of interpretation when discussing cases concerning *pactum turpe*.⁴

What the principle entails is for example illustrated by a case from the Swedish Court of Appeal,⁵ where a man had promised a woman that he would divorce his wife within three months. If he did not, the woman would receive SEK 100,000 according to a promissory note established between the two. The man did not divorce his wife and the woman therefore brought her claim before court. However, the Swedish Court of Appeal dismissed the claim since they did not find that the promise to dissolve the marriage could form basis for a payment obligation. This can be interpreted as meaning that the promissory note was of such personal nature and therefore, according to the principle of *pactum turpe*, was considered invalid.⁶

Another rule in civil law, in addition to the Swedish Discrimination Act and Whistleblowing Act, is section 36 of the Swedish Contracts Act. According hereto, a clause may be adjusted or declared void if it is unreasonable with respect to its content, the circumstances under which it was concluded, later circumstances or otherwise. Within the area of em-

ployment law, this provision is often used to adjust or declare clauses void which apply for an unreasonably long time, or contain too intrusive commitments for the employee, who is considered as the weaker contracting party.

If a claim is made under section 36, the court would likely - among other things - assess whether the compensation in the settlement can be considered as sufficient to compensate not only for the violation that the sexual harassment entails, but also for the employee's confidentiality commitment. In other words, the compensation can be assumed as having to be higher than fair compensation for the violation, in order for the clause to have a chance of being considered reasonable and thereby valid. Of course, this presupposes that the clause is not declared invalid or disregarded on any other basis, including the principle of *pactum turpe*.

As for Denmark, the upcoming legislation on the protection of whistleblowers will make it clearer that any prohibitions to disclose the circumstances would as a main rule be deemed unlawful. Again, this is because under the coming rules, it is prohibited to prevent or attempt to prevent someone from making a report.

Non-disclosure clauses can be in breach of the Norwegian rules on whistleblowing

In Norway, the enforcement of non-disclosure clauses can be discussed in relation to the employees' freedom of speech, both in the private and public sector. Because of the managerial right, companies can to some degree limit their employees' right to freedom of speech.

But to what extent can the right to freedom of speech be limited by companies? This was the question before the Norwegian Ombudsman in a case from 2019.⁷ In this case, the Norwegian Ombuds-

⁴ Marcus Agnafors, *Pactum turpe - en rekonstruktion och ett försvar*, SvJT 2019 s. 956.

⁵ RH 1988:130.

⁶ Marcus Agnafors, *Pactum turpe - en rekonstruktion och ett försvar*, SvJT 2019 s. 961.

⁷ Statement by the Norwegian Ombudsman of 10 October 2019 (2018/4777)

man stated that employees' freedom of speech cannot be limited beyond the scope of the employees' duty of loyalty. As a main rule, this duty will be limited to statements that demonstrably will or can harm the company's interests in an unnecessary way. However, where the employees' right to freedom of speech outweighs the company's interests, such statements will be protected even when the company can be harmed.

Although the Norwegian Ombudsman's statement concerned an employee within the public sector, the statement is likely to apply for employees within the private sector as well. However, the question of whether a statement is or can be harmful to the company's interest is likely to be different for private companies than for the public sector. This is because companies within the public sector are "owned" by the general public.

Similarly, as for Denmark, section 5-1-2 of the Norwegian Code of 1687 also provides that an agreement against law and honor can be set aside. Illustratively, in a case from the Norwegian Court of Appeals⁸, a mother agreed to give the father full custody of their child in exchange for NOK 1 million. The mother later obtained shared custody via the courts and, in return, the father decided to initiate court proceedings to be reimbursed for the agreed amount. The court found the agreement to be void as it was considered immoral.

As for Denmark, any prohibition to disclose the circumstances of a case on sexism or sexual harassment is therefore unlikely to be considered enforceable by the Norwegian courts.

Finally, for Norway, it is also relevant to look towards section 2-A on whistleblowing under the Norwegian Working Environment Act. As both sexism and sexual harassment is included in the scope of whistleblowing rights, whistleblowers will be entitled to notify internally within the company, but also

through the media and the public at large when certain criteria are met. This is the case when the whistleblower is in good faith about what is being reported, the report concerns censurable conditions of general interest, and when the whistleblower has first reported internally or has reason to believe that internal report would not be appropriate.

Whistleblowers' rights are mandatory under these rules. Therefore, it is not possible to agree to depart from the rights and duties that follows from the provision to the detriment of the whistleblower. As such, a non-disclosure clause is unlikely to be considered enforceable under these rules as well.

WHAT ABOUT THE USE OF AGREED PENALTIES?

It will often be unclear what consequences breach of a non-disclosure clause will have, including if an agreed penalty can be enforced which some agreements in cases on sexual harassment have included.

Agreed penalties may not be enforceable in Denmark

There is currently little to no guidance on this issue under Danish case law, but a case from 2004 from the Danish Eastern Court⁹ does offer some guidance. In this case, the company had included an agreed penalty in the employment contract for breach of the employee's duty of confidentiality under the loyalty clause. The agreed penalty amounted to DKK 50,000, but the Danish Eastern Court rejected the company's claim for payment of the amount. Instead, the company was limited to raising a claim for compensation under section 4 of the Danish Salaried Employees Act on the right to half a month's salary in case of material breach. The section including the agreed penalty was therefore not enforceable.

This case has been subject to discussions but so far, it's the only one of its kind and the conclusion is

⁸ Judgement by the Norwegian Borgarting Court of Appeal of 18 May 2009

⁹ Judgement by the Danish Eastern Court of 28 October 2004

clear. Agreed penalties for breach of the duty of confidentiality are most likely not enforceable.

In a similar case from 2003 from the public sector,¹⁰ a Danish municipality had included an agreed penalty corresponding to 3 months' salary under a non-disclosure clause as part of a severance agreement. The case was submitted to the relevant authority at the time, which stated that the non-disclosure clause – with respect to the obligations which went further than statutory obligations – was in breach of the Danish Act on Public Administration. It was therefore considered unlawful to include an agreed penalty for violating the part of the non-disclosure clause which went further than statutory obligations. Employees in the public sector are, as a result, subject to a more wide-ranging protection against the use of agreed penalties in connection with non-disclosure clauses.

Under Danish law, it's also relevant to consider if an agreed penalty can be considered compatible with the Danish Act on Equal Treatment. Pursuant to this Act, employees can be awarded compensation if subjected to unfavorable treatment as a consequence of having raised an allegation of sexual harassment. Imposing a broader duty of confidentiality along with an agreed penalty could therefore be considered as contrary to the Act, which would – in itself – trigger a right to compensation for the employee. The issue has not yet been clarified in practice.

Agreed penalties can be accepted under Swedish law

As in Denmark, Swedish case law does not provide very detailed information on how these types of cases would be assessed in court. However, in general, it is possible to include a penalty clause in an employment agreement, entailing that in case of a breach of the confidentiality clause, the employee shall pay the agreed amount to the company.

In order for the agreed penalty to be legally enforceable, it will first and foremost require that the obligation to which the penalty is connected, i.e. the non-disclosure clause, is valid, in accordance with the above discussions. Assuming that this is the case, the penalty can further not violate any specific legal provisions, including that it must be reasonable in accordance with section 36 of the Swedish Contracts Act. Among other things, this entails that the penalty amount cannot be unreasonably high. A high penalty can also, in an overall assessment, result in the entire non-disclosure clause being considered unreasonable.

Assuming that the above requirements are met, a pre-determined penalty would likely not be considered unreasonable or immoral according to Swedish law. However, the penalty could potentially be considered as contrary to the Discrimination Act. As in Denmark, it is unlawful to punish an employee for, for example, reporting or complaining that the company is violating the Act to a safety representative, union representative, authority, or the like. As previously mentioned, the Discrimination Act further stipulates that agreements which infringe an employee's rights under the Act can be adjusted or declared void in court.

However, it could be discussed whether the employee can validly renounce from their legal rights under the Act. Additionally, assuming that the non-disclosure clause only prevents the employee from disclosing the information to the public, and not raising an allegation, it could still be lawful.

In fact, the employee could be entitled to raise and allegation, irrespective of the non-disclosure clause, which is confirmed in a case from the Swedish District Court.¹¹ In the case, the court stated that the purpose of a confidentiality clause is that third parties should not be informed about the content of the agreement, and that a non-disclosure clause cannot normally mean that it prevents one party to assert

¹⁰ Statement by the Danish Ministry of Interior and Health by letter of 23 December 2003

¹¹ Judgement by the Swedish District Court of 13 September 2017 (T 3926-16)

their rights in court. Here, a fine had been agreed as penalty for breach of the clause. However, no breach was deemed to have occurred.

Non-enforceable clauses cannot trigger agreed penalties in Norway

In Norway, acting in breach of a non-enforceable clause does not, as a main rule, provide any basis to claim an agreed penalty. Consequently, claims for agreed penalties under non-disclosure clauses in relation to sexism and sexual harassment are therefore unlikely to be enforceable.

For valid non-disclosure agreements, the rules on invalid declarations of intent under the Norwegian Contract Act apply. Therefore, while the clause on agreed penalty may be enforceable, the agreed penalty can be reduced.

This follows from established practice after several judgements concerning non-competition and non-solicitation clauses. It can often be difficult to calculate an exact economic damage for breaches of such clauses, wherefore it's common to agree upon an amount. In accordance with established case law, it's clear that when these clauses are considered enforceable, the agreed penalties may be reduced by the courts as the agreed amount was considered unreasonable.

HOW TO ADDRESS SEXISM AND SEXUAL HARASSMENT AT THE WORKPLACE?

Companies should as a main rule have a strategy and procedures in place on how to avoid cases on sexism and sexual harassment at the workplace and how to address such cases, should they arise.

However, companies should be reluctant to enter into severance agreements and settlements between the harasser and the harassed party, to which the company is not a direct party. For the same reason, companies should also be very reluctant to impose confidentiality on employees that goes beyond the usual duty of confidentiality and the terms of a severance agreement.

Should a company choose to enter into a settlement with the aim to settle a claim on sexism or sexual harassment, it's important that it includes all parties to the case, but also that the case is clearly settled, that the agreement contains a balanced outcome for all parties involved and that the parties have received legal advice on the content of the agreement prior to signing.

#METOO - OG DE MANGE ANSÆTTELSESRETLIGE DILEMMAER



ANNE LOUISE WULFF
PARTNER, ADVOKAT (L)



CLAUDIA SOFIA KOUTSONIKOLAS
ADVOKATFULDMÆGTIG

INTRODUKTION

Gennem en længere periode har medierne bragt en række historier om især kvinder, der har følt sig krænket på arbejdspladsen af mandlige kolleger. Kendetegnen for disse sager er, at de krænkede kvinder ofte optræder anonymt, og at hændelserne i flere tilfælde ligger mange år tilbage.

Alle virksomheder har et ansvar for at sikre et trygt og sikkert arbejdsmiljø, og siden Sofie Linde fortalte om sin historie på landsdækkende tv, har virksomheder og organisationer mere eller mindre frivilligt valgt at sætte fokus på problemet ved blandt andet at iværksætte forskellige undersøgelser for at få klarhed over problemernes omfang og derved at forsøge at få ryddet op i en uhensigtsmæssig kultur på arbejdspladserne. Det har ført til, at nogle af de mænd, der er blevet beskyldt for at have udøvet krænkende adfærd, er blevet eksponeret i medierne, og nogle har mistet deres job. Samtidig synes der at være en tendens til, at de kvinder, der har stået frem, ikke har haft tillid til processen og er

endte med at rejse kritik mod de ansvarlige ledere for deres måde at håndtere sagerne på.¹

Det rejser spørgsmålet, hvordan man som virksomhed bedst kan håndtere sådanne sager? Giver juraen de nødvendige svar, eller er virksomhederne nødt til at tage andre værktøjer i brug for at håndtere de åbenlyse konflikter, der opstår i sager om sexisme og seksuel chikane på arbejdspladserne?

Før Sofie Linde tog bladet fra munden, var mange nok af den opfattelse, at hvis en person følte sig krænket og klagede over ubehagelig opførsel fra en chef eller kollega, var der en risiko for, at klageren selv måtte forlade arbejdspladsen, snarere end vedkommende der blev klaget over. Den situation er nu vendt, og vi ser i stedet, at den person, der anklages for at have krænket andre, ikke blot bliver mødt med alvorlige repressalier i form af opsigelser, men også har svært ved at finde et nyt job, fordi virksomhederne ikke vil risikere at blive identificeret med en person, som er blevet beskyldt for at have optrådt

¹ "Tidligere pigekorsangere har ikke tillid til DR's advokatundersøgelse", artikel om DR's Pigekor i Politiken tirsdag den 8. juni 2021

krænkende, uanset om beskyldningen er rigtig eller ej.

Når repressalierne rammer - uanset om det er den krænkede eller den krænkende part - har det store personlige konsekvenser for de implicerede. Og det stiller derfor store krav til de arbejdsgivere, der skal håndtere sagerne og finde den rette balance, når trådene skal redes ud. Og med det fokus emnet har fået særligt i mediernes, og de stærke følelser det vækker hos mange, vil også de ansvarlige ledere pludseligt og helt uforvarende kunne komme i en situation, hvor presset fra folkestemningen bliver så stort, at det kan få konsekvenser for deres fremtidige mulighed for at kunne forblive i jobbet.

Det svære spørgsmål er derfor, hvordan det sikres, at personer, der føler sig krænket på grund af uønsket seksuel adfærd, bliver imødekommet, så de føler sig hørt og taget alvorligt, samtidig med at de indklagedes rettigheder også respekteres, og uden at de ansvarlige ledere føler sig presset til at træffe kortsigtede beslutninger for selv at undgå at komme i mediernes vridemaskine.

Det er som antydnet nemmere at pege på taberne end vinderne i disse sager, og der er ingen lette løsninger og enkle svar på, hvordan sagerne håndteres klogt. I nogle situationer er der hjælp af hente i juraen, men i rigtig mange tilfælde er det ikke her, løsningen skal findes. Vi vil i denne artikel beskrive, hvornår juraen kan være til hjælp, og vil på den vis også at forsøge at afgrænse, i hvilke typer af tilfælde juraen ikke synes at give de rette og nødvendige rammer til at håndtere problemerne.

BEHANDLING AF SAGER OM SEKSUEL CHIKANE OG SEXISME EFTER LIGEBEHANDLINGSLOVENS REGLER

Definition af seksuel chikane og sexismen

Seksuel chikane udgør forskelsbehandling på grund af køn, hvilket er forbudt, jf. ligestillingsloven § 1, stk. 4.

Sexchikanebegrebet er nærmere defineret i ligestillingslovens § 1, stk. 6, som fastslår, at der foreligger sexchikane, når der udvises enhver form for uønsket verbal, ikkeverbal eller fysisk adfærd med seksuelle undertoner med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed, navnlig ved at skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima.

En persons adfærd kan være af en sådan grovhed, at der ikke er tvivl om, at handlingen har seksuel karakter, er uønsket og krænkende, og at der dermed foreligger seksuel chikane. I visse tilfælde kan adfærden være af en sådan karakter, at den også udgør en overtrædelse af straffeloven.

Seksuel chikane er et vidtrækkende begreb, og spørgsmålet om, hvad der udgør en *uønsket seksuel adfærd*, afgøres ud fra en konkret vurdering og afhænger af den enkelte persons egne grænser, som vil være forskellige fra person til person. Bestemmelsen tilsiger således, at der skal være tale om en *handling*, som er *uønsket*.

Der er ikke noget juridisk krav om, at den krænkede skal sige fra over for krænkeren for at opfylde betingelsen om 'uønsket'. Omvendt er det klart, at det vil være lettere at bevise, at en adfærd er uønsket, hvis den pågældende tydeligt har sagt fra. Typisk vil det være sværere for en person at sige fra, hvis den uønskede adfærd udøves af en person med en særlig magtposition.

For at tale om seksuel chikane skal der foreligge en konkret handling med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed. Det er svært at sige noget helt generelt om, hvad der opleves som krænkende, og hvad der ikke gør. Det vil være meget afhængigt af den enkelte. Der er ikke fra lovgivers side fastsat en nedre grænse for, hvornår noget er krænkende, og det er oftest de sager, der ligger i gråzonen, der giver de sværeste udfordringer.

Definitionen på seksuel chikane åbner dermed for, at der findes mere end én sandhed. Både intention-

nen hos den person, der udviser krænkende adfærd, og virkningen hos den person der er målet for den udviste adfærd, indgår i definitionen på seksuel chikane. Så selv om afsenderen ikke har haft en intention om at chikanere, kan det på grund af den virkning, den har hos modtageren, rent faktisk udgøre seksuel chikane. Arbejdsgiveren er dermed nødsaget til at tage en henvendelse om krænkende adfærd alvorligt, selv om ledelsen ikke nødvendigvis selv anser hændelsen for at være krænkende.

Sexisme foreligger, når der gennem handling eller undladelse udøves direkte eller indirekte forskelsbehandling på baggrund af køn, eller når der tilkendes holdninger, handlinger, stereotyper og kulturelle elementer, der opretholder eller fremmer en sådan forskelsbehandling.

Til forskel fra seksuel chikane behøver der ikke være et seksuelt element eller seksuel undertone involveret, ligesom det heller ikke kun er handlinger, der er omfattet af begrebet.

Skærpelse af ligestillingslovens bestemmelser om seksuel chikane

Ligestillingslovens § 4, stk. 1, fastslår, at enhver arbejdsgiver, som beskæftiger mænd og kvinder, skal behandle dem lige for så vidt angår arbejdsvilkår. Dette gælder også ved afskedigelse.

Med ændringen af ligestillingsloven i 2019 var der direkte fokus på at skærpe beskyttelsen mod seksuel chikane, og med lovens § 4, stk. 2, blev indført en bestemmelse, som specifikt siger, at lige vilkår efter § 4, stk. 1, også omfatter forbud mod sexchikane. Med denne ændring blev sammenhængen mellem forbuddet mod seksuel chikane i § 1, stk. 4 og 6, og arbejdsgivers pligt efter § 4 til at sikre lige arbejdsvilkår for mænd og kvinder dermed tydeliggjort.²

Formålet med ændringen var todelt. For det første var det hensigten at gøre det lettere for både ar-

bejdsgivere og lønmodtagere at forstå forbuddet mod seksuel chikane i relation til arbejdsgiveres eksisterende pligter efter ligestillingsloven. For det andet ønskedes det tydeliggjort, at der ved vurderingen af, hvorvidt der har fundet seksuel chikane sted, ikke kunne tillægges betydning, at der var en særlig omgangstone på arbejdspladsen.

Hvis en medarbejder har været udsat for seksuel chikane, kan vedkommende tildeles en godtgørelse, jf. ligestillingslovens § 14, stk. 1. Med lovændringen blev tilføjet en ny bestemmelse i § 14, stk. 2, hvori det understreges, at en krænkelser i form af sexchikane kan tillægges særligt vægt ved fastsættelsen af godtgørelsen.

Indførelsen af ligestillingslovens § 14, stk. 2, signalerer, at sexchikane er særligt indgribende for det enkelte individ, og at godtgørelsesniveauet i disse sager kan hæves. Hensigten med bestemmelsen var at forhøje godtgørelsesniveauet med en tredjedel i forhold til det daværende gennemsnitlige godtgørelsesniveau. Ved forhøjelsen af godtgørelsen i forhold til det daværende gennemsnitlige godtgørelsesniveau blev der taget højde for, at det gennemsnitlige niveau for godtgørelser i sager om seksuel chikane ikke havde fulgt med pris- og lønudviklingen. Derudover er det forudsat, at der ved tilkendelse af godtgørelser efter ligestillingslovens § 14 i sager om seksuel chikane fremover tages hensyn til den almindelige lønudvikling, jf. principperne i erstatningsansvarslovens § 15. Herved sikres det, at godtgørelsesniveauerne ikke stagnerer.³

Arbejdsgivers handlepligt

Den forøgede opmærksomhed på sager om sexisme og seksuelle krænkelser rejser spørgsmålet om, hvilken handlepligt arbejdsgiver har i sager mellem medarbejderne om krænkende adfærd. Et væsentligt spørgsmål er, om arbejdsgiveren har gjort nok for at opfylde sine forpligtelser i henhold til både arbejdsmiljølovgivningen og ligestillings-

² Jf. bemærkningerne til § 1 i lovforslag af 13. november 2018 nr. 93.

³ Jf. bemærkningerne til § 2 i lovforslag af 13. november 2018.

lingsloven, og om krænkeren er blevet mødt med den rette sanktion.

En sexistisk kultur eller retorik kan medføre dårligt psykisk arbejdsmiljø, og som arbejdsgiver bør man derfor så vidt muligt forebygge og håndtere konkrete sager gennem dialog og handling, hvis man vil sikre et godt psykisk arbejdsmiljø. Et par nyere afgørelser fra Østre Landsret giver et billede af, hvad der konkret forventes af en arbejdsgiver, hvis der opstår en sag, og hvad konsekvensen kan være, hvis en arbejdsgiver ikke er sig sit ansvar bevidst.

Østre Landsrets dom af 29. maj 2019⁴ angik en 19-årig kvindelig medarbejder, der havde været udsat for seksuel chikane, og som gjorde krav på en godtgørelse efter ligebehandlingsloven samt krav på en godtgørelse for svie og smerter efter erstatningsansvarsloven både over for krænkeren og arbejdsgiveren. I den pågældende sag havde en butikschef udnyttet sine ledelsesmæssige beføjelser og fremsat seksuelt betonedede udtalelser over for den kvindelige medarbejder. Han havde flere gange krammet hende og opfordret hende til at sidde på skødet på ham. Derudover tilbød arbejdsgiveren hende penge for oralsex, ligesom han i et tilfælde tog hende i skridtet inden for bukserne og i et tilfælde satte hende op på et bord og løftede op i hendes trøje, hvorefter han slikkede hende på brystet. Krænkelserne foregik sideløbende med, at lederen tilbød medarbejderen forfremmelse og lønforhøjelse samt lånte hende penge.

Landsretten kom frem til, at butikschefen udøvede seksuel chikane over for medarbejderen. Videre lagde retten til grund, at fordi butikschefen var chef og arbejdsgiverrepræsentant, kunne kravet om godtgørelse efter ligebehandlingsloven tillige rettes mod selve virksomheden, fordi retten fandt, at butikschefens adfærd ikke var upåregnelig eller atypisk. Af hensyn til krænkelsernes varighed, omfang og karakter, blev godtgørelsen efter ligebe-

handlingsloven og erstatningsansvarslovens § 26 opgjort til kr. 50.000,00. Medarbejderen fik også en godtgørelse for svie og smerte i henhold til erstatningsansvarslovens §§ 1 og 3.

Østre Landsrets dom af 6. september 2017⁵ vedrørte spørgsmålet, om en medarbejder under sin ansættelse hos en virksomhed havde været udsat for sexchikane, og i bekræftende fald, om der kunne konstateres identifikation mellem den medarbejder, der udøvede sexchikane, og virksomheden som arbejdsgiver. Landsretten lagde til grund, at der var en meget fri og kammeratlig tone på arbejdspladsen, som af og til kunne være grovkornet og "under bæltstedet". Medarbejderen, der følte sig krænket, havde udfærdiget notater om krænkerens uønskede adfærd og opførsel over for hende, og hun forklarede under sagen, at hun i flere tilfælde havde sagt fra over for krænkeren.

Uanset tonen på arbejdspladsen fandt landsretten, at krænkeren havde udøvet sexchikane over for medarbejderen, herunder ved berøringer på hendes lår og ved at spørge, hvorvidt hun gerne ville høre, hvornår han sidst havde "fået noget af det frække", og ved at spørge om hendes seksuelle orientering.

Krænkeren var ansat i en mellemliderstilling som driftschef. Hans nærmeste overordnede var økonomichefen, som var underlagt en administrativ stabschef. Krænkeren havde ingen ansættelsesmæssige beføjelser, ligesom han ikke egenhændigt kunne tildele medarbejdere advarsler. På den baggrund, og fordi virksomheden i den konkrete sag havde dokumenteret at have iværksat tiltag i form af mødeafholdelse, høring af relevante parter, tildeling af advarsel, ændring af referenceforhold, omrokering, forsøg på omplacering, psykologbistand mv., havde medarbejderen ikke krav på en godtgørelse fra virksomheden.

⁴ Sag BS-30678/2018-OLR

⁵ Sag B-2788-16

Ovenstående afgørelser illustrerer rækkevidden af den beskyttelse, der følger af ligebehandlingsloven, og arbejdsgivers handlepligt i forhold til både den krænkede og krænkeren. I den første sag var der tale om en særdeles grov adfærd fra lederens side, som arbejdsgiveren også var ansvarlig for, og hvor medarbejderen fik en godtgørelse, der nærmede sig maksimumsbeløbet. I den anden sag nåede retten også frem til, at der var tale sexchikane, men den krænkede part fik ikke en godtgørelse fra virksomheden, fordi virksomheden havde lyttet til den medarbejder, der følte sig krænket, og havde iværksat en lang række tiltag for at undgå, at episoderne gentog sig.

Som det følger af dommen, har arbejdsgiver en særlig forpligtelse til at gribe aktivt ind, hvis en medarbejder føler sig forulempet af en kollega. Arbejdsgiver kan eksempelvis vælge at omplacere medarbejderen, give en advarsel, opsige eller bortvise den krænkende medarbejder. Sanktionen bør dog vælges ud fra en grundig vurdering og undersøgelse af de konkrete omstændigheder.

GRÅZONEN

Det er sjældent sager af den karakter, som ovennævnte to afgørelser fra Landsretten vedrører, hvor krænkelserne er beviseligt grove, der volder større problemer at håndtere. Problemet er derimod de sager, hvor der kan være diskussion om, hvorvidt det har været hensigten at krænke den anden, og hvad der opleves som krænkende af den enkelte. Det er som regel sagerne i gråzonen, der er de vanskeligste at håndtere, fordi det kan være svært at finde en afbalanceret løsning, som imødekommer de mange og ofte modsatrettede hensyn.

Det betyder ofte mindre for den krænkede part, om en given adfærd juridisk kan bevises i en retssag og munder ud i en godtgørelse. Når en henvendelse om sexisme eller seksuel chikane bliver en realitet, har virksomheden derfor en vigtig ledelsesmæssig og kommunikativ udfordring, der skal håndteres, hvis det skal undgås, at sagen får en u hensigtsmæssig drejning, og ledelsen selv skal undgå at ende som en del af problemet.

Virksomhederne har som arbejdsgivere et juridisk ansvar for at sikre, at der er et ordentligt fysisk og psykisk arbejdsmiljø på arbejdspladserne. Og som sagerne i medierne har vist, er virksomhederne nødt til aktivt tage afstand fra seksuel chikane og sexisme og iværksætte initiativer til at forebygge, at de finder sted.

Juraen giver sjældent det bedste værktøj til håndtering af konflikter, der handler om relationer mellem mennesker. Alligevel er det et ofte anvendt redskab at iværksætte en advokatundersøgelse, når forholdene i en virksomhed eller organisation skal undersøges og gerne løses.

Problemet er, at sager om seksuel chikane og sexisme har mange forskellige facetter, som langt fra alle kan løses tilfredsstillende alene med udgangspunkt i juraen. Nogle af de personer, der har oplevet uønsket seksuel adfærd, og som har udtalt sig offentligt, giver for eksempel udtryk for, at de ikke har haft lyst til at gå videre med deres oplevelser til ledelsen på det tidspunkt, hvor det fandt sted, fordi de var bange for repressalier. Derfor er deres historier først kommet frem nu mange år senere.

Det rejser spørgsmålet om, hvordan man overhovedet kan få efterprøvet, om de påståede episoder har fundet sted, og hvilken vægt man kan lægge på beretninger, der er flere år gamle og måske endda ligger mere end 15 - 20 år tilbage i tiden. Der kan være mange gode grunde til, at disse sager ikke er kommet op til overfladen med det samme, og det er på mange led er uheldigt, at en person, der har følt sig krænket, ikke har reageret inden for de gældende forældelsesregler og inddraget den indklagedes arbejdsgiver, så sagen kunne være blevet behandlet efter reglerne i ligebehandlingsloven - eller om nødvendigt meldt til politiet.

Ofte vil den tidsmæssige forskydning gøre det nemmere at stille spørgsmålstejn ved klagers troværdighed og motiv til at bringe sagen op. Resultatet kan derfor nemt blive, at klageren ender

med ikke at føle sig ordentlig hørt eller taget alvorligt af arbejdsgiveren og derfor i stedet vælger at gå til pressen med sin historie eller på anden vis forsøger at fremtvinge en reaktion over for ikke kun den indklagede, men også de berørte arbejdsgivere.

For den indklagede - og i nogen tilfælde også for den leder der ikke handler rettidigt - kan det få meget store konsekvenser, hvis der bliver rejst beskyldninger om krænkende adfærd, også selvom de påståede handlinger ikke kan dokumenteres og/eller ligger meget langt tilbage. Der er uheldigt, hvis alene beskyldningen om krænkede adfærd i sig selv er nok til, at en person mister sit job, blot fordi sagen har potentiale til at blive en historie i medierne. De ansvarlige ledere har derfor en vigtig opgave med at sikre, at de involverede personer ikke bliver ramt personligt i forhold til deres levebrød og fremtidige karrieremuligheder, uden at der er ansættelsesretligt fundament for det, eller at der er tale om et strafbart forhold.

Et andet perspektiv på problemstillingen set fra den anklagedes synsvinkel er, at det kan have uoverskuelige konsekvenser at stå frem offentligt og fortælle om sagen. Det kan selvfølgelig skyldes, at den anklagede part erkender at have trådt over stregen og derfor ikke har lyst til at stå frem, men at tie behøver ikke altid være ensbetydende med et samtykke.

OPSUMMERING

I praksis er det kun et mindre antal sager om seksuel chikane og sexisme, der bliver afgjort ved domstolene eller i Ligebehandlingsnævnets regi. Det skyldes mange gange, at de involverede parter ikke ønsker, at sagerne kommer frem i offentligheden, og derfor bliver de mange gange forsøgt løst i fortrolighed mellem den forurettede og krænkeren med bistand fra arbejdsgiveren.

I de sager, hvor klager ønsker at være anonym, og der måske også er gået mange år, siden den

påståede krænkende adfærd har fundet sted, samt i de mindre alvorlige sager, eller i tilfælde hvor der ikke er bevis for, at der har fundet krænkende adfærd sted, vil jura ikke kunne bruges hverken som svar eller en måde at løse problemet på, på grund af blandt andet udfordringer med at skaffe de nødvendige beviser og forældelse.

Men problemet er dermed ikke blevet løst eller forsvundet, for den krænkedes behov for at blive hørt og taget alvorligt er ikke blevet imødekommet, hvilket kan virke stærkt frustrerende for den pågældende. Tilsvarende vil den person, der bliver beskyldt for at have krænket, ikke under de omstændigheder kunne få mulighed for at forklare sig og blive rensset for urigtige beskyldninger eller undskylde en dårlig opførsel.

Som mange af de sager, der er skrevet om i pressen, har vist, er tiden ikke til at ignorere sagerne og afvise de kvinder, der har følt sig krænket, med henvisning til at det ikke kan løses ad rettens vej, og samtidig er der også et udtalt behov for, at de anklagede kan få mulighed for at blive rensset for urigtige beskyldninger eller blive tilgivet.

Det er derfor afgørende, at problemerne bliver afdækket i virksomhederne, og ikke mindst, at der bliver taget initiativ til at arbejde aktivt med kulturen på arbejdspladserne gennem dialog og inddragelse af både ledelse og medarbejdere. Samtidig er det vigtigt, at der udvikles nogle brugbare redskaber til konflikthåndtering på arbejdspladserne, som kan hjælpe med til at løse konflikterne, inden de eskaleres og bliver for svære at løse.

Danske Advokater har netop udgivet en rapport om sexisme og seksuelle krænkelser til inspiration for advokatbranchen og i den anledning lavet tre vejledninger og en guide til konflikthåndtering til brug for advokatvirksomheders arbejde med at bekæmpe krænkelssager og sexisme.⁶ Arbejdet kan også bruges som inspirationskatalog i andre

⁶ Rapport vedrørende sexisme og seksuelle krænkelser i advokatbranchen, Danske Advokater

brancher og tilpasses til de enkelte virksomheders behov.

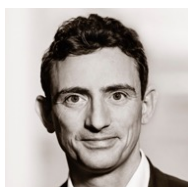
I rapporten henvises der blandt andet til forskning indenfor konflikt- og mediationsområdet, som peger på, at oplevelsen af, om en given sag er håndteret godt og retfærdigt, i overvejende grad beror på processen og i mindre grad på selve resultatet⁷. Samme forskning identificerer de elementer, som bidrager til oplevelsen af en god og fair proces i en konflikt. Det drejer sig blandt andet om muligheden for at få taletid, blive lyttet til, have indflydelse på forløbet og blive mødt med respekt og forståelse i processen. Inddragelsen af en neutral og upartisk facilitator kan også have en gavnlig virkning på oplevelsen af en fair proces.

Denne indsigt er værd at have med i sine overvejelser, når man tilrettelægger en proces for håndtering af de konflikter, der kan opstå på en arbejdsplads - herunder de konflikter, der udspringer af sexisme og seksuel chikane.

Klagerne skal tages alvorligt og lyttes til, uden at man ender i en situation, hvor målet alene er at finde en syndebuk. Den tilfredsstillende og holdbare løsning for dem, der er involveret, er ikke nødvendigvis at finde i en juridisk kontekst. Der er derimod behov for at finde andre processer, der kan imødekomme de forskelligrettede behov, der er, og hvor virksomhederne fokuserer på at skabe en sund og respektfuld kultur, som giver trygge arbejdsvilkår for medarbejderne. Et af de vigtigste elementer i den proces er dialog og evnen til aktivt at lytte for at skabe holdbare forandringer og uden nødvendigvis at have fokus på at sanktionere tidligere begåede fejl og forsømmelser.

⁷ Rapport vedrørende sexisme og seksuelle krænkelser i advokatbranchen, Danske Advokater, s. 17.

OPSIGELSE AF PERSONALEGODER



DAVID BAR-SHALOM
SENIORADVOKAT

Stort set alle arbejdspladser – private og offentlige – kan i et eller andet omfang tilbyde deres ansatte personalegoder, som de ansatte ellers ikke ville have et retligt krav på hverken kollektivt eller individuelt.¹

Professor Jens Kristiansen har anført, at personalegoder generelt tjener det formål at gøre arbejdspladsen mere attraktiv for medarbejderne, men at de også kan tjene andre mere konkrete formål; f.eks. at nedbringe omfanget af sygefravær.²

Et personalegodes værdi kan måles på flere parametre: Hvad koster det arbejdsgiver, hvilken værdi har det for de ansatte, hvilken værdi tilfører det arbejdsgiver, og hvad vil gevinsten eller ulempen være, hvis arbejdsgiver en dag skulle beslutte sig for at afskaffe adgangen til personalegodet.

Når en arbejdsgiver – af den ene eller den anden grund – ønsker at ændre eller måske helt at afskaffe en personalegodeordning, bør det overvejes, om

ordningen – fortsat – hviler på et ensidigt grundlag, og/eller om ændringen af ordningen for den enkelte medarbejder vil udgøre en væsentlig ændring af ansættelsesforholdet.

BANEDANMARK-SAGERNE

Begge disse overvejelser var i spil, da Banedanmark i juni 2015 besluttede at afskaffe en ret for medarbejderne til fri befording med tog og bus.³

Ordningen havde rødder i en lovttekst helt tilbage fra 1896. Herudover fremgik retten til fri befording eksplicit af alle ansættelseskontrakter indgået før 1. januar 2007. Ordningen var ligeledes nævnt i DSB-loven frem til 1998, hvorefter den blev videreført i Banedanmarks Personaleadministrative Vejledning (Bane-PAV), som der var henvist til i ansættelseskontrakterne.

Bane-PAV indeholdt en detaljeret beskrivelse af ordningen, og der var klare regler for, hvordan også pensionerede ansattes ret til befording var re-

¹ Jens Kristiansen, Ansættelsesretten, 2020, side 166

² Ibid.

³ U2018.3561

guleret afhængigt af, hvor mange års beskæftigelse den pensionerede havde haft hos først DSB og sidenhen hos Banedanmark.

De ansattes fagforeninger var af den opfattelse, at ordningen var en integreret del af ansættelsesforholdet, der derfor ikke kunne opsiges ensidigt af Banedanmark.

Af samme grund mente fagforeningerne, at afskaffelsen af ordningen indebar en stillingsændring i henhold til tjenestemandslovens § 12. I forhold til de overenskomstsatte medarbejdere var det lønmodtagersidens synspunkt, at alle indgåede kollektive overenskomster var forhandlet ud fra en forudsætning om, at ordningen var - og fortsat ville være - en del af de samlede løn- og ansættelsesvilkår.

Banedanmark bestred, at ordningen kunne betragtes som et løngode, og betegnede den i stedet som "et almindeligt personalegode", der i lighed med andre personalevilkår kan bortvarsles af arbejdsgiver. Til støtte herfor henviste Banedanmark til, at der aldrig havde været ført forhandlinger med medarbejderne om ordningen.

Til grund for frifindelsen af Banedanmark lagde Østre Landsret vægt på, at ordningen ikke var fastsat ved aftale - hverken individuelt eller kollektivt - og at ordningen i sin karakter af en ret for medarbejderne ikke kunne ligestilles med en del af lønnen.

Højesteret stadfæstede dommen og fremhævede i begrundelsen, at ordningen "*stedse havde haft sit grundlag i ansættelsesmyndighedens ensidige beslutning*".

I forlængelse heraf konstaterede Højesteret, at ordningen ikke havde været *kædet sammen med medarbejdernes løn- og ansættelsesvilkår* hverken efter tjenestemandsloven, overenskomsten eller på individuelt niveau.

I forlængelse af den første Banedanmark-dom udestod spørgsmålet, om retten til fribefordring også kunne bortvarsles for pensionerede medarbejdere. Pensionisterne havde været ansat hos henholdsvis DSB og for nogles vedkommende sidenhen hos Banedanmark, og de havde i medfør af en anciennitetsbaseret ordning fået tildelt togfrikort, som de kunne benytte, så længe de levede.

Landsretten⁴ citerede i sin begrundelse Højesterets præmisser i U.2018.3561, herunder at der ikke var sket en *sammenkædning* med medarbejdernes løn- og ansættelsesvilkår.

For Højesteret supplerede de to fagforeninger, at pensionisterne under hensyntagen til de mange år, hvor ordningen havde eksisteret, var blevet bibragt "berettigede forventninger" om, at de efter et på forhånd nærmere fastsat antal års ansættelse fik ret til den livslange ret til fribefordring, og at dette måtte sidestilles med en begunstigende forvaltningsakt.

Højesteret knyttede ikke selvstændige bemærkninger til dette argument og stadfæstede blot landsrettens begrundelse med en bemærkning om, at dét, som de to fagforeninger havde gjort gældende for Højesteret, ikke kunne føre til et andet resultat.

De to domme bekræfter, at et personalegodes ensidige karakter - altså at arbejdsgiveren vælger at stille personalegodet til rådighed for medarbejderne, uden at der kræves en modydelse herfor - ikke ændres af, at ordningen er beskrevet i en ansættelseskontrakt eller et ansættelsesbrev, ligesom det heller ikke stifter ret for medarbejderne, hvis et personalegode er beskrevet i en personalehåndbog, på det offentlige arbejdsmarked, eller i et personalecirkulære.⁵

⁴ U.2021.1936 H

⁵ Jens Kristiansen, Ansættelsesret, 2020 med henvisning til U 2002.1690/1 H førnævnte U2018.3561 H samt

DE BILLIGE FLYBILLETTER

Højesterets bemærkning om, at der ikke var sket "sammenkædning", blev anvendt igen i en dom afsagt den 8. marts 2019 af Arbejdsretten⁶, og som omhandlede et flyselskabs beslutning om at suspendere en ordning, der gav medarbejderne adgang til at købe billetter til nedsat pris.

Arbejdsretten indledte sin begrundelse om dette spørgsmål med at lægge til grund, at ordningen havde eksisteret i en lang årrække. Den var baseret på ansættelsesmyndighedens *ensidige beslutning og kunne ikke anses for at været kædet sammen med medarbejdernes løn- og ansættelsesvilkår*.

Ordningen havde heller ikke været ydet som vederlag for arbejde, ligesom ordningen var uafhængig af medarbejdernes ansvar, kvalifikationer eller karakteren af arbejdet.

Arbejdsretten fandt, at der var tale om en kutyme, der derfor var omfattet af en bestemmelse i Industriens Overenskomst, der konkret medførte, at den kunne have været opsagt med et varsel på to måneder under iagttagelse af diverse procedure-regler.

Dommen er herudover interessant, fordi den behandlede spørgsmålet om misbrug af ledelsesretten i forbindelse med, at ordningen blev ændret: Flyselskabet havde varslet ophøret af ordningen for personalebilletter som en mulig reaktion på ansatte, der deltog i overenskomststridige arbejdsnedlæggelser.

Arbejdsretten fandt, at dette udgjorde et misbrug af ledelsesretten og et brud på hovedaftalen, idet arbejdsgiver herved havde forbrudt sig mod princippet i arbejdsretslovens § 12, stk. 1, hvorefter det er Arbejdsretten, der tager stilling til spørgsmålet om, hvorvidt der skal ske anvendelse af sanktioner ved overenskomststridige arbejdsnedlæggelser.

⁶ AR2017.0566

ENSIDIG BESLUTNING

Den første del af begrundelsen i de ovennævnte afgørelser henviser til, at der som en forudsætning for opsigelsen til bortfald skal være tale om en ordning, der har grundlag i arbejdsgiverens ensidige beslutning.

Heraf kan modsætningsvis slutes, at en *aftale* ikke hjemler den samme mulighed for ensidigt at bringe en ordning til ophør.

En sådan aftale - hvad enten den er kollektiv eller individuel - kan naturligvis være skriftlig; eksempelvis i form af et protokollat eller en ansættelseskontrakt, hvoraf det fremgår, at det pågældende gode er aftalt parterne imellem.

Således fremgår det af tilkendegivelsen af 12. maj 2015 i FV 2014.0181, at der med henvisning til et indgået protokollat forelå en fælles forståelse af, at arbejdstiden var 37 timer om ugen *inkl. pauser*. Arbejdsgiversiden kunne som følge heraf ikke varsle ordningen med betalt frokost til ensidigt ophør.

En senere kendelse, FV 2016.0082 afsagt den 19. maj 2017, bekræfter det arbejdsretlige udgangspunkt om, at når spørgsmål én gang har været inddraget i overenskomstforhandlinger, vil det fremover blive anset som en del af overenskomstgrundlaget og dermed den kollektive aftale for ansættelsesforholdet, som overenskomsten er.

I kendelsen, der ligeledes omhandlede retten til betalt frokostpause, havde arbejdsgiversiden i forbindelse med overenskomstforhandlinger i 2014 sendt et oplæg til medarbejderne, hvori det blev tilkendegivet, at retten til betalt frokost ville blive opsagt, "medmindre andet aftales". Det lykkedes parterne at blive enige om et overenskomstresultat, og da arbejdsgiversiden så i 2015 alligevel valgte at opsiges ordningen, blev de ikke overraskende ramt af deres egen tilkendegivelse fremsat ved overenskomstbordet.

I fravær af en konkret aftaletekst er det efter praksis i Faglig Voldgift op til opmændene at fortolke, hvorvidt f.eks. en frokostpause indgår i forståelsen af den aftalte effektive arbejdstid.

FROKOSTPAUSEN I DANMARKS RADIO

FV-kendelsen af 15. februar 2017, FV 2015.0187, omhandlede denne problemstilling i forhold til en række overenskomster indgået mellem forskellige fagforbund og Danmarks Radio (DR).

DR var af den opfattelse, at der med henvisning til overenskomstens ordlyd kunne kræves en effektiv arbejdstid på 37 timer, da denne var den aftalte ugentlige arbejdstid, og da der i øvrigt ikke var nogen bestemmelser i overenskomsterne om, at medarbejderne havde ret til at holde frokostpause med løn, sådan som det eksempelvis var tilfældet i en overenskomst, som DR i 1987 havde indgået med et andet forbund. Retten til en betalt frokostpause blev af DR anset som en overenskomstfravigende kutyme, der derfor kunne opsiges med et passende varsel.

Medarbejdersiden mente heroverfor, at retten til den betalte frokostpause måtte anses for at være en integreret del af overenskomsterne, også selvom den ikke eksplicit fremgik af ordlyden. Medarbejderne stod til rådighed for DR i frokostpausen, hvilket medførte, at der var tale om arbejdstid efter overenskomsterne. Til synspunktet om at der forelå en overenskomstfravigende kutyme, gjorde medarbejdersiden gældende, at den betalte frokostpause kunne spores tilbage til tiden fra, før de første overenskomster blev indgået.

De tre opmænd lagde i deres begrundelse vægt på, at den manglende omtale af frokostpausen i overenskomsterne måtte anses som en bevidst udeladelse, der udsprang af rådighedsforpligtelsen.

Dette anså opmændene blandt andet for bevist under henvisning til forløbet af tidligere overenskomstforhandlinger, hvor DR's ledelse havde henvist til ordningen med betalt frokostpause.

Der var således tale om en forudsætning for alle de aftaler, der senere blev indgået, og som arbejdsgiver derfor ikke kunne fragå med henvisning til, at der var tale om en kutyme. Ordningen med betalt frokostpause kunne derfor kun bringes til ophør sammen med overenskomsterne, da den var en integreret del af arbejdstidsreglerne i overenskomsterne.

FRIDAGE MED LØN I STATEN

En måned inden kendelsen i DR-sagerne havde staten repræsenteret ved Finansministeriet ellers vundet en principiel sejr i form af kendelsen i FV 2016.0107 af 23. januar 2017.

SKAT og Spillemyndigheden havde i 2013 opsagt en praksis (opmandens ordvalg), der gav medarbejderne frihed med løn på grundlovsdag, juleaftensdag, nytårsaftensdag samt muligheden for at søge fri med løn den 1. maj.

Selve opsigelsen blev givet kollektivt i juni 2013 (efter grundlovsdag) med et varsel på fem måneder, så det var kun medarbejdere med en længere anciennitet end otte år og syv måneder på opsigelsestidspunktet, der kunne gøre gældende, at varslingen ikke var afgivet rettidig, men det springende punkt var som i DR-kendelsen, om der også her var tale om, at de pågældende fridage var blevet til en integreret del af overenskomsten. Igen - kunne man fristes til at sige - var de blevet *kædet sammen* med den?

Som det var tilfældet i U2018.3561 (Banedanmark) og FV 2015.0187 (DR), gjorde medarbejdersiden gældende, at overenskomsterne under tiden var forhandlet ud fra en *forudsætning* om, at der var indrømmet medarbejderne frihed med løn på disse dage.

Dog var det medarbejdersidens udfordring, som det også var tilfældet i begge Banedanmark-domme, at dette synspunkt alene havde støtte i den forståelse, medarbejdersiden selv havde haft af forhandlingsforløbet og ikke som i DR-kendelsen, at ordningen havde været bragt op i forbindelse med

overenskomstforhandlinger. Det var en yderligere udfordring, at medarbejdersiden - efter at opsigelserne havde fundet sted - ikke bragte spørgsmålet op under overenskomstforhandlingerne i 2015.

I begrundelsen bemærkede opmanden også, at synspunktet om en overenskomstmæssig ret først var blevet rejst sent under voldgiftssagens behandling. Der kunne heller ikke modsat DR-kendelsen identificeres nogen entydig praksis for, hvordan friheden var blevet bevillet, hvilket medarbejdersidens påstande i sagen også bar præg af.⁷

Afgørelsen af den kollektive del af sagen viser, hvordan det påhviler medarbejdersiden at løfte bevisbyrden for, at der foreligger en ensartet praksis, og at denne ikke er ensidig fra arbejdsgivers side og derfor en del af overenskomstgrundlaget.

Til sagens andet hovedspørgsmål om, hvorvidt der skulle ske varsling med respekt af den enkelte medarbejders opsigelsesvarsel, gjorde medarbejdersiden gældende, at der forelå en væsentlig ændring, da værdien af en fridag udgjorde 0,4 % af den samlede løn, og at der dermed blev påført medarbejdersiden ekstra omkostninger ved en opsigelse af ordningen.

Frifindelsen af arbejdsgiver på dette punkt blev af opmanden begrundet i to forhold: For det første havde medarbejdersiden ikke gjort gældende, at det i forbindelse med den individuelle ansættelse var blevet tilkendegivet over for den enkelte medarbejder, at de pågældende dage var fridage med løn, og for det andet var de samtidig med opsigelsen blevet til lukkedage, som medarbejderne derfor skulle reservere feriedage til. Som følge heraf ville medarbejderne ikke opleve en reduktion af deres løn som følge af opsigelsen.

Som en lille kuriositet bemærkes det, at hverken arbejdsgiversiden eller opmanden var enige heri, da man i værdiberegningen skulle tage hensyn til, at de tre dage er datobestemte og derfor intervalbestemt falder på lørdage og søndage. Værdien var således ikke 0,40 %, men i stedet 0,27 %.

Selvom denne del af opmandens begrundelse i nogle hvis ikke de fleste lønmodtagerkredse opfattes som vidtgående, må det samtidig læses som et værn mod, at en arbejdsgiver, der f.eks. har haft en klar entydig praksis om feriefridage til medarbejderne i f.eks. en personalehåndbog, uden videre kan sløjfe denne praksis, da en sådan ændring dokumenterbart vil medføre en forøgelse af arbejdstiden og dermed også en reduktion af lønnen.

En interessant problemstilling kunne i forlængelse heraf være, hvis en arbejdsgiver besluttede sig for at opsiges en sådan praksis, men samtidig kompenserede medarbejderne for det oplevede løntab. Da det i udgangspunktet vil svare til at udvide den samlede arbejdstid, er det min opfattelse, at en sådan ændring vil blive anset som væsentlig.

LOKALAFTALE SOM EN LØSNING?

For de tilfælde, hvor hverken arbejdsgiver- eller medarbejdersiden kan huske eller ønsker at bære risikoen for baggrunden for et personalegodes opståen, kan en løsning være at indgå en lokalaftale om forholdet, der på den ene side formaliserer ordningen som en kollektiv aftale, men som på den anden side alene gør den til et supplement til og således ikke til en integreret del af overenskomsten.

KONKLUSIONER OG NOGLE AFSLUTTENDE BETRAGNINGER OM DEN GENNEMGÅEDE PRAKSIS

I lyset af de ovennævnte domme og FV-kendelser kan følgende konkluderes:

⁷ Den principale påstand lød således på: "Indklagede tilpligtes at anerkende, at retten til frihed med løn for akademikerne grundlovsdag (5. juni) og/eller juleaftensdag (24. december) og/eller nytårsaftensdag (31. december) og/eller muligheden for at søge om fri med løn den 1. maj er en integreret del af Akademiker-overenskomsten, der kun kan bringes til ophør sammen med overenskomsten og efter de regler, der gælder for at bringe overenskomsten til ophør."

- Arbejdsgivers adgang til at opsiges personalegodeordninger følger i udgangspunktet ledelsesretten
- En personalegodeordning kan med tiden udvikle sig til en kutyme, men kan også på grundlag af arbejdsgivers tilkendegivelser eksempelvis under overenskomstforhandlinger overgå til at blive anset som en del af overenskomstgrundlaget
- Afgørende er således, om der er sket en sammenkædning af løn- og ansættelsesvilkår
- Lokalaftaler kan vise sig som en salomonisk løsning, hvis parterne ikke er sikre på, om en sådan sammenkædning har fundet sted
- I forhold til den individuelle ansættelse må det konstateres, om der foreligger en væsentlig ændring, og dette bør ske i forhold til den samlede indvirkning på ansættelsesforholdet
- I tvivlstilfælde kan arbejdsgiver vælge at varsle ordningen til ophør over for de medarbejdere, der ikke på forhånd har tilkendegivet, at de ønsker at acceptere ændringen af deres individuelle ansættelsesforhold

Den gennemgæede rets- og voldgiftspraksis er efter min opfattelse udtryk for en forudsigelig retstilstand, der hviler på de to grundlæggende præmisser i den danske arbejdsmarkedsmodel, arbejdsgivers ledelsesret og parternes respekt for de indgåede aftaler.

KONKURRENCEBEGRÆNSEDE KLAUSULER I EJER- OG OVERDRAGELSESAFTALER



SØREN OLE NIELSEN
PARTNER, ADVOKAT (L)



LAURA LUNDT
STUD.JUR.

Det kan være svært ved håndtere konkurrencebegrænsende klausuler i de tilfælde, hvor klausulen skal regulere retstillingen mellem parterne i forbindelse med et ansættelsesforhold, der er kombineret med en ejerftale eller en virksomhedsoverdragelse. Ansættelsesretlige præceptive regler bliver i denne sammenhæng ofte overset i praksis.

KLAUSULER GIVER MULIGHED FOR KONKURRENCEBEGRÆNSNING

I ejerftaler er det normalt at anføre, at en medejer der tillige udfører personligt arbejde i virksomheden, påtager sig en relevant konkurrencebegrænsende klausul i en aftalt periode for at sikre virksomheden mod konkurrence fra medejer. Den konkurrencebegrænsende klausul, som indgås mellem ejerne af virksomheden, kan enten være en konkurrence- og/eller en kundeklausul.

Ved en overdragelsesaftale vil der ofte være tale om en værdiansættelse af den købte virksomhed baseret på, at sælgeren af virksomheden i en aftalt periode påtager sig en konkurrencebegrænsende klausul i form af en konkurrence- og/eller kundeklausul. Dette gælder særligt i de situationer, hvor den sælgende ejer skal fortsætte som overordnet

medarbejder hos køber, og/eller hvor overdragelsen sker blandt én ud af flere medejere af virksomheden.

Den ansættelsesretlige problemstilling bliver i alle tilfælde: Hvilke regler regulerer den konkurrencebegrænsende klausul, som er aftalt i ejer- eller overdragelsesaftalen?

SAGENS PARTER OG BETYDNINGEN HERAF

Gælder der en konkurrencebegrænsende klausul i ejerftalen eller i overdragelsesaftalen, er det afgørende at få fastlagt, om en af aftalens parter kan karakteriseres som lønmodtager. Er en af parterne lønmodtager, vil den konkurrencebegrænsende klausuls gyldighed være betinget af, at klausulen lever op til alle gyldighedsbetingelserne i ansættelsesloven. Loven stiller blandt andet krav om, at lønmodtageren skal indtage en helt særlig betroet stilling; at lønmodtageren skriftligt skal have oplyst hvilke forhold der gør det påkrævet, at indgå aftale om en konkurrenceklausul; at ansættelsesforholdet hos arbejdsgiver har været uafbrudt i en periode på mindst 6 måneder; at lønmodtagerens får kompensation for den periode klausulen gælder, samt at klausulen ikke forpligter lønmodtageren i

mere end 6 eller 12 måneder fra fratrædelsestidspunktet afhængig af klausulens type.

Eftersom parternes status har afgørende betydning for, om konkurrence- og/eller kundeklausulen i ejer-aftalen eller i overdragelsesaftalen er omfattet af reglerne i ansættelsesklauuloven, er det væsentligt at få klarlagt, hvilken status medejerer/overdrageren skal have i virksomheden efterfølgende. Såfremt medejerer/overdrageren skal fortsætte som administrerende direktør i virksomheden, vil medejerer/overdrageren ikke have lønmodtagerstatus, hvorfor der som udgangspunkt vil være aftalefrihed i forhold til indholdet af den konkurrencebegrænsende klausul. I de tilfælde hvor ingen af parterne har lønmodtagerstatus, vil en aftalt konkurrence- og/eller kundeklausul alene være begrænset af dansk og EU-retlig konkurrencebegrænsning og af aftalelovens §36.

Er der i stedet tale om, at medejerer/overdrageren skal indtage en anden stilling i virksomheden, som giver den pågældende lønmodtagerstatus, vil den konkurrencebegrænsende klausul skulle opfylde gyldighedsbetingelserne i ansættelsesklauuloven.

I de tilfælde hvor der er flere medejere, vil en konstatering af lønmodtagerstatus for den ene medejer, ikke få betydning for de øvrige virksomhedsejeres klausuler. Hvorvidt de øvrige medejerers klausuler skal opfylde betingelserne i ansættelsesklauuloven afhænger af, om den enkelte medejer er omfattet af lønmodtagerbegrebet eller ej.

BEDØMMELSEN AF PARTERNES STATUS

I relation til lønmodtagerbegrebet anføres det i ansættelsesklauulovens § 1, stk. 2, nr. 2, at der skal være tale om *1) personer, der modtager vederlag for personligt arbejde og 2) personer, der er i et tjenesteforhold*. Det skal således afklares, om medejerer/overdrageren de facto er lønmodtager, eller om denne falder uden for lønmodtagerbegrebets område.

Det væsentlig er i den forbindelse, i hvilket omfang medejerer/overdrageren er underlagt virksomhed-

ens instruksbeføjelse. Andre momenter kan også have betydning for bedømmelsen, herunder størrelsen af medejerens/overdragerens medejerskab i virksomheden, eventuelle poster i virksomheden samt omfanget af en eventuel tegningsret.

GROV TOMMELFINGERREGEL

I forhold til medejerens/overdragerens medejerskab i virksomheden, kan der opstilles en grov hovedregel om følgende:

- Medejerskab på under 10% af virksomhedskapitalen vil i udgangspunktet ikke føre til fortabelse af den pågældendes status som lønmodtager
- Medejerskab på over 20% af virksomhedskapitalen vil som udgangspunkt være ensbetydende med, at den pågældende ikke (længere) vil have status som lønmodtager
- Ved medejerskab på mellem 10%-20% af virksomhedskapitalen må der tages konkret stilling til, om den pågældende har lønmodtagerstatus

I tilfælde hvor medejerer/overdrageren har en ejerandel på mellem 10%-20% af virksomhedskapitalen, vil der ved vurderingen af den pågældendes lønmodtagerstatus blandt andet skulle lægges vægt på, om medejerer/overdrageren har en medsalgspligt, og/eller om der tilkommer medejerer/overdrageren forkøbsret i forhold til ejerandelene i virksomheden.

Selvom der kan opstilles en grov hovedregel, er der intet i vejen for, at en medejer/overdrager med en ejerandel på under 10% vil kunne falde uden for lønmodtagerbegrebet. Det gælder blandt andet når:

- Den overvejende del af medejerens/overdragerens samlede indtjening fra arbejdsgiver er resultatbaseret frem for at være baseret på fast løn
- Virksomhedens medejere ejer tilnærmelsesvis lige store ejerandele, hvorfor ingen af ejerne kan betegnes som minoritetsmedejere i traditionel forstand

- Der er tillagt den pågældende vetoret på betydelige områder

MEDLEMSKAB AF ARBEJDSGIVERVIRKSOMHEDENS BESTYRELSE

At medejer/overdrageren er/bliver/har været bestyrelsesmedlem i virksomheden, indebærer ikke pr. automatik en fortabelse af lønmodtagerstatus. Der må i de konkrete tilfælde foretages en vurdering, hvori medejerens/overdragerens stillingsbetegnelse som overordnet medarbejder sideløbende med medejerens/overdragerens status som dels medejer og dels som bestyrelsesmedlem tages i betragtning. Hertil kan også inddrages, om der tilkommer medejer/overdrageren en tegningsret og i bekræftende fald, hvilken tegningsret, der tilkommer den pågældende.

KONSEKVENSER AF EN FEJLBEDØMMELSE

Formuleres den konkurrencebegrænsende klausul i ejeraftalen eller i overdragelsesaftalen under forudsætning af, at medejer/overdrageren ikke har lønmodtagerstatus, vil en efterfølgende konstatering af, at medejer/overdrageren de facto kan karakteriseres som lønmodtager, resultere i en væsentlig anden retsstilling end forventet.

Dette gælder blandt andet, hvis klausulen ikke overholder kravene i ansættelsesklausuloven og dermed er ugyldig. Såfremt klausulen er ugyldig, vil denne ikke kun påberåbes af virksomheden, hvilket vil kunne stille virksomheden væsentlig ringere end hvis klausulen kunne påberåbes. Lønmodtageren vil som følge af en uvirksom klausul være stillet frit i forhold til at kunne påbegynde konkurrerende handlinger. Lønmodtageren skal dog respektere sine begrænsninger efter lov om forretningshemmeligheder, den almindelige loyalitetspligt og markedsføringslovens § 3.

PROBLEMATIKKEN I PRAKSIS - FAGLIG VOLDGIFTSSAG

I praksis er der ofte sager, som vedrører den omtalte problematik. Blandt andet blev der afsagt en voldgiftssag den 30. november 2020. Sagen angik en konkurrencebegrænsende klausul i en ejeraftale

mellem virksomhedens ejere og en medejer i virksomheden (herefter kaldet M).

Sagen vedrørte, hvorvidt den konkurrencebegrænsende kundeklausul i ejeraftalen, var omfattet af ansættelsesklausuloven eller ej. Afgørende for dette var, om M havde lønmodtagerstatus eller om M's status som medejer indebar en fortabelse af lønmodtagerstatus. Sagens parter var enige om, at såfremt den konkurrencebegrænsende kundeklausul var omfattet af ansættelsesklausuloven, ville denne være ugyldig, da den ikke opfyldte gyldighedsbetingelserne.

M blev ansat i 2017 som revisor hos virksomheden, og indtrådte efterfølgende som partner og medejer i virksomheden med en ejerandel på 1,0029 procent af virksomhedskapitalen. M blev derudover udpeget som kontorleder i en af virksomhedens afdelinger, hvor M forestod den daglige drift. Spørgsmålet var herefter, om M i den forbindelse havde fortabt sin lønmodtagerstatus.

I sagen blev det gjort gældende af M, at M havde lønmodtagerstatus i virksomheden, hvorfor den konkurrencebegrænsende kundeklausul i ejeraftalen var omfattet af ansættelsesklausuloven. Påstanden om lønmodtagerstatus blev af M begrundet med, at 13 øvrige medejere havde en væsentlig højere ejerandel end M, idet de hver især havde en ejerandel på 6,998 procent mod M's ejerandel på 1,0029 procent af virksomhedskapitalen.

Derudover begrundede M sin påstand med, at M skulle forelægge dispositioner på 25.000 kr. for direktionen, ligesom M skulle forelægge større nedslag på igangværende arbejde for direktionen. Herudover skulle en række centrale beslutninger herunder beslutninger om køb og salg af virksomhed, investeringer, ændring og fordeling af ejerandele, timekrav, opsigelse af andre partnere træffes på generalforsamlingen og kunne derfor ikke besluttes af M alene.

Virksomheden gjorde modsat gældende, at M som partner i virksomheden ikke kunne karakterises som

lønmodtager. Til støtte for denne påstand gjorde virksomheden gældende, at M selvstændigt havde tilrettelagt sit arbejde og selv havde været ansvarlig for egne kunder og sager. Derudover lagde virksomheden vægt på, at M var udpeget som kontorleder i en af virksomhedens afdelinger, og i den forbindelse havde haft det overordnede driftsmæssige ansvar for afdelingen og at M som kontorleder kunne give instruktionsbeføjelser til afdelingens øvrige ansatte.

Efter en samlet vurdering anførte voldgiftsretten i overensstemmelse med M's påstand, at M kunne anses som lønmodtager. I præmisserne lagde voldgiftsretten vægt på, at M ikke havde haft en sådan væsentlig og reel indflydelse i virksomheden, at dette kunne føre til en fortabelse af M's lønmodtagerstatus. M var dermed omfattet af lønmodtagerbegrebet, hvorfor den konkurrencebegrænsende kundeklausul i ejeraftalen skulle leve op til gyldighedsbetingelserne i ansættelsesklausuloven, hvilket den ikke gjorde.

Dette indebar, at den konkurrencebegrænsende kundeklausul i ejeraftalen var ugyldig, og derfor ikke kunne påberåbes af virksomheden. M kunne derfor med respekt af lov om forretningshemmeligheder og markedsføringslovens § 3 frit påbegynde konkurrerende arbejde og/eller handlinger.

KONKLUSION

I forbindelse med en ejeraftale eller en overdragelsesaftale er det vigtigt, at virksomheden tager stilling til parternes eventuelle status som lønmodtagere. Såfremt der ikke tages stilling hertil, vil en senere realisering af, at medejer/overdrageren de facto var lønmodtager kunne få afgørende betydning for virksomhedens og lønmodtagerens retsstilling.

Såfremt den konkurrencebegrænsende klausul i ejeraftalen eller i overdragelsesaftalen er omfattet af reglerne i ansættelsesklausuloven, men ikke opfylder betingelserne heri, vil klausulen være uvirksom. Er dette tilfældet, vil klausulen miste dens egentlige funktion, da den ikke vil kunne påberåbes

af virksomheden. Dette indebærer, at virksomheden ikke vil være særligt beskyttet mod medejerens/overdragerens konkurrerende handlinger, udover den almindelige loyalitetspligt, lov om forretningshemmeligheder og markedsføringslovens § 3.

Det er derfor vigtigt, at virksomheden husker at have de ansættelsesretlige præceptive regler for øje under udarbejdelsen af konkurrence- og kundeklausuler i forbindelse med en ejer- eller overdragelsesaftale.

KAN EN ARBEJDSGIVER KRÆVE, AT EN MEDARBEJDER BLIVER VACCINERET?



CATRINE SØNDERGAARD BYRNE
PARTNER, ADVOKAT (L)

Udover, at COVID-19 pandemien har udfordret vores måde at leve på, har den også i den grad udfordret ansættelsesretten. Ansættelsesadvokater har måttet overveje emner, som aldrig er overvejet før, skullet rådgive om lovgivning, som er vedtaget uden forarbejder, høringer osv., og alt sammen under et højt tidsmæssigt pres. Det har været en unik tid.

Mit bud er, at titlen straks læses som et spørgsmål om, hvorvidt en arbejdsgiver kan kræve, at en medarbejder bliver vaccineret mod COVID-19. Men det kunne nu også være andre vaccinationer, og kun de færreste arbejdsgivere har formentlig på noget tidspunkt overvejet, om en medarbejder er vaccineret mod dette og hint. Influenza-vaccinationerne etableres som et tilbud til medarbejderne - omend arbejdsgiverne derved har et lille håb om derigennem også at nedbringe sygefraværet grundet influenza.

Et emne, som nu presser sig på, er, om en arbejdsgiver kan kræve, at en medarbejder bliver vaccineret mod COVID-19, hvis medarbejderen ikke allerede er immun som tidligere smittet. Dette er fokus for denne artikel.

Denne artikel vil berøre følgende spørgsmål:

1. Er det i overensstemmelse med ledelsesretten at stille et krav om vaccination og i givet fald, gælder det andre typer vacciner?
2. Er situationen omfattet af GDPR/Databeskyttelsesloven og i givet fald, er der særlige overvejelser arbejdsgiver bør gøre i den forbindelse?
3. Er situationen omfattet af Helbredsoplysningsloven og heri indeholdte forbud mod at indhente helbredsoplysninger om medarbejdere?
4. Hvilke arbejdsmiljøretlige hensyn har betydning?
5. Spiller Forskelsbehandlingsloven en rolle?
6. Tvang?

Hvorvidt medarbejdere i øvrigt er vaccinerede eller ej, har mig bekendt ikke i øvrigt været underlagt særlig analyse, men der er bestemt grundlag for at gøre sig overvejelserne, nu hvor der er så stort fokus på vaccinationer.

Emnet er derfor omfangsrigt og i hvert fald foreløbig uden praksis eller entydige fortolkningspunkter, hvorfor det også kun vanskeligt kan gennemanalyseres indenfor denne artikels begrænsninger. Fokus for denne artikel vil derfor være at identificere de overvejelser, som skal gøres, og pege på mulige konklusioner.

Generelt må det også anføres, at der kan være særlige sundhedsfaglige betragtninger, som kan ændre på den juridiske analyse, hvorfor man i de konkrete tilfælde skal undersøge disse forhold også.

Endelig kan også menneskeretlige overvejelser være relevante. Er der tale om tvangsmæssig vaccination, rejser sig spørgsmål om, hvorvidt dette er i overensstemmelse med retten til privatliv i artikel 8, herunder individets ret til beskyttelse mod legemsindgreb, samt artikel 9 om beskyttelse af religionsfrihed eller overbevisning. Her er krav om klar lovhjemmel for et tvangsmæssig indgreb, samt krav om proportionalitet. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har i en nyere afgørelse af 8. april 2021¹, som netop fremhæver, at vaccination ikke alene beskytter den, der får vaccinationen, men også dem, som af medicinske årsager ikke kan blive vaccineret, og som derfor må forlade sig på flokimmunitet.

Proportionalitetsbetingelsen har også haft betydning i forhold til andre typer af test af medarbejdere i særlige funktioner. Se eksempelvis Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse af 7. november 2002, Madsen mod Danmark, hvor det var proportionalt at stille krav om test for alkohol- og narkotikaindtag i form af urintest.

De menneskeretlige aspekter vil ikke nærmere blive berørt i artiklen.

1. LEDELSESRETEN

Ledelsesretten er et arbejdsretligt begreb, som giver arbejdsgiveren ret til at fastsætte regler for arbejdets udførelse. Reglerne skal som udgangspunkt

være saglige og driftsmæssigt begrundede, samt ikke gå videre end, hvad hensynet til driften tilsiger. Hvis reglerne håndhæves gennem kontrolforanstaltninger (altså kontrol med, om medarbejderen udfører arbejdet indenfor udstukne retningslinjer), er der også krav om, at kontrolforanstaltningen ikke må være krænkende og ikke må volde tab eller ulempe samt skal være proportionale.

Forskellen på reglementariske bestemmelser og kontrolforanstaltninger er eksempelvis, at en reglementarisk bestemmelse kan være, at der ikke må indtages alkohol i arbejdstiden. Hvis man iværksætter kontrol, med om reglen overholdes, vil denne del være en kontrolforanstaltning (eksempelvis alkoholtest).

Indførelse af krav om vaccination for COVID-19 overfor medarbejdere må anses for at være inden for rammerne af ledelsesretten, når der kan identificeres en klar driftsmæssige begrundelse for den konkrete arbejdsfunktion.

Et eksempel kan være hospitalspersonale, men det kan også være håndværkeren eller hospitalsklovn, som har sin gang på et hospital eller lign., dvs. medarbejdere, som i medfør af deres arbejdsopgaver kan komme i kontakt med patienter, for hvem en COVID-19 infektion vil kunne være alvorlig. Det kan eksempelvis være en eller anden form for fysisk nærvær med kræftsige børn, personer med cystisk fibrose m.fl.

Det handler med andre ord om situationer, hvor der er en klar risiko for, at medarbejderen kan påføre patienterne en alvorlig og endda dødelig sygdom.

I vurderingen af om et krav om vaccination er i overensstemmelse med ledelsesretten og særligt kravet om proportionalitet, skal det også tages i betragtning, at heller ikke vaccinationer er 100% sikre. Uanset vil en vaccination efter de sundhedsfaglige vurderinger formindske risikoen for smittespredning, hvorfor de formentlig må anses for et egnet

¹ ECHR 116(2021) Vavricka and others v. the Czech Republic

middel i de situationer, hvor konsekvensen er høj, og som ikke i samme grad kan erstattes med et mindre indgribende middel.

Ledelsesretten vil derfor i sig selv legitimere adgangen til at stille krav om vaccination for medarbejderne, men kun hvor medarbejderens konkrete arbejdsfunktion tilsiger et sådant hensyn, og hvor der ikke via anvendelse af eksempelvis andre tiltag, herunder værnemidler og afstand, kan opnås en tilsvarende formindskelse af risikoen.

Dette kan sammenholdes med, at det i hvert fald indtil 1. november 2021 fortsat er tilladt for arbejdsgivere at stille krav om test for COVID-19². Her stilles på tilsvarende vis en betingelse om, at arbejdsgiveren alene kan kræve test, når kravet om test er sagligt begrundet i hensynet til at begrænse spredningen af smitte med COVID-19. herunder arbejdsmiljøhensyn, eller i væsentlige driftsmæssige hensyn. Det er særligt møntet på medarbejdere, som har været i udlandet.

Siden lovens vedtagelse i november 2020, er udrulning af vaccinationer ikke alene påbegyndt, men kører på fuld kraft.

Forslag³ til forlængelse af lovens solnedgangsklausul forventes at være vedtaget den 15. juni 2021, således at loven forlænges fra 1. juli 2021 til 1. november 2021. Folketinget har i forbindelse hermed ikke fundet anledning til at genvurdere loven, herunder forholde sig til den igangværende intensiverede udrulning af vaccinationer i Danmark og visse andre lande. Spørgsmålet er, om kravet om test af medarbejdere, fortsat være sagligt begrundet i hensynet til at begrænse spredningen af smitte med COVID-19, når det drejer sig om medarbejder(e), som er vaccinerede.

Om ikke andet, kan forlængelsen tages som udtryk for, at frem til 1. november 2021 har indførelse af

vaccinationsprogrammet ikke ændret på arbejdsgiverens samfundsmæssige rolle i forhold til at begrænse smittespredning og dermed formentlig fortsat ret til at stille krav om test, selv hvor medarbejderne er vaccinerede.

Som en sidebemærkning må anføres, at det også havde været ønskeligt, om Folketinget i den forbindelse som minimum havde indført en adgang for arbejdsgiver til at se et corona-pas. Men det er desværre ikke tilfældet.

Indtil pandemien ramte verden, var det formentlig de færreste arbejdsgivere, der overvejede, om deres medarbejdere havde gennemført børnevaccinationsprogrammet, og dermed om de var vaccinerede med andre typer af alvorlige sygdomme, såsom mæslinger, kighoste mv. Sygdomme, som overfor den kollega som af kunne være meget alvorlig.

I dag er det 10 alvorlige sygdomme, herunder en række livstruende, som omfattes af det danske børnevaccinationsprogram. Bortset fra HPV-vaccinen, er omkring 90-97% af alle børn vaccinerede, hvilket er højt for at opnå den tilstræbte flokkimmunitet. Ingen vaccinationer er nemlig 100% sikre. Vi skal ikke længere tilbage end til 2017, før der i Danmark var et (mindre) udbrud af mæslinger - i øvrigt samme år, som WHO erklærede mæslinger for udryddet i Danmark⁴.

De ledelsesretlige overvejelser i forhold til krav om vaccination mod COVID-19 kan derfor ikke anvendes 1:1 for andre typer af vaccinationer. Proportionalitetskravet vil kræve selvstændig vurdering for hver enkelt vaccine, hvorvidt kravet om den pågældende vaccination er lovlig, herunder i særdeleshed, hvor stor risikoen generelt er i samfundet eller ved rejser i udlandet, for at pådrage sig den pågældende sygdom og dermed risikoen for at smitte videre.

² Lov nr. 1641 af 19-11-2020 Lov om arbejdsgiveres adgang til at pålægge lønmodtagere at blive testet for covid-19 m.v.

³ L235 Forslag til lov om ændring af lov om arbejdsgiveres adgang til at pålægge lønmodtagere test for covid-19 mv.

⁴ Børnevaccinationsprogrammet Årsrapport 2018, SSI, Sundhedsstyrelsen og Lægemiddelstyrelsen (senest udgivne)

Udgangspunktet for de sædvanlige sygdomme under børnevaccinationsprogrammet vil formentlig være, at et krav om børnevaccinerne ikke er proportionalt, fordi de pågældende sygdomme i stort omfang er udryddet i Danmark. Dette i hvert fald så længe som, at en meget stor del af befolkningen er vaccinerede (om end det måske ændrer sig en lille smule), og dermed udgør så lille en risiko, for at medarbejderen bliver smittet og kan viderebringe smitte.

Der kan også være sundhedsfaglige overvejelser, der gør, at tidspunktet for, at man kan smitte ligger efter symptomstadiet, og derfor er der også i den forbindelse en lille risiko. Men omvendt må der tages hensyn til, at de medarbejdere, som vil pålægges et krav om vaccination, vil udføre arbejdsfunktioner, som bringer andre i særlig fare. Det kan eksempelvis igen være de patienter på et hospital, som er særligt sårbare, og som af den grund formentlig ikke selv har mulighed for at gennemføre vaccinationsprogrammet.

Endelig må der skelnes mellem sygdomme, som medarbejderen selv kan blive syg af, men hvor medarbejderen ikke smitter videre og sygdomme, hvor medarbejderen kan smitte kollegaer.

Det kan eksempelvis være arbejdsgiverens krav om hepatitis-A vaccination ved arbejde i eksempelvis Kenya. Hvis ses bort fra, at medarbejderen slet ikke kan indrejse i Kenya uden at fremvise dokumentation for hepatitis-A vaccination, vil arbejdsgiverens krav til en sådan vaccination også skulle vurderes i forhold til den risiko, der er for andre medarbejdere, kunder, samarbejdspartener mv.

I de situationer, hvor medarbejderen efter hjemkomsten ikke kan give smitten videre, eksempelvis ved smitte med malaria, er der ikke arbejdsmiljøretlige overvejelser at gøre sig i relation til kollegaerne. Se også nedenfor under arbejdsmiljø.

2. PERSONDATARETTEN GDPR

Om en medarbejder er vaccineret mod COVID-19 eller ej, vil være en personhenførbare oplysning, om-

fattet af GDPR. Der skal derfor være et sagligt og legitimt formål med at indhente oplysningen, behandlingen skal være proportional og kun omfatte det, som er nødvendigt for at opnå formålet.

Hvis arbejdsgiveren anser det for nødvendigt at sikre sig, at medarbejderen er vaccineret, og det ligger inden for ledelsesretten, jf. ovenfor, vil formålet med at indhente vaccinationsoplysninger være at finde ud af, om medarbejderen opfylder et krav om vaccine mod Covid-19. I den forbindelse skal de øvrige grundlæggende principper for lovlig persondatabelandling også overvejes. Særligt er det klogt at have fokus på dataminimeringsprincippet.

Hvis spørgsmålet alene stilles som et "ja/nej" spørgsmål, vil det opfylde dataminimeringsprincippet. Det er eksempelvis som udgangspunkt ikke nødvendigt at få oplysning om præcis, hvornår man er vaccineret, hvorhenne, hvilken type vaccine mv.

Udover, at man skal overholde de grundlæggende principper, kræver GDPR en behandlingshjemmel til behandlingen.

Det åbenbare spørgsmål er, om spørgsmålet "Er du vaccineret mod Covid-19" og svaret "ja/nej" er en følsom personoplysning (helbredsoplysning) omfattet af GDPR art. 9.

Helbredsoplysninger efter GDPR art. 9, også kaldet personoplysninger af særlig kategori kræver, at der behandles oplysninger om personens diagnose, symptomer eller sygdomsart. Stilles spørgsmålet som ovenfor, vil det ikke ligge inden for definitionen af en helbredsoplysning efter GDPR art. 9, og derved kræver det ikke behandlingshjemmel efter GDPR art. 9, stk. 2 at behandle svaret på spørgsmålet.

Behandlingshjemmel skal i så tilfælde findes i GDPR. Art. 6, stk. 1.

Som altid med behandlingshjemmel skal man først til sidst overveje, om et samtykke er nødvendigt,

uanset at samtykket som behandlingshjemmel står oplystet som første mulighed i litra a både i GDPR art. 6 og i art. 9. Samtykket som behandlingshjemmel skal man generelt set undgå, og særligt i medarbejderforhold.

I den situation, hvor der ledelsesretligt er grundlag for at stille krav om vaccination, vil situationen pege på, at behandlingen enten er nødvendig for at beskytte den registrerede eller en anden fysisk persons vitale interesser, dvs. GDPR art. 6, stk. 1, litra d, og/eller behandlingen er nødvendig af hensyn til udførelsen af en opgave i samfundets interesse (...), som den dataansvarlige har fået pålagt.

I overvejelserne om, hvorvidt begrænsningen af spredningen af COVID-19 kan anses for en opgave i samfundets interesse, som den dataansvarlige har fået pålagt, kan lov om arbejdsgivers adgang til at pålægge lønmodtagere at blive testet for COVID-19 mv. igen tjene til fortolkning. Her identificeres netop arbejdsgiverens rolle i samfundets interesse.

Uanset, anser jeg det for at være i overensstemmelse med persondataretten at stille krav om vaccination eller anden immunitet, så længe ledelsesretten giver adgang hertil.

Jeg vil her lige kippe med flaget for de øvrige forpligtelser i GDPR, herunder at arbejdsgiver inden indhentelse af medarbejderes vaccinationsoplysninger, skal udarbejde en risikovurdering og formentlig også en konsekvensanalyse, som skal indgå den øvrige almindelige GDPR-dokumentation. Endelig har medarbejderne krav på at få information om den behandling af personoplysningerne, som vaccinationssvaret undergives, se GDPR art. 12, 13 og 14.

3. HELBREDSOPLYSNINGSLOVEN⁵

Hvor oplysningen ikke er en følsom personoplysning, fordi det ikke er en helbredsoplysning efter GDPR, er definitionen af helbredsoplysninger ikke den samme efter Helbredsoplysningsloven.

Det, som ikke er en helbredsoplysning efter den ene lovgivning, kan altså være det efter en anden.

Supplerende til ledelsesretten fastlægger eksempelvis helbredsoplysningsloven 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 man 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.

Helbredsoplysningslovens sigte er særligt, at en arbejdsgiver ikke ved at stille krav om helbredsundersøgelser eller besvarelse af spørgsmål om helbred, må bringes i stand til at kunne forudse den pågældendes risiko for at blive syg og dermed medarbejderens helbredsmæssige evne til eller risiko ved at påtage sig arbejdet. Derfor er anvendelsesområdet for Helbredsoplysningsloven bredere end, hvad der efter GDPR kan siges at være en helbredsoplysning.

Helbredsoplysningsloven indeholder et forbud mod at indhente helbredsoplysninger (som også forstås

⁵ L 1996-04-24 nr. 286 Lov om helbredsoplysninger på arbejdsmarkedet

som medarbejderens risiko for at blive syg) fra medarbejderne.

Medarbejderen har på sin side derimod en pligt til at oplyse, hvis han eller hun lider af et helbreds-mæssigt forhold, som gør at den pågældende har en nærliggende risiko for at udvikle eller pådrage sig væsentlig uarbejdsdygtighed i stillingen, se § 2, stk. 4.

Her gælder dog nogle undtagelser, hvor kun de umiddelbart relevante omtales her.

Der kan efter Helbredsoplysningslovens §4 indhentes tilladelse hos Beskæftigelsesministeren, hvis det er nødvendigt for at tilgodese væsentlige hensyn til andres sundhed eller samfundsinteresser.

Der stilles høje krav til proportionalitet, så hvis man via procesmæssige initiativer kan opnå det samme, så skal man det.

Særligt kravet om proportionalitet har udfordret forskellige initiativer, som udover krav om test, er etableret for at identificere smittende medarbejdere. Eksempelvis er brug af temperaturmåling ikke usædvanligt, omend man kan overveje om denne behandling af helbredsoplysninger (såvel efter Helbredsoplysningsloven som efter GDPR) giver tilstrækkelig sikker indikation af, om medarbejderen rent faktisk er smittet. Det stiller jeg mig selv tvivlende overfor.

Af øvrige initiativer, som kan begrænse spredningen, er der fastsat regler for brug af værnemidler. Men uanset anvendelsen af disse, kan der fortsat være en risiko forbundet med at medarbejdere kan smitte disse særligt sårbare personer, eller hvor andre særlige hensyn gør sig gældende.

Der er udstedt to tilladelser efter Helbredsoplysningslovens §4. Den ene vedrører off-shore medarbejdere, hvor der grundet medarbejdernes tætte boligforhold og den betydning, smittespredning kan have, er givet tilladelse til, at der indhentes helbredsoplysninger om medarbejderne, inden de

boarder helikopteren ud til boreplatformen. Den anden vedrører helbreds kontrol af natarbejdere.

I de situationer, hvor ledelsesretten giver grundlag for at stille krav om vaccination, er proportionalitetskravet opfyldt, og dermed kan der være grundlag for at indhente tilladelse fra Beskæftigelsesministeren til denne gruppe af medarbejdere.

Efter §5 kan der endvidere indhentes oplysninger, hvis der indgås en kollektiv aftale herom med den modstående lønmodtagerorganisation. Det er uklart, om det kan være en lokal aftale. En sådan aftale skal sendes til Beskæftigelsesministeren til orientering.

Der kan derfor være grundlag for at afsøge mulighederne for at indgå en kollektiv aftale om at indhente helbredsoplysninger for de medarbejdergrupper, hvor der er en klar driftsmæssig begrundelse. Det samme gør sig gældende, hvor der ikke er en klar driftsmæssig begrundelse, men hvor der alligevel er alvorlige driftsmæssige hensyn at tage.

I forvejen vil krav om vaccination kunne være genstand for drøftelser i samarbejdsudvalg eller i andre kollektive fora, herunder arbejdsmiljø-organisationen, og derfor kan der være god grund til at inddrage medarbejdernes synspunkter i spørgsmålet.

Den sidste for denne vurdering relevante undtagelse, hvor arbejdsgiveren lovligt kan indhente helbredsoplysninger om medarbejdere i medfør af Helbredsoplysningsloven, er, at der er direkte lov hjemmel. Det er dette krav, der blev opfyldt i forhold til at stille krav om test for COVID-19.

Der ser ikke for nærværende ud til at være initiativer på vej i den forbindelse, om end der eksempelvis i forhold til krav om corona-pas, særligt for eksportmedarbejdere og medarbejdere, der skal arbejde i udlandet, har været drøftelser om lovgivning.

4. ARBEJDSMILJØ

Arbejdsmiljøloven stiller krav om, at arbejdsgiveren skal skabe et sikkert, sundt og udviklende arbejdsmiljø.

Arbejdsmiljøloven er anvendt som begrundelse i mange sammenhænge, hvor arbejdsgiveren har etableret særlige forhold, stillet krav om værne-midler og adfærd. Krav, som rækker udover de restriktioner, som i øvrigt har været indført under COVID-19-pandemien.

Det arbejdsmiljøretlige fokus er dog primært den enkelte medarbejders egen risiko for at blive smittet og syg på arbejdet. Arbejdsgiveren er forpligtet til at sikre, at arbejdet kan udføres sundhedsmæssigt forsvarligt, og særligt når arbejdet udføres andre steder end på den lokalitet, hvor arbejdsgiveren kan bestemme, så skal arbejdsgiveren bedst muligt sikre sig, at medarbejderens sundhed ikke er i risiko, Det gælder både mellem kollegaer, men også når medarbejderen arbejder hos en kunde.

Derfor kan en arbejdsgiver eksempelvis stille hygiejnekrav på egen arbejdsplads, men kan også kræve, at medarbejderen følger krav hos kunden, når medarbejderne udfører arbejde hos kunden.

Det kan ikke udelukkes, at også arbejdsmiljøloven kan give tilstrækkeligt grundlag for, at arbejdsgiveren ligefrem kan stille krav om vaccination.

Eksempelvis kan der være krav om, at den rejsende salgsmedarbejder eller montør mv., som udfører arbejde i andre lande end Danmark, hvor der er en forhøjet risiko for særlige sygdomme, skal lade sig vaccinere. Jeg vil påstå, at medarbejderne ikke kan stille spørgsmålstegn ved et sådan krav, idet den situation har den krølle, at krav om vaccination kan være betingelse for overhovedet at indrejse i landet. Den montør, som eksempelvis afviser at lade sig vaccinere mod Hepatitis A inden indrejse til Kenya, vil slet ikke kunne udføre arbejdsopgaver i Kenya, da indrejse for ikke-vaccinerede nægtes.

Et andet forhold, der kan have en betydning, er, at den kunde, som medarbejderen skal arbejde for, direkte stiller krav til at medarbejdere, som deltager i produktionen, er vaccinerede.

Hvis der eksempelvis kommer krav fra et hospital, som er kunde hos arbejdsgiveren, om at medarbejderne skal være vaccinerede, så stiller sagen sig anderledes.

Det norske arbeidstilsyn, har i et notat anerkendt, at en arbejdsgiver kan kræve svar på, om medarbejderen er vaccineret⁶. Notatet er udarbejdet efter anmodning fra Folkehelse Institutet i Norge.

På linje med vurderingen under ledelsesretten, anføres det i notatet, at det skal være relevant for den konkrete stilling, og det må være nødvendigt for at værne om liv og sundhed (proportionalitet). Men anfører samtidig, at der er strenge krav, der skal være opfyldt, førend at en arbejdsgiver kan kræve vaccinationsoplysninger. Risikoen for smitte skal være høj, eksempelvis fordi det er vanskeligt at anvende andre foranstaltninger, såsom afstand eller via andre sædvanlige værneforanstaltninger. Dette skal sammenholdes med, om smitten udgør en fare både for kollegaer, men også for andre i nærheden, eksempelvis patienter, kunder, borgere mv.

Endelig anføres det, at jo flere, der vaccineres, jo lavere bliver smittetrykket, og dermed vil tærsklen for, hvornår der er fare for sundheden højere, hvilket har indflydelse på både risikovurdering og proportionalitetsbetragtningen.

5. FORSKELSBEHANDLINGSLOVEN

Forskelsbehandlingsloven kan være en overset lov i forhold til, hvorvidt en arbejdsgiver kan stille krav om, at medarbejdere er vaccinerede. Imidlertid kan baggrunden for, at en medarbejder ikke er vaccineret, findes i forhold, som netop er beskyttet i forskelsbehandlingsloven. Det kan eksempelvis være af religiøse grunde, at medarbejderen ikke er vaccineret.

⁶ https://www.nrk.no/norge/arbeidstilsynet_-arbeidsgiver-kan-krave-a-fa-vite-om-du-er-vaksinert-1.15549363

Fraværet af vaccination kan også skyldes årsager, som kan henføres til et handicap, hvor forskelsbehandlingsloven ligeledes beskytter mod diskrimination.

Et krav om, at medarbejdere er vaccinerede, må anses for at være udtryk for indirekte forskelsbehandling, hvilket vil være lovligt, såfremt det pågældende krav er objektivt begrundet i saglige formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, jf. forskelsbehandlingsloven §1, stk. 3.

Som det også indledningsvist i denne artikel blev konstateret, vil et krav om vaccination allerede i forhold til ledelsesretten være underlagt et stramt krav om et sagligt formål og proportionalitet, herunder særligt henset til den jobfunktion, som medarbejderen udfylder.

Den pågældende analyse kan derved også tjene til at undersøge, hvorvidt der er tale om lovlig diskrimination igen med et særligt fokus på proportionalitet.

6. ER DER TALE OM TVANG

Et argument, der ofte kommer op i forbindelse med drøftelser om vaccination af medarbejdere, er, at arbejdsgiveren ikke har adgang til tvinge medarbejderne til vaccination. Deri kan jeg kun erklære mig enig. Men arbejdsgiveren har som i en lang række andre forhold og inden for lovens rammer adgang til at stille krav til medarbejderne, herunder deres arbejdsduelighed i den konkrete stilling, kompetencer, erfaring, konkrete uddannelser, autorisationer osv.

Hvis der er tale om en arbejdsfunktion, hvor såvel ledelsesret, helbredsoplysningslov, arbejdsmiljølov osv. ikke stiller sig i vejen for, at arbejdsgiveren kræver vaccination, vil der heller ikke være tale om tvang. Den medarbejder, som allerede måtte være ansat i en sådan arbejdsfunktion, må derfor gøre op med sig selv, om man ønsker at fortsætte i stillingen, og dermed lade sig vaccinere, eller om man som

konsekvens af en afvisning af vaccination, må iværksætte en opsigelse.

Det sidste element af vurderingen af kravet i forhold til ledelsesretten og spørgsmålet om tvang, vedrører derfor spørgsmålet om, hvorvidt en arbejdsgiver kan afskedige en medarbejder, som i givet fald afviser at ville blive vaccineret.

Der er næppe tvivl om, at det i givet fald vil være arbejdsgiveren, der skal opsiges ansættelsesforholdet, og ikke medarbejderen. Men forinden må arbejdsgiveren vurdere, om medarbejderen kan udføre arbejdsfunktioner uden vaccination. I modsat fald vil en opsigelse formentlig være usaglig, omend det som altid kommer an på den konkrete situation.

7. KONKLUSIONER

Udgangspunktet for langt de fleste arbejdsfunktioner i Danmark vil være, at en arbejdsgiver ikke lovligt kan stille krav om at få at vide, om en ansat er vaccineret mod COVID-19 eller ej. Det vil stride mod Helbredsoplysningsloven.

Ved at foretage en risikovurdering af den enkelte arbejdsfunktion, og derigennem identificere en høj risiko for smitte, og hvor det er vanskeligt at nedbringe risikoen via tilstrækkelige beskyttelsesforanstaltninger for derigennem at værne mod smitten med almindelige vænnetiltag, vil en arbejdsgiver såvel i medfør af ledelsesretten, persondataretten samt arbejdsmiljølovgivningen, lovligt kunne kræve viden om vaccination fra en medarbejder. Dette ændrer dog ikke på, at Helbredsoplysningsloven fortsat vil stille sig hindrende i vejen, medmindre der anvendes en af de konkrete undtagelsesmuligheder, som Helbredsoplysningsloven fastlægger.

Alternativt - og optimalt - vil være, hvis der skabes direkte lovhjemmel til at afdække vaccinationsstatus hos medarbejdere, på samme måde, som at de samme uklarheder blev afklaret ved Lov om arbejdsgivers adgang til at pålægge medarbejdere test for COVID-19.

ARBEJDSGIVERS MULIGHED FOR AT FORETAGE VILKÅRSÆNDRINGER - MED FOKUS PÅ COVID-19'S PÅVIRKNING

[ARTIKLEN ER SKREVET MED AFSÆT I FORFATTERENS KANDIDATAFHANDLING]



STEFAN HÜHNE
CAND.JUR.



SARAH CHRISTOFFERSEN
CAND.JUR.

Da Covid-19 for alvor fik fat i Danmark, fulgte en række udfordringer for det danske arbejdsmarked.¹ Mange arbejdsgivere har set sig nødsaget til at afskedige, hjemsende eller omplacere deres medarbejdere, for at få hjulene til at køre rundt. Der er gjort en stor indsats mellem arbejdsmarkedets parter og regeringen, for at få implementeret løsninger der så vidt muligt tilgodeser alle involverede.

Det er med henholdsvis international og national lovgivning bestemt, at langt størstedelen af lønmodtagerne i Danmark skal gøres bekendt med vilkårene for deres ansættelse.² Dette bevirker også, at en arbejdsgiver ikke i alle tilfælde kan ændre på de vilkår lønmodtageren har fået stillet i udsigt. Hertil har det været interessant at observere de aftaler der er indgået under Covid-19, idet de medførte at mange lønmodtagere skulle arbejde på andre vilkår end oprindeligt aftalt. Ifølge WHO vil vi se flere pandemier i fremtiden, hvilket gør det essentielt at stille sig kritisk overfor gyldigheden og retsvirkningerne

af de aftaler der er indgået under Covid-19, da disse kan danne præcedens for hvad der vil være muligt at aftale mellem overenskomstparterne i senere tilfælde.³

Aftalerne indgået under Covid-19 kan ud fra et samfundsøkonomisk perspektiv virke som den rette løsning, men det er stadig vigtigt at man har lønmodtagernes rettigheder for øje, samt at overenskomstparterne ikke uretmæssigt udvider deres bemyndigelse over lønmodtagerne. Det er blandt andet her, at nærværende artikel finder sin særlige relevans.

ARBEJDSGIVERENS LEDELSESRET

Et ansættelsesforhold består af et lønnet forhold mellem arbejdsgiveren og lønmodtageren, hvor lønmodtageren kan forvente at modtage en løbende indtægt, mod at arbejdsgiveren modtager løbende arbejdskraft.

¹ Se <https://www.danskindustri.dk/di-business/arkiv/nyheder/2020/3/coronakrise-rammer-arbejdspladserne-hardt/>.

² Via personkredsen i ansættelsesbevisloven og det underliggende direktiv 91/533/EØF af 14. oktober 1991.

³ Se <https://politiken.dk/udland/art8046801/WHO-chef-advarer-Der-kommer-flere-pandemier-i-fremtiden>.

Arbejdsgiveren har på baggrund af dette ansættelsesforhold ret til at disponerer over arbejdskraften ydet af lønmodtageren, herunder blandt andet hvordan arbejdet skal udføres, hvilket følger af arbejdsgiverens instruktionsbeføjelse. Instruktionsbeføjelsen medfører at arbejdsgiveren kan bestemme hvilket arbejde lønmodtageren skal udføre, hvordan og hvor det skal udføres, og med hvilke hjælpemidler.⁴

Arbejdsgiverens ledelsesret blev cementeret i Septemberforliget⁵ og kodificeret i Hovedaftalen mellem Dansk Arbejdsgiverforening og Lønmodtagernes Organisation. Arbejdsgiverens ledelsesret fremgår af Hovedaftalens § 4, stk. 1, som lyder:

“Arbejdsgiveren udøver ledelsesretten i overensstemmelse med de kollektive overenskomster indeholdte bestemmelser og i samarbejde med lønmodtagerne og deres tillidsrepræsentanter i henhold til de mellem Landsorganisationen i Danmark og Dansk Arbejdsgiverforening til enhver tid gældende aftaler.”

Ledelsesretten er et grundlæggende princip som også gælder udenfor Hovedaftalens område, samt den del af arbejdsmarkedet der ikke er omfattet af en overenskomst.⁶ Ledelsesrettens udstrækning kan variere fra område til område gennem fastsat kulturelle, konkrete aftaler i overenskomst, eller ved individuel aftale. Overenskomsten kan ligeledes fastlægge en procedure for fremgangsmåden ved ledelsesretlige beslutninger. Dette skyldes at ledelsesretten ikke er nærmere defineret i Hovedaftalen, hvorfor grænserne for dennes skal fastlægges gennem praksis. Udgangspunktet for ledelsesretten er, at lønmodtageren vil være retligt forpligtet til at efterkomme arbejdsgiverens instrukser, medmindre forholdet er ulovligt.

⁴ Jf. Hasselbalch, Ole; *Den Danske Arbejdsret*, s. 1281.

⁵ Septemberforliget af 5. september 1899 mellem DsF og arbejdsgiverne i Dansk Arbejdsgiverforening.

⁶ Jf. Nielsen, Ruth; *Dansk Arbejdsret*, s. 216.

⁷ Jf. Hasselbalch, Ole; *Den Danske Arbejdsret*, s. 1281.

⁸ Jf. Hasselbalch, Ole; *Den Danske Arbejdsret*, s. 1287.

⁹ *Ibid.*, s. 1283.

¹⁰ *Ibid.*, s.1252.

BEGRÆNSNINGER I LEDELSESRETEN

Som anført ovenfor definerer Hovedaftalen ikke arbejdsgivers ledelsesret. Bortset fra Hovedaftalens § 4, stk. 3 der angiver at vilkårligheder ikke må finde sted, skal ledelsesrettens begrænsninger i øvrigt udledes fra gældende lovgivning, kollektive overenskomster eller individuelle aftaler der regulerer ansættelsesforholdet, samt dertilhørende retspraksis. Herudover vil arbejdsgiveren ved udøvelsen af sin ledelsesret være underlagt en almindelig overenskomstforudsætning, som tilsiger at arbejdsgiveren skal udøve ledelsesretten ud fra saglige hensyn og under rimelig hensyntagen til lønmodtagerens interesser.⁷

Som et eksempel på en lovmæssig begrænsning i ledelsesretten kan nævnes, hvis lønmodtagerens efterlevelse af arbejdsgiverens instrukser giver anledning til forhold, hvor lønmodtagerens sundhed og sikkerhed enten er i umiddelbar eller alvorlig risiko, jf. Normen § 17, nr. 2. Dette forhold gælder i medfør af Arbejdsretslovens § 33, stk. 2 for alle områder af ansættelsesretten. Dette kan imidlertid tillige anses som en undtagelse til udgangspunktet om, at den præstationskyldige er ansvarlig for sin præstation, hvor lønmodtageren som udgangspunkt vil bære risikoen hvis denne nægter at efterkomme krav med hensyn til arbejdsudførelse.⁸

Ledelsesretten er endvidere begrænset gennem fredspligtsforudsætningen, hvorfor arbejdsgiveren ikke må disponere i strid med denne fredspligt.⁹ Dispositioner i strid med fredspligten relaterer sig dog primært til den situation, hvor der er et ønske om at afbryde ansættelsesforholdet.¹⁰

Arbejdsgiveren foretager ofte løbende ændringer i ansættelsesforholdet, hvilket han som udgangspunkt har retten til gennem den instruktionsbe-

føjelse som følger af arbejdsgiverens ledelsesret. Som det er kort skitseret her, så er arbejdsgivers mulighed for at udøve instruktioner dog ikke ubegrænset. Det er derfor vigtigt at få belyst disse begrænsninger med henblik på at søge grænserne for arbejdsgivers ledelsesret, for at se dennes sammenhæng med de aftaler der er indgået under Covid-19.

Overenskomster

Kollektive overenskomster udspringer af aftaleforhold, hvor en part som udgangspunkt vil være svagere placeret i kontraktforholdet.¹¹ De eksisterer derfor i arbejdsretten som en beskyttelse af lønmodtageren. Overenskomster er aftaler indgået mellem kollektive parter, altså et fællesskab der repræsenterer henholdsvis lønmodtager og arbejdsgivers side. Dette medfører at de kollektive aftaler bliver anset som indgået mellem ligeværdige parter, hvorimod en lønmodtager ved de individuelle ansættelsesaftaler i langt de fleste tilfælde vil blive anset som den svagere part i ansættelsesforholdet.

I ansættelsesretten eksisterer der både almene overenskomster og hovedoverenskomster, også kaldt for hovedaftaler. Hovedaftalerne vedrører nogle grundlæggende principper, herunder fredspligten, hvorfor der sjældent sker ændringer i disse.¹² Mere almindeligt er det, at der sker ændringer i kollektive overenskomster, da disse som udgangspunkt opsiges og genforhandles med et bestemt interval.¹³

Eksistensen af en overenskomst på et ansættelsesforhold medfører, at en arbejdsgiver som udgangspunkt ikke ensidigt kan ændre på de rettigheder og vilkår som en lønmodtager har fået gennem sin overenskomst, da det vil være i strid med fredspligten.¹⁴ Dette medfører at en arbejdsgiver vil være nødsaget til at opsiges den pågældende overens-

komst, såfremt denne ensidigt ønsker at ændre på lønmodtagerens overenskomstmæssige rettigheder og vilkår.¹⁵ En overtrædelse af lønmodtagerens rettigheder fastsat i en overenskomst, vil kunne medføre bodsansvar for overenskomstbrud.¹⁶

Der kan dog i overenskomsten være hjemlet en mulighed for at arbejdsgiveren ensidigt kan ændre i ansættelsesforholdet, såfremt ændringen kan rummes i overenskomsten. Som eksempel herpå kan nævnes Sø- og Handelsrettens afgørelse af 14. maj 1988 i sag S 39/1987, hvor en overenskomstbestemmelse om at en maskinofficer var forpligtet til at gøre tjeneste på de skibe rederiet ejede, medførte at rederiet kunne bestemme at en maskinofficer skulle skifte fra skib til skib uden varsel. Arbejdsgiveren må derfor i udgangspunktet gerne foretage ændringer i stillingen, såfremt disse kan rummes inden for den kollektive overenskomst.

Ved fornyelse af en kollektiv overenskomst vil de nye regler heri som udgangspunkt have direkte virkning for både arbejdsgiver og lønmodtager fra ikrafttrædelsestidspunktet. At ændringer, der følger af overenskomstfornyelse, har direkte virkning, følger af Protokollat med tilkendegivelse af 1. maj 2016 i Faglig Voldgiftssag, hvor opmændene udtalte:

"Medarbejderne må endvidere, medmindre andet er aftalt, anses for ansat på de til enhver tid gældende vilkår, som følger af overenskomsten."

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at arbejdsgivers ledelsesret tillige er begrænset hvis denne eller lønmodtageren er omfattet af en overenskomst. Arbejdsgiveren skal derfor i det tilfælde hvor denne ønsker at ændre i lønmodtagerens ansættelsesvilkår, være opmærksom på om

¹¹ Jf. Andersen, Lennart Lynge m.fl.; *Aftaler og Mellemænd*, s. 27.

¹² Jf. Andersen, Lennart Lynge m.fl.; *Aftaler og Mellemænd*, s. 61.

¹³ Ibid., s. 171.

¹⁴ Ibid., s. 518.

¹⁵ Jf. Hasselbalch, Ole; *Den Danske Arbejdsret*, side. 689.

¹⁶ Ibid., s. 689.

overenskomsten hjemler mulighed for at foretage de pågældende ændringer.

ÆNDRINGER I ANSÆTTELSESFORHOLDET

Ønsker arbejdsgiver at foretage en ændring i lønmodtagerens ansættelsesvilkår via sin ledelsesret, skal der ske en kvalificering af den ændring, som arbejdsgiveren ønsker at iværksætte. Her sker der en sondring mellem Væsentlige og mindre væsentlige ændringer. Denne sondring er vigtig da arbejdsgiveren, alt efter ændringstypen, skal iagttage forskellige foranstaltninger og hensyn, forinden ændringen kan træde i kraft.

Krav om varsel

Ønsker en arbejdsgiver at foretage væsentlige ændringer i lønmodtagerens vilkår og/eller stilling, skal han som udgangspunkt iagttage et varsel svarerende til lønmodtagerens opsigelsesvarsel.¹⁷ Varslet bliver reguleret af det individuelle ansættelsesforhold, hvor dette enten kan fremgå af f.eks. funktionærloven hvis lønmodtageren er omfattet af denne eller af lønmodtagerens kollektiv overenskomst.¹⁸ Er opsigelsesvarslet ikke reguleret i hverken lovgivning eller overenskomst, er udgangspunktet at opsigelsen kan ske med passende varsel.¹⁹ Hertil vil der være et skriftlighedskrav forbundet med varslingen af en sådan ændring, medmindre ændringen sker i medfør af lov, ændring i overenskomst eller lignende jf. Ansættelsesbevislovens §4.

Det er derfor essentielt for en arbejdsgiver der ønsker at foretage ændringer, at være bekendt med hvorledes denne sondring vurderes.

MINDRE VÆSENTLIGE ÆNDRINGER CTR. VÆSENTLIGE

Arbejdsgiveren kan som udgangspunkt foretage mindre væsentlige ændringer på baggrund af dennes ledelsesret. De mindre væsentlige ænd-

ringer har derfor modsat de væsentlige ændringer, ikke et fast krav om varsling.

Lønmodtageren kan ikke nægte at efterkomme mindre væsentlige ændringer, idet der her vil være tale om ulovlig arbejdsvægning. Denne arbejdsvægning kan resultere i at lønmodtageren med rette bliver bortvist jf. Højesterets afgørelse af 14. december 1981 i sag 1184/1980. Dommen omhandler en salgsdirektør der forlod arbejdspladsen, idet han opfattede arbejdsgiverens ændringer som væsentlige stillingsændringer der ikke var varslet korrekt. Ændringerne blev af domstolen anset som mindre væsentlige, hvorfor arbejdsgiveren med rette kunne bortvise medarbejderen.

Som det fremgår ovenfor, kan væsentlige ændringer ikke gennemføres uden iagttagelse af et varsel, der svarer til lønmodtagerens individuelle opsigelsesvarsel. Dette skyldes at varslet reelt anses som en opsigelse med tilbud om genansættelse på ændrede vilkår, hvilket medfører at ændringen først kan træde i kraft ved ophøret af det pågældende varsel. Såfremt varslingsreglerne ikke iagttages af arbejdsgiveren, vil denne som udgangspunkt misligholde ansættelsesforholdet.²⁰

For klarlæggelse af hvad henholdsvis en mindre væsentlig og væsentlig ændring er, skal der foretages en vurdering af en række forhold. I nærværende fremstilling vil der være fokus på hvad der kan kategoriseres som en væsentlig vilkårsændring, hvormed en negativ afgræsning af begrebet kan fastslå, hvilke ændringer der kan kategoriseres som mindre væsentlige.

KENDELIGE INDIVIDUELLE FORUDSÆTNINGER

For vurdering af om der er tale om en væsentlig ændring, skal man vurdere hvilke individuelle forudsætninger (også kaldt individuelle vilkår), ansæt-

¹⁷ Jf. Nielsen, Ruth; *Dansk Arbejdsret*, s. 397

¹⁸ Ibid., s. 381

¹⁹ Ibid.

²⁰ Jf. Andersen Lynge, Lennart; *Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2015.9*, s. 2.

telsen er underlagt. Dette kan gøres enten gennem aftale mellem arbejdsgiver og lønmodtager, eller efter en vurdering af ansættelsesforholdet som helhed.

Det er som udgangspunkt parternes fælles forståelse af kontrakten som skal lægges til grund for aftalens fortolkning, når et ændret vilkår skal vurderes. Dette gælder uanset aftalens ordlyd.²¹ Den fælles aftaleforståelse vil oftest udmønte sig i en bestemt praksis, som parterne indretter sig under. Hvis lønmodtagerens arbejdsopgaver, som fremgår af den oprindelige ansættelseskontrakt, løbende ændres under ansættelsesforholdet, så vil det være de nye faktuelle arbejdsopgaver og vilkår der skal tages udgangspunkt i.

Hvis lønmodtageren og arbejdsgiveren har aftalt individuelle vilkår for ansættelsesforholdet, så vil disse som udgangspunkt skulle overholdes af arbejdsgiveren, også selvom en ændring i øvrigt måtte være mulig inden for rammerne af overenskomsten. Vilkårene kan også fastlægges ud fra kendelige forudsætninger udledt af lønmodtagerens ansættelsesaftale idet titel, rang og henvisning til overenskomstområde, er med til at fastlægge rammen for hvilke individuelle vilkår lønmodtageren er underlagt og dermed kan påregne at skulle tåle. En manglende overholdelse af enten aftalte- eller udledte vilkår eller forudsætninger, kan resultere i at selv små ændringer i ansættelsesforholdet kan anses som væsentlige ændringer, hvilket skal varsles med lønmodtagerens opsigelsesvarsel.

Lønmodtageren kan ikke påklage sig vilkårsændringer som denne frivilligt har valgt jf. Østre Landsrets dom af 4. oktober 2010 i sag B-938-10, hvor en forretningsbestyrer af egen fri vilje, uden meddelelse fra arbejdsgiver, valgte at holde søndagsåbent. Såfremt arbejdsgiveren og lønmodtageren aftaler ændringerne i samspil, vil ændringerne umiddelbart kunne gennemføres. Dette gælder tillige hvis lønmodtageren er omfattet af funk-

tionærloven, hvor lovens §21 dog skal holdes for øje.

En væsentlig ændring

Individuelt aftalte vilkår vil som udgangspunkt altid være noget som lønmodtageren kan støtte ret på, hvor en ændring i disse vil blive anset som væsentlig som også vist i Sø- og Handelsrettens afgørelsen af 18. december 1959 i sag h.s. 172/1959. Dommen omhandler en overmontør som nægtede at deltage i almindeligt montørarbejde, hvilket bevirkede at arbejdsgiveren bortviste overmontøren. Overmontøren havde ved fremmelsen til overmontør udtrykkeligt forbeholdt sig, at han ikke skulle udføre almindelige rensninger af ovne og monteringsarbejde. Et par år efter fremmelsen oplevede overmontøren uoverensstemmelser med arbejdsgiveren, hvilket resulterede i at overmontøren blev afskediget. Under opsigelsesperioden blev overmontøren bedt om at tage ud til en kunde og udføre almindeligt montørarbejde pga. sygdom hos en kollega. Dette nægtede overmontøren, hvorefter denne blev bortvist på baggrund af arbejdsvægring. Sø- og Handelsretten fandt at bortvisningen var uberettiget, på trods af at "[...] det havde været rimeligt [at sagsøgeren] havde påtaget sig arbejdet."²²

Det bemærkes at virksomheden var i midlertidige vanskeligheder, idet kollegaens sygdom betød, at en kunde ikke kunne besøges indenfor rimelig tid uden overmontørens hjælp. Der var ligeledes tale om at overmontøren var under sin opsigelsesperiode, hvorfor ændringen kun skulle ske i en kortere periode. Domstolens bemærkning bevidner også, at det arbejde som blev pålagt overmontøren ikke normalt ville ligge ud over hvad man kunne forvente af en overmontørstilling.

På trods af disse momenter finder domstolen, at overmontøren kunne vægre sig mod arbejdet. Domsresultatet viser derved hvordan individuelle vilkår aftalt mellem arbejdsgiver og lønmodtager

²¹ Jf. Andersen, Lars Svenning, mf.; *Funktionærret*, s. 241.

²² Se UfR 1960.433 SH, afsnit 434.

skal overholdes, og at en afvigelse fra disse vil blive anset som en væsentlig stillingsændring som lønmodtageren ikke er forpligtet til at tåle.

At lønmodtageren i stor udstrækning kan støtte ret på individuelle aftaler indgået med arbejdsgiveren, ses tillige i Sø- og Handelsrettens dom af 31. januar 2001, hvor en lønmodtager ikke var forpligtet til at indrette sig efter en ny vagtplan, der stred mod et individuelt aftalt vilkår om, at lønmodtageren kunne holde fri kl. 17.

At kendelige individuelle vilkår aftalt mellem arbejdsgiver og lønmodtageren går forud for bl.a. vilkårene lønmodtagerens overenskomst bekræftes i den juridiske litteratur af Ole Hasselbalch. Han skriver, at:

*"Foreningens ret til at træffe beslutning vedrørende enkeltmedlemmers individuelle forhold begrænses i materiel henseende 1) af vedtægten, 2) af de aftaler, der måtte være indgået med pågældende medlem uafhængigt af vedtægten af 3) aftalerettens ugyldighedsregler og 4) af de rettigheder, medlemmet har uafhængigt af vedtægten"*²³

Det bemærkes at den nævnte begrænsning, hvor individuelle vilkår går forud for vilkår i overenskomst, som udgangspunkt kun henvender sig til ansatte der er medlem af en overenskomst, hvorfor ikke-medlemmer som udgangspunkt ikke er omfattet. Der antages ud fra en analogislutning, at principperne bag beskyttelsen ligeledes omfatter ikke-medlemmer af overenskomsten, idet det ved disse ansatte primært er aftale- og obligationsretlige regler og principper, der regulerer forholdet. Det vil dermed ikke være rimeligt at antage, at samme beskyttelse ikke gælder for ikke-medlemmer.

Lønmodtageren skal stilles ringere

Det bemærkes at ovenstående domspraksis giver udtryk for, at hvis arbejdsgiveren ændrer i aftaler med lønmodtageren, så vil disse ændringer altid blive anset som væsentlige stillingsændringer

hvilket skal varsles med lønmodtagerens opsigelsesvarsel for at kunne iværksættes. Dette er dog ikke altid tilfældet, idet mindre ændringer som ikke stiller lønmodtageren ringere, i visse tilfælde skal tåles af lønmodtageren på trods af aftalen jf. Højesterets dom af 2. september 1985 i sag I 28/1984. Dommen omhandler hvorledes en funktionær skulle tåle en ændring fra aftalt firmabilsordning til en tilskudsordning til egen bil. Højesteret fandt at ændringen skulle tåles, idet tilskudsordningen ikke stillede funktionæren væsentlig ringere end firmabilsordningen.

Det kan konkluderes, at ændringer i særlige forudsætninger eller vilkår for ansættelsen som udgangspunkt altid vil være væsentlige, også selvom ændringen ellers måtte være inden for overenskomstens rammer og i øvrigt ikke ville være at kategorisere som væsentlig. Dette medfører at disse individuelle vilkår eller forudsætninger går forud for overenskomst samt stillingens normale indhold. Dette undtages kun i særlige tilfælde, såfremt at ændringen ikke stiller lønmodtageren dårligere, jf. Ovennævnte Højesterets dom fra 1985.

Kollektive vilkår som individuel forudsætning

Individuelle forudsætninger kan ligeledes basere sig på bestemmelser i en kollektiv overenskomst jf. afsnittet ovenfor. Bestemmelserne i overenskomsten vil i mange tilfælde udgøre den ramme, som arbejdsgiveren kan agere indenfor. Dette medfører at en lønmodtager som udgangspunkt skal tåle ændringer, som kan indeholdes i dennes overenskomst.

At lønmodtageren skal tåle arbejdsgiverens ændring såfremt ændringen kan indeholdes i overenskomstens bestemmelser, fremgår ligeledes af Højesterets dom af 14. april 1993 i sag II 330/1991. Dommen omhandler hvorledes en gruppe kontorfunktionærer havde ret til fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2a, efter de havde fratrukket deres stilling. Fratrædelsen skete på baggrund af at deres ansættelsesvilkår var blevet ændret. Arbejdsgiveren havde ændret arbejdsvilkårene for 4 kontor-

²³ Se Hasselbalch, Ole; *Foreningsret*, kapitel 5, afsnit 3.5.

funktionærer fra 14 dage om måneden i tidsrummet kl. 7-15 uden lørdagstjeneste, til 15 dage om måned-en i tidsrummet kl. 6-14 med 12 lørdagstjenester om året i tidsrummet kl. 8-16. Den samlede årlige tjenestetid og det samlede antal dage forblev uændret.

Funktionærerne var af den overbevisning, at ændringerne var væsentlige og ønskede ikke at acceptere disse, hvorfor de betragtede sig som op sagt og dertil krævede fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2a. Det fremgik af overenskomsten at arbejdstiden, afhængig af de lokale forhold, kunne tilrettelægges på 5 eller 6 af ugens dage. Da parterne var enige om at de gennemførte ændringer havde hjemmel i overenskomsten, bemærkede Højesteret at:

"[...] ansættelsesvilkårene og arbejdsstedet karakter [ikke] udgjorde en sådan upåregnelig og væsentlig ændring af arbejdsforholdene, at nogen af dem var berettiget til at anse sig for opsagt".²⁴

Dommen viser, at såfremt arbejdsgiveren handler inden for råderummet i lønmodtagerens overenskomst, så vil ændringerne kunne anses som påregnelige for lønmodtageren. Det bemærkes at domstolen henviser til lønmodtagerens subjektive forhold.

At arbejdsgiveren kan ændre ansættelsesvilkårene uden at dette udgør en væsentlig stillingsændring, såfremt ændringen kan indeholdes i lønmodtagerens kollektive overenskomst, bliver bekræftet i Højesterets dom af 10. december 1996 i sag II 261/1995. Dommen omhandler hvorledes arbejdsgiveren kunne ændre i lønmodtagernes arbejdstider omkring julen. Højesteret fandt at ændringerne ikke afstedkom en pligt til varsel efter funktionærlovens regler, eftersom arbejdsgiveren havde adgang til at foretage disse ændringer efter Landsoverenskomstens § 11 og lokalaftalen. Ændringerne ville, hvis

ikke de var hjemlet i Landsoverenskomsten og lokalaftalen, efter normale omstændigheder blive anset som væsentlige jf. Landsrettens flertals udtalelser om, at ændringerne *"[...] var så væsentlige, at sagsøgerne der straks protesterede mod ændringerne, kunne forlange at ændringerne skete med varsel efter funktionærlovens § 2 [...]"*.²⁵

Højesteret henviser ikke direkte til hvor påregnelige ændringerne var for lønmodtagerne, men derimod udelukkende at arbejdsgiveren handlede inden for dennes råderum i overenskomsten. Det antages dog i forlængelse med den dissenterede dommer i Landsretten, at det tillægges særligt vægt at ændringerne kunne foretages inden for overenskomsten, idet ændringerne derfor vil være *"[...] påregnelige som forventelige for [lønmodtagerne] [...]"*.²⁶

Det samme forhold gør sig gældende i forbindelse med overenskomstfornyelser jf. Protokollat med tilkendegivelse af 13. oktober 2011 i Faglig Voldgiftssag, FV2011.0006. Sagen vedrørte hvorledes væsentlige forringelser af lønvilkår kunne vedtages, i forbindelse med fornyelsen af assurandør-overenskomsten mellem AiSEB og SEB Pension i 2010. Hovedspørgsmålet var, om aftalen kunne træde i kraft overfor assurandørerne med virkning fra overenskomstens ikrafttræden den 1. juli 2010, eller om de individuelle varslingsregler skulle iagttages.

Opmændene konkluderer at eftersom aftaler mellem arbejdsgiver og lønmodtager kan implementeres uden varsel, må dette tillige gælde for ændringer der følger af overenskomstfornyelse. Eftersom en overenskomstfornyelse anses som en aftale, som funktionærlovens §21, stk. 1 ikke er til hinder for, er det muligt at fravige varslingsreglerne i funktionærlovens §2 i forbindelse med iværksættelse af sådanne ændringer. Opmændene bemærker endvidere, at:

²⁴ Se UfR 1993.563 H, afsnit 567.

²⁵ Se UfR 1997.278 H, afsnit 283.

²⁶ Ibid.

" [...] Finansforbundet [...] var beføjet til at råde på sine medlemmers vegne, og det måtte for medlemmerne fremstå som en påregnelig mulighed, at en opsagt eller udløbet overenskomst ville kunne blive afløst af en ny [ikke så favorabel] overenskomst"²⁷ (Egen fremhævelse)

Det bemærkes at opmændene i tråd med ovenstående domspraksis tillægger lønmodtagernes påregnelighed afgørende betydning.

Har de forhandlende parter fuld aftalefrihed?

Ovenstående domspraksis giver et indtryk af, at de overenskomstbærende parter, i alle tilfælde, vil kunne aftale vilkår hvilket lønmodtageren skal tåle. Dette er dog ikke uden begrænsning jf. Højesterets dom af 26 maj 1981 i sag II 274/1980 (ekspeditrice i færgekiosk) og Højesterets dom af 27. juni 2018 i sag 148/2017.

Sidstnævnte dom omhandler en lønmodtager som tilhørte det militære personel og var en del af den væbnede beredskabsstyrke. Lønmodtageren var underlagt overenskomsten mellem Forsvarets Personeltjeneste og Hærens Konstabel- og Korporalforening (HKKF). Det fremgik af overenskomsten at væbnet personel under HKKF's forhandlingsområde, herunder pågældende lønmodtager, ikke var funktionærer. Højesteret udtalte at:

*"Om [lønmodtageren] må anses for at have opnået denne status under sin ansættelse som konstabel og overkonstabel, må herefter bero på en vurdering af hendes arbejdsopgaver, jf. funktionærlovens § 1, stk. 1, litra d, jf. litra a."*²⁸

Højesteret finder herefter, at lønmodtageren som hovedbeskæftigelse havde haft kontorarbejde, hvorfor denne havde opnået funktionærstatus efter betingelserne i funktionærloven og derfor havde ret til en fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a, stk. 1.

²⁷ Se FV 2011.0006, side 9.

²⁸ Se UfR 2018.3191 A, afsnit 3200.

Afgørelsen giver udtryk for, at arbejdsgiver ikke i alle tilfælde kan støtte ret på overenskomstens indhold, og at de overenskomstbærende parter ikke er uden begrænsninger i deres mulighed for at aftale vilkår.

Det kan konkluderes at ændringer foretaget af arbejdsgiveren, hvilke ligger inden for lønmodtagerens overenskomst, eller ændringer foretaget af de faglige organisationer i forbindelse med overenskomstfornyelse, som udgangspunkt altid skal kunne tåles af lønmodtageren. Dette sker ud fra argumentet om 'påregnelighed' hvor lønmodtageren, så længe ændringerne falder inden for overenskomsten, skal kunne tåle sådanne ændringer fordi denne kunne påregne at disse kunne blive pålagt. Dette efterlader spørgsmålet om denne påregnelighed også kan udstrækkes til ændringer foretaget af de overenskomstbærende organisationer, i forbindelse med Covid-19. Dette spørgsmål bliver behandlet senere.

TYPEFORUDSÆTNINGER

Hvis der efter en fortolkning af lønmodtagerens individuelle vilkår og forudsætninger, samt indhold i gældende overenskomst, stadig består tvivl om hvorledes ændringerne er væsentlige, skal typeforudsætningerne undersøges. Disse forudsætninger kan enten være bestemte ting som knytter sig til medarbejderens konkrete stillingstype og betegnelse, eller grundlæggende forudsætninger som eksisterer for enhver ansættelse.

Er en arbejdsgiver ikke opmærksom på lønmodtagerens typeforudsætninger, kan denne risikere ubevidst at misligholde ansættelsesforholdet hvilket kan resultere i, at ændringerne får virkning som en uberettiget bortvisning af lønmodtageren. Dette sker eksempelvis hvis arbejdsgiveren giver lønmodtageren nye arbejdsopgaver, der ligger helt uden for stillingens oprindelig indhold jf. Sø- og Handelsrettens afgørelse af 27. oktober 1959 i g. s. 59/1959. Dommen omhandlede hvorvidt en arbejdsgiver var berettiget til at overføre en laborant til lagerarbejde.

Sø- og Handelsretten fandt at stillingsændringen var så væsentlig, at den måtte sidestilles med en bortvisning.

Denne praksis bliver bekræftet i Sø- og Handelsrettens afgørelse af 24. november 1959 i g. s. 69/1959, hvor en arbejdsgiver væsentlig misligholdte aftaleforholdet mellem denne og lønmodtageren, ved at overfører lønmodtageren som var ansat som bogholderske, til kun at udfører sorteringsarbejde. Sø- og Handelsretten udtalte, at ændringen af lønmodtagerens hovedjob som bogholderske, til arbejdsopgaver hvor lønmodtageren slet ikke skulle beskæftiges med bogholderi, var så væsentlig en misligholdelse af ansættelseskontrakten, at det måtte sidestilles med en bortvisning.

Der er en formodning for, at en lønmodtager skal tåle mere i en opsigelsesperiode. Dette er dog ikke altid tilfældet hvad angår typeforudsætninger og ændringer der medfører en helt anden stilling, jf. Højesterets dom af 27. juni 1973 i sag II 300/1972. Dommen omhandler en lønmodtager der var ansat som sælger, som i sin opsigelsesperiode blev pålagt arbejdsopgaver i form af transport af lettere udstyr, tekniske tegneopgaver og klargøring af udstyr. Højesteret fandt på trods af at ændringen var i lønmodtagerens opsigelsesperiode, at der var tale om væsentlig misligholdelse fra arbejdsgiverens side, hvorfor lønmodtageren kunne kræve øjeblikkelig fratræden.

Det kan dermed konkluderes, at lønmodtageren ikke skal tåle ændringer som reelt medfører, at stillingen har ændret karakter til en anden stilling.

Ansættelseskontrakt og funktionsbeskrivelse

Lønmodtagerens ansættelseskontrakt og underliggende funktionsbeskrivelse kan tillige udgøre individuelle vilkår, som lønmodtageren kan støtte ret på i forbindelse med afgørelsen af, om dennes stilling på baggrund af en ændring kan anses som nedlagt jf. Østre Landsrets dom af 14. september 2007 i sag 2. afdeling B-959-096. Dommen omhandler en

overlæge som blev forsøgt rykket til en anden overlægestilling. Vurderingen af om overlægen skulle tåle overførslen til den nye stilling, eller om der var tale om en væsentlig stillingsændring, blev gjort på baggrund af en sammenligning mellem den nye stillings indhold, sammenholdt med den gamle stillings konkrete funktionsbeskrivelse. Østre Landsret fandt at den nye stilling væsentligt afveg fra funktionsbeskrivelsen i lønmodtagerens tidligere stilling, hvorfor den tilbudte stilling ikke var passende. Dette medførte at ændringen blev anset som væsentlig.

Det bemærkes at der kan gælde andre regler for tjenestemænd i forbindelse med fortolkningen af deres ansættelseskontrakt og funktionsbeskrivelse, idet det antages at tjenestemænd generelt skal kunne tåle stillingsændringer i højere grad, idet disse har en stærk afskedigelsesbeskyttelse.²⁹ Dette princip fremgår ligeledes direkte af tjenestemandslovens § 12, stk. 1.

Det kan på baggrund af ovenstående domspraksis konkluderes, at lønmodtagere kan støtte ret på typeforudsætningerne for deres stilling, hvilke blandt andet kan udledes af ansættelsesbeviset. Dette medfører at ændringer i lønmodtagerens stilling skal være af samme type, som de arbejdsopgaver lønmodtageren oprindeligt blev ansat til, for at være uvæsentlige hvormed de umiddelbart kan implementeres uden at arbejdsgiver skal iagttage varslingsreglerne. Hvis dette ikke er tilfældet, kan lønmodtageren anse ændringerne som væsentlige, hvormed en umiddelbar implementering som udgangspunkt kan anses som en uberettiget bortvisning af lønmodtageren. Typeforudsætningerne skaber derved en berettiget forventning hos lønmodtageren for, hvilke stillingsændringer denne skal kunne tåle.

Det bemærkes at situationen kan være anderledes såfremt lønmodtagerens arbejdsopgaver uden aktiv accept fra lønmodtagerens side, ændrer sig gennem en lang fast praksis som det f.eks. ses gennem passivitetsvirkninger. I dette tilfælde vil typeforud-

²⁹ Jf. L. Hansen, Lone; *Væsentlige stillingsændringer*, side 5.

sætningerne ændre karakter gennem lønmodtagerens passive accept af nye arbejdsopgaver, og det vil være disse nye forudsætninger som vil fastlægge hvilke ændringer medarbejderen skal kunne tåle.

KONKRETE HENSYN

Såfremt en vurdering af medarbejderens individuelle vilkår og typeforudsætninger ikke giver et klart svar på om de pågældende ændringer skal tåles eller er væsentlige, skal bedømmelsen vurderes på baggrund af de konkrete hensyn som stillingen er underlagt. Momenterne vil som udgangspunkt kunne foretages uafhængigt af om lønmodtageren er funktionær eller tjenestemand, men det bemærkes at såfremt lønmodtageren er tjenestemand, skal han som omtalt ovenfor umiddelbart kunne tåle mere forinden stillingsændringen bliver anset som væsentlig.

Økonomiske og driftsmæssige udfordringer

Som eksempel på konkrete hensyn der kan medføre at ændringen skal tåles, kan nævnes hvis virksomheden oplever nødsituationer i form af f.eks. økonomiske og driftsmæssige udfordringer jf. Højesterets dom af 13. november 1969 i sag I 194/1968. Dommen omhandler en lønmodtager der som hovedjob var beskæftiget med kundebesøg, som blev bedt om i begrænset tid at tage sig af reklamationssager i et andet kontor uden telefon. Højesteret bemærker at:

" [...] der ved bedømmelsen af spørgsmålet om, hvilken arbejdstilrettelæggelse [lønmodtageren] måtte tåle, må tages hensyn dels til, at virksomheden efter økonomiske nedgang skulle bringes på fode, hvilket var sagsøgeren bekendt [...] dels til, at der i virksomheden var beskæftiget et forholdsvist lille antal ansatte".³⁰ (egne fremhævelser)

Det fremgår af Højesterets bemærkningerne, at de tillægger det konkret vægt at virksomheden oplevede en økonomisk nedgang, at lønmod-

tageren var bekendt hermed, samt at virksomheden var beskæftiget med et lille antal ansatte. Det kan heraf udledes, at såfremt arbejdsgiveren oplever en økonomisk nedgang og er beskæftiget med et lille antal ansatte, skal lønmodtageren kunne tåle mere.

At virksomhedens økonomiske nedgang kan betyde at lønmodtageren skal kunne tåle mere i forbindelse med stillingsændringer, bekræftes i Højesterets dom af 14. december 1981 i sag 1184/1980. Dommen omhandler en salgsdirektør som mistede visse lederbeføjelser midlertidigt, fordi arbejdsgiver fandt det nødvendigt, at han skulle koncentrere sig om salgsarbejde for at få virksomheden på fode igen. Højesteret udtaler at:

" [...] den foretagne ændring af appellants stilling tilsigtedes en midlertidig begrænsning af en del af hans ledelsesfunktioner [...] med henblik på at sætte ham i stand til at anvende en større del af hans arbejdskraft til at fremme bådسالget for dermed at bidrage til at afhjælpe virksomhedens vanskelige økonomiske situation".³¹ (egne fremhævelser).

Højesteret tillægger det dermed værdi, at begrænsningen er midlertidig, samt at ændringerne sker med henblik på at afhjælpe virksomhedens økonomiske situation. Disse momenter er således konkrete hensyn som taler for at stillingsændringen skal tåles. Højesteret bemærker herefter at ændringerne ikke havde konsekvenser for hverken lønmodtagerens løn eller stillingsbetegnelse. Modsat ovenstående afgørelse fra Højesteret i 1969, tillægger Højesteret det ikke umiddelbart værdi hvorvidt lønmodtageren var bekendt med virksomhedens økonomiske situation. Det kan dog antages at lønmodtageren var bekendt hermed, eftersom denne var ansat som salgsdirektør, og dermed havde en høj stilling i virksomheden, men det er ud fra dette ikke muligt at konkludere hvorvidt dette har haft en væsentlig betydning for vurderingen.

³⁰ Se UfR 1970.35 H, afsnit 41.

³¹ Se UfR 1982.101 H, afsnit 109.

Specialiseret stilling

Udover virksomhedens økonomiske hensyn, vil det ligeledes være et moment der taler for at lønmodtageren skal tåle mere, hvis denne ikke har en specialiseret stilling, jf. f.eks. Højesterets dom af 10. december 2008 i sag 412/2006 (1. Afdeling). Dommen omhandler en tjenestemand som mod sin vilje blev forflyttet fra en stilling som kontrollør til en stilling som salgsassistent, på grund af en generel omorganisering. Højesteret bemærker indledningsvist at omorganiseringen var sagligt begrundet i en nødvendig omorganisering, med henblik på at øge salg og indtjening. De bemærker endvidere, at der var en faktisk forskel i stillingerne, hvor salgstillingen var mere rutinepræget. Højesteret bemærker herefter, at:

"Det må imidlertid også lægges til grund, at A har en relativt almen uddannelsesmæssig baggrund, og at hans arbejde ikke har givet særligt specialiserede praktiske erfaringer. På denne baggrund - og uanset A's forståelige oplevelse af tab af status og prestige - finder vi, at placeringen af A, der har bevaret både titel af og løn som kontrollør, som salgsassistent ikke i forhold til hans uddannelse og specialisering har indebåret en forrykkelse, som går ud over, hvad han må tåle."³² (egne fremhævelser).

Det bemærkes at arbejdsgiveren var underlagt en omorganisering, hvilket kan være et moment der i sig selv taler for, at lønmodtageren skal tåle mere.³³ Dette moment gør det svære at kvalificere i hvor høj grad lønmodtageren skal tåle mere, hvis denne ikke besidder en specialiseret stilling, om end det må konstateres at det bliver tillagt en vis værdi i afgørelsen. Det kan udledes på baggrund af domstolens bemærkning, at tab af status og prestige også kan være et moment der kan tale for, at der foreligger en væsentlig ændring hvilket lønmodtageren ikke skal tåle, dog var det ikke tilstrækkeligt i dette tilfælde.

³² Se UfR 2009.704 H, afsnit 723.

³³ Jf. L. Hansen, Lone; *Væsentlige stillingsændringer*, s. 141.

³⁴ Se UfR 2011.551/2 H, afsnit 583.

³⁵ Se UfR 1968.291 H, afsnit 293.

At lønmodtageren skal kunne tåle større stillingsændringer på baggrund af omorganisering, bekræftes i Højesterets dom af 23. november 2010 i sag 346/2008 (2. Afdeling), hvor tre tidligere kommunalansatte overgik til statslige ansættelser på baggrund af en større omorganisering i SKAT.

Højesteret udtaler, at:

" [...] ændringen af ansættelsesområdet sker som led i den generelle kommunalreform. Det betyder, at de pågældende tjenestemænd vil kunne være forpligtede til at overtage en anden passende stilling inden for det nye ansættelsesområde, som de ikke ville være forpligtet til at overtage inden for rammerne af deres hidtidige ansættelsesforhold. [...] Det gælder dog ikke, hvis forpligtigelsen [...] måtte være af særlig indgribende karakter [...]"³⁴

Det fremgår af Højesterets bemærkninger, at idet ansættelsesforholdet falder ind under den generelle kommunalreform og denne omorganiseres, skal lønmodtageren kunne tåle mere i forbindelse med at blive omplaceret. Det bemærkes at lønmodtagerne var tjenestemænd, hvorfor de som nævnt ovenfor skal kunne tåle ændringer i højere grad, hvorfor dommens præjudicielle værdi i forhold til omorganisering skal tages forbeholdent, og ikke uden videre kan udledes at have generel betydning for alle typer af ansættelser.

Såfremt arbejdsgiveren har varslet ændringen til lønmodtageren, har den tidmæssige udstrækning af dette varsel tillige betydning for om ændringerne kan kvalificeres som væsentlige jf. Højesterets dom af 27. marts 1968 i sag I 109/1967, hvor arbejdsgiveren havde ændret lønmodtagerens arbejdstid fra at skulle starte kl. 7:30 til kl. 8:00. Landsretten udtaler, at " *[...] i hvert fald med det givne varsel [...] [kunne arbejdsgiveren] gennemføre den omhandlede, mindre væsentlige omlægning [...]"³⁵* Højesteret stadfæster Landsrettens dom i dens grunde. Det

bemærkes at Landsrettens begrundelse kan ses som et udtryk for, at et passende varsel har betydning for om ændringer i ansættelsesforholdet anses som væsentlige.

At arbejdsgiverens varslingslængde har betydning for væsentlighedsvurderingen, bliver yderligere bekræftet i Højesterets dom af 11. januar 1973 i sag 165/1972, hvor en bortvisning af en funktionær blev fundet uberettiget på baggrund af et manglende passende varsel.

Ovenstående viser, at hvis de individuelle vilkår eller typeforudsætninger ikke kan give et klart svar på om der er tale om en væsentlig ændring, vil dette blive vurderet ud fra nogle sekundære konkrete hensyn. Vurderingen af de konkrete hensyn skal ses som et pendul, hvor nogle hensyn taler for at ændring skal tåles, mens andre taler imod. En økonomisk krise eller udfordring vil tale for at ændringen skal tåles, men de nævnte afgørelser viser dog at den økonomiske situation ikke i sig selv statuere ændringen som en ikke-væsentlig ændring, men at momenter som virksomhedens størrelse og lønmodtagerens viden, umiddelbart også bliver tillagt værdi ved kvalificeringen.

Påregnelighed bliver tillige anset som et konkret hensyn. Påregnelighed kan være en svær størrelse, hvor både lønmodtagerens og arbejdsgiverens forhold i den konkrete situation skal vurderes. Det vil derfor i alle tilfælde, være en konkret vurdering hvorvidt der er tale om en væsentlig ændring. Ved den konkrete vurdering skal det ligeledes inddrages hvilken stilling lønmodtageren besidder. Hvis der er tale om en specialiseret stilling eller hvis lønmodtageren har specialtilegnet kompetencer, vil det gøre det svære for arbejdsgiveren at foretage en ændring uden at iagttage varslingsreglerne.

MIDLERTIDIGE ÆNDRINGERS TIDSMÆSSIGE UDSTRÆKNING

De ovenstående afsnit giver et indtryk af, at der skal mere til for at kvalificere en ændring som væsentlig, såfremt ændringen ikke er varig, men kun implementeres i en kortere periode. Dette ses tillige i Højesterets dom af 14. december 1981 i sag 1184/1980, hvor ændringerne blandt andet skulle tåle fordi de " [...] *tilsigtedes en midlertidig begrænsning af en del af hans ledelsesfunktioner [...]*".³⁶

Lønmodtageren skal under dennes opsigelsesperiode i højere grad kunne tåle ændringer. Dette ses f.eks. i forbindelse med arbejdsstedets flytning jf. Højesterets dom af 29. april 2011 i sag 170/2009 (2. Afdeling).

Det samme princip om ændringernes tidsmæssige udstrækning, kan også antages at have en betydning for, at lønmodtageren skal kunne tåle mere i forbindelse med virksomhedens økonomiske vanskeligheder. Virksomhedens økonomiske vanskeligheder bliver i Højesterets afgørelse fra 14. december 1981 i sag 1184/1980 sammenholdt med, at ændringerne er tilsigtet som en " [...] *midlertidig begrænsning [...]*".³⁷ Domstolen lægger derved til grund, at ændringerne kun skal gælde indtil den økonomiske krise ikke længere eksisterer, hvorfor ændringen er midlertidig.

Det bemærkes at domstolen enten direkte eller indirekte tillægger det værdi hvorledes ændringerne er tilsigtet som midlertidige. Dette efterlader spørgsmålet om hvordan lønmodtagerens retstilling er, hvis arbejdsgiveren foretager ændringer som angiveligt er ment som midlertidige, men på grund af deres lange udstrækning opleves af lønmodtageren som permanente, eller ud fra objektive betingelser er urimeligt lange. Retspraksis har som udgangspunkt ikke taget stilling til spørgsmålet, men der kan argumenteres for at ændringerne umiddelbart kan miste deres midlertidige karakter

³⁶ Se UfR 1982.101 H, afsnit 109.

³⁷ Ibid., afsnit 108.

ud fra en rimelighedsvurdering af hvad lønmodtageren skal tåle, samt hvilke forudsætninger lønmodtageren har for den pågældende ændring.

Ud fra konklusionen om at en lønmodtager skal tåle mere hvis der er tale om økonomisk nedgang, grundet ændringens midlertidige karakter, kan det tidsmæssige perspektiv tillige diskuteres. Der kan argumenteres for, at virksomheden efter en længere tids økonomisk nedgang vil have ændret karakter, hvormed det der tidligere blev betragtet som økonomisk nedgang, vil være virksomhedens nye normal. Der må altså tillige være en grænse for, hvor længe man kan kvalificere en virksomhed til at være i økonomisk krise, selvom dennes økonomiske situation ikke ændre sig til det bedre. I dette tilfælde opstår spørgsmålet om, hvornår lønmodtageren skal reklamere overfor arbejdsgiveren på baggrund af de væsentlige ændringer i sine ansættelsesvilkår, herunder arbejdsopgaverne, for ikke at blive bundet på grund af passivitet.

Andre ansættelsesretlige definitioner

Da retspraksis endnu ikke inden for dette område har givet nogen indikation eller svar på hvad der skal forstås med "midlertidig", kan der i nærværende ikke gives en klar definition herpå. Som et forsøg på at afklare den tidsmæssige udstrækning af begrebet "midlertidig", kan der muligvis drages paralleller til anden lovgivning på ansættelsesområdet. Det fremgår af tjenestemandsløvens § 11, at en tjenestemand har pligt til at gøre midlertidig tjeneste i en stilling sideordnet eller højere end hans egen. I bestemmelsens ordlyd er der ikke angivet nogen beskrivelse eller indikation på, hvordan "midlertidig" skal defineres. Folketingets lønningsudvalg har dog inkluderet en sådan betragtning i deres betænkning til lovforslaget.³⁸ Udvalget udtaler følgende i forbindelse med det midlertidige aspekt:

"Ordninger af denne art kan være værdifulde for staten [...] Hensynet til den tjenestemand, som fun-

*gerer i stillingen, gør det naturligt at søge varigheden af konstitutionsperioden begrænset.*³⁹

Udvalget peger herefter på, at den midlertidige periode kun i ganske særlige tilfælde må overskride 3 år. Det er interessant for fastlæggelsen af den midlertidige ændrings tidsmæssige udstrækning, at der ved tjenestemænd, hvilke normalt skal tåle mere i forbindelse med ændringer i sine vilkår, findes at være et rimelighedshensyn at tage i betragtning. Der kan argumenteres for, at hvis en sådan grænse synes rimeligt at fastlægge overfor en tjenestemand, der normalt skal tåle meget, bør der foreligge en tilsvarende lavere grænse ved alle andre typer af lønmodtagere.

Der er ikke i skrivende stund nogen reel definition af, i hvor lang tid den midlertidige periode kan strække sig over. De ovenstående sondringer skal derfor udelukkende anses som forslag til hvordan spørgsmålet kunne ses besvaret. For nu må der i hvert enkelt tilfælde skulle foretages en konkret vurdering af hvornår ændringen ophører med at være midlertidig.

COVID-19

Covid-19 situationen har blandt andet medført en række forskellige midlertidige aftaler indgået mellem faglige organisationer, der muligvis sætter en ny ramme for de faglige organisationers beføjelser. Derudover har vi tillige for første gang i nyere tid set force majeure anerkendt i ansættelsesforhold på grund af en sygdomspandemi.

I nærværende fremstilling vil det primære fokus være på konsekvensen af Fælleserklæringen mellem KL og Forhandlingsfællesskabet.⁴⁰ KL står for Kommunernes Landsforening, og er en arbejdsgiverorganisation der forhandler overenskomster for kommunernes cirka 500.000 medlemmer, inden for henholdsvis børneområdet, undervisningsområdet,

³⁸ Se betænkning til lovforslag over Lov om tjenestemænd m.fl. Af 6. juni 1969, Tillæg B (195), Folketingsåret 1968-69.

³⁹ Se betænkning til lovforslag over Lov om tjenestemænd m.fl. s. 3108.

⁴⁰ Fælleserklæringen om fleksibilitet i kommunerne.

ældre, sundhed og service, det tekniske område samt det administrative område.

Forhandlingsfællesskabet er en lønmodtagerorganisation, der forhandler med de kommunale og regionale arbejdsgivere, og har 51 medlemmer som er organiseret i valggrupperne OAO, FOA, FK-K, SHK og AC-valggruppen.

FÆLLESERKLÆRINGEN

Fælleserklæringen blev indgået første gang den 1. marts 2020 og blev efterfølgende forlænget den 7. november 2020. Fælleserklæringen omhandlede her muligheden for regionale lokalaftaler i forbindelse med restriktionerne i Nordjylland. Erklæringen var rettet mod 7 nordjyske kommuner som var underlagt restriktioner som led i håndtering af Cluster 5, hvilket var en særlig smitsom form for Covid-19. Af erklæringen fremgår det, at:

*"Parterne er derfor enige om, at det i denne ekstraordinære situation, hvor det er nødvendigt at bekæmpe udbredelsen af cluster 5, i de 7 kommuner kan blive nødvendigt at bede medarbejdere om at varetage opgaver i kritiske funktioner eller opgaver i tilknytning hertil på andre tidspunkter, lokaliteter og/eller overenskomst-/fagområder, end de normalt udfører deres daglige arbejde. Udgangspunktet vil være, at den enkelte medarbejder, der evt. skal varetage nye og uprøvede opgaver, inddrages så tidligt som muligt, herunder tages med på råd i forbindelse med ændringer i arbejdsopgaver."*⁴¹

Det fremgår endvidere, at:

"Varetagelse af andre arbejdsopgaver, på andre tidspunkter og lokaliteter end det er muligt inden for eksisterende overenskomster og aftaler skal drøftes lokalt. Der indgås lokale aftaler, som omfatter både den organisation, som har indgået den overenskomst, hvorunder de pågældende medarbejdere normalt arbejder, og organisationen på det område,

*hvor de pågældende medarbejdere i den midlertidige periode varetager opgaver. Aftalerne kan indgås smidigt, idet der ikke gælder nogle særlige krav, herunder formkrav. De lokale aftaler ophører senest den 15. december 2020 med mindre, at et tidligere ophørstidspunkt er aftalt."*⁴²

Forinden den oprindelige fælleserklæring udløb, udstedte KL og Forhandlingsfællesskabet den 14. december 2020 en ny fælleserklæring, der blev udvidet til at gælde for 69 kommuner. Det materielle indhold i erklæringen havde ikke ændret sig. Erklæringen blev endnu engang forlænget den 29. januar 2021, hvor den nu blev udvidet til at gælde for alle kommuner i Danmark. Erklæringen er senest blevet forlænget den 21. maj 2021, med udløb til og med den 15. august 2021 hvorefter den bortfalder, medmindre KL og Forhandlingsfællesskabet vælger at forlænge den endnu en gang. De lokalaftaler der måtte være indgået på baggrund af Fælleserklæringen ophører den 29. august, medmindre et tidligere tidspunkt aftales.

Fælleserklæringens grænser

Da erklæringerne ved forlængelse ikke har ændret sin ordlyd betydeligt, er den stadig begrundet i den ekstraordinære situation som Covid-19 og følgerne heraf har medført, herunder de mange restriktioner. Derudover giver erklæringen stadig mulighed for, at lokalaftaler blandt andet kan påkræve lønmodtagerne at varetage opgaver, der ligger uden for dennes overenskomstområde. Det følger således af den nugældende Fælleserklæring, at medarbejderne kan blive bedt om at " [...] varetage opgaver i kritiske funktioner eller opgaver i tilknytning hertil på andre tidspunkter, lokaliteter og/eller overenskomst-/fagområder, end de normalt udfører deres daglige arbejde".⁴³

Såfremt de arbejdsopgaver der ønskes pålagt, er uden for lønmodtagerens overenskomst, skal der indgås en lokalaf tale mellem den organisation der

⁴¹ Se <https://www.kl.dk/media/25883/historisk-aftale-faelleserklaering-november-2020.pdf>, s. 1

⁴² Ibid.

⁴³ Se <https://www.kl.dk/media/27568/faelleserklaering-maj-2021.pdf>, s. 1.

normalt er forhandlingsberettiget for lønmodtageren og organisationen på det område, hvor det ønskes at lønmodtageren skal varetage opgaver.

Selvom Fælleserklæringen henviser til, at lokalaf-talerne og de umiddelbart midlertidige ændringer i medarbejdernes forhold, så vidt muligt skal baseres på frivillighed, og selvom Fælleserklæringen fastsætter at lønmodtagerne skal have samme løn og modtage berettiget tilskud mv., kan det ikke med en ordlydsfortolkning af Fælleserklæringens indhold fastslås, at der er en grænse for arbejdsgiverens mulighed for at foretage væsentlige ændringer i lønmodtagernes ansættelsesvilkår. Fælleserklæringen har dermed umiddelbart udvidet arbejdsgivers mulighed for at foretage ændringer, herunder blandt andet ændringer i lønmodtagerens arbejdsopgaver der ligger uden for dennes overenskomstområde, og derfor umiddelbart må kvalificeres som væsentlige ændringer, uden at iagttage varslingsreglerne. Det skal derfor for det første undersøges, om Fælleserklæringen i det hele findes berettiget til at hjemle sådanne ændringer, idet vurderingen af erklæringens gyldighed er med til at sætte rammen for, hvad en lønmodtager senere skal tåle.

PÅREGNELIGHED VEDR. FÆLLESERKLÆRINGEN

Som fastlagt tidligere vedrørende kollektive vilkår, skal en lønmodtager tåle ændringer foretaget af arbejdsgiveren, såfremt disse ændringer kan indeholdes i overenskomstens bestemmelser. Domstolene henviser til at ændringer foretaget med hjemmel heri, er påregnelige for lønmodtageren. Begrebet 'påregnelighed' bliver ligeledes af domstolene anvendt i forbindelse med overenskomstfornyelser. Påregneligheden i relation til ændringer der er indenfor overenskomstens rammer, bliver begrundet i at overenskomsten har statueret en række forhold som lønmodtageren har accepteret, ved underskrivelsen af ansættelseskontrakten. Domstolene henviser til, at lønmodtageren ved under-

skrivelse af en ansættelseskontrakt der henviser til en overenskomst, har accepteret og kan påregne at vilkårene heri kan rummes i ansættelsesforholdet. Påregneligheden i relation til overenskomstfornyelse bliver begrundet i, at det er lønmodtageren bekendt at overenskomsten skal genforhandles, og at en sådan genforhandling kan medføre ændrede vilkår.

Hvad angår Fælleserklæringen antages det at denne er på niveau med overenskomster, idet det er en aftale indgået mellem de overenskomstbærende parter. Fælleserklæringen er udstedt under en fredsperiode, hvorfor der ikke er tale om en overenskomstfornyelse. Fredsperioden hindrer dog ikke de overenskomstbærende parter i at indgå sådanne aftaler, idet der er hjemmel hertil i Hovedoverenskomsten mellem parterne, ligesom det grundlæggende arbejdsretlige princip om, at man overlader meget af reguleringen af arbejdsmarkedet til parterne, medfører en sådan mulighed.⁴⁴ Dette betyder, at Fælleserklæringen ikke må stride imod en trinshøjere overenskomst.

Eftersom domstolen jf. ovenstående henviser til, at lønmodtageren skal tåle ændringer hjemlet i lønmodtagerens overenskomst eller ved overenskomstfornyelse på baggrund af begrebet 'påregnelighed', kan dette begreb ligeledes bruges til at fastlægge erklæringens rækkevidde.

Det fremgår af Fælleserklæringen, at lønmodtageren skal kunne tåle at:

*"[...] varetage opgaver i kritiske funktioner eller opgaver i tilknytning hertil på andre tidspunkter, lokaliteter og/eller overenskomst-/fagområder, end de normalt udfører deres daglige arbejde."*⁴⁵

Det kan diskuteres om en sådan erklæring og især indholdet citeret ovenfor er påregneligt for den enkelte lønmodtager. Ud fra en ordlydsfortolkning, findes arbejdsgiveren ikke at være begrænset i sine muligheder for at foretage ændringer uden varsel. Ved særligt væsentlige ændringer, herunder ænd-

⁴⁴ Se https://jura.ku.dk/jurabog/pdf/juridiske-monografier/Hasselbach_Lokalaftaler_2007.pdf, s. 27-28.

⁴⁵ Se <https://www.kl.dk/media/27568/faelleserklaering-maj-2021.pdf>, s. 1.

ringer hvor lønmodtageren bliver pålagt arbejde uden for overenskomsten, påkræver Fælleserklæringen at der bliver indgået lokalaftaler mellem de relevante overenskomstparter. Dette er umiddelbart det eneste i erklæringen der giver lønmodtageren en form for beskyttelse.

Argumentets holdbarhed

Ud fra begrebet 'påregnelighed' findes det umiddelbart problematisk at anvende samme argumentation i forbindelse med Fælleserklæringen og dertilhørende lokalaftaler, som det ses anvendt af domstolene i forbindelse med ændringer indenfor overenskomstens rammer og ved overenskomstfornyelse. Lønmodtageren bliver ved ansættelsesforholdets begyndelse oplyst om den overenskomst som ansættelsen er underlagt, hvormed denne vil blive bekendt med arbejdsgiverens ramme for ansættelsesvilkårene. Hvis det eksempelvis fremgår af overenskomsten at lønmodtageren udelukkende skal arbejde i hverdagene fra kl. 8-16, vil arbejdsgiveren ikke have mulighed for at pålægge lønmodtageren weekendarbejde, uden iagttagelse af lønmodtagerens individuelle opsigelsesvarsel. Hvis Fælleserklæringen i sin helhed har berettiget hjemmel, vil det medføre at arbejdsgiveren alligevel har mulighed for at ændre i arbejdstiden uden forudgående varsel. Det er svært at forestille sig, at en sådan ændring vil være påregnelig for lønmodtageren under en overenskomstperiode.

Der kan særligt argumenteres for, at det ikke vil være påregneligt for lønmodtageren at blive pålagt arbejdsopgaver, der ligger helt uden for dennes overenskomstområde. Som eksempel kan nævnes hvis en funktionæransat bogholder blev sat til at udføre arbejdsopgaver med smitteopsporing eller som poder.⁴⁶ I dette tilfælde bliver det tydeliggjort hvordan argumentet om 'påregnelighed' mister sin slagkraft og dermed tvivlsomt kan anvendes som argument for, at en lønmodtager skal tåle en så

væsentlig ændring med hjemmel i Fælleserklæringen.

På baggrund af ovenstående findes der umiddelbart ikke er være tilstrækkelige holdepunkter for, at en lønmodtager skal tåle en ændring i dennes arbejdsopgaver som ligger udenfor dennes overenskomstområde, med argumentationen om påregnelighed. Hvad angår aftaler vedrørende ændringer i arbejdstid og arbejdssted, virker argumentationen om 'påregnelighed' mere berettiget. Dette fordi sådanne ændringer normalt kan holdes indenfor overenskomstens område og derfor ikke i alle tilfælde er at definere som væsentlige ændringer. Derudover er den umiddelbare hensigt med ændringerne foretaget med hjemmel i Fælleserklæringen, at de kun vil blive pålagt i en midlertidig periode, hvilket som omtalt tidligere kan medføre at en lønmodtager skal tåle mere.

EKSTRAORDINÆR SITUATION SOM GRUNDLAG

KL og Forhandlingsfællesskabet gentager i alle fælleserklæringer, at:

*" [...] denne [fortsat] ekstraordinære situation, hvor det er nødvendigt at få brudt smittekæderne [...] kan [det] blive nødvendigt at bede medarbejderne om [...]."*⁴⁷ (Egne fremhævelser).

Det kan dermed konkluderes at baggrunden for Fælleserklæringen, og at lønmodtageren skal kunne tåle de oplyste former for ændringer, er den 'ekstraordinære situation'. Det er derfor interessant at belyse hvordan begrebet defineres, da der kan argumenteres for hvorvidt ændringerne vil være berettiget, såfremt situationen ikke længere er ekstraordinær. Begrebet forstås almindeligvis som en usædvanlig situation.⁴⁸ Ud fra denne forståelse, vil der umiddelbart godt kunne argumenteres for, at myndighedernes restriktioner har medført en usædvanlig situation, og at disse restriktioners levetid sætter rammen for det ekstraordinære, hvorfor situa-

⁴⁶ Om end der ved podning umiddelbart kræves særlige kvalifikationer, hvorfor den opsatte problemstilling synes ekstrem.

⁴⁷ Se <https://www.kl.dk/media/27568/faelleserklaering-maj-2021.pdf>, s. 1.

⁴⁸ Jf. <https://denstoredanske.lex.dk/ekstraordin%C3%A6r>.

tionen stadig vil være usædvanlig de gange Fælleserklæringen er blevet forlænget.

Der kan dog argumenteres for, at situationen cirka et år fra Fælleserklæringens første opståen er blevet den nye normal og derved en vanlig situation. I forbindelse med Covid-19 har der været meget snak om "The new normal" der beskriver den fremtid der venter, når en krise er overstået.⁴⁹ Der kan argumenteres for, at krisen har ændret vores hverdag og vores arbejdsliv. Modsat hertil kom vaccinerne der gav og stadig giver fornyet håb om, at komme tilbage til vores vanlige rammer, også på arbejdsmarkedet. Denne forudsætning om, at vi formentlig vender tilbage til noget der meget ligner den hverdag vi havde inden Covid-19 taler for, at "the new normal" vil have mindre værdi, hvorfor forlængelserne af Fælleserklæringen stadig var usædvanlige og dermed ekstraordinære i den almindelige forståelse.

Begrebet 'ekstraordinær situation' ses dog tillige anvendt i forbindelse med kvalificeringen af force majeure, hvor den har en anden betydning. Ved force majeure bliver den 'ekstraordinære situation' blandt andet kvalificeret ud fra, om situationen var påregnelig for kontraktparterne, som bliver gennemgået nærmere nedenfor.

Skal der søges en analog anvendelse af begrebet i forhold til force majeure, kan det konkluderes at situationen ikke kan vedblive at være ekstraordinær, idet omstændighederne på et tidspunkt bliver kendelige for arbejdsmarkedet. En sådan analogi vil medføre, at situationen på et tidspunkt ikke længere kan kategoriseres som ekstraordinær, hvilket vil have betydning for hvor væsentlige ændringer lønmodtageren skal kunne tåle med hjemmel i Fælleserklæringen. Dette fordi grundlaget for erklæringen umiddelbart afhænger af, at situationen er ekstraordinær. En analogislutning af force majeure anvendelse af dette begreb forudsætter, at situationen er uforudsigelig og pludselig. På baggrund af dette

er det påkrævet at lønmodtagerne udviser fleksibilitet og velvilje da det ikke var muligt for arbejdsgiveren, herunder de forhandlingsberettigede parter, at planlægge sig ud af eller forudse situationen.

Det er umiddelbart ikke den definition af begrebet, som det forstås i forbindelse med force majeure, der er mest nærliggende at argumentere for, da Fælleserklæringen henviser til de skærpede restriktioner.⁵⁰ Det er derfor umiddelbart restriktionerne der er grundlaget for den ekstraordinære situation. Det er dog bemærkelsesværdigt at KL og Forhandlingsfællesskabet senest den 21. maj 2021 igen har valgt at forlænge aftalen på dette grundlag, eftersom der ses en langsom nedtrapning af myndighedernes restriktioner. Det kan dermed konstateres at argumentet om at der foreligger en ekstraordinær situation, vil blive mere vagt med tiden. Dette bevirker at Fælleserklæringens hjemmel til at arbejdsgiver kan iværksætte ændringer, findes at miste sin betydning og for nuværende ikke i sig selv vurderes til at være tilstrækkelig hjemmel til at direkte iværksætte særligt væsentlige ændringer.

MIDLERTIDIGE CTR. PERMANENTE ÆNDRINGER

Ændringernes varighed har ikke direkte betydning for hvorledes de kan kategoriseres som væsentlige, men det er et klart moment i afgørelsen heraf. Det er tidligere fastslået at en lønmodtager skal tåle mere ved ændringer af midlertidig karakter. Ændringer foretaget med hjemmel i Fælleserklæringen, vil som udgangspunkt være at anse som midlertidige, hvilket indikeres ved Fælleserklæringens udløbsdato. På baggrund af de flertallige forlængelser af erklæringen, kan det dermed diskuteres om ændringerne ændrer karakter fra midlertidige til permanente. Dette har betydning for kvalificeringen af hvorvidt en ændring er væsentlig, idet varige ændringer i mange tilfælde vil blive kategoriseret som sådanne.

⁴⁹ Se <https://trendlog.dk/hvad-er-new-normal-efter-coronakrisen/?lang=da>.

⁵⁰ Se <https://www.kl.dk/media/27568/faelleserklaering-maj-2021.pdf>, s. 1.

På nuværende tidspunkt har lønmodtagere omfattet af Fælleserklæringen fra den 7. november 2020, skulle tåle arbejdsgiverens ændringer i over 6 måneder. Dette på trods af at erklæringen havde en oprindelig levetid på én måned, indtil den 3. december 2020, hvis ikke den var blevet forlænget.

Retspraksis har ikke fastlagt hvornår midlertidige ændringer skifter karakter til at være permanente. Der kan ud fra lønmodtagerens synspunkt argumenteres for, at det virker urimeligt hvis denne skal tåle ændringer i flere måneder, når forudsætningen for ændringerne var at de havde en langt kortere varighed.

Det er tidligere diskuteret om man i forhold til at fastlægge grænserne for hvad der er midlertidigt, kan drage en analogi til tjenestemandenslovens § 11, hvortil Folketingets lønudvalg henviste til en 3 års grænse.

Såfremt denne analogi accepteres og/eller Lønuvalgets synspunkter tillige findes berettiget i nærværende situation, vil der kunne argumenteres for at en ændring først vil være permanent efter en årrække. Ved anvendelsen af denne analogi skal det dog bemærkes, at lønmodtagere omfattet af tjenestemandensloven generelt skal tåle langt mere i deres ansættelsesforhold end alle andre typer af lønmodtagere. Dette vil umiddelbart medføre, at analogien kun sætter et maksimum for hvornår en ændring ikke længere er midlertidig ved tjenestemand, hvorfor alle andre typer af lønmodtagere må skulle finde sit maksimum noget under de 3 år.

Idet det var en klar forudsætning for erklæringen og de dertil indgåede lokalaftaler at ændringerne ville have en udløbsdato, må der henses til at ændringerne ikke er blevet permanente på grund af Fælleserklæringens forlængelse. Analogien til tjenestemandenslovens § 11 virker dog umiddelbart berettiget, da den er begrundet i både arbejdsgivers og samfundets forhold, ligesom lønmodtagerens hensyn er lagt til grund. Disse betragtninger vurderes tillige at ville blive lagt til grund i

nærværende situation. Denne analogi vil medføre, at ændringerne endnu ikke har fået permanent karakter, men på trods af forlængelsen stadig vil være at betragte som midlertidige.

Lønmodtagere omfattet af funktionærloven

Hvad angår lønmodtagere omfattet af funktionærloven, er afgrænsningen mellem midlertidige og permanente ændringer særligt vigtig at være opmærksom på. Dette fordi funktionærloven som udgangspunkt udgør en begrænsning for, hvilke stillingsændringer arbejdsgiveren kan pålægge funktionæren. En arbejdsgiver kan ikke uden funktionærens accept foretage varige ændringer i dennes arbejdsopgaver, såfremt disse medfører at funktionæren ikke længere vil være omfattet af funktionærloven. Det klare udgangspunkt for denne type ændringer er dermed, at de vil være væsentlige og dermed ikke skal tåles af funktionæren. Undtagelsen hertil er såfremt ændringen kun sker i en midlertidig periode, hvor en funktionær som udgangspunkt også skal tåle en sådan ændring, fordi denne herved ikke vil miste sin funktionærstatus.

Dette har særligt sammenhæng med, at Fælleserklæringen løbende bliver forlænget. Hvis en funktionær med hjemmel i Fælleserklæringen, er blevet bedt om at varetage arbejdsopgaver som ligger uden for personkredsen i funktionærlovens § 1, så vil denne på et tidspunkt miste sin funktionærstatus. Det kan derfor have store konsekvenser for en funktionæransat hvis Fælleserklæringen til fulde bliver anset som rimelig.

For lønmodtagere omfattet af funktionærloven, findes der ikke på nuværende tidspunkt at være holdepunkter for, at funktionæren ikke skal tåle ændringen, fordi opgaverne ligger uden for funktionærloven. Dette sker fordi der er tale om en ekstraordinær situation, hvorfor det forventes at der vil gå længere tid før funktionæren på baggrund af ændringer hjemlet i Fælleserklæringen, vil miste sin funktionærstatus. Domspraksis har ligeledes ikke lagt klare linjer for hvornår en funktionær mister sin funktionærstatus, udover ved ændringer som er

varige. Det bemærkes dog, at yderligere forlængelser skaber mere usikkerhed vedrørende denne konklusion.

Hvad angår de øvrige lønmodtagere der ikke er omfattet af funktionærloven, findes det at ændringerne på nuværende tidspunkt ikke har skiftet karakter til at være permanente. Dette bliver tillige mere usikkert for hver gang erklæringen forlænges.

FÆLLESERKLÆRINGENS RETSVIRKNING

Ovenstående diskussion efterlader spørgsmålet om, hvilken retsvirkning Fælleserklæringen har og om der findes at være tilfælde, hvor lønmodtagere med rette kan modsætte sin ændringer foretaget med hjemmel i denne.

Det fremgår at individuelle aftaler indgået mellem arbejdsgiver og lønmodtager, går forud for de ansættelsesvilkår der måtte fremgå af enten lønmodtagerens ansættelseskontrakt eller dennes overenskomst. Dette medfører tillige, at lønmodtagerens individuelle aftaler og kendelige forudsætninger der er indgået med arbejdsgiveren, ej heller findes at kunne tilsidesættes på baggrund af Fælleserklæringen. Individuelle vilkår vil dermed ligeledes have forrang for Fælleserklæringen. Arbejdsgiveren vil således være begrænset ved ikke at kunne pålægge stillingsændringer som strider mod tidligere særskilte aftaler med lønmodtageren. Dette kunne f.eks. være hvis lønmodtageren havde aftalt med arbejdsgiveren at denne måtte forlade arbejdspladsen klokken 16:00 for at hente børn, hvilket ville begrænse arbejdsgiveren i at rykke arbejdstiden med hjemmel i Fælleserklæringen, uden at skulle iagttage varslingsreglerne, som det gøres efter de almindelige regler om væsentlige vilkårsændringer.

Udover de individuelle aftaler, ligger Fælleserklæringens ordlyd ikke op til at der i øvrigt findes nogen begrænsninger, for hvilke ændringer arbejdsgiveren kan foretage med hjemmel i denne erklæring. Arbejdsgiveren vil derfor umiddelbart ikke risikerer f.eks. at misligholde ansættelsesforholdet ved at give lønmodtageren nye arbejdsopgaver som ligger helt uden for stillingens

oprindelige indhold, hvilket normalt vil få virkning som en uberettiget bortvisning af lønmodtageren.

Et argument som taler mod at arbejdsgiveren, ud over de individuelt indgåede aftaler, er ubegrænset i sin ret til at foretage stillingsændringer med hjemmel i Fælleserklæringen er, at visse af disse ændringer ikke er 'påregnelige'. Som omtalt tidligere kan stillingsændringer som ligger uden for lønmodtagerens overenskomst, ikke antages at opfylde kriteriet om påregnelighed. Det virker derfor tvivlsomt, at lønmodtageren skal kunne tåle en ændring der medfører, at denne skal udføre arbejde der henhører under en helt anden overenskomst end vedkommende er ansat under. Der opstår derfor tvivl om f.eks. en jurist kunne sættes til at deltage i smitteopsporing, idet dette ligger helt uden for AC-overenskomstområdet.

Modargumentet kunne være at der med rette er tale om en ekstraordinær situation der påvirker alle lønmodtagere, hvorfor det med rette kan forventes af lønmodtagerne at de midlertidigt skal kunne tåle væsentlige ændringer som ikke er påregnelige. Dette argument mister dog værdi efterhånden som vi bevæger os væk fra nedlukningen af samfundet i marts 2020. Som omtalt foreligger der et tyndt grundlag for at kunne definere situationen som ekstraordinær på nuværende tidspunkt.

Det kan konkluderes at det er svært at fastsætte rammen for, i hvilken udstrækning lønmodtageren skal tåle ændringer som er foretaget med hjemmel i Fælleserklæringen. Dog kan der argumenteres for, at ændringer der medfører at lønmodtageren skal foretage arbejdsopgaver uden for dennes overenskomstområde i de fleste tilfælde vil udgøre en væsentlig ændring, såfremt ændringen er sket med hjemmel i de seneste Fælleserklæringer. Dette fordi ændringen ikke findes at være påregnelig for lønmodtageren, ligesom det med tiden bliver tvivlsomt hvorvidt situationen kan kategoriseres som ekstraordinær i henhold til Fælleserklæringens eksistensgrundlag.

Begrænsninger

Ud fra ovenstående analyse kan der opstilles følgende rammer for fælleserklæringens udstrækning, på trods af dennes umiddelbare ubegrænsede sigte. Den første begrænsning kan findes gennem retspraksis, hvilket tilsiger at individuelle aftaler går forud for ændringer hjemlet i lønmodtagerens overenskomst. Det kan heraf udledes gennem en analogislutning, at aftaler udstedt af de overenskomstbærende parter ligeledes vil være begrænset af individuelle aftaler, herunder Fælleserklæringen.

Fælleserklæringen udspringer af at Covid-19 har medført ekstraordinære situationer på det danske arbejdsmarked. Der kan argumenteres for at når situationen løbende normaliseres, så vil der ske en tilsvarende begrænsning i arbejdsgiverens mulighed for at foretage særlig væsentlige stillingsændringer med hjemmel i fælleserklæringen. En anden begrænsning i Fælleserklæringens udstrækning kan findes i princippet om, at lønmodtageren normalt skal kunne tåle ændringer hjemlet i overenskomsten, idet ændringer foretaget af arbejdsgiver med hjemmel i en overenskomst er påregnelig for lønmodtageren. Dette princip findes ikke at bestå ved alle ændringer foretaget med hjemmel i Fælleserklæringen. Dette vedrører særligt de væsentlige ændringer, herunder de der medfører at en lønmodtager skal foretage arbejde som ligger helt uden for dennes overenskomst.

En problematik ved Fælleserklæringen kan være, hvorledes medlemmer af de overenskomstbærende organisationer har mulighed for at påklage væsentlige stillingsændringer foretaget med hjemmel i Fælleserklæringen. Eftersom lønmodtagerne har afgivet et mandat i forbindelse med at de er blevet medlem af den overenskomstbærende organisation, har disse som udgangspunkt ikke mulighed for at påklage ændringen fagretligt idet mandatet medfører, at lønmodtageren ikke individuelt kan rejse den fagretlige sag. Lønmodtageren vil eventuelt kunne forsøge at rejse en sag gennem fagforeningens interne klagesystem, hvis et

sådant eksisterer i den pågældende fagforening. Hvis medlemmet er funktionæransat, kan domstolene muligvis forholde sig til et brud på funktionærloven. Et brud kunne f.eks. være, hvis funktionæren mistede sin funktionærstatus som følge af ændringerne. Ved et sådant spørgsmål skal funktionæren dog være opmærksom på, om denne har opnået sin funktionærstatus gennem aftale, hvilket mange gør på det kommunale område. Er funktionærstatus opnået gennem aftale, vil funktionæren ikke kunne risikere at miste denne status gennem en vilkårsændring. Det er derfor kun i det tilfælde, hvor funktionærstatus er opnået gennem dennes arbejdsopgaver og ansættelse i øvrigt.

Ovenstående problematik eksisterer ikke for ikke-medlemmer, hvorefter de vil kunne udtage en stævning og gå via domstolen ved eventuelle tvister.

FORCE MAJEURE

Med sigtet på hvorledes Covid-19 generelt har haft en indvirkning på arbejdsgivers mulighed for at foretage vilkårsændringer er force majeure også et væsentligt perspektiv at inddrage. Force majeure har været meget omdiskuteret indenfor den almene kontraktret, såvel nationalt som internationalt, hvorfor det findes relevant at undersøge om retsgrundsætningen tillige finder anvendelse i dansk arbejdsret. Besvares dette bekræftende skal det vurderes, om retsgrundsætningen har en indvirkning på arbejdsgivers mulighed for at foretage ændringer i en lønmodtagers ansættelsesvilkår, herunder om varslingsreglerne i så fald kan undviges.

Force majeure er i den danske ordbog defineret som:

*"Uforudsigelig, udefrakommende begivenhed som forhindrer en i at opfylde en forpligtelse, og som derfor fritager vedkommende fra det juridiske ansvar - fx krigsudbrud eller naturkatastrofe."*⁵¹

Begrebet er oprindeligt fransk og betyder "større kraft" og beror på forudsætningen om, at man ikke er forpligtet til at præstere det umulige, eller med

⁵¹ Jf. <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=force%20majeure>.

andre ord, at man ikke er forpligtet ud over sine evner.⁵² Force majeure vedrører den situation, hvor en person som udgangspunkt vil ifalde et ansvar på baggrund af sine handlinger eller mangel på samme, men hvor princippet medfører at ansvaret bortfalder.

Force majeure i ansættelsesretten

Der findes ikke nogen generel regel om force majeure i ansættelsesretten, men princippet kan findes som kodificeret form under enkelte specifikke love på området. Som eksempel kan nævnes Ferielovens⁵³ § 9, stk. 3, hvor force majeure lignende tilstande giver arbejdsgiveren mulighed for ensidigt at ændre i tidligere fastsat ferie, helt op til en dag forinden dennes påbegyndelse. Betingelserne for at arbejdsgiveren kan gøre brug af Ferielovens § 9, stk. 3 er, at den indtrufne begivenhed er uden for arbejdsgiverens kontrol og er uforudsigelig, samt er nødvendig og skyldes væsentlige hensyn til virksomhedens drift.⁵⁴

Det bemærkes at obligationsrettens almindelige regler vedrørende force majeure, sammenholdt med ferielovens § 9, stk. 3 i store træk kan bruges analogt i ansættelsesretten. Dette begrundes for det første med at ferieloven vedrører ansættelsesretten, og for det andet at ferielovens bestemmelse i store træk ligner obligationsrettens grundsætning. I det formueretten finder anvendelse på arbejdsretten findes analogien umiddelbart berettiget.

Visse former for force majeure klausuler findes tillige kodificeret i enkelte kollektive overenskomster. De fleste af disse klausuler indebærer, at arbejdsgiveren kan hjemsende lønmodtageren uden varsel og uden løn, såfremt betingelserne i klausulen er opfyldt.⁵⁵ Dette har blandt andet konkret været tilfældet for rengøringsmedarbejdere under 3F, hvor organisationen sammen med Dansk Industri og

Dansk Erhverv i en aftale blev enige om, at Covid-19 situationen var force-majeure i overensstemmelse med Overenskomstens klausul §38, stk. 6.⁵⁶ Andre kollektive overenskomster kan indeholde force majeure bestemmelser som oplister eksempler på begivenheder, der anses for force majeure inden for overenskomstens specifikke brancheområde, f.eks. ved bestemte vejrforhold og materialemangel. At en specifik branche har aftalt at materialemangel er force majeure, vil i udgangspunktet være en udvidelse af det almindelige force majeure-begreb, som det er fastlagt i formueretten. Dette kan dog henlede til spørgsmålet, om force majeure kun kan påberåbes i ansættelsesforhold, såfremt et ansættelsesbevis eller en kollektiv overenskomst indeholder en klausul herom.

Dette spørgsmål blev afgjort i Faglig voldgiftskendelse af 10. marts 1976, hvor en virksomhed havde opsagt medarbejdere under påberåbelse af force majeure, men hvor hverken overenskomsten eller lønmodtagerens ansættelseskontrakt indeholdt nogen klausul herom. Sagen angik afskedigelse af medarbejdere grundet at det daværende fiskeriministerie havde udgivet en bekendtgørelse med maksimum fangst af sild. Da kvoten var opnået, var det ikke længere tilladt at lande sild i det pågældende område i knap to måneder, hvilket fik arbejdsgiveren til at afskedige sine medarbejdere.

Opmanden bemærker først, at de almindelige opsigelsesvarsler kunne fraviges af arbejdsgiveren i tilfælde hvor en begivenhed, hvis indtræden arbejdsgiveren ikke har indflydelse på og ikke kunne have taget i betragtning, nødvendiggør en hel eller delvis standsning af driften, og risikoen herfor ikke findes at burde bæres af arbejdsgiveren. I dette tilfælde var der tale om et myndighedsforbud i form af et fiskeristop. Opmanden anerkender derved, at situationen opfyldte betingelserne om force

⁵² Latinske maksime; Ultra posse nemo obligatur.

⁵³ Se lovbekendtgørelse 2021-02-12 nr. 230 om ferie.

⁵⁴ Jf. Karnovs LBKG. 2021-02-12 nr. 230 om ferie, note 52.

⁵⁵ Jf. Rygdahl Werming, m.fl.; *Coronavirus: Hvordan skal arbejdsgivere forholde sig?*, s. 2.

⁵⁶ Se <https://fagbladet3f.dk/artikel/rengoeringsansatte-kan-blive-midlertidig-opsagt>.

majeure. Det kan dog diskuteres hvorvidt arbejdsgiveren kunne have taget situationen i betragtning, idet arbejdsgiveren var bekendt med den udstedte bekendtgørelse, ligesom der givetvis kan argumenteres for, at hans kendskab til erhvervet vil gøre ham i stand til at estimere om kvoten ville nås.

Opmanden bemærker endvidere, at:

*"I den foreliggende overenskomst er ikke optaget nogen bestemmelse om, at de foreskrevne opsigelsesvarsler kan fraviges i tilfælde af force majeure. Der er imidlertid ikke [...] grundlag for at antage, at det herved har været tilsigtet at udelukke, at der kan ske opsigelse uden iagttagelse af det overenskomstmæssige varsel, såfremt almindelige retsgrundsætninger måtte tilsige dette, overensstemmende med, hvad der i praksis er antaget på andre overenskomstmråder uden force majeure klausul."*⁵⁷

Det bemærkes at opmanden konkluderer, at arbejdsgiveren kan påberåbe sig force majeure på trods af at hverken overenskomsten eller ansættelsesbeviset indeholdt en klausul herom. Opmanden lægger til grund, at en undladelse af en sådan klausul ikke kan tolkes som at parterne havde til hensigt, at det ikke skulle være muligt at påberåbe force majeure. Opmandens kendelse er et udtryk for at force majeure klausuler også finder anvendelse i ansættelsesforhold hvor en sådan bestemmelse ikke er indskrevet i lønmodtagerens overenskomst, samt at et myndighedsforbud kan udgøre en force majeure situation.

At arbejdsgiveren kan ophæve medarbejdernes ansættelses øjeblikkeligt med henvisning til force majeure på baggrund af et myndighedsforbud, blev ligeledes anerkendt i faglig voldgiftkendelse af 8. januar 1986, hvor en arbejdsgiver kunne ophæve sine medarbejderes ansættelsesforhold uden iagttagelse af deres varsel, da råvaremangel fandtes at opfylde betingelserne for force majeure.

⁵⁷ Se Faglig voldgiftkendelse af 10. marts 1976, s. 3.

⁵⁸ Se BS-19267/2020-KBH, s. 9.

Begge voldgiftskendelser fra henholdsvis 1976 og 1986 efterlader dog spørgsmålet, om force majeure ligeledes finder anvendelse i ansættelsesforhold, som ikke er underlagt en overenskomst.

Af nyere domme der har taget stilling til spørgsmålet kan nævnes BS-19267/2020-KBH og BS-27102/2020-KBH. Begge sager er i skrivende stund kun blevet afgjort i Byretten, og omhandler hvorvidt arbejdsgiverne kunne opsiges lønmodtagerne i forbindelse med nedlukningen af Danmark som følge af Covid-19, med henvisning til at der var tale om force majeure, således at der ikke bestod et krav på løn mv. i opsigelsesperioden.

I begge sager lægger sagsøger til grund, at force majeure ikke kan påberåbes, idet der ikke var en force majeure-klausul i ansættelseskontrakten, og at ansættelsesforholdene ikke var dækket af en overenskomst som indeholdt en sådan klausul.

Dommerne bemærker i BS-19267/2020-KBH, at:

*"Force majeure er en begivenhed, der er upåregnelig og uden for parternes kontrol, og som derved samtidig hindrer eller umuliggøre opfyldelsen af en aftale. Hvorvidt force majeure kan påberåbes i en given situation, beror på en konkret vurdering af aftalen og parternes konkrete forpligtelser"*⁵⁸

Retten finder herefter, at nedlukningen af Danmark i marts 2020 som følge af Covid-19 opfyldte betingelserne for force majeure i det konkrete tilfælde, og at arbejdsgiveren på baggrund af dette kunne afskedige lønmodtagerne uden sædvanligt opsigelsesvarsel og uden herved at ifalde erstatningsansvar.

Domstolen bemærker endvidere, at:

"Force majeure kan være udtrykkeligt reguleret i en kontrakt, men force majeure er også en del af baggrundsretten, hvilket betyder, at force majeure er en del af de udfyldende retsregler, der finder anven-

delse, hvis forholdet ikke er udtrykkeligt reguleret i en aftale.”⁵⁹

Det bemærkes, at Byretten i BS-27102/2020-KBH kommer frem til det præcist samme resultat, ud fra de samme betragtninger. Domstolene giver herved udtryk for, at en nedlukning af Danmark i marts 2020 på baggrund af Covid-19, var at kategorisere som en force majeure begivenhed. Resultaterne er overensstemmende med førnævnte voldgiftskendelser, der tillige anerkendte at et myndighedsforbud kan udgøre en force majeure-situation.

De ovennævnte domme afsagt i 2020 fastlægger endvidere, at force majeure er en almindelig retsgrundsætning der også finder anvendelse indenfor arbejdsretten, og at anvendelsen heraf ikke er afhængigt af, hvorvidt lønmodtagerens ansættelsesforhold er omfattet af en overenskomst. Det bliver yderligere fastslået, at force majeure ikke kan påberåbes med tilbagevirkende kraft.

Det bemærkes at sagsøger (lønmodtagersiden) i ovenstående byretsdomme, har søgt om andeninstansbevilling hos procesbevillingsnævnet. Dette kan medvirke til at skabe en usikkerhed om dommens præjudicielle værdi, idet der er en risiko for at Landsretten ændrer afgørelsen. Det forhold at dommene er blevet afsagt i byretten, er ligeledes en medvirkende faktor som taler mod dommenes præjudicielle værdi, i medfør af domstolshierakiet. Det skal tillige bemærkes, at domsresultatet foreligger særligt byrdefuldt for lønmodtagerne, idet de kommer til at bære risikoen, selvom de almindeligvis bliver betragtet som den svage part i ansættelsesforholdet.

Tidsmæssig udstrækning

Ovenstående domspraksis viser at force majeure kan finde anvendelse i dansk arbejdsret, på trods af at bestemmelsen ikke er skrevet ind i ansættelsesbeviset eller overenskomsten. Dette efterlader spørgsmålet om hvornår betingelserne for force

majeure ikke længere er til stede og hvilken konsekvens dette vil have for arbejdsgivers vilkårsændringer.

Som det fremgår ovenfor, så er force majeure en begivenhed der er upåregnelig og uden for parternes kontrol, og som samtidig hindrer eller umuliggøre opfyldelsen af aftalen. Der kan argumenteres for, at 'upåregneligheden' fra arbejdsgiverens side hurtigt forsvinder efter regeringens første nedlukning i marts 2020. Dette fordi, at det efter første nedlukning vil være påregneligt for arbejdsgiveren, at regeringen kan iværksætte en hel eller delvis nedlukning af landet, hvilket kan have en påvirkning på dennes arbejdsmåde. Det findes umiddelbart på dette grundlag, at der muligvis kunne opstå en ny 'upåregnelig' situation, såfremt Covid-19 ikke længere eksisterede og Danmark åbnede op, men en mutation af Covid-19 eller en ny sygdomspandemi medførte en ny nedlukning. Dette er dog stadig usikkert, da WHO blandt andet mener, at vi vil se flere lignende sygdomspandemier i fremtiden, hvorfor man kan argumentere for at det ikke længere vil være upåregneligt, uanset hvilken type sygdom der medfører at en pandemi opstår. Det vil således ikke være upåregneligt, at Covid-19 kan medføre restriktioner i form af en nedlukning på tværs af landet, efter den første nedlukningen i marts 2020.

Disse antagelser støttes af Jens Kristiansen. Ifølge ham kunne virksomhederne ikke i foråret 2020 have forudsæt følgerne af Corona-epidemien. Han anfører dog, at det blev en almindelig kendt risiko for virksomhederne senere.⁶⁰ Dette medfører naturligt, at man ved klarlæggelse af, om der er tale om force majeure vedrørende Covid-19, skal være særligt opmærksom på, på hvilket tidspunkt det bliver påberåbt. Han er dermed tillige af den overbevisning, at force majeure kun kunne påberåbes i et kort tidsrum i forbindelse med Covid-19, idet påregneligheden vil bortfalde.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Kristiansen, Jens; *Grundlæggende Arbejdsret*, s. 375.

Jens Kristiansen er dog modsat de ovenfor nævnte afgørelser fra Københavns byret af den opfattelse, at det ikke er muligt for arbejdsgiveren at hjemsende eller opsigse lønmodtagere uden løn ved påberåbelse af force majeure, såfremt ansættelsen ikke er omfattet af en force majeure-bestemmelse.⁶¹ Dette må anses som et udtryk for, at han ikke mener at force majeure er en del af baggrundsretten i ansættelsesretlig forstand i dansk ret. Med aftale- og obligationsrettens indvirkning på ansættelsesretten, som blandt andet anført tidligere sammenholdt med ovenstående domspraksis, virker dette postulat ubegrundet og som en fravigelse af den almindelige anvendelse af formueretlige principper, som ansættelsesretten må konstateres at tilhøre.

Det kan derfor konkluderes, at force majeure for nuværende anses som en del af baggrundsretten i ansættelsesforhold. Dette betyder også, at de generelle betingelser om 1) en umulighed, på baggrund af en 2) ekstraordinær omstændighed 3) der ikke kunne forudses, skal være opfyldt. Det eneste tidspunkt hvor betingelserne umiddelbart ikke behøves at være opfyldt er, hvis overenskomsten indeholder en force majeure-klausul der kvalificerer det specifikke forhold eller situationen som force majeure. Som tidligere anført er det dog tillige en del af force majeure at konkludere hvem der er nærmest til at bære ansvaret. Det kan angribes hvorledes det synes rimeligt at lønmodtagere i et ansættelsesforhold vil være nærmest til at bære risikoen herfor, som det for nuværende er konkluderet i praksis. Lønmodtageren må antages at være den absolut svageste part i forholdet. Der kan dermed sættes spørgsmålstegn ved hvorfor dette ikke er blevet behandlet og ej heller fremført mere af sagsøger i de ovenfor nævnte Byrets domme fra 2020.

Covid-19 kunne være force majeure

Hvad angår Covid-19 er det fastslået, at dette eller følgerne heraf kan kvalificeres som force majeure. Det bemærkes dog, at der ifølge Jens Kristiansen for

nuværende ikke findes nogle kollektive overenskomster der indeholder eksempelvis "sygdomspan-demi" som et eksempel på force majeure.⁶² Dette medfører at man til stadighed i et hvert tilfælde inden for ansættelsesretten skal ind og vurdere betingelserne, for at konkludere om force majeure finder anvendelse på det enkelte ansættelsesforhold.

Det bemærkes, at force majeure ikke direkte udvider eller indskrænker arbejdsgiverens mulighed for at foretage ændringer, idet force majeure ikke i sig selv lovliggør en uberettiget ændring, ligesom det ej heller har betydning for væsentlighedsvurderingen. Dog kan der argumenteres for at force majeure indirekte har betydning for muligheden for at foretage (væsentlige) ændringer uden at skulle iagttage lønmodtagerens varsel, idet korrekt påberåbelse af force majeure medfører at arbejdsgiveren ikke kan ifalde et kontraktretligt ansvar.

KONKLUSION

Hvorledes en væsentlig ændring skal varsles med lønmodtagerens individuelle opsigelsesvarsel, vil i mange tilfælde bero på en konkret vurdering af ændringen, sammenholdt med lønmodtagerens og ansættelsesforholdets konkrete omstændigheder. Hvis ændringen anses som væsentlig, kan arbejdsgiveren ikke med hjemmel i dennes ledelsesret påtvinge ændringen uden at skulle iagttage lønmodtagerens individuelle opsigelsesvarsel, idet væsentlige ændringer betragtes som en opsigelse af lønmodtagerens stilling, med tilbud om genansættelse på nye vilkår.

Når det skal vurderes hvorvidt en ændring kan kvalificeres som værende væsentlig, skal der lægges vægt på en række forhold. Ændringer i individuelt aftalte vilkår eller forudsætninger vil altid vil være en væsentlig ændring. Derudover kan det konkluderes at en lønmodtager generelt skal tåle mere, såfremt ændringen er af midlertidig karakter.

⁶¹ Ibid., s. 375-376.

⁶² Ibid.

Fælleserklæringen

Covid-19 medførte at store dele af Danmark lukkede ned i marts 2020. Dette afstedkom et behov for at lønmodtagerne udviste en mere fleksibel arbejdskraft. Denne fleksibilitet blev for offentlige ansatte hjemlet i Fælleserklæringen indgået mellem KL og Forhandlingsfællesskabet. En ordlydsfortolning af denne erklæring giver arbejdsgiveren en ubegrænset ret til at foretage væsentlige ændringer i lønmodtagerens ansættelsesvilkår, hvortil der ikke er krav om iagttagelse af lønmodtagerens individuelle opsigelsesvarsel forinden implementering. Det er ud fra de vurderingspunkter der er fremlagt konkluderet, at nogle af de ændringer der hjemles adgang til gennem Fælleserklæringen, som udgangspunkt vil være væsentlige ændringer.

Fælleserklæringen er som udgangspunkt begrænset af individuelle aftaler indgået mellem lønmodtageren og arbejdsgiveren, idet retspraksis har vist hvorledes disse aftaler går forud for bl.a. ændringer foretaget med hjemmel i lønmodtagerens overenskomst. Dette medfører, at en arbejdsgiver som udgangspunkt ikke med hjemmel i fælleserklæringen, straks kan iværksætte ændringer der strider mod den individuelle aftale. Her skal varslet i forhold til væsentlige ændringer stadig iagttages.

Hvorledes lønmodtageren skal tåle ændringer i dennes vilkår, som ikke strider mod en individuel aftale, skal i forhold til Fælleserklæringen sammenholdes med om ændringerne var påregnelige for lønmodtageren. Ud fra domstolenes argumentation om påregnelighed ved ændringer foretaget med hjemmel i lønmodtagerens overenskomst, virker det tvivlsomt at udstrække denne påregnelighed til at gælde for ændringer som bevirker, at lønmodtageren skal foretage arbejde der ligger uden for dennes overenskomst.

Fælleserklæringen finder umiddelbart sin berettigelse i, at Covid-19 ifølge erklæringens ordlyd, har medført en ekstraordinær situation. Ud fra den almindelige forståelse af en 'ekstraordinær situation', synes regeringens restriktioner at have medført en sådan situation, og at denne tillige har bestået ved

erklæringens forlængelser om end hver forlængelse har svækket argumentet.

Ved at sammenholde begreberne 'påregnelighed' og 'ekstraordinær situation', kan det sammenfattede konkluderes at lønmodtagere der er underlagt Fælleserklæringen med stor sandsynlighed ikke skal kunne tåle alle former for ændringer i deres ansættelsesvilkår. Dette gælder især for ændringer der ligger uden for lønmodtagerens overenskomst, og som gennemføres med hjemmel i de seneste forlængelser af Fælleserklæringen. Det antages at lignende paralleller kan drages til andre offentlige ansatte som er underlagt tilsvarende erklæringer, opstået på baggrund af Covid-19.

Force majeure

Ansættelsesforhold der ikke er omfattet af en overenskomst har ikke på samme måde oplevet, at arbejdsgiveren på baggrund af Covid-19 direkte har fået udvidet sine muligheder for at foretage ændringer i lønmodtagernes ansættelsesvilkår. På det uorganiserede område har man derimod for første gang set force majeure anerkendt som grundlag for afskedigelse, på grund af en sygdomspandemi.

Der er endnu ikke forelagt nogle sager vedrørende påberåbelse af force majeure i forbindelse med vilkårsændringer. Det antages, at såfremt de fremhævede afgørelser fra Københavns byret bliver stadfæstet i højere instans, så vil force majeure umiddelbart tillige kunne påberåbes ved vilkårsændringer med den virkning, at lønmodtageren mister eventuelle retskrav mod arbejdsgiveren. Det bemærkes dog, at dette kun kan gøres i et meget kort tidsrum, efter force majeure tilstanden er indtrådt. Dette medfører, at force majeure i skrivende stund ikke med rette kan påberåbes, da betingelserne herfor ikke længere er til stede.

VÆSENTLIGE STILLINGSÆNDRINGER I FREMTIDEN

Under covid-19 har lønmodtager- og arbejds-giverorganisationerne iværksat tiltag der har udvidet råderummet for i hvilket omfang arbejdsgiveren kan foretage ændringer i lønmodtagerens ansættelses-

forhold, herunder væsentlige ændringer, uden at skulle iagttage varslingsreglerne. Retspraksis har endnu ikke haft mulighed for at afgøre grænserne for, hvilke vilkårsændringer de faglige organisationer kan give arbejdsgiveren hjemmel til at foretage. Ud fra opgavens analyse konkluderes det, at der umiddelbart er en grænse for, hvad de faglige organisationer med rette kan hjemle til, herunder især arbejdsopgaver der ligger helt ud over lønmodtagerens fagområde.

Det antages dog, at såfremt Arbejdsretten eller en domstol i øvrigt måtte finde frem til at de faglige organisationer via Fælleserklæringen, har rette hjemmel til at foretage sådanne ændringer uden at iagttage varslingsreglerne, så kan en blåstempling af Fælleserklæringen åbne op for, at de faglige organisationer ved fremtidige situationer på lignende måde ubegrænset kan foretage ændringer i lønmodtagerens ansættelsesvilkår, og dermed kan unddrage sig varslingsreglerne.

På nuværende tidspunkt virker det umiddelbart til, at organisationerne på vegne af deres medlemmer og ikke-medlemmer kan hjemle alle typer af vilkårsændringer, uden at de vil blive kategoriseret som væsentlige, og uden at der vil være krav om iagttagelse af varslingsreglerne. En sådan retsstilling vil bevirke at en lønmodtager ikke har mulighed for at støtte ret på de typeforudsætninger der er forbundet med dennes stilling, ligesom det generelt vil stille lønmodtagerne i upåregnelige situationer i forbindelse med deres ansættelse.

Problematikker efter Fælleserklæringens udløb

Det antages at konsekvenserne og eventuelle utilfredsheder ved ændringer foretaget med hjemmel i Fælleserklæringen, først vil være at se på det tidspunkt hvor Fælleserklæringen og dertilhørende lokalaftaler udløber. Et spørgsmål som kan opstå i denne forbindelse er, hvem der har ansvaret for at vilkårene for ansættelsen vender tilbage til normalen efter erklæringens ophør, og dertil om der i fremtiden vil kunne statueres retsfortabende eller retsstiftende passivitet for enten lønmodtager eller arbejdsgiver, såfremt ændringer foretaget med

hjemmel i Fælleserklæringen ikke er vendt tilbage til de oprindelige vilkår.

Hvad angår ansvaret for at vilkårene vender tilbage til normalen kan der argumenteres for, at ændringerne skal iværksættes på arbejdsgiverens initiativ, eftersom det er arbejdsgiveren der har beføjelse til at fordele og lede arbejdet via dennes ledelsesret. Det vil derfor i den henseende være mest nærliggende at ansvaret ligger hos denne. Der kan modsat argumenteres for, at såfremt lønmodtageren er vidende om, at ændringen er midlertidig og udløber samtidig med erklæringen og dertilhørende lokalaftaler, så har denne en positiv viden der kan medføre at denne også har pligt til at reagere overfor arbejdsgiveren, dette eventuelt i medfør af lønmodtagerens loyalitetspligt. Det antages umiddelbart at de fleste lønmodtagere der er omfattet af Fælleserklæringen, er i besiddelse af en sådan viden. Dette blandt andet fordi, at arbejdsgiveren har skulle meddele lønmodtageren om grundlaget for den pågældende ændring. Hertil kommer dog betragtningen af, at en lønmodtager i langt de fleste tilfælde befinder sig i en underlegenhedssituation, hvorfor denne kan være tilbageholdende med at gøre noget aktivt. Dette bør dog umiddelbart ikke fjerne ansvaret helt fra lønmodtageren.

Det vurderes derfor, at det primære ansvar for at ansættelsen vender tilbage til sine oprindelige vilkår påhviler arbejdsgiveren. Dog må hver enkelt situation skulle tages i betragtning og det kan umiddelbart ikke udelukkes, at lønmodtageren tillige vil have vist ansvar. Det kan eksempelvis være i det tilfælde, hvor lønmodtageren har en ledende stilling, eller hvis konkrete samtaler mellem parterne giver anledning til, at lønmodtageren har et sådant ansvar.

Det bemærkes at lønmodtagere omfattet af funktionærloven normalt skal reklamere straks, for ikke at miste lovens beskyttelse, såfremt dennes funktionærstatus er opnået direkte i kraft af loven og ikke ved konkret aftale. Reklamerer funktionæren ikke over ændringerne, vil den manglende reklamation blive anset som en accept af det ændrede

stillingsindhold. Dette viser, at funktionæransatte har et skærpet ansvar i forbindelse med ændringer foretaget i dennes ansættelsesvilkår. Dette skærpede ansvar vurderes at træde i kraft ved ophøret af Fælleserklæringen og dertilhørende lokalaftaler. Det vurderes dog at være urimeligt byrdefuldt at forvente, at dette skærpede ansvar i sin fulde udstrækning ville kunne anvendes i forbindelse med ændringer der fortsætter efter Fælleserklæringens ophør, idet der foreligger helt særlige omstændigheder, hvor særligt de gentagne forlængelser af Fælleserklæringen skal tages i betragtning.

Når der foreligger et ansvar for, at få vilkårene tilbage til normalen bør det umiddelbart også være muligt på sigt, at statuere passivitet. De almindelige obligationsretlige grundsætninger om passivitet vil umiddelbart medføre, at begge parter som udgangspunkt kan blive bundet af enten retsstiftende eller retsfortabende passivitet. Det faktum at lønmodtageren befinder sig en underlegenheds-situation sammenholdt med at det er arbejdsgiver der har ledelsesbeføjelser bør være et udtryk for, at der skal længere tid til, før at der kan statures passivitet fra lønmodtageren. Altså bør en lønmodtager som den svage part have en længere reklamations-tid forinden denne bliver bundet af passivitet.

Konsekvensen ved force majeure

Hvad angår force majeure er det fremført at denne retsgrundsætning på baggrund af to nyere byretsdomme, anses som værende en del af baggrundsretten i dansk arbejdsret. Blandt andet på baggrund af sondringen om hvorvidt lønmodtager vil være den nærmeste til at bære ansvaret ved påberåbelse af force majeure, er der en vis sandsynlighed for at disse domme vil få et andet resultat i en højere instans. Herved opstår spørgsmålet om hvilken betydning dette vil have. Såfremt en højere instans måtte komme frem til at force majeure ikke kunne påberåbes i forbindelse med Covid-19, på grund af manglende klausul herom i ansættelseskontrakt eller overenskomst eller fordi lønmodtageren ikke bør være den nærmeste til at bære ansvaret, kan det give anledning til at 'sygdomspandemi' for fremtiden vil blive inddraget i større omfang i overens-

komster. Eftersom denne sygdomspandemi har skabt besvær inden for arbejdsmarkedet, vil det virke nærliggende at antage, at nogle områder som eksempelvis restaurationsbranchen, ville kunne se en fordel i for fremtiden at opliste 'sygdomspandemi' som en force majeure begivenhed i overenskomsten.

FORFATTERLISTE



ANDERS ETGEN REITZ
PARTNER, ADVOKAT (L)

Anders er partner hos IUNO og er anerkendt som en af Danmarks førende advokater i ansættelsesret. Han rådgiver ledende multinationale virksomheder med at drive forretning i Norden og hele verden.

Anders holder ofte foredrag i Danmark og udlandet. Han har skrevet en række bøger om international HR-jura, og han har mange års erfaring med at rådgive store danske og udenlandske virksomheder.



KIRSTEN ASTRUP
ADVOKATFULDMÆGTIG

Kirsten er fuldmægtig hos IUNO og assisterer i en bred vifte af HR-jura sager. Hun er specialiseret inden for ansættelsesret, internationale problemstillinger og databeskyttelse.



ANNE LOUISE WULFF
PARTNER, ADVOKAT (L)

Anne Louise Wulff er partner og advokat hos SJ Law. Anne Louise har arbejdet med arbejds- og ansættelsesret siden 2003 og har sen meget alsidig erfaring inden for sit felt.

Anne Louise arbejder særligt med individuel og kollektiv arbejdsret og rådgiver organisationer, virksomheder, direktører og andre ledende medarbejdere om alle aspekter inden for det ansættelsesretlige område. Hun arbejder med både private og offentlige klienter og har stor erfaring med at håndtere forvaltningsretlige problemstillinger såvel som GDPR.

Anne Louise har også været arbejdsgiver- og overenskomstchef og har stor erfaring som forhandler og sparringspartner ved kollektive overenskomstforhandlinger. Hun er uddannet mediator og fører principielle sager både ved de civile domstole og det fagretlige system.



CLAUDIA SOFIA
KOUTSONIKOLAS
ADVOKATFULDMÆGTIG

Claudia er advokatfuldmægtig hos SJ Law, og hun har beskæftiget sig med arbejds- og ansættelsesret siden 2017. Hun har erfaring både med individuel og kollektiv arbejdsret såvel som med arbejdsmiljølovgivning og persondata. Claudia rådgiver både private og offentlige klienter og har en del procedureerfaring.



DAVID BAR-SHALOM
SENIORADVOKAT

David Bar-Shalom er senioradvokat hos HORTEN.

David rådgiver offentlige myndigheder og organisationer samt danske og internationale virksomheder om alle aspekter indenfor arbejds- og ansættelsesretten.

David har erfaringer fra arbejdsgiverorganisationer HORESTA og Ko-operationen.

David er underviser i faget civilprocesret på Københavns Universitet. David har desuden været dommerfuldmægtig ved byret og Højesteret.



SØREN OLE NIELSEN
PARTNER, ADVOKAT (L)

Søren Ole Nielsen er partner hos Dahl Advokatpartnerselskab. Søren er specialist i rådgivning inden for individuel og kollektiv arbejdsret, primært som rådgiver for arbejdsgivere. Han beskæftiger sig med alle ansættelsesretlige aspekter som f.eks. ansættelseskontrakter, direktørkontrakter, konkurrence- og kundeklausuler, ligebehandling, handicap, opsigelser, bortvisninger, fratrædelsesaftaler og masseafskedigelser.

Han fører sager ved de ordinære domstole og ved de fagretlige organer som Arbejdsretten, Faglig Voldgift, Afskedigelsesnævnet og Ledernævnet om opsigelser og bortvisninger, om ligebehandling og forskelsbehandling samt om overtrædelser af konkurrenceklausuler og markedsføringsloven.

Søren er en erfaren foredragsholder og har afviklet en række kurser om arbejdsretlige emner for virksomheder.



LAURA LUNDT
STUD.JUR.

Laura Lundt er stud.jur hos Dahl Advokatpartnerselskab.



CATRINE SØNDERGAARD
BYRNE
PARTNER, ADVOKAT (L)

Catrine Søndergaard Byrne er advokat og partner hos Labora Legal.

Hun har via sine ansættelser i organisationer og advokatkontorer, herunder et internationalt advokatfirma, erhvervet sig en specialiseret viden om arbejds-/ansættelsesret og persondata. Hun er en værdsat rådgiver og sparringspartner, og er ranket i internationale legal directories. I 2013 opnåede hun som en af de første advokater den internationale certificering i europæisk persondataret (CIPP/E) ved IAPP (International Association of Privacy Professionals).

Catrine har via forlaget Andersen bl.a. udgivet håndbogen "Persondata i HR", og hun underviser blandt andet for DJØF, DanskIT og CfL, samt er medstifter af tænkehandletanken Dataethics.eu.



STEFAN HÜHNE
CAND.JUR.

Stefan Hühne er fuldmægtig i Københavns Kommune i afdelingen for Personalejura og Forhandling. Stefan har på universitet specialiseret sig i forskellige ansættelsesretlige fag, og har både på bacheloren samt kandidaten skrevet om ansættelsesret.

De sidste år på studiet tilbragte Stefan i sin opstartsvirksomhed Jur Nordica ApS, og har herigennem udviklet juridisk software til blandt andet Forbrugerrådet Tænk. Stefan har sideløbende deltaget i Syddansk Universitets Talent programme in Entrepreneurship.



SARAH CHRISTOFFERSEN
CAND.JUR.

Sarah Christoffersen er jurist hos SDU RIO i deres legal services og arbejder blandt andet med samarbejds- og forskningskontrakter.

På universitetet har Sarah haft fokus på ansættelsesretlige og kontraktsretlige fag, og har skrevet både bachelor og kandidatafhandling i ansættelsesret. Siden første semester af kandidaten har Sarah ved siden af studiet haft en legal-tech startup, Jur Nordica ApS, i samarbejde med en studiekammerat. Jur Nordica ApS har blandt andet indgået et samarbejde med Forbrugerrådet Tænk.



TAL MINDRE.

Komplekse problemstillinger har det med at skabe flere spørgsmål end svar. Vi gennemskuer kompleksiteten, så du kommer direkte til sagens kerne. Uden for meget snak.

Find din advokat på www.horten.dk

HORTEN