

17. NUMMER / SOMMER 2022



- 9 **ARBEJDSRETlige PARADOKSER**  
JENS PAULSEN
- 18 **ARBEJDSRETlig IDENTITET OG OMGÅELSE**  
JEPPE WAHL-BRINK OG MADS BUUR HEISEL
- 32 **ER DER SKET EN PRAKSISÆNDRING I  
FORHOLD TIL VIRKSOMHEDS-  
OVERDRAGELSESLØVEN?**  
LISE LAURIDSEN, MORTEN ULRICH OG  
SANDRO RATKOVIC
- 36 **UNDERBETALING AF DE UORGANISEREDE  
LØNMOTAGERE - DEN INDIVIDUELLE  
RETSSTILLING I OVERENSKOMSTFORHOLD  
OG DET DANSKE BODSSYSTEM**  
ANTON KRAEV OG LOUISE CHRISTENSEN
- 52 **YTRINGSFRIHEDEN GÆLDER DA FOR ALLE**  
BYRIAL RASTAD BJØRST
- 60 **DEKORUMKRAV I ANSÆTTELSESRETTE**  
CLAUS GULDAGER OG MIKAEL MARSTAL
- 67 **DIREKTØRERS ANSÆTTELSESRETlige  
STILLING I LYSET AF EU-RETTE**  
JONAS BLEGVAD JENSEN OG SOFIE  
BISGAARD MARNER
- 75 **DE NYE BARSLSREGLER**  
SØREN NARV PEDERSEN OG PIA  
SKOVGAARD HANSEN

ISSN: 2245-3989

HR JURA V/ANTON KRAEV  
BRØNDÆBLEVEJ 24  
2500 VALBY

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.

## HR JURA MAGASINET

HR JURA Magasinet udsendes til hovedparten af advokater og advokatfuldmægtige med speciale i ansættelses- og arbejdsret. Magasinet tilgår derudover Beskæftigelsesministeriet og de enkelte styrelser, Folketingets beskæftigelsesudvalg, domstole, arbejdsgiverorganisationer og lønmodtagerorganisationer mv.

Magasinets onlineudgave kan tilgås på [www.hrjura.in](http://www.hrjura.in).

## REDAKTION OG LAYOUT



ANTON KRAEV  
ANSVARSHAVENDE REDAKTØR

TELEFON: +45 31181138  
E-MAIL: [ANTON.KRAEV@HRJURA.IN](mailto:ANTON.KRAEV@HRJURA.IN)

HR JURA MAGASINET  
17. NUMMER / SOMMER 2022

## OPLAG

1.500

## ISSN

2245-3989

## HR JURA V/ANTON KRAEV

BRØNDÆBLEVEJ 24  
2500 VALBY

CVR.NR. 34379866

WEB: [HRJURA.IN](http://HRJURA.IN)

E-MAIL: [CONTACT@HRJURA.IN](mailto:CONTACT@HRJURA.IN)

## TRYK

JØRN THOMSEN ELBO A/S  
JTO.DK / +45 76376000 / [JTO@JTIO.DK](mailto:JTO@JTIO.DK)



# Hello future. We're all ears

We believe the best way to inspire change in the way our clients face the future is to keep exploring what will shape the business of tomorrow.

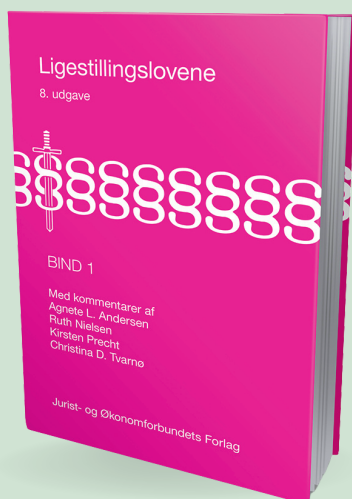
When the world changes, so do regulations.  
Find your legal advisor at [horten.dk](https://horten.dk)



**HORTEN**

Find a way

Gør din arbejdsgang mere effektiv med den rette juridiske litteratur



10% på første års online abonnement på [jurabibliotek.dk](http://jurabibliotek.dk) med koden:

HRJURA



Djof Forlag

# 10 ÅR MED ET NYT ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRETTLIGT TIDSSKRIFT

Ansættelses- og arbejdsret er en helt særlig disciplin indenfor den juridiske videnskab, og det nye magasin, som udkom første gang i 2012, havde til formål at give området det tidsskrift, det fortjener, og derigennem formidle viden og inspirere til faglige diskussioner.

Rigtig mange tog positivt imod opfordringen til at bidrage med en artikel. Jeg vil hermed bringe en stor tak til alle forfattere gennem årene. En særs kilt tak retter jeg til Henrik Karl Nielsen, der som den første i advokatstanden var frisk på at bidrage med en artikel til et tidsskrift, som en dengang helt tilfældig studerende fra CBS kun havde på tegnebrættet.

Endelig vil jeg gerne takke Jonas Enkegaard og HORTEN, som igennem alle 10 år har været fast annoncør i magasinet og dermed støttet udgivelsen af et tidsskrift, som udgives uden indtægt for øje.

Det har ikke altid været lige nemt at udgive et tidsskrift som en énmandshær. Undervejs skulle jeg igennem flere bitre - og til tider resultatløse - forsøg på at tilegne mig nye kundskaber og færdigheder såsom redaktion, grafisk opsætning, webdesign og nu også tryk.

Det er derfor en fornøjelse at se, at tidsskriftet er blevet til et væsentligt bidrag til retslitteraturen indenfor ansættelses- og arbejdsret og tilgrænsende områder, og at artiklerne har kvalitet til at stå distancen akademisk og samtidig kan omsættes til konkrete forandringer i praksis.

Jeg håber og tror, at artiklerne i HR JURA Magasinet inspirerer såvel praktikere som akademikere til at dykke dybere ned i de enkelte emner og arbejde med nye og aktuelle problemstillinger.

God læselyst!

Anton Kraev

ANTON KRAEV  
ANSVARSHAVENDE REDAKTØR  
HR JURA MAGASINET



# INDHOLDSFORTEGNELSE

5 FORORD

9 ARBEJDSRETLIGE PARADOKSER



JENS PAULSEN  
PARTNER, ADVOKAT (H)  
DAHL ADVOKATPARTNERSELSKAB

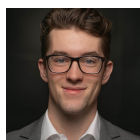
“ Artiklen er debatterende, og ingen bliver arbejdsretlig klogere af at læse artiklen. Fortsætter du alligevel læsningen, er det mit håb, at artiklen sætter nogle tanker i gang, og forhåbentlig har jeg formuleret mig tilstrækkeligt provokerende til at få fagpolitisk modspil i debatten, uden at nogen – hverken enkeltpersoner eller organisationer – føler sig hængt ud. Det har på ingen måde været hensigten.

I artiklen reflekteres over, hvad jeg mener kan opfattes som arbejdsretlige paradokser, men som andre bestemt kan have en anden opfattelse af. Artiklens afsnit vil på denne baggrund blive indledt med et subjektivt postulat.

18 ARBEJDSRETLIG IDENTITET OG OMGÅELSE



JEPPE WAHL-BRINK  
TEAMCHEF, ADVOKAT (H)  
FAGBEVÆGELSENS  
HOVEDORGANISATION



MADS BUUR HEISEL  
ADVOKATFULDMÆGTIG  
FAGBEVÆGELSENS  
HOVEDORGANISATION

32 ER DER SKET EN PRAKSISÆNDRING I FORHOLD TIL VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSESLOVEN?



LISE LAURIDSEN  
PARTNER, ADVOKAT (H)  
BECH-BRUUN



MORTEN ULRICH  
PARTNER, ADVOKAT (H)  
BECH-BRUUN



SANDRO RATKOVIC  
PARTNER, ADVOKAT (L)  
BECH-BRUUN

36

## UNDERBETALING AF DE UORGANISEREDE LØNMODTAGERE - DEN INDIVIDUELLE RETSSTILLING I OVERENSKOMSTFORHOLD OG DET DANSKE BODSSYSTEM



ANTON KRAEV  
ADVOKAT (L),  
ANSÆTTELSESRETSCHEF  
DANSK EHRVERV



LOUISE CHRISTENSEN  
ADVOKAT  
DANSK EHRVERV

52

## YTRINGSFRIHEDEN GÆLDER DA FOR ALLE



BYRIAL RASTAD BJØRST  
FAGLIG SEKRETÆR, ADVOKAT (L), PH.D.  
TEKNISK LANDSFORBUND

60

## DEKORUMKRAV I ANSÆTTELSESRETEN



CLAUS GULDAGER  
PARTNER, ADVOKAT (H)  
ANDERSEN PARTNERS



MIKAEL MARSTAL  
ADVOKAT (H)  
ANDERSEN PARTNERS

67

## DIREKTØRERS ANSÆTTELSESRETTLIGE STILLING I LYSET AF EU-RETEN



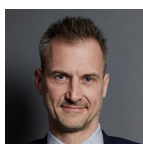
JONAS BLEGVAD JENSEN  
PARTNER, ADVOKAT  
POUL SCHMITH/  
KAMMERADVOKATEN



SOFIE BISGAARD MARNER  
MANAGER, ADVOKAT  
POUL SCHMITH/  
KAMMERADVOKATEN

75

## DE NYE BARSELSREGLER



SØREN NARV PEDERSEN  
PARTNER, ADVOKAT (H)  
BIRD & BIRD



PIA SKOVGAARD HANSEN  
ADVOKAT  
BIRD & BIRD

82

## SENESTE UDGIVELSER



FÅ KLAR OG FORSTÅELIG  
RÅDGIVNING INDEN  
FOR ALLE ASPEKTER AF  
ABEJDS- OG  
ANSÆTTELSESRETTE  
HOS LUND ELMER  
SANDAGER

**LÆS MERE PÅ LES.DK**

# ARBEJDSRETLIGE PARADOKSER

## Refleksioner over EU-arbejdsret i forhold til den danske model, ledelsesret og ledelsespligt samt spøjse eller overraskende konsekvenser af den arbejdsretlige regulering – det løse.



JENS PAULSEN  
PARTNER, ADVOKAT (H)  
DAHL ADVOKATPARTNERSELSKAB

Artiklen er debatterende, og ingen bliver arbejdsretlig klogere af at læse artiklen. Fortsætter du alligevel læsningen, er det mit håb, at artiklen sætter nogle tanker i gang, og forhåbentlig har jeg formuleret mig tilstrækkeligt provokerende til at få fagpolitisk modspil i debatten, uden at nogen – hverken enkeltpersoner eller organisationer – føler sig hængt ud. Det har på ingen måde været hensigten.

I artiklen reflekteres over, hvad jeg mener kan opfattes som arbejdsretlige paradokser, men som andre bestemt kan have en anden opfattelse af. Artiklens afsnit vil på denne baggrund blive indledt med et subjektivt postulat.

### 1. DEN DANSKE MODEL VARETAGER IKKE ALLE LØNMOTAGERES OG ARBEJDSGIVERES INTERESSER

#### 1.1. HVIS INTERESSER VARETAGER DEN DANSKE MODEL?

Det ypperste, eller formålet med indgåelsen af septemberforliget i 1899, efterfølgende suppleret i 1908 med *Norm for regler for behandling af faglig strid* – populært benævnt *Normen* – var, at faglig strid skulle tilstræbes løst, uden at arbejdet blev nedlagt, medmindre der forelå en betalingsmisligholdelsessituation eller den enkelte lønmodtagers liv, ære eller velfærd var truet. Sådan er det stadig. På den baggrund kan der, uanset (parti)politiske tilhørsforhold, kun have sympati for *den danske model*. Man kan dog have en opfattelse af, at modernisering eller tilpasning af den danske model er sket med knallert-45-hastighed – i hvert fald i forhold til den motorvejshastighed, hvormed der produceres EU-forordninger og EU-direktiver på det EU-arbejdsretlige område.

Beskytter den danske model de enkelte lønmodtagere og de enkelte arbejdsgivere, eller støtter den primært hovedorganisationerne på begge sider af arbejdsmarkedet?

Svaret er i sit udgangspunkt (og sikkert provokerende) utvivlsomt: Den danske model varetager hovedorganisationernes interesser, og der har – uanset farven på skiftende regeringer og med forskellig intensitet – været tale om, at store dele af den arbejdsretlige lovgivning har set dagens lys via trepartsforhandlinger mellem hovedorganisationerne og den til enhver tid siddende regering. Det var også tilfældet under covid-19-nedlukningen. Kendetegnende for de aftaler, der blev indgået under disse trepartsforhandlinger, har i årtier været, at den regulering af arbejdsmarkedet, der fandt sted via trepartsforhandlingerne, ved førstkommande overenskomstfornyelse blev indarbejdet i de kollektive overenskomster, samtidig med at der blev gennemført lovgivning, således at ikke-overenskomstdækkede virksomheder blev omfattet af samme regelsæt, men via lovgivning.

De seneste 20-30 år er det kun en mindre del af den arbejdsretlige regulering, der er sket, uden at dette har været baseret på EU-retlige tiltag. Eksempler på ikke – i hvert fald direkte – EU-arbejdsretligt baserede tiltag er bl.a. 1) arbejdsmarkedspension, 2) den 6. ferieuge i form af 5 feriefri dage, 3) fritvalgsordningen, 4) fratrædelsesgodtgørelser for ikke-

funktionærer. Stort set alle andre arbejdsretlige tiltag er sket på baggrund af særligt EU-direktiver.

## 1.2. DEN DANSKE MODELS KOLLEKTIVITETS-BESKYTTELSE KTR. EU-ARBEJDSRETTENS OG MENNESKERETTIGHEDSKONVENTIONENS INDIVIDBESKYTTELSE - LOVBASERET MINDSTELØN?

Det bør kunne lægges til grund som et faktum, at hvor den danske model beskytter *kollektiviteten* frem for det enkelte individ/den enkelte person/lønmodtageren/arbejdsgiveren, har EU-arbejdsretten primært fokus på *individbeskyttelsen* - forholdet mellem den enkelte lønmodtager og arbejdsgiveren. Det kan man have såvel partipolitiske som fagpolitiske holdninger til - og det har mange.

I oktober 2020 udarbejdede Europa-Kommissionen forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om passende mindstelønninger i Den Europæiske Union. Dette direktivforslag har efterfølgende givet anledning til dels juridiske responsa, dels partipolitiske og fagpolitiske kommentarer i forhold til EU's kompetence til via direktiver at pålægge de enkelte EU-medlemslande at indføre regler om passende mindstelønninger. Bl.a. har Beskæftigelsesministeriet den 23. november 2020 offentliggjort et grund- og nærhedsnotat. I notatet anføres i afsnit 7 bl.a.: *På det foreliggende grundlag vurderes forslaget potentielt at kunne få konsekvenser for den danske arbejdsmarkedsmodel på trods af forsikringer fra Kommissionen om det modsatte. Rækkevidden er fortsat uklar og vil afhænge af direktivets endelige udformning.*

Direktivforslaget har været i høring, og høringsresuméer fremgår af notatets afsnit 8. Stort set alle høringsvarene anfører, at der ikke er hjemmel til for EU-Kommissionen at gribe ind i lønfastsættelsen i EU's medlemslande. FH, DA, KL og Akademikerne tilkendegiver samtidig, at de støtter formålet med den bebudede sikring af en rimelig mindsteløn.

I notatets afsnit 10 - *regeringens foreløbige generelle holdning* - anføres bl.a.: *Regeringen er derfor imod enhver regulering, der kan underminere den danske arbejdsmarkedsmodel - direkte eller indirekte.*

Denne regeringstilkendegivelse er på linje med hovedessensen bag de fleste høringsvar. Det danske arbejdsmarked bør reguleres aftalebaseret, og såvel nationalt som EU-retligt skal politikerne "holde fingrene for sig selv". Det er vel ret beset også den oprindelige tankegang bag ind-

gåelsen af septemberforliget i 1899. Samtidig er tankegangen udtryk for en beskyttelse af kollektiviteten og ikke det enkelte individ, som ikke kun EU-retten har i fokus, men som Menneskerettighedskonventionen, og dermed Menneskerettighedsdomstolen også har som hovedfokus - ikke blot på det arbejdsretlige område, men generelt i forhold til personers/individets retsstilling over for staterne. Fra dele af det politiske spektrum er der bestemt ikke opbakning til alle de individbeskyttelsesregler, der fremgår af Menneskerettighedskonventionen, og som bliver håndhævet via Menneskerettighedsdomstolen. Periodevis og særligt i relation til sager med tilknytning til flygtninge- og indvandrerpolitikken i Danmark fremføres ofte betragtninger om, at individbeskyttelsen er for vidtgående - ja, der fremføres endog betragtninger om, at Danmark blot kan bryde traktatmæssige forpligtelser. Det må man jo så have sin politiske opfattelse af, om det er i overensstemmelse med en tankegang, man i 2022 kan have i det som de fleste danskere nok opfatter Danmark som: en retsstat. Det særligt spøjse er, at udtalelser om, at EU-domstolen/Menneskerettighedsdomstolen er ude af trit med virkeligheden, ofte kommer fra den del af det politiske spektrum, som på andre områder hylder retsstatsprincipper og beskyttelsen af det enkelte individ.

Ikke overraskende kan der konstateres enighed mellem lønmodtagerorganisationer og arbejdsgiverorganisationer - i hvert fald på det traditionelt DA-LO (FH)-baserede overenskomstområde - om, at danske lønmodtageres og danske virksomheders lønvilkår m.v. skal baseres på aftaler - overenskomster - og i mindst mulig grad på lovgivning, hvad enten der er tale om national (dansk) lovgivning eller lovgivning baseret på EU-forordninger eller -direktiver. Man kan stille det retoriske spørgsmål, om det primært er af hensyn til at sikre rimelige arbejdsvilkår for op til 75-80 % af lønmodtagerne, eller/og om det primært er af hensyn til at bevare fundamentet for (stærke) organisationer på arbejdsmarkedet. I hvert fald har lønmodtager- og arbejdsgiverorganisationer under DA-FH-paraplyen en gensidig interesse i at fastholde den danske model. Det understøttes af praksis fra Arbejdsretten i forhold til de retlige rammer for, at lønmodtagerorganisationer kan iværksætte konflikt, jf. afsnit 3.1.

### 1.3. ARBEJDSGIVERENS FRIST TIL AT OPFYLDE OPLYSNINGSFORPLIGTELSEN OG SANKTIONEN MOD FORSINKET OPFYLDELSE AF OPLYSNINGSPLIGTEN OM ANSÆTTELSESVILKÅRENE

Af ansættelsesbevislovens § 2, stk. 1, fremgår, at arbejdsgiveren skal give lønmodtageren oplysninger om alle væsentlige vilkår for ansættelsesforholdet, og at disse oplysninger skal være meddelt lønmodtageren senest 1 måned efter, at ansættelsesforholdet er påbegyndt. Overser arbejdsgiveren fristen, vil han - afhængig af omstændighederne - kunne tilpligtes at betale en godtgørelse iht. ansættelsesbevislovens § 6, hvor det normale eller sædvanlige godtgørelsesniveau aktuelt er fastlagt ved U2011.805H.

I flere overenskomster - både på det private og på det offentlige arbejdsmarked - er det aftalt, at der skal gives en påtale, før betaling af bod bliver relevant. Således fremgår det af Industriens Funktionæroverenskomst (2020-2023), bilag 16, nr. 4: *Såfremt ansættelsesaftalen ikke er udleveret til medarbejderen i forbindelse med udløbet af de i stk. 1 og 2 eller anmærkningen anførte tidsfrister, kan arbejdsgiveren pålægges at udrede en bod. Overtrædelse skal påtales over for arbejdsgiveren. Er det påtalte forhold ikke bragt i orden inden 5 dage, skal der herefter skriftligt rejses sag over for Dansk Industri. Hvis mangler ved ansættelseskontrakten er rettet inden 5 arbejdsdage fra modtagelsen i Dansk Industri, kan arbejdsgiveren ikke pålægges at udrede en bod, medmindre der foreligger systematisk brud på bestemmelsen om ansættelsesaftaler.*

*Arbejdsgiveren skal i alle tilfælde have udleveret ovennævnte oplysninger om ansættelsesforholdet senest 15 dage efter, at kravet er rejst.*

Den anførte overenskomstbestemmelse er et eksempel på, at der kan forskelsbehandles i forholdet mellem overenskomstdækkede og ikke-overenskomstdækkede virksomheder. Det paradoksale i situationen er, at overenskomstparterne de facto forringer lønmodtagerorganisationens medlemmers retsstilling i forhold til tilsvarende lønmodtagere, der ikke er omfattet af en kollektiv overenskomst. Hvorom alting er, kan den danske model også være udtryk for en bevidst forskelsbehandling af dels lønmodtagere, dels arbejdsgivere afhængig af, om de er overenskomstdækkede eller ej.

### 1.4. INGEN MINIMUMSBESKYTTELSE I FORHOLDET OVERENSKOMSTDÆKKEDE/ IKKE-OVERENSKOMSTDÆKKEDE VIRKSOMHEDER I MODSÆTNING TIL MINORITETSBEKYTTELSEN I SELSKABSLOVEN

Virksomheder under konflikt har ingen EU-retlig eller nationalretlig beskyttelse, herunder beskyttelse ved de ordinære domstole. Konfliktede virksomheder er udelukkende beskyttede af Arbejdsrettens praksis. Beskyttelsen er begrænset, om end der både ifølge teori og praksis foregår en prøvelse i Arbejdsrettens regi af, om den konfliktvarslen organisation i forbindelse med varslingen og under konflikten er gået for langt, jf. eksempelvis Arbejdsrettens dom i AR2012.034, Restaurant Vejlegården, hvor Arbejdsretten fandt, at fire forhold i forbindelse med konfliktvarslingen og håndteringen af konflikten var ulovlige, særligt i forhold til vidtgående tekster på bannere og løbesedler, hvorved Restaurant Vejlegården blev urimeligt miskrediteret.

Arbejdsretten dømmer ikke kun i sager mellem parter, der er omfattede af hovedaftalen mellem DA og FH, men har også kompetence til efter arbejdsretslovens (arbl.) § 9, stk. 1, nr. 5, at tage stilling til lovligheden af anvendelse af kollektive kampskridt til støtte for krav om overenskomst på områder, hvor kollektiv overenskomst ikke er indgået (og også i forhold til at afgøre, om et ansættelsesforhold er overenskomstdækket med en arbejdsgiverorganisation, der ikke hører under DA-FH-paraplyen).

Det fremgår af arbl. § 2, at Arbejdsretten består af 12 ordinære dommere og 31 suppleanter for disse samt en formand og fem næstformænd. Arbejdsrettens formandskab består af højesteretsdommere.

Det er de faglige organisationer - eller rettere sagt den del af de faglige organisationer, der er nævnt i arbl. § 3 - der har retten til at indstille ordinære dommere til Arbejdsretten. Netop det faktum var årsagen til, at arbejdsretsloven blev ændret med virkning fra 15. mart 1997, jf.

**AR1994.196 - AT 1994.65.** Under en verserende sag ved Arbejdsretten havde Sammenslutningen af Firma-Funktionærer gjort gældende, at Arbejdsretten var inhabil i forhold til Firma-Funktionærerne, idet Sammenslutningen af Firma-Funktionærer ikke var blandt de faglige organisationer, der indstillede ordinære dommere til arbejdsministeren. Det blev endvidere af Firma-Funktionærerne gjort gældende, at det ville stride mod

art. 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, såfremt sagen blev behandlet og afgjort af Arbejdsretten og ikke af de almindelige domstole. Arbejdsretten fandt ikke grundlag for at statuere, at Arbejdsretten ikke var uafhængig. Som en konsekvens af Arbejdsrettens dom anlagde Firma-Funktionærerne sag ved Østre Landsret med påstand om, at Arbejdsrettens kendelse var ugyldig, da arbejdsretsloven var i strid med Grundlovens § 74 og Menneskerettighedskonventionens art. 6.

**U 1981.141Ø (2-1).** I præmisserne anfører Østre Landsret: *Efter det om Arbejdsrettens sammensætning foreliggende, herunder navnlig at sagsøgerens modpart direkte eller indirekte har indflydelse på Arbejdsrettens sammensætning, uden at sådan indflydelse er tillagt sagsøgeren, findes det efter inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i dansk ret rettest, at sagsøgeren får mulighed for at få den for Arbejdsretten indbragte tvist afgjort ved de ordinære domstole.*

Forventeligt på baggrund af den netop refererede Østre Landsretsdom blev arbejdsretsloven ændret med virkning fra 15. marts 1997, ved at der efter arbl. § 8, stk. 2, blev mulighed for, at en part, som ikke var tilknyttet en af de i arbl. § 3, stk. 1, nævnte organisationer eller myndigheder, kunne kræve sagen i Arbejdsretten behandlet og pådømt uden medvirken af ordinære dommere. I så fald skulle tvisten afgøres af retsformanden, evt. efter beslutning om, at Arbejdsretten blev sat af et formandskab bestående af tre dommere.

Afhængig af øjnene, der ser, og/eller ørerne, der hører, er spørgsmålet, om dette tiltag har været tilstrækkeligt til at bringe dansk ret på niveau med retsopfattelsen som denne var i 1997 eller i forhold til en evt. ændret retsopfattelse i 2022. Når det overhovedet bringes på bane at stille spørgsmål til legitimiteten, er det særligt på baggrund af,

- at Danmark generelt opererer med et toinstans-princip,

- at procesmåden for Arbejdsretten ikke fuldt ud er identisk med procesmåden ved de ordinære domstole, særligt ikke i forhold til de ordinære dommers habilitet og de faktiske omstændigheder omkring vidneafhøring,
- at der de seneste 25 år - uden for hovedaftaleområdet - har været et stigende fokus på individets rettigheder.

I hvert fald kan det konstateres, at begrundelser for arbejdsretlige grundsætninger over år kan ændre sig fuldstændigt. Som eksempel herpå kan der henvises til, at arbejdsgivere fra begyndelsen af forrige århundrede på forskellig måde stillede krav om, at lønmodtagerne skulle acceptere, at arbejdsgiveren kontrollerede den effektive arbejdstid - et krav, som lønmodtagerorganisationerne generelt protesterede imod. Generelt blev arbejdsgivernes krav imødekommet af Arbejdsretten under henvisning til ledelsesretten<sup>1</sup>.

Arbejdsgiverens ledelsesret, som bl.a. fastslået ved de i note 1 nævnte kendelser fra den faste voldgiftsret (nu Arbejdsretten), er efterfølgende blevet en del af den kollektive arbejdsret og fremgår bl.a. af Industriens Overenskomst 2020-2023, § 9, stk. 3.

Udviklingen i forhold til mere kontrol er gået i samme retning, men nu ikke længere udelukkende af hensyn til arbejdsgiverens interesser, men primært af hensyn til lønmodtagernes interesser, jf. C-55/18 (Deutsche Bank-sagen), der fastslog, at EU's medlemslande var forpligtede til at pålægge arbejdsgivere at indføre et objektive, pålideligt og tilgængeligt system, der vil gøre det muligt at måle længden af hver enkelt lønmodtagers daglige arbejdstid for at sikre den effektive virkning af rettighederne iht. arbejdstidsdirektivet og de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved EU-Chartrets art. 31, stk. 2, jf. præmisserne 47-60. Retsstillingen vil fremadrettet ved implementering af EU's direktiv om gennemsigtige og forudsigelige arbejdsvilkår blive inkorporeret i den nationale danske lovgivning.

Udviklingen kan også ses som et eksempel på indskrænkningerne i arbejdsgiverens ledelsesret i takt med den tiltagende EU-arbejdsretlige regeldannelse, jf. afsnit 2.

<sup>1</sup> Jf. den faste voldgiftsrets afgørelser nr. 106.1913 (beskrivelse i bog af udført arbejde), nr. 26.1920 (arbejds- og tidsstudier), nr. 45.1968 (udfyldelse af arbejdssedler) og nr. 56.1983 (anvendelse af kontrolure).

## 2. ARBEJDSGIVERENS LEDELSESRET ER UINTERESSANT - DET ER ARBEJDSGIVERENS MANGLENDE HÅNDHÆVELSE AF LEDELSESPLIGTEN, DER ER AFGØRENDE

I forordet til *Afskedigelse*<sup>2</sup> og som undertitel til denne bog anføres: *Arbejdsgiverens ledelsesret og ledelsespligt*.

I Ole Hasselbalchs anmeldelse af bogen i U2015B.166 f. harcelerer han mod begrebet *ledelsespligt* og anfører bl.a.: *... det kan klart være til ulempe for lønmodtageren ... hvis arbejdsgiveren ikke udmønter sin ledelsesbeføjelse i konkrete anvisninger ...* Det er givetvis rigtigt, at der ikke findes et "officielt" begreb som ledelsespligt. Set ud fra en praktisk betragtning er begrebsfastlæggelsen måske mindre relevant. Mere relevant synes det at være, at ledelsesretten udøves konsekvent (af mig benævnt ledelsespligten), både af hensyn til ligebehandling af lønmodtagerne og af hensyn til at skabe forudsigelighed for lønmodtagerne og sikre en rimelig varetagelse af virksomhedens tarv.

Følger arbejdsgiveren ikke op på udstukne retningslinjer for arbejdets udførelse, udsætter arbejdsgiveren sig for retstab. Den manglende opfølgning vil retligt blive taget til indtægt for, at instrukserne ikke er "alvorligt mente", og det fratager i en række tilfælde arbejdsgiveren muligheden for at gøre brug af de sanktioner, der fremgår af evt. personalecirkulærer eller personalehåndbog. Ved manglende håndhævelse af saglige og berettigede retningslinjer vil der kun kunne gøres brug af en mindre indgribende sanktion end i situationer, hvor arbejdsgiveren også i handling selv agerer i henhold til personalecirkulære/personalehåndbog. Konkret betyder det, at en oprindelig på papiret utvivlsom ret til bortvisning reduceres til opsigelse, og en på papiret utvivlsom ret til opsigelse reduceres til en advarselsstraf. Arbejdsgiveren har derfor en ikke lovbestemt pligt til også under ansættelsesforholdet at være konsekvent i forhold til at gøre brug af sanktioner mod lønmodtageres overtrædelse af udstukne retningslinjer. Manglende iagttagelse af denne pligt medfører nemlig rettighedstab for arbejdsgiveren.

Omvendt kan lønmodtagere have en interesse i, at arbejdsgiveren ikke håndhæver udstukne retningslinjer, hvorved rammerne for lønmodtagernes ageren på den enkelte arbejdsplads udvides. Det kan givetvis være en fordel for nogle lønmodtagere, men ikke nødvendigvis for alle.

<sup>2</sup> Jens Paulsen: *Afskedigelse*, 1. udg. (2015), Karnov.

<sup>3</sup> Jf. U 2014.1116H (Ole Andersen-sagen).

Det er et faktum, at der på den enkelte virksomhed ikke ved ansættelsesaftale kan aftales noget, der strider mod den ansættelsesretlige lovgivning eller den på virksomheden evt. gældende overenskomst. Derfor vil fokus - hvad enten forholdet anskues fra lønmodtageres eller arbejdsgiverens side - være på arbejdsgiverens håndhævelse af eller mangel på håndhævelse af lovgivningsmæssige og evt. tillige overenskomstmæssige vilkår. Det er derfor mit postulat, at når arbejdsgivere lejlighedsvis giver udtryk for frustration over den ifølge arbejdsgiverne omsiggribende lønmodtagerbeskyttelse, hvad enten beskyttelsen er overenskomst-baseret eller lov-baseret, evt. på baggrund af EU-arbejdsret, er sandheden nok nærmere, at disse arbejdsgivere ikke fuldt ud kan overkomme at udstikke og håndhæve både rimelige og retfærdige rammer for arbejdets udførelse, og derved agerer på en måde, hvorved arbejdsgiverens utvivlsomme ledelsesret stille og roligt glider arbejdsgiveren af hænde. Dette påståede, egetkonstaterede faktum er baggrunden for min antagelse om, at ledelsespligten er et mere relevant fokusemne end ledelsesretten.

## 3. VI HAR I DANMARK FORTSAT ORGANISATIONS-TVANG

En konsekvens af den danske aftalemodel er, at lovgivningsmagten i Danmark i betydelig grad har udvist stor tilbageholdenhed med henblik på at tilsidesætte overenskomstaftalte regler eller retsstillinger baseret på de facto praksis, accepteret af hovedorganisationerne og dermed også af de enkelte organisationer på DA-FH-arbejds-markedet. På tilsvarende måde har danske domstole hidtil, med en enkelt undtagelse<sup>3</sup>, lagt præjudicielle afgørelser fra EU-domstolen og domme afsagt af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol til grund ved fastlæggelsen af den arbejdsretlige regeldannelse i Danmark.

I forhold til negativ foreningsfrihed afsagde Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol 11. januar 2006 dom i de to kumulerede sager ERMD 52620.1999 (Rasmussen mod Danmark) og EMRD 52622.1999 (Sørensen mod Danmark). Umiddelbart efter domsafsigelsen, og efter at en af de største lønmodtagerorganisationer havde tilkendegivet, at de ikke ville respektere forbuddet mod eksklusivaftaler, blev der via FH (på daværende tidspunkt LO) udsendt en meddelelse stik imod den pågældende lønmodtagerorganisationes udtalelser og med tilkendegivelse af (selvfølgelig) respekt for den afsagte dom af 11. januar 2006 fra Menneskerettighedsdomstolen. Allerede med virkning fra

29. april 2006 blev foreningsfrihedsloven ændret, hvorefter en arbejdsgiver fremadrettet ikke må unnlade at ansætte en ansøger til en ledig stilling eller afskedige en lønmodtager, fordi denne er medlem af en forening eller en bestemt forening. Tilsvarende blev bestemt i lovens § 2 i situationer, hvor den pågældende ikke er medlem af en forening eller en bestemt forening. Som sanktion mod en handling i strid med foreningsfrihedslovens § 1 eller 2 blev der i § 4a anført mulighed for underkendelse af afskedigelsen, alternativt tilkendelse af en godtgørelse, men ...

### 3.1. LØNMODTAGERORGANISATIONERS KONFLIKTRET

Vi har gennem tiderne haft en række også i medierne meget omtalte konfliktsager. Det gælder bl.a. La Cabana-konflikten, Ikadan- og Brørup-konflikterne, Nyhavns-konflikten, Nørrebro Bryghus-konflikten og Restaurant Vejlegården-konflikten.

I Restaurant Vejlegården-konflikten (AR2012.0341) blev Arbejdsretten beklædt af et udvidet formandskab og uden ordinære dommere. Sagen gav anledning til en del medieomtale, velsagtens fordi et politisk parti brugte konflikten aktivt i markedsføring af det pågældende partis politik. Også på anden måde var denne konflikt interessant. *For det første*, fordi der fra virksomhedens arbejdsgiverorganisation - Kristelig Arbejdsgiverforening - blev argumenteret for, at det ikke ville være muligt for 3F at konflikte virksomheden, eftersom virksomheden allerede var (alternativt) organiseret. *For det andet* fordi det udvidede formandskab indledningsvis gav en generel redegørelse i forhold til formålet med/baggrunden for den danske model og en opstilling af, hvilke betingelser, der skal være opfyldte, for at faglige organisationer kan konflikte ikke-organiserede og "ikke korrekt" organiserede virksomheder.

Indledningsvis fastslog det udvidede formandskab: *Som fastslået i Nørrebro Bryghus (AR2007.831) (AT2007.178) er det karakteristiske for den danske arbejdsmarkedsregulering, at lønniveauet og andre arbejdsvilkår sikres gennem de kollektive overenskomster og ikke gennem lovgivning<sup>4</sup>. Arbejdsgiverorganisationernes konfliktret til opnåelse af kollektiv overenskomst er således af afgørende betydning for udviklingen i lønfastsættelsen og opnåelsen af andre centrale arbejdsvilkår i Danmark. Der har flere gange i Folketinget været fremsat forslag til folketingsbeslutning, der skulle*

*pålægge regeringen at fremkomme med forslag om begrænsning af arbejdstagerorganisationernes adgang til at iværksætte konflikt, f.eks. i tilfælde, hvor et fagforbund iværksætter konflikt for at opnå overenskomst på et område, der allerede er dækket af en overenskomst med et andet fagforbund. Disse forslag er ikke blevet vedtaget, idet der blandt andet er henvist til, at en lovregulering af konfliktretten vil være meget vanskelig og fundamentalt vil ændre den måde, hvorpå rollerne på det danske arbejdsmarked hidtil har været fordelt.*

Herefter oplister det udvidede formandskab kravene til lovlige kampskridt, hvor det fastslås:

*Konfliktens formål.* Det antages, at konflikten skal forfølge et rimeligt fagligt formål. I praksis stilles ikke andre krav, end at den konfliktvarslen organisation har en interesse i at opnå overenskomst med den konfliktede virksomhed under hensyn til den konfliktende organisations position og medlems-tal, hvorfor denne organisation har den fornødne styrke og aktualitet til, at konflikten forfølger et rimeligt fagligt formål.

I forhold til iværksættelse af konflikt mod en allerede alternativt overenskomstdækket virksomhed anfører formandskabet i præmisserne: *Kristelig Fagforening står med hensyn til medlemmer og overenskomstdækning i et frit konkurrenceforhold til 3F uden de begrænsninger, som vil gælde, hvis de konkurrerende forbund var tilsluttet en fælles hovedorganisation. Hovedkonflikten er derfor som udgangspunkt lovlig, jf. blandt andet Arbejdsrettens dom af 6. maj 1999 i AR98.632 og AR98.702 (AT1998.53 - Ikadan-sag I).*

I forhold til en udvidelse af en varslet konflikt ved sympatikonflikt er kravene ifølge Arbejdsretten, at sympatikonflikten står i et rimeligt forhold til det mål, der søges opnået ved hovedkonflikten, og at sympatikonflikten skal være egnet til at påvirke hovedkonflikten (med henblik på at få den konfliktede virksomhed korrekt overenskomstdækket). Arbejdsretten anfører i forhold hertil, at den finder, at 3F's interesse i at fastholde og forsvare de nævnte veletablerede overenskomstmæssige positioner, som forbundet har opnået gennem den landsdækkende overenskomst med (konkret) Horesta, er fundamental og så stærk og legitim, at den retfærdiggør, at der fra de øvrige afdelinger af 3F er iværksat effektive sympatikonflikter, der nødvendigvis må være mærkbare for restauranten. Der er således det fornødne

<sup>4</sup> Spørgsmålet er, om dette udsagn fortsat står ubestridt ved magt efter implementering af EU-Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om passende mindstelønninger, jf. afsnit 1.2. Se tillige Jens Kristiansen: *Aftalemodellen og dens europæiske udfordringer*, 1. udg. (2013), hvor bagsidepræsentationen af bogens indhold starter som følger: *EU spiller en stigende rolle for indretningen af det arbejdsretlige system i Danmark ...*

*interessefællesskab mellem lønmodtagerne i hovedkonflikten og sympatikonflikterne ...*

Med de begrundelser, Arbejdsrettens udvidede formandskab henviser til, vil det tilnærmelsesvis være umuligt for såvel ikke-overenskomstdækkede virksomheder som alternativt-overenskomstdækkede virksomheder at undgå overenskomstdækning under DA-FH-paraplyen.

Det problematiske herved er (mit postulat), at det mere eller mindre beror eller i hvert fald kan bero på tilfældigheder, hvilke ikke-overenskomstdækkede eller alternativt-overenskomstdækkede virksomheder, der udsættes for konflikt, og hvilke virksomheder – herunder konkurrenter – der ikke udsættes for konflikt. Med andre briller på og med en anden retlig indgangsvinkel kunne man også stille det spørgsmål, om det ikke er et forhold, som kunne undergives nogle konkurrenceretlige betragtninger ud fra synspunktet: Misbrug af dominerende stilling, jf. princippet i konkurrencelovens § 11, stk. 1, uden skyldig hensyntagen til konkurrencelovens § 3, 1. pkt., hvorefter konkurrenceloven ikke omfatter løn- og arbejdsforhold. At den danske model i 1899 og begyndelsen af det følgende århundrede, hvor udviklingen af et organiseret arbejdsmarked var i sin vorden, var rimelig, er ikke nødvendigvis markedskonform på nuværende tidspunkt. Folketingspolitikere, eller i hvert en del, holder sig ofte ikke tilbage med at blande sig i tilnærmelsesvis alt, hvad der hører sig i samfundet. Det er de bestemt også i deres gode ret til, men alligevel kan det synes overraskende, at det betydelige politiske flertal, der står bag den danske model, afstår fra at lovgive på området, og derved overlader det til de lokale lønmodtagerorganisationer at afgøre, hvilke ikke-organiserede eller forkert-organiserede virksomheder, der skal udsættes for konflikt.

### 3.2. JOBFORMIDLINGSBLOKADE

Det fremgår af beskæftigelsesindsatslovens § 16, at *når en faglig organisation skriftligt og fyldestgørende har givet oplysninger om, at en arbejdsgiver er omfattet af strejke, lockout eller blokade, må der ikke ydes bistand med at finde arbejdskraft til arbejdsgiveren, før konflikten er hævet eller kendt overenskomststridig eller på anden måde retsstridig.*

I Karnovs note til bestemmelsen anføres bl.a.: *Jobcentret skal være neutralt under en overenskomstmæssig konflikt. Det er baggrunden for, at der ikke må henvises til konfliktramt arbejde ...* Spørgsmålet er, om dette udsagn nu også er helt korrekt. Det forhold, at der lovgivningsmæssigt træffes en beslutning om, at der ikke må anvendes konfliktramt

arbejde, er vel i sig selv også en beslutning, der – i hvert fald i teorien – griber ind i konflikten. Samtidig er bestemmelsen udtryk for lovgivningsmagtens ubetingede accept af den danske model (hvilket der i sig selv selvfølgelig intet er i vejen for, men ligefrem at påberåbe sig statsmagtens neutralitet er nok at gå en tand for vidt).

### 4. SANKTIONERNE MOD LØNMODTAGERES MISLIGHOLDELSE ER IKKE LOGISKE

I den arbejdsretlige lovgivning findes kun få eksempler på erstatnings-/godtgørelsessanktioner mod lønmodtageres misligholdelse. De foreliggende eksempler relaterer sig til den situation, at lønmodtageren (funktionæren) enten ikke tiltræder stillingen eller forlader tjenesten, jf. funktionærlovens § 4 og medhjælperlovens § 15.

Da der ikke ved ansættelsesaftale kan aftales vilkår for ansættelsen, der er i strid med funktionærloven, jf. dennes § 21, eller i strid med medhjælperloven, medmindre det skriftligt aftales, at en landsdækkende overenskomst skal være gældende i arbejdsforholdet, jf. medhjælperlovens § 2, stk. 2, er det naturligt, at der ikke findes mange eksempler på domme, der godtager, at der i en ansættelsesaftale er aftalt spilleregler, der tilsidesætter den ansættelsesretlige lovgivning. På dette punkt indtager konventionalbøder en slags særstilling. Hverken lovændringerne i ful. § 18 og 18a, der trådte i kraft 15. juni 1999, eller afløseren for disse bestemmelser – ansættelsesklausuloven – der trådte i kraft 1. januar 2016, forholder sig til gyldigheden af aftalte konventionalbøder. Tilsvarende gælder for klausuler, der ikke omfattes af ansættelsesklausuloven, eksempelvis uddannelses-, fastholdelses- og royaltieklausuler.

Til gengæld synes der ikke på noget tidspunkt at være sat spørgsmålstejn ved gyldigheden af aftalte konventionalbøder, forudsat at der er tale om konventionalbøder, der udløses som følge af overtrædelse af en gyldigt indgået konkurrencebegrænsende klausul. Praksis viser, at selv relativt store konventionalbøder sjældent tilsidesættes af domstolene. Det kan derfor virke overraskende, at lønmodtageres væsentlige misligholdelse af ansættelsesforholdet under ansættelsen, ud over de lovbestemte minimumserstatningsregler, alene kan sanktioneres ved erstatning, forudsat at arbejdsgiveren kan løfte bevisbyrden for, at samtlige erstatningsbetingelser er opfyldte. Det er sjældent muligt.

Efter ansættelsesklausulovens § 1, stk. 2, nr. 5, og nr. 6, defineres konkurrenceklausul og kundeklausul m.v. som en

aftale, der får virkning *efter fratrædelsen*, og dermed ikke under ansættelsen. Det betyder, at konventionalbøder alt andet lige ikke kan bringes i spil ved lønmodtageres misligholdelse under ansættelsen, men alene efter ansættelsesforholdets ophør, såfremt der er aftalt en konventionalbod som sanktion for overtrædelse af en gyldig konkurrencebegrænsende klausul.

Bl.a. Morten Langer<sup>5</sup> gjorde på et relativt tidligt tidspunkt opmærksom på, at det ved udarbejdelse af konkurrence- og kundeklausuler m.v. set fra arbejdsgiverens side ville være hensigtsmæssigt at aftale, at konventionalboden også var gældende under ansættelsesforholdet. Tankegangen var før 1. januar 2016 ganske besnærende, og er gentaget i Morten Langer: *Konkurrence- og kundeklausuler*, 5. udg. (2016), s. 262 ff.

På baggrund af præmisserne i U 2008.2435SH må det konkluderes, at konkurrenceklausuler og kundeklausuler m.v. ikke kan aftales som gældende under det løbende ansættelsesforhold, og at aftalte konventionalbøder som sanktion ikke kan udløses ved udvist illoyalitet under det løbende ansættelsesforhold<sup>6</sup>.

I forhold til en rimelighedsvurdering efter aftalelovens § 36 kan det forekomme overraskende, at der ikke ved vurderingen af dels den *kompensation*, arbejdsgiveren skal betale, dels den *konventionalbod*, der er aftalt, tages hensyn til *skattemæssige forhold*. Et forsøg blev dog gjort i U 2008.611V, hvor lønmodtagerens bruttoløn på fratrædelsestidspunktet var 35.600 kr. pr. måned, og hvor der var aftalt en konventionalbod på 250.000 kr., svarende til 6,8 måneders bruttoløn. Det blev overfor landsretten gjort gældende, at konventionalboden var urimelig blandt andet som følge af, at 12 måneders nettokompensation

(efter skat) alene ville belaste arbejdsgiveren med 100.913 kr., og at en aftalt konventionalbod på 250.000 kr. efter skat ville resultere i en nettokonventionalbod til arbejdsgiveren på 185.500 kr., hvorimod en betalt konventionalbod på 250.000 kr. ville forudsætte, at lønmodtageren havde en bruttoindtjening på 442.155 kr., svarende til en aktuel bruttoløn i en periode på 12,4 måneder. Uden at skat blev nævnt i præmisserne og med angivelse af, at den konkurrerende ansættelse først reelt blev påbegyndt 8 måneder efter fratrædelsen, blev konventionalboden skønsmæssigt nedsat til 70.000 kr.<sup>7</sup>

Ansættelsesklausuloven havde fortjent gennemarbejdede<sup>8</sup> og fyldestgørende forarbejder. Man skulle tro, at man havde lært af erfaringerne fra vedtagelsen af lov nr. 340 af 02.06.1999 om ændring af funktionærloven vedrørende konkurrence- og kundeklausuler, hvor formålet med de nye bestemmelser var et forsøg på at begrænse klausulindgåelsen, men hvor resultatet i stedet for blev en retsstilling baseret på princippet: Tag to klausuler og betalt for én – egentlig tankevækkende, at det skulle tage 11 år og 6½ måned, før den svips blev rettet ved ansættelsesklausuloven.

## 5. INTET FACIT

Selv den dyreste og flotteste bil har, for at kunne holde dampen oppe, behov for regelmæssige serviceeftersyn. Sådan burde det også være på det arbejdsretlige område, både af hensyn til lønmodtagere og arbejdsgivere, men i særdeleshed af samfundshensyn i bestræbelserne på at kunne etablere de bedste rammer for et både attraktivt og fleksibelt arbejdsmarked, der sikrer den til enhver tid nødvendige arbejdskraft på ikke illoyalt konkurrerende vilkår.

Tak for ordet.

<sup>5</sup> Morten Langer: *Konkurrence- og kundeklausuler*, 4. udg. (2010), og tillige anført i tidligere udgaver.

<sup>6</sup> Jf. Jens Paulsen: *Ansættelsesklausuler*, 1. udg. (2016), s. 126 ff.

<sup>7</sup> U 2008.611V er bl.a. refereret og kommenteret i Jens Paulsen: *Ansættelsesklausuler*, s. 429 ff., med angivelse af skatteberegning.

<sup>8</sup> Jf. Henrik Karl Nielsen i *Erhvervsjuridisk Tidsskrift* 2015.2001: *Nyt lovforslag om "ansættelsesklausuler" – genovervejelse og korrektur mens vi venter på nyt Folketing.*



# JURIDISKE KURSER HOS JUC

Styrk din faglige profil på et kursus hos JUC, hvor du træder ind i et professionelt miljø med interessante samtaler og brugbar viden. Vi tilbyder juridisk efteruddannelse inden for mere end 12 rets- og arbejdsområder, som gavner dig i dit daglige virke.

Aktuelle kurser inden for ansættelses- og arbejdsret:

6. oktober 2022  
**Kursus om diskrimination  
i ansættelsesretten**

11. oktober 2022  
**Kursus om internationale  
ansættelser**

27. oktober 2022  
**Kursus om den nye  
barselslov**

Find dit næste kursus på [juc.dk](http://juc.dk)

**JUC**

# ARBEJDSRETIG IDENTITET OG OMGÅELSE



JEPPE WAHL-BRINK  
TEAMCHEF, ADVOKAT (H)  
FAGBEVÆGELSENS  
HOVEDORGANISATION



MADS BUUR HEISEL  
ADVOKATFULDMÆGTIG  
FAGBEVÆGELSENS  
HOVEDORGANISATION

Denne artikels hovedformål er at gennemgå retspraksis om arbejdsretlig identitet og på baggrund heraf gendrive synspunktet i en tidligere artikel<sup>1</sup> om, at der alene vil være retsvirkninger af arbejdsretlig identitet, hvis der tillige er dokumenteret en subjektiv "omgåelseshensigt".

## 1. INTRODUKTION

De fleste advokater, der beskæftiger sig med arbejdsret, vil formentligt være stødt på begrebet arbejdsretlig identitet, men de færreste har nok en dybereliggende forståelse af begrebet, der af forfatterne bekendt alene anvendes på det kollektive arbejdsretlige område.

Ved arbejdsretlig identitet forstås den situation, hvor en virksomhedsforandring underkendes som følge af, at det i realiteten er den samme virksomhed, der fortsætter, eller hvor 2 sideløbende eksisterende virksomheder i arbejdsretlig forstand behandles som én virksomhed.

For lønmodtagersiden har arbejdsretlig identitet den fordel, at overenskomsten fortsætter og at der ikke som ved virksomhedsoverdragelse gives en mulighed for at frasige sig overenskomsten<sup>2</sup>. Derudover vil alle krav kunne rettes mod begge virksomheder, da de i realiteten er én og samme virksomhed.

Dette modsvares naturligvis af en tilsvarende arbejdsgiverinteresse i at undgå, at der konstateres arbejdsretlig identitet, da de ønskede formål med virksomhedsforandringen risikerer helt eller delvist at blive forspildt.

Forfatterne til nærværende artikel er begge jurister i Fagbevægelsens Hovedorganisation, og artiklen er udarbejdet som en modvægt til den tidligere artikel, hvori en ansat i en arbejdsgiverorganisation efter forfatterens opfattelse har en for vidtgående konklusion om, at der skulle være to kumulative kriterier, der skal være opfyldt for, at arbejdsretlig identitet kan medføre en retsvirkning. 1) at der objektivt set er arbejdsretlig identitet og 2) en subjektiv vurdering af, om der forelå en omgåelseshensigt<sup>3</sup>.

Vi forfattere til denne artikel når ved vores gennemgang af praksis frem til, at der ikke er tale om to kumulative kriterier, der skal være opfyldt, men derimod, at det er to alternative argumenter, der hver for sig kan påberåbes og også ofte begge påberåbes under sådanne sager.

Argumenterne vil dog ofte have indvirkning på hinanden. Er der således indikationer på, at den selskabsmæssige forandring er lavet med det formål at slippe ud af overenskomstdækningen, vil betingelserne for at fastslå arbejdsretlig identitet være mindre.

## 2. AFGRÆNSNING I RELATION TIL VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSE

I den tidligere artikel er virksomhedsoverdragelsesloven også behandlet. Det vil imidlertid blive udeladt i nærværende artikel, hvor fokus er på spørgsmålet, om der er identitet og ikke på retsvirkningerne, hvis der ikke er identitet.

<sup>1</sup> Anton Kraev, Arbejdsretlig identitet og omgåelse, 8. nummer af HR JURA Magasinet, vinter 2016. Herefter forkortet "den tidligere artikel".

<sup>2</sup> Virksomhedsoverdragelseslovens § 4a.

<sup>3</sup> Den tidligere artikels konklusion, s. 46, 2. spalte, 2. afsnit.

### 3. KORT OM BEGREBERNE

#### a. Arbejdsretlig identitet

Arbejdsretlige identitetsbetragtninger er baseret på, at der ikke er sket skift af et selskabs eller arbejdsgivers identitet.

I sager om arbejdsretlig identitet bliver der primært argumenteret med en række objektivt konstaterbare kriterier. De objektive kriterier er oplistet i den tidligere artikel på side 33:

- *“ejerforholdene i virksomhederne, herunder ejerkredsens størrelse og sammensætning, ejerskabets procentuelle omfang mv.,*
- *ledelsesstrukturen i virksomhederne, herunder bestyrelse, direktion mv.,*
- *branchespecifikke forhold og forretningskoncepter, mv.*
- *sammenfald i aktiviteter og kundegrundlag virksomhederne imellem,*
- *virksomhedernes fælles drift, økonomi, administration, lønkørsel, mv.,*
- *virksomhedernes fælles adresse, kontorfaciliteter, mv.,*
- *virksomhedernes identitet i forhold til omverden, herunder medarbejdere, kunder og øvrige samarbejdspartnere.”*

Ved en gennemgang af sagerne kan man godt blive endnu mere konkret, og for eksempel lægges der vægt på navnelighed, fælles telefon nr., samme værktøj og samme bil(er).

Det bemærkes, at der ikke er tale om en udtømmende liste, og at det ikke er nødvendigt, at alle betingelserne er opfyldt for, at der konstateres arbejdsretlig identitet. Faktisk kan det være nok, at et enkelt element er opfyldt.

#### b. Omgåelse

Omgåelse er et almindeligt retsprincip<sup>4</sup>, der generelt forstås som det forhold, at en eller flere parter forsøger at undgå lovregler eller virkningen heraf ved at foretage dispositioner eller indgå aftaler, der ikke umiddelbart er omfattet af lovens ordlyd, men kun dens mening<sup>5</sup>.

“Omgåelse” er i denne forbindelse i udgangspunktet forstået som et udsnit af læren om udvidet fortolkning og analogislutninger, hvorefter retten kan komme frem til et resultat efter lovens mening.

Omgåelse kan altså finde anvendelse ved alle regler, hvor der er sandsynlighed for, at en part kan forsøge at omgå reglernes anvendelsesområde.

Omgåelsesbetragtninger bliver ofte påberåbt som et subsidært anbringende i forbindelse med lønmodtagerkrav, der principalt er baseret på arbejdsretlige identitetsbetragtninger.

I perspektiv kan man se omgåelsesbetragtninger som et subsidært anbringende på niveau med den almenkendte § 36 i aftaleloven.

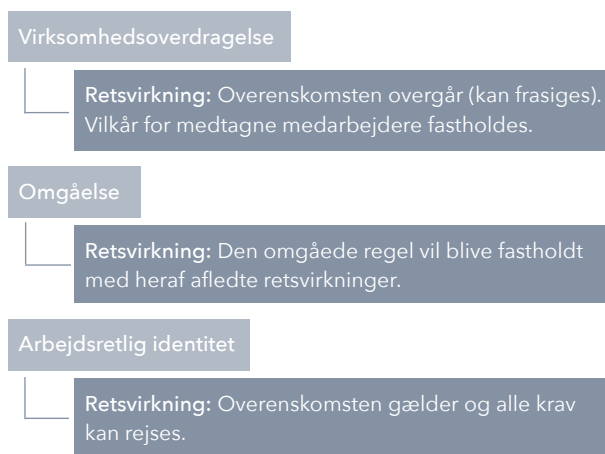
Det bemærkes dog, at det i litteraturen, herunder i den tidligere artikel, er omdiskuteret, hvorvidt der findes et hensigtskriterie i omgåelsesbetragtningerne<sup>6</sup>.

### 4. DELSAMMENFATNING

Overordnet set er virksomhedsoverdragelse (medtaget her for perspektiveringens skyld), arbejdsretlig identitet og omgåelse tre helt forskellige begreber, der kan benyttes i forskellige sammenhænge.

En figur over “værktøjerne” kan således se ud som figur 1:

Figur 1:



### 5. SAMSPILLET MELLEM ARBEJDSRETLIG IDENTITET OG OMGÅELSE

Såfremt det, som konkluderet i den tidligere artikel, er påkrævet, at der altid er omgåelseshensigt, så kan det antages, at der opstår et tomrum i de situationer, hvor der

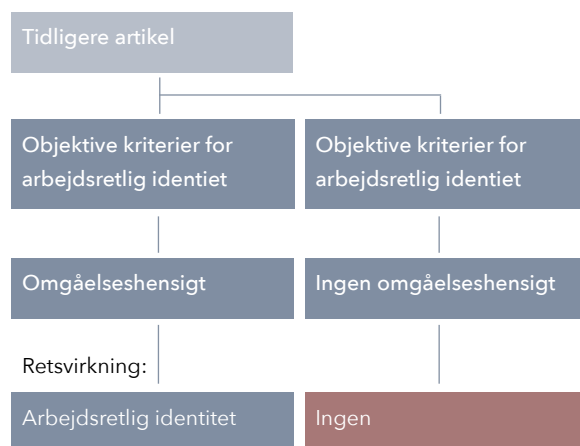
<sup>4</sup> Se den klassiske definition i U1890B.609, Jul Lassen, “Nogle bemærkninger om Proformaværk og Omgaaelse”.

<sup>5</sup> W.E. von Eyben, Juridisk Grundbog - bind 1, Retskilderne, 5. udgave, 1991, side 141f.

<sup>6</sup> Jens Feilberg Jørgensen, Omgåelse af Retsregler, 1966, side 208ff.

foreligger en objektiv identitet, men hvor der ikke har været omgåelseshensigt. Dette er illustreret ved figur 2:

Figur 2:



Konklusionen i den tidligere artikel vil altså medføre, at der er et område, hvor de objektive kriterier gør, at der objektivt set er identitet mellem virksomhederne, men der ikke er nogen retsvirkning af det. Og hvis der objektivt set er tale om samme arbejdsgiver, vil virksomhedsoverdragelsesloven heller ikke finde anvendelse, da betingelsen om, at overdragelsen skal medføre et skifte af arbejdsgiver, i givet fald ikke er opfyldt. Konsekvensen vil altså være, at der er et retstomt rum.

En anden overvejelse, der er vigtig at have sig for øje, er sondringen mellem omgåelse og omgåelseshensigt.

Som det vil fremgå af nedenstående gennemgang af retspraksis, vedrører en del af disse sager situationer, hvor det ene af de selskaber, der påstås at være arbejdsretligt identiske, er gået konkurs. I den situation, vil der næsten med sikkerhed være sket en omgåelse af kreditorerne, som den overenskomstbærende lønmodtagerorganisation kan være en del af. Alternativt ville det første selskab ikke være gået konkurs. Herudover kan selskabet omgå sine øvrige kollek-

tive arbejdsretlige forpligtelser ved eksempelvis at benægte eller blot se bort fra overenskomstdækningen, eller sine individuelle ansættelsesretlige forpligtelser overfor både overførte såvel som nye ansatte. Medmindre selskabet således betaler alle kreditorer, accepterer overenskomsten, herunder de kollektive forpligtelser, og behandler medarbejderne i henhold hertil, så er der i realiteten altid sket en omgåelse i disse situationer.

Hvis de objektive kriterier for arbejdsretlig identitet er opfyldt, vil der således de facto være sket en omgåelse af overenskomsten.

Spørgsmålet er altså, om denne omgåelse skal være foretaget med bevidst omgåelseshensigt før end, at det kan medføre samme retsvirkninger som antaget i den tidligere artikel "arbejdsretlig identitet (objektiv) + omgåelseshensigt (subjektiv)".

Dette vil formentligt medføre, at arbejdsretlig identitet vil være udelukket i den antageligt ret betydelige del af mindre virksomheder, der ikke tænker på, hvilke kollektiv arbejds- og ansættelsesretlige konsekvenser deres selskabsretlige dispositioner har, hvorfor virksomhedernes dispositioner sjældent har til formål at omgå deres forpligtelser. Tværtimod er det ofte bare dispositioner, der er nødvendige for at videreføre virksomheden efter eller ved en nærtforestående konkurs<sup>7</sup>. Det kan også være for at undgå personlig hæftelse for krav ved at starte et anpartsselskab ved siden af en personlig drevet virksomhed.

I denne forbindelse bemærkes, at definitionen af omgåelse er at se bort fra eller ikke overholde noget<sup>8</sup>. Man kan til dels sige, at der i definitionen af at "se bort fra noget" foreligger en del subjektivitet, men på den anden side kan man også, uden hensigt hertil, undlade at overholde sine forpligtelser.

**6. GENNEMGANG OG ANALYSE AF RETSPRAKSIS**  
I retspraksis tegner der sig et mønster af forskellige typer af prøvelse inden for nogle forskellige typetilfælde.

<sup>7</sup> Se eksempelvis AR2009.0335.

<sup>8</sup> <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?aselect=omg%C3%A5else&query=omg%C3%A5else>

Retspraksis kan efter vores opfattelse opdeles i 3 typetilfælde.

- 1) "ren identitet" ved formelle forandringer eller omdannelse, herunder spaltninger og udskillelse af dele af virksomheden.
- 2) uformelle forandringer og selskabs-genstart samt overførsler - en form for "sløret identitet".
- 3) sideløbende eksisterende selskaber som eksempelvis selskaber i koncern, men hvor der ikke er tale om spaltninger/udskillelse eller fusioner.

I den tidligere artikel er der også et langt afsnit om fusioner, og det har derfor været fristende også at komme ind på dette tema i nærværende artikel. Men retspraksis er så sparsom, at vi har fravalgt emnet, selvom der er faldet en retsformandsafgørelse på området siden den tidligere artikel<sup>9</sup>.

De ovennævnte typetilfælde har ikke altid en ren adskillelse, men der er i nedenstående analyse lagt deres mest karakteristiske træk til grund for hvilken "gruppe", den enkelte sag er placeret i.

#### 1) Ren identitet

Det kan måske forekomme overraskende, at der opstår sager om "ren identitet", det vil sige formelle forandringer og omdannelser i selskaber. Men på trods heraf er det dog sket flere gange. Det kan dog ikke komme som den store overraskelse, at lønmodtagersiden har vundet alle sager om arbejdsretlig identitet, der kan klassificeres som værende indenfor "ren identitet". Bemærk dog AR2012.0695.

##### 1.1) Praksis om ren identitet

*Arbejdsrettens dom af 20. februar 1992 i sag 91.116*

Denne sag omhandlede et overenskomstdækket personligt ejet bageri. Ejeren "solgte" bageriet til et aktieselskab, hvori den personlige ejer selv var direktør og ejede halvdelen af aktierne. De resterende aktier var ejet af den personlige ejers kone og søn.

Da aktieselskabet var ejet af den tidligere ejer og dennes familie, og den tidligere ejer fortsat havde hovedindflydelse i selskabet, var der arbejdsretlig identitet.

Sagen viser, at ren arbejdsretlig identitet også er aktuelt, selvom der sker små ændringer i ejerkredsen samtidigt med ændringen.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt.

*Arbejdsrettens dom af 8. marts 1994 i sag nr. 93.505*

I denne sag oprettede et selskab et datterselskab til at udarbejde et nyt EDB-system.

Datterselskabets bestyrelse bestod af ejerselskabets direktion, ligesom at de benyttede de samme kontorlokaler. Selskaberne benyttede i et vist omfang de samme maskiner, og en ikke uvæsentlig del af medarbejderne i datterselskabet kom direkte fra ejerselskabet.

Arbejdsretten fandt, at der var en sådan identitet selskaberne imellem, at datterselskabet også var forpligtet af overenskomsten, der gjaldt for ejerselskabet.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt.

*Arbejdsrettens dom af 16. marts 2006 i sag A2006.045*

Afgørelsen indeholder ikke en sagsfremstilling. Af retsformandens afgørelse kan følgende faktum dog udledes: Der stiftes et aktieselskab, der ledelses- og ansvarsmæssigt forstås af samme ejere, og en række transportopgaver overføres til det nystiftede selskab.

Retsformanden fandt derfor, at transportopgaverne i aktieselskabet fortsat skulle udføres under anpartsselskabets overenskomst.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt.

*Arbejdsrettens dom af 14. september 2012 i sag AR2011.0800*

Sagen omhandler et overenskomstdækket interessentskab. Senere blev interessentskabet omdannet til et ApS, der var ejet af de tidligere interessenter, og de fortsatte med at være dækket af overenskomsten.

10 år senere skrev den ene anpartshaver, at selskabet havde fået nyt navn og CVR-nummer.

---

<sup>9</sup> AR 2020-659 af 14. juni 2021.

Navnet og CVR-nummeret svarede til et andet anpartsselskab, der var ejet i helhed af kun den ene anpartshaver. Kort efter gik det oprindelige ApS konkurs, mens det nye ApS fortsatte.

De to selskaber havde under deres korte sideløbende eksistens samme telefonnummer og samme adresse. Herudover beskæftigede begge selskaber sig med samme type opgaver.

Arbejdsretten kom frem til, at der var identitet mellem de to selskaber på baggrund af sammenfaldene i virksomhedsoplysninger og henset til, at anpartshaveren i det fortsættende selskab selv havde orienteret lønmodtagerorganisationen om, at selskabet alene havde fået nyt navn og CVR-nummer. Overenskomsten var således på baggrund af almindelige identitetsbetragtninger overført til det nye CVR-nummer.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt. Tværtimod viser virksomhedens indledende ageren, at de ikke oprindeligt havde en omgåelseshensigt.

*Arbejdsrettens dom af 2. december 2015 i sag AR2012.0695*  
Sagen omhandler en spaltningssituation, men er atypisk, da begge selskaber fortsat efter spaltningen var omfattet af overenskomsten og det fulde lokalaftalegrundlag. Lønmodtagersidens påstand var derimod, at det nye selskab ikke selvstændigt kunne opsiges en række lokalaftaler, der var gældende for det oprindelige selskab, men at selskaberne sammen skulle opsiges lokalaftalerne grundet arbejdsretlig identitet. Lokalaftalerne var i det nye selskab opsagt efter lokalaftalernes egne regler herom.

Arbejdsretten kom frem til, at der ikke var arbejdsretlig identitet under henvisning til, at spaltningen var sagligt driftsmæssigt begrundet og da virksomheden ikke havde frasagt sig overenskomsten i forbindelse med spaltningen, var der ikke dokumenteret omgåelseshensigt.

Afgørelsen bryder klart med de øvrige afgørelser i dette afsnit, hvilket dog nok skal ses i lyset af, at hele det kollektive aftalegrundlag var fortsat i begge selskaber, og det således ville være meget vidtgående, hvis lokalaftalerne ikke kunne opsiges separat i hver virksomhed.

## 1.2) Sammenfatning

Gennemgangen af disse rene identitetsager viser, at der her alene ses på, om de objektive kriterier er opfyldt eller ej, uanset at de konkrete arbejdsgivere har bestridt dette eller i hvert fald overenskomstdækningen.

Dette gælder også ved spaltning og udskillelse af arbejde fra en allerede overenskomstdækket virksomhed til et datterselskab.

Forfatterne finder ikke, at den seneste afgørelse ændrer herpå, da afgørelsen omhandler en meget atypisk situation.

## 2) Sløret identitet

Her bevæger vi os ind på en gruppe af sager, der er mere kompleks, da den er karakteriseret ved, at forandringerne og selskabsomdannelserne ikke er helt direkte. Eksempelvis ved alternative selskabskonstruktioner, eller hvor et selskab efter konkurs videreføres under samme identitet men under andet CVR-nummer.

Man kunne vurdere, hvorvidt der reelt set var behov for en ny kategori af sager, fremfor en samlet "omdannelse og videreførelses-kategori", men i praksis er der en forskel på, hvor dybdegående Arbejdsrettens prøvelse er af de forskellige kategorier. Som nævnt kan der dog opstå et vist sammenfald af sager i kategorierne.

### 2.1) Retspraksis

*Arbejdsrettens dom af 13. februar 1990 i sag nr. 89.372*  
Sagen omhandler en eneaktionær, der i realiteten ejede den kro, som sagen omhandlede. Kroen blev drevet af eneaktionæren som personligt ejet virksomhed. På et tidspunkt valgte han at bortforpagte kroen til sit eget aktieselskab.

Da aktieselskabet fik underskud, bad ejeren af kroen sin advokat om at skrive til aktieselskabet (som ejeren var eneaktionær i), at aktieselskabet havde misligholdt forpagtningsskiftet, hvorfor han begærede aktieselskabet udsat af forpagtningsskiftet. Derefter fortsatte han driften med udvalgte medarbejdere.

Arbejdsretten kom frem til, at kroejeren havde fuld kontrol med aktieselskabet, ligesom at han både under og efter forpagtningen forestod driften af hotel- og restaurationsvirksomheden på samme måde. Kroejeren blev derfor identificeret med aktieselskabet.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt.

*Arbejdsrettens dom af 8. september 1992 i sag nr. 91.251*

I denne sag var det ubestridt, at en murermester havde oprettet et nyt selskab og frivilligt likvideret det gamle selskab for at frigøre sig fra overenskomsten.

Arbejdsretten konstaterede kort, at det nye anpartsselskab havde overtaget funktioner, adresse og ledelse fra det likviderede selskab, samt at formålet med likvidationen var at frigøre sig fra overenskomsten. Dette gik selvsagt ikke, hvorfor murermesteren blev dømt til fortsat at være forpligtet af overenskomsten i samme omfang som det tidligere likviderede selskab.

I afgørelsen er der indledningsvist lagt vægt på de klassiske objektive kriterier, hvorefter det konstateres, at der også var en klar omgåelseshensigt.

Afgørelsen er et eksempel på, at omgåelse og arbejdsretlig identitet kan supplere hinanden som synspunkter, således at en tydelig tilstedeværelse af omgåelseshensigt gør prøvelsen af de objektive kriterier mindre intens.

*Arbejdsrettens dom af 11. november 1993 i sag nr. 93.030*

I denne sag gik et overenskomstdækket anpartsselskab konkurs. Inden eller i forbindelse med konkursbehandlingen overtog eneanpartshaveren alle selskabets aktiver og passiver, og hun førte derefter selskabet videre som et personligt drevet selskab.

Arbejdsretten kom frem til, at eneanpartshaveren havde overtaget samtlige af selskabets aktiver med henblik på at fortsætte den hidtidige virksomhed. Efter bevisførelsen omkring virksomhedens arbejdsområde, aktiver, ansatte m.v., lagde Arbejdsretten til grund, at virksomheden var identisk med det tidligere anpartsselskab.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt.

*Arbejdsrettens dom af 27. april 1995 i sag nr. 94.170*

I denne sag havde et moderselskab indgået en tiltrædelsesoverenskomst, der var gældende for selve selskabet samt

”tilsluttede virksomheder”. Der var flere tilsluttede virksomheder til moderselskabet, og alle virksomhederne var ejet 100 % af den samme ejer.

Moderselskabet og de tilsluttede virksomheder gik herefter konkurs. Den ene af de tilsluttede virksomheder blev ifølge Lønmodtagernes Garantifond overtaget af et andet selskab, ligesom at et af den overenskomstbærende lønmodtagerorganisations medlemmer havde fortsat sit ansættelsesforhold i dette efter overtagelsen. I dette andet selskab var direktøren den samme person, som ejeren af det konkursramte moderselskab og de tilsluttede virksomheder, og han ejede ca. 30 % af selskabet. Det nye selskab afviste at være bundet af overenskomsten.

Arbejdsretten kom frem til, at det nye selskab havde en sådan identitet med de tilsluttede virksomheder under det konkursramte moderselskab, at overenskomsten fortsat var gældende. Arbejdsretten lagde vægt på, at det var det samme arbejde, der blev udført og af til dels de samme medarbejdere, samt at ledelsen i hele perioden havde været den samme.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt.

*Retsformandsafgørelse af 10. november 2010 i sag AR2009.0335*

I sagen overdragede et aktieselskab sine driftsmidler, driftmateriel, immaterielle rettigheder, ordrebeholdning og igangværende arbejder, forudbetalinger, varebeholdning, factoring-arrangementer mv., samt et antal medarbejdere til et anpartsselskab under næsten samme navn, der fortsatte driften fra samme adresse som aktieselskabet. Overdragelsesaftalen blev underskrevet for både sælger og køber af samme person, der var direktør for begge selskaber. Efter overdragelsesaftalen skiftede aktieselskabet adresse og navn.

Arbejdsretten lagde til grund, at de to selskaber var identiske i forhold til opfyldelsen af de forpligtelser, der fulgte af overenskomsten. Arbejdsretten lagde vægt på de ensartede ledelses- og ejerforhold i selskaberne samt indholdet af overdragelsesaftalen.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt.

*Retsformandsafgørelse af 31. maj 2012 i sag AR2009.0296*

I denne sag var et anpartsselskab på vej mod uundgåelig konkurs. Eneejeren, der også var direktør i virksomheden, valgte kort inden konkursen at stifte et nyt anpartsselskab med sin søn, hvor begge fremgik som direktører. Det nye anpartsselskab havde i starten drift fra samme adresse som det konkursramte selskab, men skiftede senere adresse. Det nye selskab benyttede ligeledes samme telefonnummer, værktøj, firmabil, materialer og lager som det tidligere selskab, ligesom at det overtog arbejdet på nogle af det gamle selskabs byggepladser.

Arbejdsretten nåede på baggrund af ovennævnte omstændigheder frem til, at der var tale om arbejdsretlig identitet.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt.

*Retsformands afgørelse af 7. september 2012 i sag AR2011.0719*

Sagen omhandlede et personligt ejet selskab og et anpartsselskab, der havde samme indehaver, henholdsvis eneanspartshaver. Selskaberne havde samme adresse, telefonnummer og havde de samme opgaver, der blev fordelt mellem selskaberne af indehaveren.

Allerede på baggrund af disse oplysninger fandt Arbejdsretten, at der var arbejdsretlig identitet selskaberne imellem.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt.

Sagen startede, da det ene selskab gik konkurs, men selskaberne havde også længere sideløbende eksistens, hvorfor sagen også kan betragtes som relevant i relation til den 3. gruppe af typetilfælde

*Retsformandsafgørelse af 2. oktober 2012 i sag AR2010.0335*

Sagen omhandlede flere ting så som identitet mellem flere selskaber og en selskabsejer. Grundlæggende set var der tale om hoteldrift, hvor det første anpartsselskab var ejet af flere forskellige selskaber, hvor indehaveren og dennes kone tilsammen ejede 50% af andelen i anpartsselskabet. Det andet anpartsselskab var udelukkende ejet af inde-

haveren og dennes kone, men også gennem andre selskaber.

Hoteldriften blev overført fra det første til det andet anpartsselskab, hvorefter lønmodtagersiden påstod, at der var arbejdsretlig identitet mellem de to. Indehaveren havde forklaret, at overførslen skyldtes et ønske om at fortsætte hoteldriften, men at ham, der ejede de sidste 50% af det første anpartsselskab, var problematisk herfor.

Arbejdsretten kom i den for nærværende artikel relevante del af afgørelsen frem til, at der ikke forelå den samme ejerkreds selskaberne imellem, samt at der ikke var påvist misbrug af selskabskonstruktioner eller en omgåelseshensigt.

Det er ikke muligt at læse ud af afgørelsen, om de forskellige begrundelser for afgørelsen baserer sig på, at der er tale om kumulative kriterier, der alle skulle være opfyldt, eller om retsformanden afviser de forskellige argumenter enkeltvis.

*Arbejdsrettens dom af 21. april 2015 i sag AR2012.0585*

I sagen blev det oprindelige selskab, der havde overenskomst med NNF, taget under konkursbehandling den 16. juli 2012. Den 18. juli 2012 blev et nyt aktieselskab oprettet med samme navn tilføjet årstallet 2012, og samme dag blev der indgået en overdragelsesaftale mellem de det nye selskab og kurator, der omhandlede varelageret og de immaterielle rettigheder. Alle medarbejdere blev opsagt fra det konkursramte selskab allerede den 16. juli 2012, men cirka 13 af de 23-25 medarbejdere fortsatte senere i det nye selskab. Det var, trods lidt rokering i hvem der fremgik som direktør og hvem der i stedet var bestyrelsesmedlemmer, samme familie, som stiftede det nye selskab, som tidligere havde drevet det konkursramte selskab.

Arbejdsretten når frem til, at der ikke er tale om arbejdsretlig identitet, da det nye firma havde handlet direkte med kurator og da aftalen alene omhandlede varelager og immaterielle rettigheder, og da dette var sket i forbindelse med konkurs, var formålet ikke at slippe ud af den gældende overenskomst.

Afgørelsen synes at sætte lighedstegn mellem omgåelse og arbejdsretlig identitet, hvilket er et helt enestående resultat i forhold til de andre afgørelser inden for denne gruppering af afgørelser, og resultatet synes ikke at stemme overens

med den ellers ret tydelige tendens indenfor denne gruppering af sager.

*Retsformandsafgørelse af 30. januar 2020 i sag AR2019-215/AR2019.0419*

Sagen omhandler 3 fortløbne selskaber, der alle ender med at gå konkurs. Der er perioder med overlap, hvor selskaberne eksisterer sideløbende med hinanden, og alle selskaberne havde samme adresse, samme ejer og samme direktør. En del medarbejdere gik igen i virksomhederne og arbejdsopgaver og kundekreds var den samme.

Arbejdsretten slog under henvisning hertil fast, at der var tale om arbejdsretlig identitet.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt.

*Retsformandsafgørelse af 18. januar 2022 i sag nr. 2020-1307*

I sagen var der tale om et byggefirma, der blev drevet som anpartsselskab af to anpartshavere, blandt andet gennem diverse af dem ejede holdingselskaber.

I marts 2019 fik selskabet indsat "privat" i sit navn, mens de to anpartshavere samtidig opkøbte et andet selskab, omdannede dette til også at have branchekode indenfor byggeriet, ligesom at den optog det oprindelige selskabs navn plus "erhverv". Det var angiveligt hensigten, at begge firmaer skulle videreføres, hvorefter det ene alene tog opgaver fra privatkunder, mens det andet tog opgaver fra erhvervs-kunder.

Kort efter opdelte de to anpartshavere sig således, at den ene fremgik som eneanpartshaver af det ene selskab, mens den anden fremgik som eneanpartshaver af det andet. Selskaberne blev dog fortsat drevet fra samme adresse og med samme hjemmeside. Efter det oplyste var der heller ikke forskel på medarbejderstaben, da medarbejderne både arbejdede for erhvervs-kunder og private kunder.

Få måneder efter opkøbet og omdannelsen af "erhverv" blev "privat" erklæret konkurs, hvorefter lønmodtagerorganisationen ikke kunne få betalt et aftalt bodsbeløb af "privat". Sagen blev derfor rejst for at overføre bodskravet mod "erhverv" qua arbejdsretlig identitet.

Et af lønmodtagerorganisationens medlemmer oplyste under sagen, at han havde fortsat sit arbejde på samme byggepladser selv efter "privats" konkurs, trods at han oprindeligt var ansat der.

Arbejdsretten kom på baggrund af de ovennævnte oplysninger frem til, at der i den korte tid, hvor begge selskaber eksisterede, ikke var grundlag for at anse dem som selvstændige enheder, der skulle løse forskellige opgaver. Arbejdsretten fastslog derfor, at der var arbejdsretlig identitet selskaberne imellem.

Sagen viser således, at selv når arbejdsgiverne har et, i og for sig sagligt grundlag til at drive to selvstændigheder virksomheder - og dermed ikke hensigt til omgåelse af overenskomstforpligtelserne - så kræver det, at selskaberne reelt bliver drevet som to selvstændige enheder og ikke blot, at de, på papiret, har forskellig ledelse og varetager forskellige opgaver.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt.

## **2.2) Sammenfatning**

Som det kan ses ud fra praksis, er det afgørende element i langt de fleste sager en ren vurdering af de objektive kriterier. Muligvis er der indenfor denne kategori en tendens til en mere udførlig prøvelse af identiteten. Der synes i den forbindelse især at blive lagt vægt på, hvordan selskaberne drives, og om der reelt er forhold, der adskiller dem fra hinanden.

Omgåelse og omgåelseshensigt bliver alene berørt i 3 af afgørelserne, og kun i den ene af disse synes omgåelseshensigten at have været brugt som et kriterie til at fastslå, om der forelå arbejdsretlig identitet. I de to andre sager, er der henholdsvis erkendt omgåelseshensigt, der understøtter synspunktet om arbejdsretlig identitet, mens det i den sidste er vanskeligt at udlede, hvordan omgåelseshensigten indgår i vurderingen.

Som flertallet af afgørelserne fastslår, så er udgangspunktet altså indenfor denne gruppering af sager, at de objektive kriterier vil kunne stå alene som argument for arbejdsretlig identitet.

### 3) Sideløbende eksisterende selskaber

I nærværende kategori findes afgørelserne om de sideløbende eksisterende selskaber. Der er i sagerne ikke nødvendigvis en udskillelse af opgaver selskaberne imellem, ligesom at deres samarbejde alene er som koncernforbundne selskaber og ikke som sådan, at de udfører samme opgaver eller blander opgaveløsningen sammen. Der er derfor allerede på denne baggrund flere af de objektive kriterier, der ikke nødvendigvis er opfyldt i disse sager.

Én ting der dog også kan være relevant for kategorien er, om der muligvis er behov for, at der er tale om "længerevarende" sideløbende eksisterende selskaber. I den tidligere nævnte retsformandsafgørelse af 18. januar 2022 i sag nr. 2020-1307 var selskabernes sideløbende eksistens så kort, at de ikke kunne anses for at have været to adskilte juridiske enheder, da det ene af selskaberne gik konkurs.

Under denne kategori kunne også henføres sager, hvor et selskabs identitet bliver delt med indehaveren eller direktøren grundet manglende opdeling mellem den fysiske og den juridiske person, men dette burde anses for at have dets egen kategori<sup>10</sup>.

Der foreligger dog fortsat rigeligt af praksis indenfor området.

#### 3.1) Retspraksis

*Arbejdsrettens dom af 10. juni 1993 i sag nr. 92.228*

Nærværende sag omhandler et selskab, der overførte størstedelen af dets pakhussarbejde til ét af selskabet 100 % ejet anpartsselskab. Der blev ikke overført medarbejdere, men overenskomsten i anpartsselskabet var væsentligt dårligere for pakhussarbejdere end overenskomsten var i ejerselskabet.

Arbejdsretten udtalte, at ejerselskabet ikke kunne forlange pakhussarbejdet udført til den væsentligt mindre løn, der fremgik af overenskomsten i det ejede anpartsselskab. Det overførte pakhussarbejde skulle derfor fortsat aflønnes ud fra ejerselskabets overenskomst.

Afgørelsen er ret kortfattet formuleret, men det synes at kunne udledes, at klagerne primært argumenterede med omgåelse af overenskomsten ved, at virksomheden fik det samme arbejde udført i et andet cvr.nr, men med samme

ejere, og derved kunne aflønne lavere. Hvilket også synes at være det, Arbejdsretten lægger vægt på.

Sagen omhandler således i realiteten en ren omgåelsessituation uden fremhævelse af de objektive kriterier, der kan medføre arbejdsretlig identitet. Dog er nogen af kriterierne rent faktisk opfyldt – samme ejerkreds og samme arbejde.

*Retsformandsafgørelse af 24. oktober 2007 i sag A2007.429*

I denne sag drev en person både et personligt ejet selskab og et anpartsselskab. Virksomhederne havde samme navn, telefon- og telefaxnummer fra samme adresse. Selskaberne havde de samme opgaver og fælles kundekreds. Ligeledes var det virksomhedsejeren, der selv forestod fordelingen af arbejdsopgaverne.

Arbejdsretten kom frem til, at der ikke i arbejdsretligt henseende forelå to adskilte virksomheder, da virksomhedsejeren således fik en selskabsretlig adgang til at disponere sig ud af sine arbejdsretlige forpligtelser.

Sagen er interessant, da den bruger de objektive kriterier om arbejdsretlig identitet, men samtidigt lader til at lade det være udslagsgivende, at alternativet ville være, at arbejdsgiveren ville have mulighed for at omgå de overenskomstmæssige forpligtelser, hvis man kunne drive selskaberne på den måde.

Afgørelsen lægger altså vægt på omgåelse men ikke på, om der var en hensigt til omgåelse.

Arbejdsrettens afgørelse er den første i en række af afgørelser, der basalt set synes at vurdere, om de to selskaber har været drevet adskilt.

*Retsformandsafgørelse af 5. august 2008 i sagerne A2008.002, A2008.219 og A2008.220*

I nærværende sag stiftede en ejer af en virksomhed drevet i personligt regi et anpartsselskab indenfor samme branche, der blev drevet fra samme adresse og under samme ledelse.

Det bliver i afgørelsen lagt til grund, at der ikke var noget overlap mellem de to selskaber i relation til medarbejdere, arbejdsopgaver eller kunder.

<sup>10</sup> Kategorien er ikke gennemgået, men praksis kan findes i Arbejdsrettens dom af 21. juni 1990 i sag nr. 88.418, Arbejdsrettens dom af 19. februar 1992 i sag nr. 91.030 og Arbejdsrettens dom af 15. marts 1993 i sag nr. 92.200. Grundet den nære tidsmæssige sammenhæng mellem alle afgørelserne i kategorien, må kategorien anses for at være ude af "mode" nu. Det vides ikke hvorfor.

Under de omstændigheder var det ledelsesmæssige personsammenfald, kombineret med samme adresse, telefon og fax ikke tilstrækkeligt til at dokumentere arbejdsretlig identitet.

Afgørelsen adskiller sig fra de under punkt 2 gennemgåede afgørelser om konkurs ved, at det var det nye selskab (anpartsselskabet), der gik konkurs. Der er således ikke tale om typesituationen under punkt 2, hvor et nødlidende selskab videreføres i en ny skal.

Afgørelsen viser, at i det omfang der holdes vandtætte skotter mellem 2 selskaber, vil Arbejdsretten være tilbageholdende med at fastslå arbejdsretlig identitet. Altså samme tema som i den forrige afgørelse, hvor forskellen i udfald synes at være betinget af, om den løbende drift har været holdt adskilt.

*Retsformandsafgørelse af 16. december 2009 i sag AR2008.755*

Sagen omhandlede en natklub og restaurant, hvor der efter flere ejerskifte var tvivl om, hvorvidt restauranten fortsat var omfattet af den overenskomst, som den oprindelige restaurant havde indgået.

Ejerne var i første omgang en fysisk person, der derefter overtog driften med ét af ham ejet anpartsselskab og derefter ét af ham ejet aktieselskab, dernæst endnu et anpartsselskab og til sidst endnu et anpartsselskab, hvor alle anparter blev ejet af et irsk anpartsselskab, hvor i hvert fald halvdelen af anparterne var ejet af samme fysiske person. Ejendommen, hvor restauranten var beliggende, var ligeledes ejet af et anpartsselskab, der var ejet af det irske anpartsselskab.

Der var under restaurantens levetid og mellem de mange ejerskifte, blevet afsagt flere domme, hvorefter restauranten fortsat var forpligtet af overenskomsten.

Grundet at den fysiske person bag ejerselskaberne flere gange havde anerkendt, at restauranten fortsat var omfattet af overenskomsten, før det irske selskab blev ejerselskabet, samt at der fortsat var den samme ejerkreds i selskaberne, så fandt Arbejdsretten allerede af denne grund, at der forelå arbejdsretlig identitet, hvorfor den nyeste inkarnation af restauranten også var omfattet af overenskomsten.

Arbejdsretten lagde altså udelukkende de objektive kriterier, samt restaurantens og ejerkredsens tidligere historie til grund.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt. Tværtimod havde ejeren tidligere bekræftet overenskomstrelationen på trods af virksomhedsforandringer.

*Retsformandsafgørelse af 8. juni 2012 i sag AR2011.0393*

Nærværende sag omhandlede to gulvbelægnings selskaber, hvor den ene blev drevet i personligt regi, mens det andet var et anpartsselskab, der i princippet var stiftet af den personlige virksomhedsejers hustru. Den personlige virksomhedsejer var ligeledes tegningsberettiget direktør i anpartsselskabet. Selskaberne blev drevet sideløbende fra samme adresse, med samme lokaler, til dels samme medarbejdere og med samme branche og opgaver over en periode på 3 år.

Arbejdsretten kom frem til, at der på trods af, at virksomhedsejers hustru var eneanpartshavere, ikke var tale om to adskilte selskaber.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt. Sagen minder på en lang række punkter om AR2011.0719, der er gennemgået under punkt 2.

Dommene kan, selvom begrundelsen er helt anderledes, læses i sammenhæng med de tidligere gennemgåede sager A2007.429 og A2008.002 (mfl.), hvor faktum var ret identisk.

Arbejdsrettens konklusioner synes i alle sagerne at være, at de objektive kriterier peger på arbejdsretlig identitet, men at der i denne situation også skal ses på, om selskaberne har holdt deres drift adskilt. Selvom en af afgørelserne er truffet ud fra en omgåelsesbetragtning, så er der i ingen af afgørelserne lagt vægt på omgåelseshensigt.

*Retsformandsafgørelse af 13. december 2012 i sag AR2012.0045*

Sagen omhandler to byggeselskaber, der benyttede samme lokaler, maskiner, værktøj, telefoner og til dels samme medarbejdere. Begge selskaber havde samme ejerkreds, men forud for den oprindelige ejers død var det ene selskab alene drevet som et holding selskab. Det selskab, der altid var ført som en byggevirksomhed, gik senere konkurs,

hvorefter lønmodtagersiden gjorde gældende, at der var arbejdsretlig identitet.

Arbejdsretten fandt, at der var en sådan identitet mellem selskaberne, at det overlevende selskab fortsat var forpligtet i relation til opfyldelsen af de overenskomstmæssige forpligtelser, herunder de eksisterende forpligtelser overfor medarbejderne.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt.

*Retsformandsafgørelse af 28. oktober 2014 i sag AR2013.0577*

Sagen omhandlede en virksomhedsejer, der havde et personligt drevet tømrerfirma. Virksomhedsejeren oprettede efterfølgende et aktieselskab gennem et holding selskab, hvorefter virksomhedsejeren var direktør og bestyrelsesmedlem i aktieselskabet.

To medarbejdere blev oprindeligt ansat i det personligt drevne selskab, hvorefter de overgik til ansættelse i aktieselskabet, som havde overenskomst. Efter flere år blev medarbejderne opsagt, og aktieselskabet indgav en konkursbegæring. I slutningen af medarbejdernes opsigelsesperiode fortsatte de med at arbejde i det personligt drevne selskab igen, men havde dog fortsat et lønkrav mod aktieselskabet.

Kort herefter oprettede virksomhedsejeren et nyt anpartsselskab, hvorefter det personligt drevne selskab overdragedes til anpartsselskabet, og derefter gik konkurs. Lønmodtagersiden forsøgte derfor at påberåbe arbejdsretlig identitet selskaberne imellem.

Arbejdsretten kom dog frem til, at det stod klart for medarbejderne, hvem deres arbejdsgiver havde været under hver ansættelse, ligesom at der var en tilstrækkelig klar adskillelse mellem de to virksomheder både internt og udadtil. Der var derfor, trods samme ejerkreds og ledelse, samt samme adresse, ikke arbejdsretlig identitet mellem selskaberne. Til denne konklusion bør det nævnes, at selskaberne havde forskellige biler, logoer, værktøj og ingen fælles drift. De havde også adskilt økonomi, bogholderi og regnskab, ligesom at lønsedlerne var forskellige.

Afgørelsen er fint i tråd med den tidligere beskrevne række af afgørelser, hvor de objektive kriterier peger på arbejds-

retlig identitet, og der så laves en vurdering af, om driften har været holdt adskilt.

*Retsformandsafgørelse af 19. januar 2015 i sag AR2014.0086*

Sagen omhandlede en virksomhedsejer, der personligt drev en planteskole, der beskæftigede sig med produktion og salg af sirbuske samt havecenter. Det var alene virksomhedsejeren og dennes kone, der arbejdede med sirbuskene.

På et senere tidspunkt stiftede virksomhedsejeren og dennes søn et anpartsselskab, som blev drevet fra samme adresse. Der blev ikke overført aktiver, aktiviteter eller medarbejdere fra det personligt drevne selskab til anpartsselskabet, ligesom at anpartsselskabet alene beskæftigede sig med produktion og salg af potteroser samt produkter, der blev opkøbt af et andet interessentskab, der også var stiftet mellem virksomhedsejeren og dennes søn. Der var heller ikke overført aktiver, aktiviteter eller medarbejdere til interessentskabet.

Arbejdsretten fandt på denne baggrund, at der ikke forelå arbejdsretlig identitet mellem det personligt drevne selskab og anpartsselskabet eller interessentskabet.

Afgørelsen er rent baseret på objektive kriterier, og der er i afgørelsen ikke lagt vægt på omgåelse eller omgåelseshensigt.

*Arbejdsrettens dom af 24. september 2015 i sag AR2013.0453*

Sagen angik, om en rengøringsvirksomhed havde startet datterselskab for hotelrengøring med det formål at omgå overenskomsten. Datterselskabet havde i længere tid været uden aktiviteter og medarbejdere, da denne blev meldt ind i en anden arbejdsgiverorganisation end moderselskabet. Lønmodtagersiden mente, at det var en omgåelse af moderselskabets overenskomst, at datterselskabet meldte sig ind i en anden arbejdsgiverorganisation.

Arbejdsretten lagde til grund, at datterselskabet havde egen selvstændige ledelse, og ikke havde modtaget medarbejdere, materiel eller kontrakter fra moderselskabet. Datterselskabet var endvidere specifikt oprettet til rengøringsvirksomhed i hotelbranchen, hvor den dominerende brancheoverenskomst var indgået med den arbejdsgiverorganisation, som datterselskabet havde meldt sig ind i.

Arbejdsretten kom derfor frem til, at selskaberne blev drevet som selvstændige og klart adskilte enheder med hver deres forretningskoncepter, hvilke var oprettet loyalt og driftsmæssigt begrundet. Derudover fandt Arbejdsretten, at oprettelsen af datterselskabet ikke var et forsøg på omgåelse af moderselskabets overenskomst.

Der var i sagen igen en intens prøvelse af de objektive kriterier, og om selskaberne reelt set blev drevet som selvstændige og adskilte juridiske enheder. Da det blev konstateret, at der var sådan en adskillelse, blev det endvidere slået fast, at der heller ikke var tale om en omgåelse af moderselskabets overenskomst.

Afgørelsen fastslår altså først, at der ikke var arbejdsretlig identitet, og går så bagefter ind i en prøvelse af, om der er omgåelse.

I denne afgørelse er arbejdsretlig identitet og omgåelse altså behandlet som to alternative argumenter for, at overenskomsten fortsat var gældende og ikke to kumulative kriterier.

#### *Arbejdsrettens dom af 7. april 2016 i sag AR2015.0328*

Nærværende sag omhandlede situationen, hvor et flyselskab opkøbte et andet flyselskab. I forbindelse med opkøbet overdrogede ejerselskabet en del af produktionen til det opkøbte selskab. Der blev overdraget personale til det opkøbte selskab, og leaset fly og mandskab mellem selskaberne.

Lønmodtagersiden gjorde gældende, at der var arbejdsretlig identitet selskaberne imellem, hvorfor det opkøbte selskab skulle følge ejerselskabets overenskomst.

Arbejdsretten lagde til grund, at der var tale om to selvstændige juridiske enheder, med selvstændige ledelser og hver deres personale og forretningsmæssige områder (korte regionale ruter /længere ruter). De overdragelser, der var foregået, var driftsmæssigt begrundet. Der var derfor hverken arbejdsretlig identitet eller forsøg på omgåelse af overenskomsten.

Også i denne sag behandles arbejdsretlig identitet og omgåelse som to separate synspunkter.

#### *Retsformandsafgørelse af 7. september 2021 i sag nr. 2021-171*

Sagen omhandler to transportselskaber, der havde samme stifter, ejer og branche. Det ene selskab gik konkurs, hvorefter lønmodtagersiden gjorde forpligtelserne gældende overfor det overlevende selskab.

Imidlertid kom Arbejdsretten frem til, at begge selskaber var i drift, da tvisten om løn opstod. Arbejdsretten slog fast, at der var tale om to separate enheder, og at der ikke var et forsøg på omgåelse af de overenskomstmæssige forpligtelser.

Afgørelsens vægtning af, at begge selskaber var i drift på tidspunktet for tvistens opståen, er lidt atypisk for denne type af sager, og med den kortfattede afgørelse er det svært helt at fortolke rækkevidden heraf. Men afgørelsen fremhæver igen, at der var tale om 2 adskilte selskaber.

### **3.2) Sammenfatning**

I nærværende kategori findes alle de sager, hvor selskaberne har haft en "længere" sideløbende eksistens, hvorefter lønmodtagersiden påstår arbejdsretlig identitet selskaberne imellem. På denne baggrund har kategorien nok også den mest intensive prøvelse af de objektive kriterier for arbejdsretlig identitet, da der ofte foreligger et grundlag for, at selskaberne er selvstændige juridiske enheder, hvis de har fungeret sideløbende i længere tid.

Det synes imidlertid i langt de fleste afgørelser at være de kendte objektive kriterier, der er afgørende for udfaldet af sagerne, dog med den tvist, at hvis virksomheden formår at dokumentere, at virksomhederne har været drevet adskilt, så er Arbejdsretten meget tilbageholdende med at statuere arbejdsretlig identitet.

Da det også er kategorien, hvor der er flest afgørelser, som lønmodtagersiden har tabt, så kommer de subsidiære anbringender også oftere i spil. I denne forbindelse kan det ses, at Arbejdsretten ofte, hvis ikke der foreligger arbejdsretlig identitet, ser på, om der er tale om omgåelse af de overenskomstmæssige forpligtelser.

Omgåelselæren fremstår derfor som en ekstra efterfølgende prøvelse, hvis der ikke foreligger arbejdsretlig identitet ud fra de objektive kriterier.

## 7. KONKLUSION

I nærværende artikel er gennemgået store dele af praksis indenfor arbejdsretlig identitet samt i denne anledning set på, hvad der adskiller prøvelsen af identiteten i de forskellige scenarier. Hvis der ses bort fra enkelte afvigere, så synes praksis at være relativt klar.

Gennemgangen af praksis viser, at omgåelse også i relation til arbejdsretlig identitet er en selvstændig retslære, og det ville da også være ulogisk, hvis omgåelse indenfor det arbejdsretlige område skulle kombineres med et yderligere krav (eksistensen af de objektive kriterier fra praksis om arbejdsretlig identitet) for, at der kan konstateres omgåelse. Der synes ikke at være nogen argumenter for en sådan skærpet vurdering på netop dette område.

Tværtimod viser retspraksis om arbejdsretlig identitet, at der udover ren omgåelse også er en særlig identitetsgrundsætning på det arbejdsretlige område, der er forskellig fra den rene omgåelselære.

Konklusionen i den tidligere artikel om, at arbejdsretlig identitet skal opfylde 2 kumulative krav 1) de objektive kriterier og 2) omgåelseshensigt, kan således ikke tiltrædes.

Forfatterens konklusioner i afsnit 6 om sagsgennemgang og analyse, kan sammenfattes i nedenstående skema:

Ren identitet	Sløret identitet	Sideløbende selskaber
<p>Det afgørende i disse sager er alene, om de objektive kriterier er opfyldt eller ej.</p> <p>Omgåelseshensigt er ikke nødvendig.</p>	<p>Det afgørende i disse sager er, om de objektive kriterier er opfyldt eller ej.</p> <p>Der er nok en tendens til en mere intens prøvelse af kriterierne og deres vægtning<sup>11</sup>. Derudover er der en tendens til at se på, om selskaberne reelt har været drevet adskilt.</p> <p>Omgåelseshensigt er ikke nødvendig, om end omgåelse nævnes i enkelte af afgørelserne.</p>	<p>Det afgørende i disse sager er, om de objektive kriterier er opfyldt eller ej.</p> <p>Praksis viser dog, at arbejdsgivere, der kan bevise, at selskaberne har været drevet klart adskilt, vil kunne undgå at blive dømt, selvom de objektive kriterier ellers peger på arbejdsretlig identitet.</p> <p>Omgåelseshensigt er ikke nødvendig, men flere afgørelser behandler dog omgåelse som et subsidiært anbringende til at opnå samme retsstilling.</p>
+ objektive kriterier → arbejdsretlig identitet.	+ objektive kriterier (÷ drevet klart adskilt) → arbejdsretlig identitet.	+ objektive kriterier ÷ drevet klart adskilt → arbejdsretlig identitet.

<sup>11</sup> Det har ikke været artiklens formål at undersøge dette.



Vil du holde dig opdateret uden anstrengelser og på dine egne præmisser?

... så kan du følge **HR JURA** på LinkedIn, hvor alle nyheder og seneste udgivelser af HR JURA Magasinet bliver annonceret.

# ER DER SKET EN PRAKSISÆNDRING I FORHOLD TIL VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSESLOVEN?



LISE LAURIDSEN  
PARTNER, ADVOKAT (H)



MORTEN ULRICH  
PARTNER, ADVOKAT (H)



SANDRO RATKOVIC  
PARTNER, ADVOKAT (L)

## 1. INDLEDNING

Virksomhedsoverdragelsesloven, der implementerer direktiv 2001/23/EF om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstageres rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter ("Direktivet"), finder anvendelse i de situationer, hvor der sker overdragelse af en virksomhed eller en del heraf.

Det følger af Direktivets artikel 1, stk. 1, litra b), at definitionen på en overførsel, som er omfattet af Direktivet, er "*en overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet*". EU-Domstolen har i en lang række domme<sup>1</sup> taget stilling til, hvad der nærmere kræves for, at det, der overdrages, kan siges at have bevaret sin identitet efter overdragelsen.

Det har længe været antaget, at i de brancher, der er kendetegnet ved, at der ikke er driftsaktiver af betydning (fx løsøre), og hvor aktiviteten således hovedsageligt er baseret på arbejdskraft (fx rengøringsbranchen), vil det afgørende i forhold til spørgsmålet, om identiteten er bevaret, være, om erhververen overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos erhververen var

beskæftiget med den aktivitet, som nu overdrages (jf. fx C-13/95 Süzen, præmis 21, og C-200/16 Securitas, præmis 29).

Det stiller sig anderledes i brancher, hvor eksistensen af driftsaktiver har væsentlig betydning for udøvelsen af virksomheden. I en sådan situation bliver overdragelsen af de pågældende driftsaktiver central for bedømmelsen.

Ovennævnte mangeårige retstilstand er muligvis blevet udfordret af EU-Domstolens dom af 27. februar 2020 i C-298/18 Grafe og Pohle ("Dommen"), og formålet med nærværende artikel er derfor at undersøge, i hvilket omfang Dommen er udtryk for en egentlig praksisændring, således at vi nu skal vænne os til at operere med en lavere tærskel for, hvad der kan udgøre en virksomhedsoverdragelse i Direktivets forstand.

## 2. VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSESLOVEN

### 2.1. Indledning

Formålet med virksomhedsoverdragelsesloven er - i korte træk - at beskytte de medarbejdere, der i forbindelse med

<sup>1</sup> Se fx OY Liikenne Ab (C-172/99) præmis 27 og den der nævnte retspraksis.

en overdragelse, der er omfattet af loven, får en ny arbejdsgiver (erhververen). De vigtigste hovedprincipper i virksomhedsoverdragelsesloven er, at

- (i) erhververen indtræder i de rettigheder og forpligtelser, som den tidligere arbejdsgiver (overdrageren) havde over for de medarbejdere, som er i et bestående ansættelsesforhold på overdragelsestidspunktet, og som erhververen overtager,
- (ii) der ikke kan ske opsigelse af medarbejderne som følge af selve virksomhedsoverdragelsen, medmindre opsigelserne kan henføres til økonomiske, tekniske eller organisatoriske grunde, og
- (iii) medarbejderne er forpligtede til at fortsætte deres ansættelse hos erhververen.

## 2.2. Virksomhedsoverdragelse i lovens forstand (bevarelse af identiteten)

Som nævnt ovenfor har EU-Domstolen i flere afgørelser taget stilling til, om identitetsbetingelsen har været opfyldt. I de forskellige afgørelser har EU-Domstolen opstillet en række kriterier, der hver for sig skal indgå i vurderingen af, om identiteten er bevaret. I Spijkers-dommen (C-24/85, præmis 13) nedfældede EU-Domstolen følgende kriterier, som skal inddrages i vurderingen af, om identiteten er bevaret (de såkaldte Spijkers-kriterier):

- Hvilken form for virksomhed eller bedrift er der tale om
- Hvorvidt der er sket en overtagelse af de fysiske aktiver som for eksempel bygninger og løsøre
- Værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overdragelsen
- Hvorvidt den nye indehaver overtager størstedelen af arbejdsstyrken
- Om kundekredsen overtages
- I hvor høj grad de økonomiske aktiviteter før og efter overdragelsen er de samme
- Hvor længe virksomhedens drift eventuelt har været indstillet

EU-Domstolen har videre præciseret, at disse omstændigheder kun indgår i vurderingen som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, hvorfor de ikke kan vurderes isoleret. Der kan fx ikke generelt stilles krav om, at der skal

ske overdragelse af materielle og/eller immaterielle aktiver for, at Direktivet kan finde anvendelse (jf. C-171/94 og C-172/94 Ford Motors, præmis 21).

I Süzen-dommen (C-13/95) henviste EU-Domstolen til, at

*"I visse brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed, og en sådan enhed vil kunne opretholde sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikation betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængerens specielt udførte denne opgave." (præmis 21)*

På samme måde fastslog EU-Domstolen i CLECE-dommen (C-463/09), at

*"... identiteten af en økonomisk enhed som den i hovedsagen omhandlende, der i det væsentligste udgøres af arbejdsstyrken, [kan] ikke opretholdes, hvis ikke størstedelen af arbejdsstyrken overtages af den angivelige erhverver." (præmis 41)*

I Liikenne-dommen (C-172/99)<sup>2</sup>, som vedrørte et busselskabs overtagelse efter offentligt udbud af busdriften, havde den tidligere busentreprenør drevet virksomheden med 26 busser. Ingen af disse blev overtaget af den nye entreprenør, som til gengæld ansatte 33 af de 45 buschauffører, som den første entreprenør måtte afskedige i forbindelse med, at opgaven gik over til den nye entreprenør. EU-Domstolen henviste til, at i en branche som offentlig busdrift, hvor de fysiske elementer udgør et væsentligt element i virksomhedsdriften, kan den manglende overførsel fra den tidligere kontraktpart til den nye af en væsentlig del af disse elementer, der er uundværlige for en tilfredsstillende drift af enheden, føre til, at enheden ikke kan anses for at have bevaret sin identitet, og at der derfor ikke er tale om en overdragelse i Direktivets forstand (præmis 42).

På baggrund af denne retspraksis synes det afgørende for bedømmelsen i forhold til, om identiteten er bevaret, at være en vurdering af, i hvilket omfang materielle aktiver

<sup>2</sup> Se også CLECE-dommen (C-463/09).

eller medarbejdere er centrale for virksomhedens aktivitet, og om disse er blevet overdraget til den nye erhverver<sup>3</sup>.

I Danmark har Arbejdsretten i dommen A2004.244 af 25. maj 2005 i overensstemmelse hermed afgjort, at der ikke forelå virksomhedsoverdragelse i lovens forstand i forbindelse med overtagelse af renovationsopgaver, uden at der medfulgte renovationsbiler:

*"Arbejdsretten finder, at renovationsbilerne i den foreliggende sag må anses som væsentlige fysiske elementer i forbindelse med udførelsen af den omhandlede opgave på samme måde som busserne i Liikenne-sagen, og den omstændighed, at den indklagede virksomhed muligt i et vist omfang har benytter sig af driftsmidler som den tidligere virksomhed også benyttede sig af, må være uden betydning, jf. herved oplysningerne i EF-domstolens dom i Liikenne-sagen, hvorefter det nye selskab lejede to busser og købte uniformer af den tidligere virksomhed."*

På samme måde nåede Højesteret i UfR 2016.2990H frem til - blandt andet ved at henvise til Liikenne-dommen - at den manglende overdragelse af busser fra et busselskab (den tidligere operatør) til et andet (den nye operatør) førte til, at virksomhedsoverdragelsesloven ikke fandt anvendelse, selvom den nye operatør havde ansat 19 ud af 20 medarbejdere, som hidtil havde været ansat hos den gamle operatør. Højesteret udtalte:

*"For så vidt angår aktiviteter som regulær offentlig bus-transport, der ikke i det væsentlige er baseret på arbejdskraft, og hvor de fysiske elementer til drift af busruten udgør et væsentligt element i virksomhedsdriften, fører manglende overførsel af væsentlige fysiske elementer fra den hidtidige kontraktpart til den nye i hvert fald som det helt klare udgangspunkt til, at der ikke er tale om en enhed, der har bevaret sin identitet, jf. EU-Domstolens dom af 25. januar 2001 i sag C-172/99 (Liikenne) præmis 39, 42 og 43."*

På baggrund af den nævnte retspraksis synes man hidtil at kunne opsummere retstilstanden således, at i de brancher, hvor de fysiske elementer udgør et væsentligt element i virksomhedsdriften, kan den manglende overførsel af disse aktiver føre til, at enheden ikke kan anses for at have bevaret sin identitet med den konsekvens, at der ikke er tale om en

virksomhedsoverdragelse. Det forhold, at der i en sådan situation alene er sket overførsel af medarbejdere, er ikke nødvendigvis i sig selv nok.

### 3. DOMMEN I C-298/18 - GRAFE OG POHLE

Sagen omhandlede spørgsmålet om virksomhedsoverdragelse ved udlicitering af busdrift. Ordregiver havde fastsat en række nye - og i forhold til tidligere - restriktive (miljømæssige og tekniske) krav, som medførte, at en stor del af den tidligere busoperatørs (overdragers) busser skulle udskiftes i løbet af licitationsperioden, der løb i 10 år.

Det var således ikke relevant for licitationstager (erhverver) at overtage busserne fra overdrager, men erhververen ansatte mange af overdragerens tidligere buschauffører og nogle af dennes ledende medarbejdere. Spørgsmålet var, om der under disse omstændigheder var tale om en virksomhedsoverdragelse, der var omfattet af Direktivet.

EU-Domstolen tog i præmis 22-26 udgangspunkt i generelle betragtninger om, at det afgørende kriterium ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel i Direktivets forstand, er, om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet, hvilket navnlig må lægges til grund, såfremt driften faktisk fortsættes eller genoptages. Domstolen henviste til, at alle de faktiske omstændigheder omkring den pågældende overførsel måtte indgå i vurderingen af, om der forelå en overførsel i Direktivets forstand. Man må se på, hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overførsel af de materielle aktiver som f.eks. bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overførslen, hvorvidt den nye indehaver har overtaget størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overføres, og i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførslen er de samme, samt hvor længe disse eventuelt har været indstillet. Alle disse omstændigheder kan kun indgå som delelementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og de kan derfor ikke vurderes isoleret (jf. EU-Domstolens dom af 9. september 2015 i sag C-160/14 Ferreira da Silva e Brito m.fl., præmis 25 og 26 og den her nævnte retspraksis). I forlængelse heraf henviste EU-Domstolen til, at den omstændighed, at en økonomisk enhed overtager en anden økonomisk aktivitet, ikke er tilstrækkelig til, at det kan slutes, at sidstnævntes enheds identitet bevares (og at der dermed er tale om en overdragelse, der falder ind under Direktivets anvendelsesområde).

<sup>3</sup> Se også UfR 2016B.52 ("Begrebet virksomhedsoverdragelse ifølge virksomhedsoverdragelseslovens § 1 i lyset af seneste praksis" af Mette Søsted).

Herefter fastslog EU-Domstolen, at Liikenne-dommen ikke skulle fortolkes på en sådan måde, at det ved virksomhedsoverdragelse inden for driftstunge brancher (såsom busdrift) var en betingelse for anvendelse af Direktivet, at der skete overdragelse af driftsmidlerne, jf. præmis 29-30. Der skulle tages hensyn til de særlige omstændigheder, som forelå derved, at nye tekniske og miljømæssige standarder indebar, at det hverken var juridisk eller økonomisk muligt at overtage driftsmidlerne (busserne) fra overdrager.

Erhververs beslutning om ikke at overtage driftsmidlerne (busserne) var således begrundet i eksterne begrænsninger, hvilket ikke havde været tilfældet i Liikenne-dommen, jf. præmis 32-33. Domstolen noterede, at overdrageren selv ville have været tvunget til i nær fremtid at udskifte driftsmidlerne, præmis 34, og herefter anførte domstolen:

*"I den forbindelse er den manglende overførsel af driftsmidler som følge af retlige, miljømæssige eller tekniske begrænsninger ikke nødvendigvis til hinder for, at den pågældende overtagelse af aktiviteten kvalificeres som »overførsel af virksomhed« som omhandlet i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2001/23."*

Spørgsmålet var dernæst, om det ud fra de øvrige, faktiske omstændigheder kunne konkluderes, at den økonomiske enhed havde bevaret sin identitet og dermed var omfattet af reglerne om virksomhedsoverdragelse. EU-Domstolen henviste til, at erhverver overtog størstedelen af buschaufførerne, der i det væsentlige kørte de samme ruter med samme kundekreds, og at der ikke var ophold i busdriften i forbindelse med erhververs overtagelse, jf. præmis 37-40.

På denne baggrund konkluderede EU-Domstolen, at erhververs manglende overtagelse af betydelige driftsmidler - i forbindelse med overtagelse af aktiviteter, der kræver betydelige driftsmidler - som følge af retlige, miljømæssige og tekniske begrænsninger, ikke nødvendigvis er til hinder for, at der er tale om en virksomhedsoverdragelse.

#### 4. KONKLUSION

Det er vores vurdering, at Dommen ikke har tilsidesat den retsstilling, som blev lagt fast ved Liikenne-dommen.

Det afgørende i Dommen har været, at driftsmidlerne reelt set ikke havde nogen værdi for erhverver og kun en begrænset værdi for overdrager. Det, at driftsmidlerne ikke blev overdraget, havde derfor ikke nogen betydning for

afgørelsen af, om der forelå den fornødne identitet, hvorfor de øvrige elementer, som altid skal indgå i bedømmelsen af bevarelsen af identitet, blev afgørende for resultatet.

Havde driftsmidlerne haft en værdi derved, at virksomhedens drift kunne have været baseret herpå i en længere periode, ville det, som vi læser Dommen, have været afgørende, om driftsmidlerne var blevet overført til erhververen.

Resultatet er egentlig ikke overraskende. Hvis driftsmidlerne reelt set er skrot, forekommer det forståeligt, at det ikke kan have betydning, om driftsmidlerne overdrages. I den situation vægter alene de øvrige elementer, der skal tages i betragtning i forbindelse med afgørelsen af, om der foreligger identitet.

# UNDERBETALING AF DE UORGANISEREDE LØNMODTAGERE - DEN INDIVIDUELLE RETSSTILLING I OVERENSKOMSTFORHOLD OG DET DANSKE BODSSYSTEM



ANTON KRAEV  
ADVOKAT (L),  
ANSÆTTELSERETSCHEF  
DANSK ERHVERV



LOUISE CHRISTENSEN  
ADVOKAT  
DANSK ERHVERV

Spørgsmålet om uorganiseredes<sup>1</sup> retsstilling opstår fra tid til anden i forskellige afskygninger i såvel den kollektive arbejdsret som den individuelle ansættelsesret.

Jacob Sand og Shalina Kachchi har i et tidligere nummer af HR JURA Magasinet skrevet en artikel<sup>2</sup>, hvor de behandler spørgsmålet om, hvorvidt det er strid med den negative foreningsfrihed og/eller retten til ejendom i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, at fagforeninger 'indkasserer' bod, der baserer sig på overenskomstmæssig underbetaling af lønmodtagere, uden at udbetale dele af bodsbøbelbet til de uorganiserede. Forfatterne konkluderer med en vis forsigtighed blandt andet, at en prøvelse af det danske bodssystem i underbetalingsager ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol forventes at føre til en underkendelse af det eksisterende system.

Nærværende artikel skal på den ene side ses som kommentar til Jacob Sands og Shalina Kachchis artikel, analyser og de enkelte konklusioner. Der sættes spørgsmålstejn ved nogle af de kritikpunkter, der fremdrages i den pågældende artikel i forhold til de uorganiseredes retsstilling i overenskomstforhold i Danmark.

På den anden side er nærværende artikel et forsøg på en beskrivelse af de uorganiseredes retsstilling i overenskomstforhold i forbindelse med behandling af underbetalingsager, herunder i relationen til Arbejdsrettens principper for fastsættelse af bod og risiko for dobbelt betaling.

## 1. OVERENSKOMSTENS NORMATIVE VIRKNINGER OG BOD

For at fastslå en uorganiserede lønmodtagers retsstilling i et ansættelsesforhold i forhold til en kollektiv overenskomst, som en arbejdsplads måtte være omfattet af, skal man først og fremmest være bevist om, hvad en kollektiv overenskomst er, og hvilke normative virkninger overenskomsten har i forhold til løn- og ansættelsesvilkår på arbejdspladsen.

En kollektiv overenskomst defineres i arbejdsretsteorien som en aftale *"om de løn- og arbejdsvilkår, der skal finde anvendelse i forholdet imellem den enkelte lønmodtager og arbejdsgiver samt om forholdet i øvrigt mellem lønmodtagere og arbejdsgivere, herunder disses organisationer"*.<sup>3</sup> En kollektiv overenskomst er kendetegnet ved, at der altid vil være en kollektivitet af lønmodtagere, som den ene part i aftalen. En kollektiv overenskomst har dermed virkning som en norm for de individuelle aftaler, der indgås indenfor

<sup>1</sup> I artiklen forstås de "uorganiserede" som ikke-medlemmer af det overenskomtbærende forbund. De "uorganiserede" kan således være medlem af et forbund under FH - Fagbevægelsens Hovedorganisation (tidligere LO og FTF), forudsat at de udfører arbejde omfattet af en overenskomst indgået med et andet forbund, eller medlem af en anden lønmodtagerorganisation udenfor den pågældende hovedorganisation, eksempelvis Krifa, Det Faglige Hus eller lign., eller holder sig helt uden for medlemskabet i de enkelte organisationer.

<sup>2</sup> "Underbetaling af uorganiserede lønmodtagere: Er det danske bodssystem i strid med den negative foreningsfrihed eller den private ejendomsret i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention?" af Jacob Sand og Shalina Kachchi, HR JURA Magasinet, 12. nummer 2017.

<sup>3</sup> "Kollektiv arbejdsret" af Per Jacobsen, 1994, s. 34 f.

rammerne af overenskomsten.<sup>4</sup> Denne virkning betegnes som normativ virkning og indebærer, at en arbejdsgiver, der er bundet af en overenskomst, er forpligtet til at følge overenskomstens bestemmelser om løn- og ansættelsesvilkår.

Forpligtelsen til at følge overenskomstens bestemmelser om løn- og ansættelsesvilkår gælder i forhold til alle lønmodtagere, uanset om de enkelte lønmodtagere må være organiserede eller uorganiserede.

Man skal imidlertid være opmærksom på, at aftalekonstruktionen i en kollektiv overenskomst indebærer, at den normative virkning forpligter arbejdsgiveren som det primære pligtsubjekt overfor den ovennævnte kollektivitet af lønmodtagere (oftest en lønmodtagerorganisation), som er part i overenskomsten, og dermed ikke forpligtende overfor den enkelte lønmodtager.

En kollektiv overenskomst har samtidigt en karakter af en gensidigt bebyrdende aftale, idet såvel den overenskomstbærende lønmodtagerorganisation som dennes medlemmer (organiserede lønmodtagere) er underlagt fredspligten. Fredspligten gælder som en almindelig grundsætning, og indebærer, at der ikke kan iværksættes konflikt med sigte på at få bestående overenskomst ændret i løbet af dens gyldighedsperiode<sup>5</sup>.

Overtrædelse af en kollektiv overenskomsts bestemmelser om løn- og arbejdsvilkår, eksempelvis i form af underbetaling, indebærer, at en lønmodtagerorganisation som part i aftaleforholdet kan påtale misligholdelsen af parternes aftale og indbringe sagen for Arbejdsretten, hvor den krænkende part kan blive idømt bod for overenskomstbrud.

### 1.1. BOD OG BODSSANKTIONENS TILBLIVELSE

Den vigtigste sanktion for overenskomstbrud, herunder i form af underbetaling, er bod. Bodssanktionen blev indført i 1908 og ændret i 1973 på baggrund af betænkninger fra henholdsvis Augustudvalget (Beretning fra Fællesudvalget af 17. august 1908) og 1970-udvalget (Betænkning 685/1973).

Augustudvalgets beretning indeholder de første overvejelser vedrørende bodssanktionen. Augustudvalget blev i 1908 nedsat af Dansk Arbejdsgiver- og Mesterforening og

De Samvirkende Fagforbund efter en omfattende arbejds-konflikt og havde til formål at indføre et system til forebyggelse og håndtering af arbejdskonflikter.

Augustudvalget fremkom bl.a. med et forslag om en fast voldgiftsret, som skulle have flere beføjelser, end Den Permanente Voldgiftsret havde haft, herunder sanktionsbeføjelser i form af bod. Spørgsmålet om udformning af sanktionsbeføjelserne fyldte en stor del af forhandlingerne.<sup>6</sup>

Bodssanktionen var ifølge Augustudvalgets beretning udsprunget af erstatningsretten, hvor bødesynspunktet blev inddraget. Augustudvalget sammenlignede den arbejdsretlige bod med en konventionalbod, som man kendte fra aftaler i de almindelige retsforhold mellem to aftaleparter.

Da erstatningsspørgsmålet i en længere årrække ikke havde spillet nogen større rolle i praksis, blev det formelt opgivet. Ved revisionen af arbejdsretsloven i 1973<sup>7</sup> blev der således taget afstand fra erstatningssynspunktet:

*Efter den gældende lovtæst indgår et egentligt erstatningssynspunkt ved fastsættelsen af bodens størrelse. Dette synspunkt, der i øvrigt ikke ses at have spillet nogen større rolle i arbejdsrettens praksis, foreslås opgivet.*

*Boden foreslås fastsat under hensyn til samtlige sagens omstændigheder og under behørigt hensyn til, i hvilken grad overtrædelsen har været undskyldelig fra overtræderens side.*

Bod anses i dag som en særlig privatretlig sanktion for misligholdelse af den særegne aftaletype, som en kollektiv overenskomst er. Bodssanktionen bliver fra tid til anden opfattet som en blandet erstatnings- og strafferetlig sanktion. Arbejdsretten kan dog ikke idømme straf.

Jens Kristiansen anfører, at den arbejdsretlige bod hviler på sin vis på en kombination af erstatning og straf. På linje med erstatning har boden som et af sine formål at kompensere det eventuelle tab, som en part må lide som følge af den anden parts krænkelse af overenskomsten. Det er dog - modsat erstatning - ikke nogen betingelse for at pålægge bod, at der er lidt et økonomisk tab. Bodden har således også

<sup>4</sup> "Dansk arbejdsret" af Ruth Nielsen, 3. udgave 2016, s. 260.

<sup>5</sup> "Grundlæggende arbejdsret" af Jens Kristiansen, 4. udgave 2016, s. 175.

<sup>6</sup> Beretning fra Fællesudvalget af 17. august 1908 angaaende Arbejdsstridigheder, Socialministeriet, 1910, side 11.

<sup>7</sup> Jf. betænkning 685/1973, s. 28.

et pønalt element med sigte på at afholde arbejdsgivere og lønmodtagere fra at begå overenskomstbrud.<sup>8</sup>

Boden tilfalder principielt den organisation, der er part i overenskomsten, jf. arbejdsretslovens § 12, stk. 1. Det svarer i nogen grad til, at en bøde ikke tilfalder den skadelidte, men staten, der har fastsat reglerne. Den kan vanskeligere forenes med almindelige erstatningsretlige principper, om end organisationen kan siges at være skadelidte i kraft af, at det er dens overenskomst, der er krænket.<sup>9</sup>

Arbejdsretten har i en dom af 17. november 2000<sup>10</sup> afvist, at bod har karakter af straf i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions forstand. I den konkrete sag gjorde virksomhedens advokat gældende, at det ville være i strid med artikel 2, stk. 1, i 7. tillægsprotokol af 22. november 1984 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, hvis virksomheden under den konkrete underbetalingssag skulle pålægges bod. Han har herved henvist til, at artikel 2, stk. 1, kræver, at enhver, der af en domstol er "dømt for en strafbar lovovertrædelse, har ret til at få skyldspørgsmålet eller strafudmålingen prøvet ved en højere domstol" (toinstans-princippet). Arbejdsretten behandlede ikke spørgsmålet indgående i dommens præmisser, men afviste dog synspunktet med følgende:

*Det samme gælder med hensyn til indklagedes henvisning til artikel 2, stk. 1, i 7. tillægsprotokol af 22. november 1984 til EMRK, hvorved bemærkes, at en arbejdsretlig bod i anledning af brud på en kollektiv overenskomst af de grunde, som klager har anført, ikke kan anses for omfattet af den nævnte bestemmelse.*

Senest blev bodssanktionen udfordret i *Solesi-sagen*, hvor Arbejdsretten i en dom af 8. december 2017 (AR2015.0254) idømte Solesi S.p.A. til at betale en bod på 14 mio. kr. til Fagligt Fælles Forbund. Dommen skulle anerkendes og fuldbyrdes i Italien, hvor Retten i Siracusa<sup>11</sup> gav afslag på dommens fuldbyrdelse bl.a. med henvisning til, at Arbejdsrettens dom var i strid med den italienske stats ordre public.

Retten i Siracusa argumenterede bl.a. for, at den af Arbejdsretten idømte bod har strafferetlig karakter, og er dermed i strid med internationale forskrifter i artikel 7 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og artikel 49 i Den

Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, og dermed legalitetsprincippet inden for strafferetten, herunder de deraf følgende principper om klarhed, om "ingen straf uden retsregel" og om straffens forudsigelighed.

I vurderingen af, hvorvidt bodssanktionen kan klassificeres som værende strafferetlig, lagde Retten i Siracusa vægt på, at den idømte bod hovedsageligt havde et repressivt og forebyggende formål. Formålet var ifølge retten klart og tydeligt at afværge og forebygge virksomhedsadfærd, der fører til social dumping. Sanktionens strengthed, herunder det omfattende bodsbeløb som ville bringe virksomheden i en alvorlig finansiel krise, pegede ligeledes i retningen af, at der var tale om en sanktion af strafferetlig karakter. I den forbindelse blev det understreget, at sanktionens alvorlige størrelse ifølge Menneskerettighedsdomstolens retspraksis er et centralt element, når det skal vurderes, om en formuemæssige sanktion er af strafferetlig karakter.

Rettens konklusion var således, at den idømte bod utvivlsomt havde en strafferetlig karakter bl.a. på grund af bodens alvorlige virkning overfor den dømte virksomheds økonomiske og formuemæssige forhold.

Kendelsen fra Retten i Siracusa blev af Fagligt Fælles Forbund kæret til Appelretten i Catania, som omstødte kendelsen. Retten fandt (i modsætning til Retten i Siracusa), at boden havde karakter af en skadeserstatning for misligholdelse af en kontraktlig forpligtelse til at betale løn og bidrag i henhold til den overenskomst, som virksomheden havde påtaget sig over for den danske fagforening. Appelretten afviste således, at boden var en pønalt begrundet erstatning eller erstatning med afskrækkende funktion. Formålet med den idømte bod var at erstatte tabet ved Solesi S.p.A.'s manglende overholdelse af den indgåede overenskomst.

I overensstemmelse med arbejdsretslovens § 12 og dansk praksis på området blev erstatningen opgjort som den økonomiske besparelse, som Solesi S.p.A. opnåede ved at underbetale sine medarbejdere i forhold til de i overenskomsten fastsat satser med et tillæg på 7 % af besparelsen for at understrege sagens alvor, herunder at undgå social dumping.

<sup>8</sup> "Grundlæggende arbejdsret" af Jens Kristiansen, 4. udgave 2016, s. 205.

<sup>9</sup> "Grundlæggende arbejdsret" af Jens Kristiansen, 4. udgave 2016, s. 208.

<sup>10</sup> Arbejdsrettens dom af 17. november 2000, A 96.225.

<sup>11</sup> Retten i Siracusa, dom af den 5. december 2018 i sag 577/2018, Solesi S.p.A. mod Landsorganisationen i Danmark på vegne af Fagligt Fælles Forbund.

Appelretten fandt således, at erstatningsopgørelsen var lovligt begrundet, da boden var opgjort på baggrund af den økonomiske besparelse, som den misligholdende part havde opnået, inklusiv tillæggets størrelse (det pønale element), der var af en beskeden størrelse, og som var opgjort for at tage hensyn til de negative konsekvenser, som Solesi S.p.A.'s adfærd medførte med hensyn til selskabets konkurrenceevne overfor andre virksomheder. Dertil blev der tillagt vægt, at arbejdsretsloven fastsætter, at erstatning skal fastsættes under hensyntagen til samtlige omstændigheder i sagen, herunder overtrædelsens alvorsgrad.

Da appelretten kom frem til, at boden ikke havde karakter af en strafferetlig sanktion men derimod en civilretlig erstatning, var der ikke sket en overtrædelse af legalitetsprincippet.

Sagen er efter det oplyste indbragt for den italienske forfatningsdomstol, som er den øverste retsinstans.

Spørgsmålet om bodens strafferetlige karakter ligger udenfor artiklens overordnede emne og behandles derfor ikke yderligere.

## 1.2. UDMÅLING AF BOD I UNDERBETALINGSSAGER

Arbejdsretslovens § 12 indeholder et hjemmelsgrundlag for Arbejdsretten til at idømme den, der er forpligtet af en kollektiv overenskomst, bod for brud på overenskomsten. Herudover indeholder loven i § 21, nr. 2, og i § 24, stk. 2, regler for de faglige voldgiftsretters adgang til i særlige tilfælde at idømme bod.

Boden fastsættes under hensyntagen til samtlige sagens omstændigheder, herunder i hvilken grad en overenskomst-overtrædelse har været undskyldelig fra overtræderens side, jf. arbejdsretslovens § 12, stk. 5. Den ikke særlig vejledende bestemmelse indebærer, at bod reelt udmåles efter et frit skøn, hvor grovheden af det konstaterede brud indgår. Bodden fastsættes efter en samlet konkret afvejning af alle de hensyn, der sagligt kan inddrages i henhold til bl.a. arbejdsretsloven og anden arbejdsretlig lovgivning, de respektive hovedaftaler, overenskomster og aftaler samt mere almindelige arbejdsretlige principper.<sup>12</sup>

Arbejdsretten er ofte tilbageholdende med at beskrive, hvilke elementer, der er indgået i overvejelserne om bods-

fastsættelsen. En gennemgang af rettens praksis viser, at der i sager, hvor der pålægges bod indeholdende efterbetaling af løn eller andre overenskomstbetingede ydelser, er en klar tendens til at udmåle boden således, at den udgør mindst kr. 3.000 - 3.500 og i øvrigt mellem en 1/5 og 1/3 af det beløb, der skal efterbetales.<sup>13</sup>

Sagens konkrete omstændigheder kan dog påvirke bods-udmålingen i enten opad- eller nedadgående retning. Formildende omstændigheder kan være, når arbejdsgiveren ikke har haft nogen gevinst ved det begåede overenskomstbrud, at bruddet ikke har medført eller været egnet til at medføre tab for lønmodtagere, eller arbejdsgiveren hurtigt har forsøgt at rette for sig.<sup>14</sup> Hvorimod bevidst eller gentagende overenskomstbrud for forhold kan bevirke en skærpelse af bodsansvaret, samt bl.a. at overenskomstbruddet vedrører mange lønmodtagere og har medført en risiko for betydeligt tab for de berørte lønmodtagere.

I enkelte afgørelser er Arbejdsretten - trods ovenstående praksis for udmåling af bod - kommet frem til en lavere bod grundet sagens konkrete omstændigheder. I Arbejdsretten dom af 21. oktober 2014 (RFM2012.0646) blev boden skønsmæssigt fastsat til kr. 50.000 svarende til ca. en 1/7 af efterbetalingskravet som følge af usikkerheden omkring opgørelsen af arbejdsgiverens reelle besparelse. I en anden dom af 10. august 2011 (AR2011.0192) blev boden fastsat til kr. 60.000 af efterbetalingskravet, svarende til ca. 1/8 af det beløb, som skulle efterbetales. Retsformanden begrundede resultatet med dels, at arbejdsgiver betalte det skyldige beløb på feriepenge inden for den frist, der blev fastsat på fællesmødet, dels at den beskudne fristoverskridelse for betaling af pensionsbidrag på søgnehelligdagsbetaling beroede på en intern misforståelse i virksomheden. Det blev endvidere tillagt vægt, at der ikke på noget tidspunkt havde været en reel risiko for, at lønmodtagerne ikke skulle modtage feriepengene og pension af søgnehelligdagsbetaling til tiden, og at lønmodtagerne med hensyn til feriepengene i det væsentligste blev stillet på samme måde, som hvis overenskomsten havde været fulgt.

Trods en efterhånden fast praksis i forhold til bodsudmålingen i efterbetalingssager, så udmåles boden efter et konkret skøn og vurdering af sagens omstændigheder, hvori der indgår både formildende og skærpende omstændigheder.

<sup>12</sup> Arbejdsrettens årsberetning 2006, pkt. 4.5, 4. afsnit.

<sup>13</sup> Arbejdsrettens årsberetning 2006, pkt. 4.5, og Arbejdsrettens årsberetning 1998, pkt. 6.3.

<sup>14</sup> "Den kollektive arbejdsret" af Jens Kristiansen, 4. udgave 2020, s. 691.

Ovennævnte domme er eksempler på, at bodsudmålingen i sager, hvor arbejdsgiver hverken har haft til hensigt at skade, og lønmodtagerne heller ikke er påført skade, medfører, at bodens pønale element nedsættes.

Der er ligeledes adskillige eksempler fra praksis, hvor der har været en sådan tvivl om et kravs berettigelse, at det ikke var nødvendigt at pålægge en ordensbod, men hvor der alligevel var behov for at tilkende de underbetalte lønmodtagere deres tilgodehavende løn.<sup>15</sup>

### 1.3. HVEM TILFALDER BOD I UNDERBETALINGS-SAGER?

Boden idømmes for brud på en aftale overenskomst-parterne imellem, og tilfalder dermed som udgangspunkt den krænkede part i aftalen. En bod tilfalder således efter arbejdsretslovens § 12, stk. 2, det overenskomstbærende forbund. Mens forbundet i sager om underbetaling som udgangspunkt videregiver eventuelle skyldige beløb til sine medlemmer, vil det ofte ikke være tilfældet med uorganiserede lønmodtagere.<sup>16</sup>

I den nævnte Solesi-sag - Arbejdsrettens dom af den 8. december 2017<sup>17</sup> - gjorde indklagede gældende, at det vil være i strid med artikel 11 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og artikel 12 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, hvis det overenskomstbærende forbund "kan berige sig på de uorganiserede arbejderes bekostning". Indklagede gjorde derfor gældende, at boden i forhold til de uorganiserede lønmodtagere skulle betales direkte til disse, mens kun den del, der vedrørte de organiserede, skulle betales til forbundet.

Arbejdsretten bemærkede hertil:

*[...] at det er den udenlandske tjenesteyder, der i situationer som den foreliggende pålægges til fagforbundet at betale en bod, der indeholder den besparelse, som virksomheden har haft i kraft af underbetalingen, med tillæg af et pønalt element. Et af de grundlæggende hensyn bag reglerne - at undgå social dumping - vil ellers ikke kunne opnås. Også i tidligere sager er der pålagt store beløb i bod, som skulle betales til den*

*faglige organisation, jf. herved bl.a. opmandens kendelse i FV2014.0171, hvor den samlede bod blev fastsat til 22 mio. kr.*

I den nævnte kendelse FV2014.0171<sup>18</sup>, som Arbejdsretten henviste til, rejste det overenskomstbærende forbund et efterbetalingskrav på vegne af 39 medlemmer, svarende til kr. 8.087.728, samt efterbetaling for de mange uorganiserede lønmodtagere, svarende til kr. 40.368.559. Opmanden idømte virksomheden at betale et samlet beløb på kr. 22 mio., som tilfaldt det overenskomstbærende forbund.

Jens Kristiansen bemærker, at organisationen formentlig i kraft af foreningsretlige regler vil være forpligtet til at videregive f.eks. et manglende lønbeløb til sine medlemmer. Den vil til gengæld ikke være forpligtet til at videregive et bodsbeløb til uorganiserede lønmodtagere, f.eks. for underbetaling i forhold til overenskomstens lønregler.<sup>19</sup>

I de tilfælde, hvor overenskomstbruddet består i undladelse af at betale et beløb, kan dette dog stadig efter arbejdsretslovens § 12, stk. 3, resultere i afgørelser, der alene går ud på efterbetaling, jf. f.eks. retsformandsafgørelsen af 24. februar 2005 i A2004.948 vedrørende en konkursramt virksomhed, retsformanden Lene Pagter Kristensen anførte:

*Der findes henset til sagens forløb forud for konkursbehandlingen at være forsøgt en alvorlig bod, men under hensyn til, at det indklagede selskab nu er under konkurs, sammenholdt med, at konkursboet ikke er indtrådt i sagen for Arbejdsretten, findes der ikke at være tilstrækkelig anledning til at fastsætte bodens størrelse.*

### 2. DE UORGANISEREDE LØNMODTAGERES RETSSTILLING

I forhold til de uorganiserede lønmodtageres retsstilling i forbindelse med underbetaling på en arbejdsplads, der er omfattet af en kollektiv overenskomst, kan der være tale om tre vidt forskellige situationer:

For det første kan der være situationer, hvor de uorganiserede lønmodtagere kan være omfattet af en kollektiv overenskomst som følge af en direkte henvisning hertil i de enkelte individuelle ansættelsesaftaler.

<sup>15</sup> "Kollektiv arbejdsret" af Per Jacobsen, 1994, s. 446.

<sup>16</sup> "Den kollektive arbejdsret" af Jens Kristiansen, 4. udgave 2020, s. 623.

<sup>17</sup> Arbejdsrettens dom af den 8. december 2017 i sag AR2015.0254, Solesi S.p.A.

<sup>18</sup> Kendelse af den 10. marts 2015 i faglig voldgiftssag FV2014.0171.

<sup>19</sup> "Den kollektive arbejdsret" af Jens Kristiansen, 4. udgave 2020, s. 623-624.

For det andet kan der være situationer, hvor ansættelsesaf-  
talerne ikke direkte tager stilling hertil med den følge, at  
overenskomstens regler om løn- og arbejdsvilkår automa-  
tisk "flyder" ind i ansættelsesforholdene.<sup>20</sup>

Endelig kan der opstå situationer, hvor der med de uorga-  
niserede lønmodtagere individuelt indgås aftaler, som  
udtrykkeligt fraviger overenskomstens regler om løn- og  
arbejdsvilkår til lønmodtageres ugunst.

Disse tre situationer har betydning for, hvordan de uorga-  
niserede lønmodtagere er stillet i tilfælde af underbetaling i  
forhold til den gældende overenskomst og behandles der-  
for særskilt.

## 2.1. OVERENSKOMSTMÆSSIGE LØN- OG ANSÆTTELSESVILKÅR KAN UDLEDES AF DE UORGANISEREDES ANSÆTTELSESGRUNDLAG

Når overenskomsten eller overenskomstmæssige løn- og  
ansættelsesvilkår kan udledes direkte af den uorganiser-  
edes ansættelsesaftale, erhverver vedkommende ikke ret-  
tigheder direkte i medfør af selve overenskomsten, men kan  
af sagens natur gøre det indirekte i medfør af ansættelsesafta-  
len.

En henvisning til en kollektiv overenskomst i den individu-  
elle ansættelseskontrakt medfører naturligvis ikke, at der  
opstår noget kollektiv arbejdsretligt forhold mellem den  
uorganiserede lønmodtager og arbejdsgiveren. Situationen  
falder ligeledes uden for anvendelsesområdet af § 11, stk. 2,  
i arbejdsretsloven. De almindelige domstole er herefter  
enekompetente til at behandle disse sager.<sup>21</sup>

Et efterbetalingskrav vil kunne forfølges som et helt al-  
mindeligt civilretligt søgsmål.

## 2.2. OVERENSKOMSTMÆSSIGE LØN- OG ANSÆTTELSESVILKÅR "FLYDER" AUTOMATISK I DE UORGANISEREDES ANSÆTTELSESGRUNDLAG

Allerede i 1911 opstillede Den Faste Voldgiftsret den for-  
modning, at overenskomsten forpligter arbejdsgiveren til at  
anvende bestemmelser på alt omfattet arbejde uafhængigt  
af den enkelte lønmodtagers organisationsmæssige  
forhold, jf. ARD 32 (AT 1911.11)<sup>22</sup>. Kendelsen gav derudover

den overenskomstbærende faglige organisation medhold i,  
at den selvstændigt kunne påtale brud på overenskomsten  
for så vidt angår de uorganiserede lønmodtagere.<sup>23</sup>

Højesteret har i en dom af 5. september 2015<sup>24</sup> taget still-  
ing til, hvorvidt et medlem af Kristelig Fagforening - og  
dermed uorganiseret i forhold til det overenskomstbærende  
forbund - kunne erhverve rettigheder efter kollektive aftaler,  
som Kristelig Fagforening ikke var en part i.

Sagen omhandlede en medarbejder, der blev ansat i Skag-  
en Jernstøberi A/S den 1. marts 1990. Der blev aldrig ud-  
stedt et ansættelsesbevis. Medarbejderen blev i 2001  
afskediget med begrundelsen "uegnet til virksomhedens  
forhold".

Skagen Jernstøberi A/S tiltrådte i 2000 en kollektiv overens-  
komst mellem Dansk Industri og SID. I tiltrædelsesaftalen var  
det udtrykkeligt anført, at Hovedaftalen mellem LO (nu FH)  
og DA af 31. oktober 1973 med senere ændringer var  
gældende.

Sagen drejede sig herefter om, hvorvidt medarbejderen,  
der var organiseret i Kristelig Fagforening, der ikke var  
medlem af LO, direkte eller indirekte kunne påberåbe sig  
Hovedaftalen mellem LO og DA, § 4, stk. 3, og om han i  
givet fald kunne kræve en godtgørelse for usaglige afsked-  
igelse.

Byretten og landsretten frifandt Skagen Jernstøberi A/S  
med henvisning til, at Kristelig Fagforening ikke var omfattet  
af Hovedaftalen mellem LO og DA. Højesterets flertal op-  
stillede derimod en formodningsregel, hvorefter overens-  
komstvilkårene indgik i individuelle ansættelsesaftaler,  
herunder i forhold til de uorganiserede lønmodtagere:

*Ved tiltrædelsesaftalen af 18. april 2000 forpligtede  
Skagen Jernstøberi sig over for SiD til at følge bestem-  
melserne i Industriens Overenskomst og de øvrige af-  
taler, hvortil der henvises i tiltrædelsesaftalen. Der må  
derfor gælde en formodning for, at overenskomsternes  
bestemmelser - i det omfang de efter deres karakter er  
egnede hertil - indgår i de individuelle ansættelsesaftaler*

<sup>20</sup> "Den kollektive arbejdsret" af Jens Kristiansen, 3. udgave 2014, s. 215.

<sup>21</sup> "Arbejdsretsloven med kommentarer" af Niels Waage, 3. udgave 2015, s. 257.

<sup>22</sup> "Arbejdsretsloven med kommentarer" af Niels Waage, 3. udgave 2015, s. 285.

<sup>23</sup> "Den kollektive arbejdsret" af Jens Kristiansen, 4. udgave 2021, s. 226.

<sup>24</sup> Højesterets dom af 5. september 2015 i sag 340/2004, UfR 2005.3332 H.

mellem virksomheden og de ansatte, som overenskomst-erne omfatter.

*Tilrædelsesaftalen må ligesom Industriens Overenskomst forstås således, at Skagen Jernstøberi over for SiD har forpligtet sig til at anvende overenskomsternes vilkår ikke alene i forhold til ansatte, der er medlem af SiD, men også i forhold til udenforstående ansatte. Formodningen for, at overenskomstvilkårene indgår i de individuelle ansættelsesaftaler, må derfor også gælde i forhold til udenforstående ansatte, [...].*

Højesteret opstillede således en formodning for, at overenskomstens bestemmelser – i det omfang de efter deres karakter er egnede hertil – indgår i de individuelle ansættelsesaftaler mellem virksomheden og den ansatte, som overenskomsten omfatter. Det er herefter udgangspunktet, at overenskomstmæssige regler om løn- og arbejdsvilkår flyder ind i ansættelsesforholdet, medmindre arbejdsgiveren og den uorganiserede lønmodtager aftaler en ordning, som fraviger overenskomstens regler.<sup>25</sup>

For så vidt angår procedurereglerne og fristerne i Hovedaftalens § 4, stk. 3, sidestillede Højesteret senest i en dom af den 26. maj 2021<sup>26</sup> de organiserede med uorganiserede lønmodtagere.

Højesteret bemærkede i sagen, at betingelserne og fristerne er de samme for såvel de organiserede som for de uorganiserede lønmodtagere:

*Bestemmelsen indeholder således en reklamationspligt, som skal opfyldes af den opsagte medarbejder eller på dennes vegne som betingelse for, at der kan kræves godtgørelse med hjemmel i Hovedaftalen. Denne pligt til at gøre indsigelse inden for en kort frist gælder, uanset om kravet på godtgørelse for usaglig opsigelse efterfølgende forfølges fagretligt ved Afskedigelsesnævnet af den opsagte medarbejders faglige organisation, eller om kravet forfølges af den opsagte selv ved de almindelige domstole. Dette indebærer også, at betingelserne for at opnå godtgørelse efter Hovedaftalen på dette punkt er de samme for organiserede som for uorganiserede arbejdstagere.*

Hovedaftalen opstiller nemlig nogle krav til fremgangsmåden, hvis en opsagt lønmodtager vil anfægte opsigelsen og kræve godtgørelse efter Hovedaftalen. Efter § 4, stk. 3, litra b, skal lønmodtagersiden i givet fald anmode om, at afskedigelsen behandles lokalt mellem repræsentanter for virksomhedens ledelse og dens arbejdstagere. Den lokale forhandling skal være afsluttet inden for en frist af 14 dage fra underretning om afskedigelse. Denne frist indebærer, at anmodning om lokal forhandling skal være fremsat senest 14 dage efter opsigelsen.

Hvis en opsagt lønmodtager vil anfægte opsigelsen og kræve godtgørelse efter Hovedaftalen, indebærer bestemmelsen, at den pågældende har pligt til inden for en kort frist at anmode om lokal forhandling. I afskedigelsesnævnets praksis stilles der ikke store krav til opfyldelse af denne pligt. Det er f.eks. tilstrækkeligt, at den opsagte inden for fristen har gjort indsigelse mod opsigelsen over for arbejdsgiveren.

Det følger af fast praksis, at overskridelse af fristen indebærer, at sagen efter påstand herom skal afvises.

### 2.3. OVERENSKOMSTMÆSSIGE LØN- OG ANSÆTTESVILKÅR ER UDTRYKKELT FRAVEGET I DE UORGANISEREDES ANSÆTTESGRUNDLAG

Højesteret har i den ovennævnte dom af 5. september 2015<sup>27</sup>, hvor der blev opstillet en formodningsregel om, at overenskomstvilkår indgår i individuelle ansættelsesaftaler, herunder i forhold til de uorganiserede lønmodtagere, bemærket afslutningsvis (egen fremhævning):

*Herefter, og da der ikke er holdepunkter for at fastslå, at det modsatte - udtrykkeligt eller stiltiende - er aftalt mellem A og Skagen Jernstøberi, må A anses for omfattet af afskedigelsesbeskyttelsen efter Hovedaftalens § 4, stk. 3.*

Højesterets bemærkninger må herefter forstås således, at de overenskomstmæssige løn- og ansættelsesvilkår efter formodningsreglen er gældende for såvel de organiserede som uorganiserede, medmindre andet udtrykkeligt eller stiltiende er aftalt på individuelt grundlag.

I situationer, hvor der med de uorganiserede lønmodtagere individuelt indgås aftaler, som fraviger overenskomstens

<sup>25</sup> "Den kollektive arbejdsret" af Jens Kristiansen, 4. udgave 2021, s. 228.

<sup>26</sup> Højesterets dom af 26. maj 2021 i sag BS-27911/2020-HJR.

<sup>27</sup> Højesterets dom af 5. september 2015 i sag 340/2004, UfR 2005.3332 H.

regler om løn- og arbejdsvilkår til lønmodtageres ugunst, er problemstillingen således toledet.

Der består nemlig to vidt forskellige aftaledispositioner - på *den kollektive plan* til at overholde overenskomstens løn- og arbejdsvilkår overfor et fagforbund, og på *den individuelle plan* til at overholde de individuelt aftalte vilkår overfor de uorganiserede lønmodtagere.

I denne særlige trepartskonstruktion vil en kollektiv overenskomst mellem virksomheden og det overenskomstbærende forbund sidestilles med et tredjemandsløfte<sup>28</sup> i forhold til de organiserede lønmodtagere. En kollektiv overenskomst er som en aftaleretlig disposition bindende for parterne i aftalen, mens en udenfor aftaleforholdet stående part - de uorganiserede lønmodtagere - ikke umiddelbart kan erhverve rettigheder i henhold til aftalen.

Niels Waage anfører følgende i Arbejdsretsloven med kommentarer<sup>29</sup>:

*Hvis en arbejdsgiver aftaler med en uorganiseret lønmodtager, at denne skal have en løn, der er lavere end efter den kollektive overenskomst, som arbejdsgiveren er bundet af, begår arbejdsgiveren overenskomstbrud, medmindre der i overenskomstens ordlyd eller i andre omstændigheder finder holdepunkter for en modsat opfattelse. Den lavere løn krænker imidlertid ikke den uorganiseredes ret. Der bliver derfor ikke tale om noget efterbetalingsbeløb i et sådant tilfælde. Imidlertid vil Arbejdsretten kunne lade den besparelse, som arbejdsgiveren har opnået, indgå ved fastsættelsen af de bod, som tilkendes den faglige organisation, og udgangspunktet er, at boden fastsættes som mindst svarende til det beløb, med hvilket den overenskomstmæssige løn mv. har oversteget den løn, som er givet til den uorganiserede lønmodtager.*

På den kollektive plan kan det overenskomstbærende forbund, når arbejdsgiveren indgår individuelle aftaler med de uorganiserede lønmodtagere, som fraviger overenskomstens regler om løn- og arbejdsvilkår til lønmodtageres

ugunst, indbringe sagen for Arbejdsretten med krav om betaling af bod.

På den individuelle plan er en uorganiseret lønmodtager ikke selv forpligtet af eller berettiget efter overenskomsten. Lønmodtageren får kun rettigheder og pligter gennem sin individuelle ansættelsesaftale med arbejdsgiveren.<sup>30</sup>

Organisationerne kan omvendt heller ikke binde en uorganiseret lønmodtager i en konkret sag. I U 1993.417 Ø blev det således afvist at foretage udlæg for en bod på 10.000 kr., som var pålagt en lønmodtager ved et forlig, der var indgået af organisationen uden inddragelse af det (på forligstidspunktet) ekskluderede medlem.<sup>31</sup>

For så vidt angår offentlige ansættelsesforhold bemærker *Jens Kristiansen*<sup>32</sup>, at det følger af den forvaltningsretlige lighedsgroundsætning, at en arbejdsgiver skal behandle uorganiserede lønmodtagere på lige fod med medlemmer af den overenskomstbærende fagforening. En uorganiseret lønmodtager har dermed på det offentlige område et individuelt forvaltningsretligt krav på ligebehandling, og dermed på at få løn- og arbejdsvilkår svarende til overenskomstens vilkår. Et tilsvarende ligebehandlingsprincip gælder ikke på det private område.

Det kan diskuteres, hvorvidt en aftale med en uorganiseret lønmodtager, der fraviger overenskomstmæssige løn- og arbejdsvilkår, kan tilsidesættes helt eller delvis i henhold til aftalelovens § 36. Det forudsættes efter bestemmelsen, at aftalen er urimelig eller i strid med redelig handlemåde.

Retspraksis vedrørende anvendelse af aftalelovens § 36 i forbindelse med aftaler om urimelige løn- og arbejdsvilkår er yderst sparsom, og der kan ikke siges noget generelt om, hvad der er urimeligt.<sup>33</sup>

I enkelte tilfælde anså domstolene den aftalte løn for at stå i et væsentligt misforhold med den aftalte eller faktiske arbejdsydelse. Østre Landsret har eksempelvis i en dom af den 17. oktober 2001<sup>34</sup> erklæret en aftale om manglende betaling for overarbejde for ugyldig med en bemærkning

<sup>28</sup> Se mere om tredjemandsløfter under afsnit 2.4.

<sup>29</sup> "Arbejdsretsloven med kommentarer" af Niels Waage, 3. udgave 2015, s. 285.

<sup>30</sup> "Ansættelsesret" af Jens Kristiansen, 1. udgave 2020, s. 70.

<sup>31</sup> "Grundlæggende arbejdsret" af Jens Kristiansen, 4. udgave 2016, s. 189-190.

<sup>32</sup> "Ansættelsesret" af Jens Kristiansen, 1. udgave 2020, s. 71.

<sup>33</sup> Samlenotat til EPSCO-rådsmøde den 6. december 2021, Pkt. 2 Forslag til direktiv om passende mindstelønninger i den Europæiske Union, Beskæftigelsesministeriet, 24. november 2021, s. 14.

<sup>34</sup> Østre Landsrets dom af den 17. oktober 2001 i sag B-0226-01, Ufr 2002.222 Ø.

om, at aftalen om en månedlig løn på kr. 13.500 uden overgrænse for arbejdstiden måtte karakteriseres som "en grov udnyttelse af arbejdskraften". Den konkrete sag omhandlede en pædagogmedhjælper på en kostskole. I ansættelseskontrakten fremgik det bl.a., at den gennemsnitlige ugentlig arbejdstid udgjorde minimum 37 timer, men at arbejdstiden i øvrigt var uden øvre grænse, idet pædagogmedhjælperen skulle stå til rådighed, hvilket der var taget højde for lønmæssigt (kr. 13.500 pr. måned). Pædagogmedhjælperen tog ved sin ansættelse ophold på skolen, og der blev i månedslønnen fratrukket et beløb for kost og logi. Østre Landsret anførte i præmisserne, at "aftalelovens § 36 og almindelige arbejds- og ansættelsesretlige principper måtte medføre, at pædagogmedhjælperen havde krav på betaling for overarbejde".

Det vil dog ikke i sig selv være urimeligt efter aftalelovens § 36 at aftale løn- og arbejdsvilkår, der er mindre gunstige end overenskomstens vilkår, da en uorganiseret lønmodtager ikke kan forvente at have krav på de samme vilkår som medlemmer af den faglige organisation.<sup>35</sup>

#### 2.4. TREDJEMANDSLØFTER - DE UORGANISEREDE OG ARBEJDSGIVERENS FORPLIGTELSE OVERFOR DET OVERENSKOMSTBÆRENDE FORBUND

Aftalekonstruktionen i en kollektiv overenskomst indebærer som nævnt tidligere, at den normative virkning forpligter arbejdsgiveren som det primære pligtsubjekt overfor den ovennævnte kollektivitet af lønmodtagere (oftest en lønmodtagerorganisation), som er part i overenskomsten, og dermed ikke overfor de enkelte lønmodtagere.

De enkelte uorganiserede lønmodtagere kan derfor ikke uden videre påberåbe sig den forpligtelse, som arbejdsgiveren har overfor den overenskomstbærende lønmodtagerorganisation. En kollektiv overenskomst har i en aftalerektion mellem arbejdsgiveren og den enkelte uorganiserede lønmodtager karakter af tredjemandsløfte eller tredjemandsaftale.

Tredjemandsaftaler er i aftaleretlig forstand en aftale mellem to parter, der efter sit indhold skal skabe ret for tredjemanden. Inden for tredjemandsaftalerne sonderer man normalt mellem et *egentligt* tredjemandsløfte og et *uegentligt* tredjemandsløfte.

Afgørende for denne sondring er, om den ene parts løfte til den anden part i sig selv medfører, at tredjemand er berettiget til at forlange ydelsen erlagt til sig. Ugentlige tredjemandsaftaler stifter derimod ikke nogen umiddelbar ret for tredjemand.

Denne sondring har i forhold til ansættelsesforhold været behandlet i Højesterets dom af den 24. maj 2016<sup>36</sup>, som omhandlede udbud af busdriften. I udbudsmaterialet var det angivet, at virksomhedsoverdragelsesloven fandt anvendelse. Spørgsmålet var herefter, om udbudsmaterialet - herefter aftale mellem en virksomhed og den offentlige myndighed - kunne føre til, at der gennem udbudsmaterialet var etableret et egentligt tredjemandsløfte, som medarbejderne kunne støtte ret på, og om virksomheden dermed var forpligtet til at overtage medarbejderne i henhold til virksomhedsoverdragelsesloven.

Højesteret besvarede spørgsmålet som følgende:

*Det fremgår ikke klart af ordlyden [...] i udbudsmaterialet, som er en del af det endelige kontraktgrundlag, at den nye kontraktstager skal overtage forpligtelserne i forhold til lønmodtagerne, uanset om der er tale om en virksomhedsoverdragelse i lovens forstand eller ej. [...]*

*Der er herefter ikke grundlag for at fastslå, at kontrakten mellem Midttrafik og Brande Buslinier skal forstås således, at Brande Buslinier skal overtage de forpligtelser [...].*

*Højesteret bemærker, at aftaler med vilkår om at tillægge tredjemand rettigheder, i givet fald som udgangspunkt kun kan gøres gældende af aftalens parter, medmindre parterne har bestemt andet, eller der er klare holdpunkter for, at det er et væsentligt formål med aftalen at tillægge tredjemand de pågældende rettigheder.*

Et *egentligt* tredjemandsløfte forudsætter herefter, at de bindende regler i aftalen udtrykkeligt skal tillægge tredjemand ret til påberåbelse af tredjemandsløftet, og at det er et væsentligt formål med aftalen at tillægge tredjemand de pågældende rettigheder.

Skulle man således anskue en kollektiv overenskomst som et tredjemandsløfte, må det forudsætningsvist indebære, at

<sup>35</sup> "Ansættelsesret" af Jens Kristiansen, 1. udgave 2020, s. 71.

<sup>36</sup> Højesterets dom af den 24. maj 2016 i sag 228/2014, Brande Buslinier ApS.

den kun tillægger rettigheder til den overenskomstbærende organisations medlemmer.

En kollektiv overenskomsts normative virkning vil herefter indebære, at overenskomsten som et klart udgangspunkt har karakter af en uegentlig tredjemandsaftale, som de enkelte uorganiserede lønmodtagere ikke uden videre - eller i hvert fald når den kollektive overenskomst udtrykkeligt er fraveget i den individuelle ansættelsesgrundlag - kan påberåbe sig overenskomsten.

Det forhold, at man i forbindelse med udmåling af bod tager stilling til det underbetalte beløb, er alene udtryk for udmålingsprincip. De uorganiserede kan herefter ikke uden videre erhverve rettigheder med henvisning til præmisserne i en dom fra Arbejdsretten om, at der i forbindelse med udmåling af bod for brud på en aftale mellem arbejdsgiveren og det overenskomstbærende forbund blev taget hensyn til den besparelse, som arbejdsgiveren måtte have som følge af underbetaling af de organiserede.

### 3. BOD OG EFTERBETALING TIL DE UORGANISEREDE - RISIKO FOR DOBBELTBETALING

De uorganiserede lønmodtagere kan sagsøge arbejdsgiveren ved de civile domstole udenom det fagretlige system, selvom kravet helt eller delvist måtte involvere rettigheder efter en kollektiv overenskomst. Der er dog i givet fald tale om en søgsmålsret, som formelt støtter sig på den individuelle aftale,<sup>37</sup> og evt. ovennævnte formodning om, at overenskomstmæssige løn- og ansættelsesvilkår "flyder" i de individuelle ansættelsesforhold, og dermed ikke på den kollektive overenskomst.

Vestre Landsret har i en dom af den 22. maj 1985<sup>38</sup> fastslået, at en uorganiseret lønmodtager - medlem af Krifa, som ikke havde kollektive aftaler med arbejdsgiveren - kunne få behandlet sit krav om betaling for overarbejde m.m. ved de almindelige domstole, og var dermed ikke tvunget til at indbringe sagen for Arbejdsretten eller lade sig repræsentere af det overenskomstbærende forbund.

Denne retstilstand blev lagt til grund i forbindelse med revision af arbejdsretsloven i 1996, hvor det anføres:<sup>39</sup>

*Uorganiserede lønmodtagere har ubetinget søgsmålsadgang, selv om ansættelsesforholdet er omfattet af en kollektiv overenskomst, jf. U 1985.800 V. Det må antages at gælde, hvad enten lønmodtageren ikke er og ikke har været medlem af den pågældende lønmodtagerorganisation, eller lønmodtageren har udmeldt sig af organisationen, inden kravet er opstået, jf. U 1983.730 H.*

Retstilstanden giver ikke anledning til problemer i de tilfælde, hvor det alene er den uorganiserede lønmodtager, der forfølger sit krav ved de almindelige domstole.

Der opstår imidlertid en ganske særlig udfordring, når det samme krav - eksempelvis manglende betaling af løntillæg - forfølges af såvel det overenskomstbærende forbund med krav om bod ved Arbejdsretten og den uorganiserede lønmodtager med krav om efterbetaling ved de almindelige domstole.

Der opstår dermed en risiko for, at arbejdsgiveren ender med at betale samme beløb for samme overenskomstbrud/underbetaling to gange.

#### 3.1. RETLIGT GRUNDLAG - BOD I ARBEJDSRETEN OG EFTERBETALING VED DE CIVILE DOMSTOLE

Boden idømmes som nævnt ovenfor for brud på aftalen overenskomtparterne imellem, og tilfalder dermed som udgangspunkt den krænkede part i aftalen - det overenskomstbærende forbund. Mens organisationen som udgangspunkt videregiver eventuelle skyldige beløb til medlemmer af forbundet, vil det ikke være tilfældet med uorganiserede lønmodtagere.<sup>40</sup>

Selvom begge krav vedrører den samme overtrædelse, er de formelt set afledt af to forskellige retsforhold: en kollektiv aftale mellem det overenskomstbærende forbund og arbejdsgiveren og en individuel ansættelsesaftale mellem den uorganiserede lønmodtager og arbejdsgiveren. Arbejdsgiveren risikerer dermed at betale for den samme overtrædelse to gange.<sup>41</sup>

Jens Kristiansen anfører, at "*sådanne reelle kollisionstilfælde kan langt hen ad vejen håndteres pragmatisk ved, at de to retsinstanter tager hensyn til, at der verserer to sager med*

<sup>37</sup> "Den kollektive arbejdsret" af Jens Kristiansen, 4. udgave 2020, s. 624.

<sup>38</sup> Vestre Landsretsdom af den 22. maj 1985 i sag 1782/1984.

<sup>39</sup> Betænkning 1318/1996 fra udvalget om Revision af lov om arbejdsretten, s. 13.

<sup>40</sup> "Den kollektive arbejdsret" af Jens Kristiansen, 4. udgave 2020, s. 623.

<sup>41</sup> "Den kollektive arbejdsret" af Jens Kristiansen, 4. udgave 2020, s. 624.

*udspring i samme forhold. Der er også den mulighed, at arbejdsgiveren under sagen frivilligt efterbetaler de skyldige beløb til de involverede medarbejdere (forudsat kravene ikke er bestridt), således at det eneste udestående herefter er spørgsmålet om bodsudmålingen.”<sup>42</sup>*

Arbejdsgiveren kan i princippet opfylde overenskomsten og efterbetale det skyldige beløb til de enkelte lønmodtagere, også efter den fagretlige behandling er indledt og sagen for Arbejdsretten er anlagt.

Arbejdsretten vil herefter konstatere i forbindelse med udmåling af bod, at arbejdsgiveren har opfyldt overenskomsten, og dermed ikke længere har ”besparelsen”, som skal indgå i den samlede bod. Bodden vil således alene udgøre det pønale element.

Den pragmatiske tilgang løser imidlertid ikke udfordringen i alle tilfælde.

På den ene side er der ofte ikke enighed om kravets berettigelse eller størrelse.

På den anden side bliver den uorganiserede lønmodtager i mange tilfælde først opmærksom på et efterbetalingskrav, når Arbejdsretten har idømt arbejdsgiveren til at betale bod til det overenskomstbærende forbund, og de organiserede kollegaer modtager efterbetaling.

Det vil ligeledes alt andet lige være nemmere for den uorganiserede lønmodtager at forfølge sit individuelle efterbetalingskrav ved de civile domstole med en dom fra Arbejdsretten i hånden, hvor parterne allerede har haft lejlighed til at bruge ressourcer og advokattimer på bevisførelse, udveksling af anbringender mv.

I denne situation, hvor arbejdsgiveren først er idømt at betale bod til det overenskomstbærende forbund, vil arbejdsgiveren heller ikke med frigørende virkning kunne betale den del af boden, der vedrører lønbesparelsen, til de uorganiserede lønmodtagere. Tilsvarende vil de almindelige domstole på grund af manglende kompetence ikke kunne idømme forbundet til at efterbetale bodsbeløbet til de uorganiserede.

Risikoen for, at arbejdsgiveren ender med at betale samme beløb for samme overenskomstbrud/underbetaling to

gange, er dermed reel. Det findes ikke praksis fra Arbejdsretten eller de almindelige domstole, hvor denne udfordring er forsøgt løst.

Det kan overvejes, hvorvidt udfordringen skal søges løst ved genoptagelse af de sager, hvor arbejdsgiveren idømmes en samlet bod, og efterfølgende bliver mødt med et civilretligt krav om efterbetaling, som udspringer af samme retsforhold, som indgik i opgørelse af boden.

Arbejdsretslovens § 20 indeholder regulering af adgangen til genoptagelse som følgende:

*Stk. 1. Retsplejelovens bestemmelser om virkningen af en parts udeblivelse, om adgangen til genoptagelse af borgerlige sager, der er afgjort ved udeblivelsesdom, og om ekstraordinær genoptagelse af borgerlige sager finder tilsvarende anvendelse i sager, der behandles af Arbejdsretten.*

*Stk. 2. 3 medlemmer af Arbejdsrettens formandskab kan undtagelsesvis tillade, at sager, der efter § 16, stk. 3, er afgjort af retsformanden, genoptages, når*

- 1) det må anses for overvejende sandsynligt, at sagen uden ansøgerens fejl har været urigtigt oplyst, og at sagen efter en genoptagelse vil få et væsentlig forskelligt resultat,*
- 2) det må anses for givet, at ansøgeren kun ad denne vej vil kunne undgå eller oprette et for ansøgeren indgribende tab, og*
- 3) omstændighederne i øvrigt i høj grad taler for genoptagelse.*

Oprindeligt indeholdt arbejdsretsloven ingen bestemmelser om genoptagelse af allerede afgjorte sager. Genoptagelse skete således efter principperne i retsplejelovens § 399 om genoptagelse af sagerne ved Højesteret. Dette skete med henvisning til daværende § 19 i arbejdsretsloven, som henviste til retsplejelovens grundsætninger og procesmåde. Retsformandsafgørelserne var en afgørelsesform, som ikke havde direkte hjemmel i arbejdsretsloven, hvorfor afgørelserne blev opfattet og fuldbyrdet som et forlig. Dette indebar, at retsformandsafgørelserne alene kunne genoptages, når parterne var enige herom eller den anden part ikke modsatte sig genoptagelsen. Reglerne om genop-

<sup>42</sup> ”Den kollektive arbejdsret” af Jens Kristiansen, 4. udgave 2020, s. 625.

tagelse blev indføjet i arbejdsretsloven ved lov nr. 183 af 12. marts 1997.<sup>43</sup>

Betingelserne for genoptagelse efter arbejdsretsloven § 20, stk. 2, henviser til bl.a. retsplejelovens bestemmelser "*om ekstraordinær genoptagelse af borgerlige sager*". Der henvises således til ekstraordinær genoptagelse efter retsplejelovens § 399.

Retsplejelovens § 399, stk. 1, indeholder fire kumulative betingelser for, at en afsluttet højesteretssag kan genoptages. For det første skal det anses for overvejende sandsynligt, at sagen uden ansøgerens fejl har været urigtigt oplyst. For det andet skal det anses for overvejende sandsynligt, at sagen efter en genoptagelse vil få et væsentlig forskelligt resultat. For det tredje må det anses for givet, at ansøgeren kun ad denne vej vil kunne undgå eller oprette et for ham indgribende tab. Og endelig, for det fjerde, skal omstændighederne i øvrigt i høj grad tale for genoptagelse.

Højesterets praksis for at tillade en ekstraordinær genoptagelse er restriktiv. Niels Waage bemærker hertil, at det kan ikke udelukkes, at det forhold, at sager i Arbejdsretten kun behandles i én instans, vil medføre, at Arbejdsretten vil fortolke bestemmelsen om genoptagelse lempeligere, end Højesteret gør med hensyn til civile sager.<sup>44</sup>

Hvis en sag tillades genoptaget, kan retten efter anmodning træffe beslutning om, at fuldbyrdelsen af den afsagte dom stilles i bero. Beslutning om, at den afsagte dom stilles i bero, kan betinges af sikkerhedsstillelse.

Bestemmelsen i stk. 2 vedrører genoptagelse af retsforbundens afgørelse. Betingelserne for genoptagelse svarer ligeledes til de betingelser, der gælder for ekstraordinær genoptagelse efter retsplejelovens § 399.

Der findes ikke megen praksis om genoptagelse af sager i Arbejdsretten. I en afgørelse af 16. september 2008 (AR 2005.0202) fandt Arbejdsretten, at betingelserne for at genoptage sagen var til stede. En virksomheds manglende fremmøde under et retsmøde blev tillagt udeblivelsesvirkning, selvom indkaldelsen til retsmøde ikke var rettidigt forkyndt for indklagede. Arbejdsretten udtalte, at det ikke var korrekt, at den tidligere afsagte udeblivelsesdom blev fastholdt i den situation, og anmodningen om genoptagelse blev imødekommet.

<sup>43</sup> Arbejdsrettens årsberetning 1996, s. 38.

<sup>44</sup> "Arbejdsretsloven" af Niels Waage, 3. udgave 2015, s. 381.

Modsat førnævnte sag fandt formandskabet i RFM 2002.116 ikke anledning til at genoptage sagen. Sagen vedrørte en uorganiseret arbejdsgiver, som efter arbejdsretslovens § 16, stk. 3, blev pålagt at betale en bod for forsinket betaling af ydelser samt brud på de fagretlige regler. Virksomhedens advokat anmodede om genoptagelse med henvisning til bl.a., at virksomheden var mødt uden advokat, at sagen havde principiel betydning på grund af lønmodtagersidens adfærd, og at der var truffet afgørelse på ufyldstgørende grundlag, hvorfor en ny behandling med al sandsynlighed ville føre til et andet resultat. Sekretariatslederen oplyste, at virksomheden havde indgivet flere processkrifter, og at afgørelsen var truffet efter en gennemgang af sagen, hvor virksomheden også deltog. Formandskabet anså ikke betingelserne for genoptagelse opfyldt, jf. arbejdsretslovens § 20, stk. 2, og ved denne vurdering blev det tillagt vægt, at virksomheden var blevet vejledt om de forskellige afgørelsesmuligheder, herunder også om betydningen af en afgørelse efter arbejdsretslovens § 16, stk. 3.

En nyere sag, hvor spørgsmålet om genoptagelse blev bragt i spil, er en dom af 19. marts 2014 (AR 2013.0661) vedrørende genoptagelse af en faglig voldgiftsrets afgørelse. Anmodningen om genoptagelse skete med henvisning til, at Spillerforeningens fremlæggelse af omfattende bilagsmateriale dagen forinden hovedforhandlingen havde påvirket sagens udfald. Arbejdsretten fandt ikke, at betingelserne for genoptagelse var til stede. Arbejdsretten lagde vægt på, at bilagene angik temaer, som i forvejen var kendt, og som Divisionsforeningen havde haft anledning til at overveje bevisførelse om, hvis man fandt, at det af betydning. Voldgiftsretten var opmærksom på, at fremlæggelsen af nye bilag kunne indebære en vanskelig situation for foreningen, hvorfor en udsættelse kunne blive aktuel, hvis foreningen ikke med rimelighed kunne varetage sin interesse. Arbejdsretten lagde således til grund, at den faglige voldgiftsret både havde overvejet men også fundet, at de nye bilag ikke var af betydning for sagens udfald.

Arbejdsretten har hidtil ikke haft lejlighed til at tage stilling til, hvorvidt genoptagelsesadgangen skal kunne tillades i en situation, hvor arbejdsgiveren efter pådømmelse af en bod for overenskomstbrud i Arbejdsretten bliver mødt med et civilt søgsmål fra en uorganiseret lønmodtager med et lønkrav, som udspringer af samme retsforhold. Den kunne dog være en oplagt mulighed for at løse den konkrete udfordring med dobbelt betaling.

I tilfælde af, at en arbejdsgiver anmoder en sag om underbetaling genoptaget, skal Arbejdsretten foretage en prøvelse af ovenfor nævnte fire kumulative betingelser i retsplejelovens § 399, stk. 1.

Det kan argumenteres for, at de ovennævnte første, anden og fjerde kumulative betingelser må anses for opfyldt i hovedparten af underbetalingsager, hvor arbejdsgiveren efter pådømmelse af en bod for overenskomstbrud i Arbejdsretten bliver mødt med et civilt søgsmål. Udmåling af boden ville således tage udgangspunkt i et helt andet beløb (besparelse), når de uorganiseredes efterbetalingskrav først er opfyldt. En genoptagelse vil i givet fald alt andet lige medføre et forskelligt resultat, medmindre kravet fra de uorganiserede lønmodtagere er af en beskeden størrelse i forhold til den skønsmæssigt fastsatte bod. Bodene er jo som nævnt ovenfor ikke nødvendigvis nøje afhængig af det faktisk lidte tab.

Det tredje betingelse retsplejelovens § 399, stk. 1, nr. 2, forudsætter imidlertid efter dennes ordlyd, at der er tale om "et indgribende tab". Det antages i retslitteraturen, at formuleringen indebærer, at afgørelsen skal have betydelige konsekvenser for den pågældende part.<sup>45</sup> I en enkelt afgørelse i UfR 1995.38 H meddelte Højesteret dog tilladelse til ekstraordinær kære til Højesteret af en kendelse om en parkeringsafgift på kr. 700. Det kan diskuteres, om den "økonomiske" betingelse i retsplejelovens § 399, stk. 1, nr. 2, var opfyldt i sagen. Tilladelsen var muligvis begrundet i afgiftens pønale karakter.<sup>46</sup>

### 3.2. AFU OG DET OVERENSKOMSTBÆRENDE FORBUNDS BETALING TIL DE UORGANISEREDE

Udfordringen med, at efterbetalingsbeløbet til de uorganiserede lønmodtagere ofte indgår i den samlede bod, som tilfalder det overenskomstbærende forbund, blev søgt løst i aftalen mellem DA og FH<sup>47</sup> om principper for justering af Arbejdsmarkedets Fond for Udstationerede (herefter 'AFU'), som blev optrykt som Bilag 1 til Mæglingforslag fra Forligsmanden af den 25. marts 2020, som følgende:

*AFU udbetaler det inddrevne bodsbeløb til de(t) relevante fagforbund. Forbundet indestår herefter for betaling af krav på efterbetaling fra identificerbare udstationerede lønmodtagere, der henvender sig med berettigede krav, der vedrører bodsbeløbet. Forbundene forbeholder sig ret til at fradrage rimelige omkostninger svarende til medlemskontingentet i udstationeringsperioden som kompensation for at have etableret indrivelingsfundamentet. Såfremt det alene er en del af bodsbeløbet, der er inddrevet, reduceres de(n) pågældende lønmodtager(es) krav forholdsmæssigt.*

AFU er oprettet ved lov<sup>48</sup> som en selvstændig selvejende institution, der har til formål at sikre, at lønmodtagere, der udstationeres til Danmark fra et andet EU- eller EØS-land, kan få dækket et løntilgodehavende baseret på en kollektiv overenskomst, som lønmodtagerens arbejdsgiver ikke har betalt i overensstemmelse med en afgørelse truffet i det fagretlige system.

Adgangen til fondens inddrivelse af bod er reguleret i lovens § 5, stk. 2:

*Fonden inddriver en eventuel bod, der er tilkendt sammen med et løntilgodehavende ved den fagretlige sag, efter anmodning fra den faglige organisation samt eventuelt øvrige ubetalte restancer til fonden.*

Hverken loven eller bekendtgørelse om Arbejdsmarkedets Fond for Udstationerede<sup>49</sup> regulerer yderligere, hvordan den bod, som fonden inddriver, skal opgøres og udbetales efterfølgende, herunder til de uorganiserede lønmodtagere. Hovedparten af domme fra Arbejdsretten vil som nævnt ovenfor indeholde præmisser om, at arbejdsgiveren idømmes en samlet bod, som skal betales til et givent forbund. AFU har herefter ikke mulighed for at påse, at bodens efterbetalingsdel bliver udbetalt til de enkelte lønmodtagere.

Det kan overvejes, hvorvidt den under pkt. 3.1. nævnte risiko for dobbelt betaling kan søges løst med inspiration i aftalen mellem FH og DA. Arbejdsgiversiden kan således i

<sup>45</sup> "Kommenteret retsplejelov" under redaktion af Jens Møller, Oliver Talevski, Peter Thønnings og Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, Bind I, 10. udgave 2018, s. 1204.

<sup>46</sup> "Kommenteret retsplejelov" under redaktion af Jens Møller, Oliver Talevski, Peter Thønnings og Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, Bind I, 10. udgave 2018, s. 1204.

<sup>47</sup> Aftale om principper for justering af Arbejdsmarkedets Fond for Udstationerede, DA og FH, 14. februar 2020, Bilag 1 til Mæglingforslag fra Forligsmanden af den 25. marts 2020.

<sup>48</sup> Lov nr. 613 af 8. juni 2016, om Arbejdsmarkedets Fond for Udstationerede.

<sup>49</sup> Bekendtgørelse nr. 472 af 25. april 2022, om Arbejdsmarkedets Fond for Udstationerede.

sager om underbetaling, hvor Arbejdsretten sædvanligvis fastsætter en samlet bod indeholdende efterbetaling, forsøge sig frem med eksempelvis en subsidiær påstand om, at klager (forbundet) skal indestå for betaling af krav på efterbetaling fra identificerbare lønmodtagere (såvel organiserede som uorganiserede), der har berettigede krav, der vedrører bodsbeløbet.

Arbejdsretten vil herefter kunne afsige en dom som følgende:

*Indklagede pålægges at betale en bod på kr. [...] indeholdende efterbetaling på kr. [...].*

*Klager skal indestå for betaling af krav på efterbetaling fra identificerbare lønmodtagere, der har berettigede krav mod Indklagede, der vedrører bodsbeløbet.*

Det kunne være den pragmatiske tilgang, som i hvert fald på enkelte punkter løser udfordringen med risiko for dobbelt betaling. Det rejser dog fortsat en række uafklarede spørgsmål:

Det kan på den ene side diskuteres, om *berettigelse*<sup>50</sup> af kravet fra de uorganiserede lønmodtagere skal være fastslået ved en dom fra de civile domstole, eller om forbundet skal kunne tiltræde / acceptere et evt. forlig. Det er som beskrevet under afsnit 2.3 ikke givet, at den uorganiserede lønmodtager kan støtte sit efterbetalingskrav på løn- og ansættelsesvilkår i en kollektiv overenskomst, hvis andet udtrykkeligt eller stiltiende er aftalt på det individuelle grundlag.

I henhold til § 2 i lov Arbejdsmarkedets Fond for Udstationerede er det i hvert fald tilstrækkeligt, at et løntilgodehavende er fastslået ved fagretlig behandling, herunder ved et forlig. Et løntilgodehavende er fastslået ved fagretlig behandling, når kravet er fastslået i forbindelse med en sag i Arbejdsretten, ved faglig voldgift, herunder afskedigelsesnævn, organisationsmøde, mæglingssmøde eller fællesmøde, jf. arbejdsretslovens § 34.

Det kan derudover diskuteres, hvilke beløb de uorganiserede lønmodtagere kan forvente at få udbetalt fra det over-

enskomstbærende forbund. På den ene side skal de uorganiserede lønmodtageres løntilgodehavende være berettiget. Det må lægges til grund, at der er tale om det reelt udestående lønkrav, som de uorganiserede lønmodtagere har opgjort. På den anden side er det ikke givet, at bodsbeløbet er tilstrækkeligt til at opfylde samtlige uorganiserede lønmodtageres krav. Bodsbeløbet fastsættes nemlig som nævnt ovenfor af Arbejdsretten konkret under hensyntagen til samtlige sagens omstændigheder. Der er således tale om et beløb, der ikke er nøje udmålt i forhold til den faktiske underbetaling, men derimod ofte fastsat skønsmæssigt, herunder under hensyntagen til mangel af den præcise opgørelse af underbetalingen i forhold til de uorganiserede. I den ovennævnte FV2014.0171<sup>51</sup> blev der eksempelvis rejst et efterbetalingskrav på vegne af 39 medlemmer, svarende til kr. 8.087.728, samt efterbetaling for de mange uorganiserede lønmodtagere, svarende til kr. 40.368.559, mens virksomheden blev idømt et samlet beløb på kr. 22 mio.

Der udestår derudover et spørgsmål, om forbundet kan have en (berettiget) forventning om at kunne tilbageholde rimelige administrationsomkostninger i forbindelse med afregningen af efterbetalingsbeløbet til de uorganiserede lønmodtagere.

I aftalen om principper for justering af AFU har man aftalt en form for administrationsbidrag fra de uorganiserede lønmodtagere, som skal fastsættes til "*rimelige omkostninger svarende til medlemskontingentet i udstationeringsperioden som kompensation for at have etableret inddrivelsesfundamentet*".

Spørgsmålet om, hvorvidt ordninger, hvorefter de uorganiserede lønmodtagere pålægges et særligt administrationsgebyr og lign., kan udgøre forskelsbehandling på grund af foreningsforhold eller indgreb i ejendomsretten, har været prøvet i praksis enkelte gange. Spørgsmålet har i øvrigt været delvist behandlet i den nævnte artikel af Jacob Sand og Shalina Kachchi i en tidligere nummer af HR JURA Magasinet<sup>52</sup>. De centrale afgørelser behandles derfor ganske kortfattet nedenfor:

<sup>50</sup> Det forudsættes i Aftale om principper for justering af Arbejdsmarkedets Fond for Udstationerede, DA og FH, 14. februar 2020, at der er tale om "berettigede" krav.

<sup>51</sup> Kendelse af den 10. marts 2015 i faglig voldgiftssag FV2014.0171.

<sup>52</sup> "Underbetaling af uorganiserede lønmodtagere: Er det danske bodssystem i strid med den negative foreningsfrihed eller den private ejendomsret i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention?" af Jacob Sand og Shalina Kachchi, HR JURA Magasinet, 12. nummer 2017.

I en faglig voldgiftskendelse af 27. november 2012<sup>53</sup> blev det med udvidet formandskab fastslået, at foreningsfrihedsloven efter sin ordlyd og forarbejder alene tager sigte på at beskytte mod forskelsbehandling på grund af foreningsforhold i forbindelse med ansættelse og afskedigelse.

Loven er derfor ikke til hinder for, at de organiserede og uorganiserede lønmodtagere behandles forskelligt under ansættelsen. Det blev videre anført, at det danske overenskomstsystem vil ofte indebære en sådan forskelsbehandling, idet medlemskab af den overenskomstbærende organisation vil kunne have væsentlig indflydelse på de retligheder og forpligtelser, som følger af et ansættelsesforhold.

Derudover har man i enkelte sager taget stilling til, hvorvidt udgifter, som afholdes af uorganiserede lønmodtagere, kan udgøre et indgreb i ejendomsretten. Tillægsprotokol nr. 1 til den Europæiske Menneskerettigheds Konvention<sup>54</sup>, art. 1, 2. pkt., angiver, at ingen "*må berøves sin ejendom undtagen i samfundets interesse og i overensstemmelse med de ved lov og folkerettens almindelige principper fastsatte betingelser.*"

Denne bestemmelse blev fortolket i Menneskerettighedsdomstolens dom af 13. februar 2007 i sag 75252/01, Ewaldsson. Domstolen fastslog indledningsvist, at ordning i Sverige, hvorefter arbejdsgivere var pålagt at indeholde 1,5 % af lønnen fra uorganiserede lønmodtagere, var at betragte som en berøvelse af ejendom i henhold til bestemmelsen til tillægsprotokollens art. 1. Beløbet skulle gå til dækning af fagforeningers udgifter til kontrol af lønvilkårene.

Spørgsmålet om berettigelse af ordningen afhang af, hvorvidt indeholdelsen var "i samfundsmæssig interesse" og i øvrigt proportionalt. Konkret fandt Menneskerettighedsdomstolen, at en overenskomstmæssig pligt til at tilbageholde et lønbeløb kunne tjene et lovligt formål i samfundsmæssig interesse.

I afvejningen af, hvorvidt et sådant indgreb er proportionalt, ser domstolen på, hvorvidt de berørte medarbejdere får noget igen for det indeholdte beløb, og hvorvidt bidraget dækker faktiske omkostninger, og ikke blev anvendt som bidrag til fagforeningens generelle aktiviteter. Domstolen

fandt i Ewaldsson-sagen sammenfattende, at fagforeningens kontrolforanstaltninger manglende den fornødne gennemsigtighed, da der ikke var reel mulighed for de ansatte til at efterprøve, hvordan beløbene blev brugt, og at der forelå en krænkelse af artikel 1 i tillægsprotokollen.

Glostrup Byret har i øvrigt i en dom af 28. november 2014<sup>55</sup> behandlet en sag om en overenskomstmæssig pligt til at tilbageholde et bidrag til det overenskomstbærende forbund. Dette bidrag skulle alene trækkes hos uorganiserede lønmodtagere over lønnen hver måned enten i form af fagforeningskontingent, eller - hvis medlemskab af forbund ikke ønskedes - i form af et administrationsbidrag til vedligeholdelse af overenskomsten. Beløbet, som udgjorde kr. 188,50 hver måned, gik ubeskåret videre til det overenskomstbærende forbund.

Byretten fandt med henvisning til Ewaldsson-sagen, at der ikke var oprettet en særskilt konto til administrationsbidragene, at bidragene ikke stod i et rimeligt forhold til de faktiske udgifter til vedligeholdelse af overenskomsten, og at ordningen manglede den fornødne gennemsigtighed. På dette grundlag fandt byretten, at overenskomstbestemmelsen om tilbageholdelse af et administrationsbidrag var i strid med art. 1 i tillægsprotokollen til Menneskerettighedskonventionen.

På baggrund af den omhandlede praksis kan det fastslås, at en forskelsbehandling af organiserede og uorganiserede medarbejdere under ansættelsen ikke automatisk vil være i strid med forskelsbehandlingslovens forbud mod forskelsbehandling på grund af medlemskab af en fagforening eller mangel på samme.

I spørgsmålet om, hvorvidt en bestemmelse om opkrævning af særlige bidrag vedrørende uorganiserede lønmodtagere er lovlig, indgår en vurdering af, hvorvidt indeholdelsen tjener et lovligt proportionalt formål i en samfundsmæssig interesse. Omkostninger til sikring af overenskomstens overholdelse kan være i en sådan samfundsmæssig interesse. Det kræves dog, at omkostningen står i et rimeligt forhold til de faktiske omkostninger, er gennemsigtig, og at (de uorganiserede) medarbejdere får en ydelse til gengæld for omkostningen. Det kræves derudover, at det er båret af saglige hensyn, og dækker dokumenterbare omkostninger. Det må ikke have karakter af direkte eller indirekte kompen-

<sup>53</sup> Faglig Voldgift af den 27. november 2012 i sag 2012.0033.

<sup>54</sup> Tillægsprotokol af 20. marts 1952 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

<sup>55</sup> Glostrup Byrets dom af 28. november 2014 i sag BS 10C-2177/2013.

sation til det overenskomstbærende forbund for de pågældende medarbejderes manglende medlemskab af forbundet.

### 3.3. DEN SKATTEMÆSSIGE BEHANDLING AF BOD

Når man overlader det til det overenskomstbærende forbund at opfylde "krav på efterbetaling fra identificerbare [...] lønmodtagere, der henvender sig med berettigede krav, der vedrører bodsbeløbet", er det ikke uvæsentligt at tage højde for den skattemæssige behandling heraf.

Det er et klart udgangspunkt, at ansvaret for indeholdelses- og indberetningsforpligtelsen altid er og vil være arbejdsgivers, og at ansvaret for disse forpligtelser ikke kan videregives.

Det følger af de skatteretlige regler, at indberetningspligten påhviler den, som i sin virksomhed har foretaget udbetaling eller godskrivning af de i paragrafferne nævnte indkomster. Det vil sige, at det er lønmodtagerens nuværende eller tidligere arbejdsgiver, der har indberetningspligten for henholdsvis de udbetalte beløb og indeholdte beløb i A-skat og arbejdsmarkedsbidrag.

SKAT har i to servicebreve af henholdsvis 17. juli 2012 og 26. september 2014<sup>56</sup> til samtlige fagforeningers- og fagforbunds hovedkontorer, arbejdsgiverorganisationer, samt til Advokatsamfundet og Danske Advokater præciseret, hvordan de enkelte beløb skattemæssigt skal håndteres i efterbetalingssager, herunder i forhold til håndtering af bod.

I servicebrevene understreges det, at en afgørelse eller forlig lydende på udbetaling af et ikke nærmere specificeret samlet bruttobeløb med endelig frigørende virkning til medarbejderens repræsentant strider mod de gældende regler om indeholdelse af skat og bidrag og indberetning efter kildeskattelovens og skattekontrollovens regler, da det så ikke kan ses, hvad udbetalingen reelt dækker.

I forhold til bod anfører SKAT følgende i servicebrevet af den 26. september 2014:

*Hvis der er tale om en bod, som arbejdsgiver dømmes til at betale, afhænger skattepligten for medarbejderen af, hvordan boden idømmes og behandles af medarbejderens repræsentant.*

*Idømmes boden og det er repræsentanten, der har krav på boden, og vælger repræsentanten at boden videregives til medarbejderne, er medarbejderne skattepligtig af det udbetalte beløb efter regler om uddelinger fra fonde og foreninger, jf. SL § 4c, når der er tale om at repræsentanten er en fond eller forening. [...]*

*Repræsentanten, når der er tale om en fond eller forening, er herefter indberetningspligtig af beløbet i henhold til skattekontrollovens § 7B, stk. 1.*

*Idømmes boden og medarbejderen er den direkte berettigede til beløbet, kommer skattepligten for medarbejderen og arbejdsgiverens indeholdelses- og indberetningsforpligtelse an på, hvad boden dækker. Dette skal opgøres, så arbejdsgiver har mulighed for at overholde sine forpligtelser om indeholdelse og indberetning, [...].*

I skattemæssig henseende sondres der således mellem bod, der tilfalder et fagforbund, og bod, der tilfalder den enkelte lønmodtager. Hovedparten af domme fra Arbejdsretten vil indeholde præmisser om, at arbejdsgiveren idømmes en samlet bod, som skal betales til et givent forbund, hvorefter arbejdsgiveren ikke er indeholdelsespligtig i forhold til fagforbundets eventuelle udbetalinger til de enkelte lønmodtagere/medlemmer.

<sup>56</sup> Servicebreve fra SKAT til samtlige fagforeningers- og fagforbund hovedkontorer, arbejdsgiverorganisationer, samt til Advokatsamfundet og Danske Advokater, af henholdsvis 17. juli 2012 og 26. september 2014, j.nr. 12-0159629.

# YTRINGSFRIHEDEN GÆLDER DA FOR ALLE



BYRIAL RASTAD BJØRST  
FAGLIG SEKRETÆR, ADVOKAT (L), PH.D.  
TEKNISK LANDSFORBUND

Muhammedkrisen fik danskerne til at rykke sammen om ytringsfriheden. Siden har den stået som en national kerneværdi – selve symbolet på den demokratiske styreform.

Det er indlysende, at et censurforbud, som det udtrykkes i grundlovens tekst, kun giver en svag beskyttelse af ytringsfriheden. Det har ikke megen værdi at kunne udtrykke sig frit, hvis man efterfølgende bliver straffet for det. Men også andre reaktioner end straf kan udgøre en ytringshindring. Hvis en borger risikerer at blive opsagt eller bortvist fra arbejdet grundet en ytring, vil også det udgøre en indskrænkning i ytringsfriheden til skade for den demokratiske dialog.

Denne artikel behandler vægtningen af privatansattes materielle ytringsfrihed overfor de loyalitets- og hemmeligholdsforpligtelser, hun har til sin arbejdsgiver. Det er en kendt sag, at offentligt ansatte har en vid ytringsfrihed, i alle fald så længe de ytrer sig på egne vegne.<sup>1</sup> Derimod er privatansattes ytringsfrihed ofte lemfældigt behandlet. I Jon Kjølbros kommenterede menneskeretskonvention på 1483 sider ofres ikke så meget som et afsnit på emnet. Medens Lars Svenning Andersen bruger en del plads på at behandle funktionærers tavshedspligt, så ender det korte kapitel om

privatansattes ytringsfrihed hurtigt i en beskrivelse af reglerne om whistleblowere og offentligt ansattes ytringsfrihed. Jens Elo Rytter bruger ½ side på at referere et par domme fra Den Europæiske Menneskeretsdomstol (EMD),<sup>2</sup> medens H. G. Carlsen slet ikke behandler emnet.<sup>3</sup> Dette til trods så er der gode grunde til nu at behandle emnet nærmere. Der er i al ubemærkethed kommet nye domme fra EMD. Der er kommet ny regulering om whistleblowere og erhvervs-hemmeligheder. Endelig påpeger betænkning 1573 om ytringsfrihedens rammer, at privatansatte bør have bedre vilkår for ytringsfrihed, samt bør vejledes bedre om deres rettigheder.<sup>4</sup> Artiklen introducerer beskyttelsen af ytringsfriheden i form af en interesseafvejning, herefter beskrives denne gennem behandling af særregler og konkrete eksempler eller situationer, hvorefter der sammenfattes kort. Forhåbentlig kan denne introduktion medvirke til, at hensynet til ytringsfrihed får større gennemslag i dansk arbejdsret og retspraksis.

## DEN EUROPÆISKE MENNESKERETSKONVENTION EMRK ARTIKEL 10

### HVORNÅR GÆLDER YTRINGSFRIHEDEN?

Beskyttelsen af ytringsfriheden er navnlig relevant, når arbejdstager har fremsat ytringen på en måde, så den måtte

<sup>1</sup> Denne artikel behandler kun ytringer fremsat på arbejdstagers egne vegne. Ikke ytringer der helt eller delvist fremstår som fremsat på vegne af arbejdsgiver.

<sup>2</sup> Jens Elo Rytter, Individets grundlæggende rettigheder, 4. udgave, Karnovgroup 2021, side 307. Han behandler dog også emnet i kapitlet om whistleblowere s. 317 ff.

<sup>3</sup> H. G. Carlsen, Dansk Funktionærret, 9. udgave, Karnov group, 2019. Forfatteren havde ellers nydt at se ordet ytringsfrihed stavet med stort Y.

<sup>4</sup> 2020, betænkning 1573 om ytringsfrihedens rammer, 2020, s. 38

forventes at nå offentligheden. For få årtier siden var sådanne ytringer typisk fremsat i aviser, audiovisuelle medier eller i offentlige forsamlinger. I dag har de sociale medier en sådan udbredelse og den enkelte borger så mange kontakter at en stor del af ytringerne fremsat der, må betragtes som offentlige ytringer. Det har som konsekvens, at vejen til at en arbejdstager fremsætter en ytring, som en arbejdsgiver kunne ønske at sanktionere, er blevet kortere, men også at flere ytringer vil skulle bedømmes efter reglerne om ytringsfrihed.

Beskyttelsen af ytringsfriheden gælder imidlertid også i tilfælde, hvor ytringen er fremsat overfor en begrænset gruppe. Wojczuk-sagen omhandlede breve, som arbejdstager ifølge domstolen havde sendt til 4 konkrete myndigheder. Dette til trods anvendtes reglerne om ytringsfrihed på sagen.<sup>5</sup>

#### EMRK'S ANVENDELIGHED I PRIVATE ANSÆTTelsesFORHOLD

Grundet den omfattende, bindende og langtrækkende retspraksis er det naturligt at tage udgangspunkt i EMRK, når privatansattes ytringsfrihed skal beskrives. Oprindeligt var EMRK som andre borgerlige menneskerettigheder kun skabt til at beskytte borgerne mod staten. EMDs retspraksis har imidlertid præciseret, at staten og dermed domstolene har en positiv pligt til at sikre at borgernes rettigheder ikke trædes under føde af andre eksempelvis arbejdsgivere.<sup>6</sup> En sådan pligt vil slå igennem, når en domstol eller nævn skal vurdere, om en opsigelse er urimelig eller en bortvisning ubegrundet. EMD udtrykker pligten som følger:

*"While the boundary between the State's positive and negative obligations under the Convention does not lend itself to precise definition, the applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had in particular to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of*

*the community as a whole, subject in any event to the margin of appreciation enjoyed by the State."*<sup>7</sup>

Uanset om der er tale om en offentlig eller en privat arbejdsgiver, der sanktionerer en arbejdstager grundet dennes ytringer, så er det den samme afvejning, der skal ske mellem de to parter interesser - omend der kan være forskel på lodderne på vægten i de to situationer.<sup>8</sup>

Menneskerettigheders direkte effekt mellem private - Drittwirkung, har været indgående diskuteret. På dette sagsområde må det konstateres, at EMRK er indarbejdet ved lov i dansk ret. Beskyttelsen mod urimelig opsigelse i lovgivning og overenskomster giver rum til at inddrage hensyn til arbejdstagers ytringsfrihed, og det er forudsigteligt for arbejdsgiver, at hensynet vil blive inddraget, når begrundelsen for en opsigelse eller bortvisning skal vurderes. I hvert fald på den baggrund kan der ikke være retlige betænkeligheder ved at give EMRKs regler om ytringsfrihed fuldt gennemslag også mellem private.<sup>9</sup>

#### GRUNDLÆGGENDE KRITERIER FOR AFVEJNINGEN

EMD har i sin retspraksis fastlagt en række kriterier til brug for afvejningen af hensynet til arbejdstagers ytringsfrihed på den ene side og arbejdsgivers interesser på den anden side herunder beskyttelsen af forretningshemmeligheder, andre forretningsinteresser og privatliv.<sup>10</sup>

##### *a Den offentlige interesse i de afslørede oplysninger*

Der skal ikke meget til, for at det har offentlig interesse, hvordan det offentlige bruger midlerne eller behandler borgerne. Modsat kan det hævdes, at det som udgangspunkt ikke har offentlighedens interesse, hvordan en privat virksomhed vælger at drive sin virksomhed. Selv om afvejningen mellem arbejdstagers ytringsfrihed mod arbejdsgivers interesser således i princippet er ens for privat og offentligt ansattes ytringsfrihed, så medfører den ovennævnte forskel, at oplysninger om arbejdsgiver fremsat af en offentligt ansat lettere kan betragtes som havende of-

<sup>5</sup> EMD sag 52969/13 Wojczuk mod Polen

<sup>6</sup> EMD sag 28274/08 Heinisch mod Tyskland præmis 44, EMD i sag 51706/11 Marunic mod Kroatien præmis 38 og EMD i sag 11608/15 Herbai mod Ungarn præmis 37

<sup>7</sup> EMD sag 11608/15 Herbai mod Ungarn præmis 37

<sup>8</sup> EMD, Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, april 2021, punkt 22 og 394. Den ens behandling kan også begrundes i lighedsbetragtninger, nemlig at beskyttelsen af arbejdstagers grundlæggende ret til ytringsfrihed ikke bør afhænge af, om hun har en privat eller offentlig arbejdsgiver se Marianne Nørgaard, Menneskerettighedskonventionens anvendelse mellem private, Forlaget Thomson, 2004, kapitel 13, afsnit 2.1.4. En del af EMDs sager har handlet om privat organiserede virksomheder med offentligt ejerskab, men praksis giver også eksempler på beskyttelse af arbejdstagers ytringsfrihed hos rent private arbejdsgivere. Se til eksempelvis EMD sag 11608/15 Herbai mod Ungarn og EMD sag 28955/06, 28957/06, 28959/06 og 28964/06 Palomo Sánchez og andre mod Spanien

<sup>9</sup> For en omhyggelig behandling af emnet se Marianne Nørgaard, særligt kapitel 13 og dettes afsnit 2.1.4 og 2.2

<sup>10</sup> EMD sag 28274/08 Heinisch mod Tyskland præmis 71 ff.

fentlig interesse, end hvis ytringen fremsættes af en privatansat.

Der er dog tilfælde, hvor privatansattes ytringer om deres arbejdsgivere helt indlysende vil have relevans for offentligheden. Det gælder eksempelvis i tilfælde, hvor ytringen falder ind under whistleblowerreglerne som omtalt nedenfor.

I dag sælger mange virksomheder ikke blot en generisk vare. Virksomheden har omhyggeligt gjort sine varer mere værdifulde ved at knytte dem til virksomhedens brand(s). Oprindeligt knyttede et sådant brand sig op på varens kvalitet. Det er i den forbindelse indlysende, at en oplysning om, at en virksomhed ikke lever op til sine løfter af kvalitet, har offentlighedens interesse. Men ofte markedsfører virksomheden sig også direkte eller indirekte med løfter om, hvordan produktet er blevet til. Den øgede fokus på brands og CSR har medført, at også virksomhedernes ageren mere bredt set kan have offentlighedens interesse. Det gælder ikke blot dårlige arbejdsvilkår hos ansatte eller underleverandører, det kunne også være andre typer forhold som hvis en virksomhed ytrer, at man vil afhænde sine russiske aktiviteter, men i realiteten ikke foretager skridt mod afhændelse, eller at man har en bevidst strategi for at ikke at betale skat i bestemte lande eller i det hele taget.

Danske borgere har betydelig interesse i de store danske virksomheder gennem deres pensionskasser, også af denne grund kan oplysningerne have offentlig interesse. Det gælder selvfølgelig i særdeleshed, hvis oplysningerne har betydning for virksomhedens værdi på børsen, men det vil ikke være et krav.

#### *β Hvorvidt klager havde alternative kanaler til at lave afsløringen*

Udrulningen af whistleblowerordninger i danske virksomheder vil medføre, at en arbejdstager kan påpege de kritisable forhold via whistleblowerordningen og dermed opnå den ønskede ændring hos virksomheden. I nogle tilfælde ignorerer virksomheden imidlertid kritikken, eller årsagen til de kritisable forhold er så højt placeret i virksomhedens hierarki, at medarbejderen ikke kan forvente, at hans kritik vil medføre ændringer. I disse tilfælde, vil det

være berettiget for en arbejdstager at gå til offentligheden uden at have forsøgt eller anvendt alle muligheder for at rejse kritikken internt. Også i tilfælde hvor arbejdstager er blevet kritiseret offentligt af sin arbejdsgiver, vil det være berettiget at svare på kritikken offentligt.<sup>11</sup>

Ved vurderingen af dette kriterium kan det formentlig også inddrages, hvorvidt kritikken ville være omfattet af whistleblowerordningens dækningsområde, og om arbejdstager dermed havde udsigt til beskyttelse som whistleblower, hvis han havde rejst kritikken internt.

#### *γ Om oplysningerne er korrekte*

Det er klart, at det må tillægges betydning, om de oplysninger arbejdstager har offentliggjort, er korrekte, og dermed om en eventuel kritik er velbegrundet. Når der er tale om værdidomme kan der ikke føres sandhedsbevis, men det kan kræves, at der er tilstrækkeligt faktisk grundlag som støtte.<sup>12</sup> Ofte vil situationen her ikke være sort/hvid, og det kan selvfølgelig også tillægges betydning, om arbejdsgiver ser ud til at tilbageholde relevant information.

#### *δ Om arbejdstager er i god tro*

Det kan vise sig, at de fremsatte ytringer ikke er korrekte, eller kun i begrænset omfang korrekte. I disse tilfælde vil det kunne tillægges vægt, om arbejdstager var i god tro, da vedkommende fremsatte ytringerne. Den gode tro kan også være relevant, hvis oplysningerne nok er korrekte, men de konklusioner, som arbejdstager har draget af dem, har vist sig ikke at være det. Endelig kan det tillægges betydning, om ytringen er fremsat spontant eksempelvis i en direkte radioudsendelse, eller om arbejdstagers ytring har været velovervejet.<sup>13</sup>

#### *ε Den skade arbejdsgiver har lidt*

Normalt vil en offentlig myndighed eller institution ikke miste bevillinger, hvis der fremsættes ubegrundede negative ytringer om den. Derimod er risikoen for skade på en privat virksomhed langt større. Også denne forskel kan medføre en forskel i afvejningen af henholdsvis privat og offentligt ansattes ytringsfrihed overfor arbejdsgivers interesser. Også grovheden af ytringen og hensynet til andre personers ry og rettigheder kan inddrages.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> EMD sag 51706/11 Marunic mod Kroatien, præmis 54

<sup>12</sup> EMD sag 49017/99 Baadsgaard og Pedersen mod Danmark præmis 76 og den der nævnte retspraksis

<sup>13</sup> EMD sag 39293/98 Fuentes Bobo mod Spanien, præmis 46-48 samt EMD sag 28955/06, 28957/06, 28959/06 og 28964/06, Palomo Sánchez og andre mod Spanien, præmis 73

<sup>14</sup> EMD, sag 28955/06, 28957/06, 28959/06 og 28964/06, Palomo Sánchez og andre mod Spanien og EMD sag 51706/11, præmis 57, Sag 51706/11 Marunic mod Kroatien, præmis 58

### *ζ Alvorligheden af sanktionen*

Der vil være tilfælde, hvor en reaktion fra arbejdsgivers side vil være berettiget. Det kan f.eks. være tilfælde, hvor oplysninger har vist sig ikke at være korrekte, eller at de ikke har haft nogen synderlig offentlig interesse. I disse tilfælde skal arbejdsgivers reaktion dog stadig afvejes overfor arbejdstagers ytringsfrihed. Om der er tale om brud på arbejdstagers ytringsfrihed, kan altså afhænge af, hvor på spektret mellem påtale og bortvisning arbejdsgivers reaktion er.

### *η Ytringen er led i medlemmets personlige klage*

Det her kriterium er kompliceret at anvende. I nogle tilfælde står det klart, at arbejdstager kan have en anden dagsorden med den fremsendte ytring end den officielle og retfærdige. Skyldes ytringen personligt nid, eller er den udtryk for en reel bekymring, som der er grund til at dele med offentligheden? I Balenovich-sagen stod klager f.eks. hårdt fast på, at virksomheden skulle insource lastvognskørslen, men var det et reelt forsøg på at forhindre korrupsion i det store olieselskab, som hun var ansat i, eller var det blot fordi hun mente, at selskabet kunne drives bedre? Klager mente det første, men EMD konkluderede det sidste.<sup>15</sup>

## INTERESSEAFVEJNING I PRAKSIS

En ytring, der afslører alvorlig forurening eller returkommission, vil indlysende være af offentlig interesse og veje tungt i afvejningen. Men ofte peger arbejdstageren på problemer, hvor der kan være uenighed om faktum og bedømmelsen heraf. Den situation er Heinisch-sagen et godt eksempel på. Heinisch var sygeplejerske på et plejehjem. Hendes arbejdsgiver var organiseret som et privat selskab, men var stats-ejet. Plejehjemmet havde problemer med plejen af beboerne. Der var personalemangel, og de ansatte var hårdt belastede. Heinisch var syg i perioder. Gennem en advokat indgav Heinisch en politianmeldelse mod selskabet. Myn-dighederne afsluttede dog efterforskningen uden anklage.

Heinisch blev sagt op med sygdom som begrundelse. Herefter udarbejdede hendes fagforening en folder, der krævede opsigelsen kaldt tilbage og fremsatte en række hårde beskyldninger mod virksomheden. Heinisch faxede folderen til det hjem, hvor hun havde arbejdet. Herefter krævede virksomheden, at hun lavede en erklæring omkring folderen. Da hun nægtede, blev hun bortvist.

EMD konstaterer, at selv om loyalitetspligten nok er større i ansættelser i det offentlige, så skal arbejdstagere også være

loyale overfor en privat organiseret arbejdsgiver [sic]. Domstolen udtaler:

*"It therefore shares the Government's view that the principles and criteria established in the Court's case-law with a view to weighing an employee's right to freedom of expression by signaling illegal conduct or wrongdoing on the part of his or her employer against the latter's right to protection of its reputation and commercial interests also apply in the case at hand. The nature and extent of loyalty owed by an employee in a particular case has an impact on the weighing of the employee's rights and the conflicting interests of the employer."*<sup>16</sup>

Atter fastslås det, at om en opsigelse er et brud på en arbejdstagers ret til ytringsfrihed, skal afgøres som en afvejning af ytringsfriheden mod arbejdsgivers interesse i beskyttelse af rygte og økonomi. I afvejning indgår også karakteren og omfanget af arbejdstagers loyalitetspligt.

Retten udtalte endvidere, at af hensyn til loyalitets- og diskretionspligten bør arbejdstager først gå til sin overordnede eller anden relevant klagevej, inden hun ytrer sig offentligt.

Endelig præciserer retten, at til støtte for ytringsfriheden taler offentlighedens interesse i at oplysningen bliver offentliggjort. Hvis derimod ytringen er motiveret af et ønske om personlig klage, fjendskab eller egen vinding, da taler det for mindre beskyttelse. Endelig skal alvoren af arbejdsgivers sanktion tages med i betragtning. Efter en grundig afvejning konkluderer domstolen, at virksomhedens bortvisning var et brud på Heinisch ytringsfrihed.

Heinisch politianmeldelse førte ikke til, at der blev rejst straffesag eller taget andre initiativer, og arbejdsgiver var ikke enig i hendes kritik. Ytringen var klart til skade for den privat organiserede arbejdsgiver, men ikke desto mindre kunne den ikke danne grundlag for en opsigelse. Vi må altså konstatere, at hvis arbejdstagers ytring vedrører forhold med stor offentlig bevågenhed, så vil hensynet til hendes ytringsfrihed veje tungt, også selv om hun ikke kan føre sandhedsbevis for sine ytringer.

<sup>15</sup> EMD sag 28369/17 Balenovic mod Kroatien. Se også Vestre Landsrets dom af 1. december 2021 som omtales nedenfor

<sup>16</sup> EMD sag 28274/08 Heinisch mod Tyskland, præmis 64

## INTERESSEAFVEJNING I DANSK RETSPRAKSIS

Trods tilbageholdenheden i litteraturen, findes der dog også i dansk ret enkelte eksempler på, at ytringsfriheden er blevet tillagt betydning i sager om privatansatte.<sup>17</sup>

En sag for afskedigelsesnævnet handlede om en situation, hvor Forenede Rengøring havde overtaget rengøringen på et hospital.<sup>18</sup> To medarbejdere var kritiske overfor standarden og talte med en journalist fra Ekstrabladet. Da det gik op for ledelsen, blev de bortvist.

Opmanden indleder sine præmisser som følger: *"Indledningsvis bemærkes, at der som udgangspunkt er væsentlig forskel på medarbejderes ytringsfrihed med hensyn til forhold, der berører virksomheden, alt efter om der er tale om ansættelse i en privat eller en offentlig virksomhed. I nærværende sag må der dog tillige lægges vægt på, at samtalen af problemer omkring udlicitering af hospitalsrengøring og om rengøringspersonalets uddannelsesforhold m.v., der kan fremstå som en kritik af den private virksomhedens forhold, reelt i hovedsagen angår væsentlige samfundshold af betydelig offentlig interesse."*

De to arbejdstageres sager blev forskelligt afgjort. For såvidt angår den første udtalte opmanden: *"I A's politianmeldelse af virksomheden blev der primært anført en række problematikker omkring ukorrekt lønafregning m.v., og det skete i form af grove beskyldninger for bevidst uredeligt forhold. Politianmeldelsen blev ydermere sendt i kopi til en række offentlige personer og instanser, herunder i særdeleshed til virksomhedens kunde Amager Hospital og med henvisning til, at virksomhedens prøvetid på Amager Hospital nu udløb, og at kontrakten skulle genforhandles. Herved findes hun groft at have misligholdt ansættelsesforholdet, og virksomheden har derfor været berettiget til at bringe ansættelsen til ophør med øjeblikkelig virkning."*

I afgørelsen lægger opmanden vægt på de fremsatte ytringer er grove og kunne påføre arbejdsgiver betydelig skade. Opmanden kunne måske have kommet til samme konklusion ved anvendelse af EMDs kriterier, men da kendelsen er fra 2010 og Heinisch dommen er fra 2011, var EMDs kriterier endnu ikke fuldt udfoldet.

Vedrørende den anden medarbejder *"B må det efter de afgivne forklaringer lægges til grund, at hans henvendelse til og samtale med Ekstra Bladets journalist primært skete med henblik på at få en offentlig debat om konsekvenserne af udlicitering af hospitalsrengøring, og at han under samtalen med journalisten gjorde opmærksom på, at hans ærinde ikke var at miskreditere Forenede Rengøring, men at det han ønskede, var en kritik af udliciteringen og offentlig debat af problematikken. Under disse omstændigheder findes B ikke at være gået længere i sine udtalelser til pressen - eller i sine udtalelser til kolleger - end hans arbejdsgiver må tåle"*.

Afgørelsen er meget forsigtig, men det må dog konstateres, at den bakker op om de to privatansattes ytringsfrihed.

Vestre Landsrets dom af 1. december 2021 handler om samarbejdet på et teater (organiseret som en selvejende institution). Teatrets ledelse havde besluttet at ansætte teaterdirektørens kone (AC) først som dramaturg og senere som kunstnerisk leder.<sup>19</sup> Arbejdstager blev opsagt, efter han havde udtalt sig til pressen. Vestre Landsret konstaterer, at arbejdstager over en lang periode havde givet udtryk for utilfredshed med ledelsesstrukturen herunder AC's rolle. Herefter udtaler landsretten:

*"På baggrund af Appellantens mails sammenholdt med de afgivne forklaringer må Appellanten anses for fortsat at afvise at indordne sig ledelsens beslutninger, hvilket førte til, at han den 6. september 2019 blev tilbudt en fratrædelsesaftale. Et tilbud, som Appellanten besvarede med, at han var "helt uforstående overfor, at min og en stor del af personalets kritik ... kan passere gennem bestyrelsen uden, hvad vel må betegnes som et skuldertræk... Det er jo en klar magtdemonstration, når du/bestyrelsen så agter at lade AC blive min chef"*.

*Appellantens udtalelser i avisartiklen "Knas i kulissen" af 21. september 2019, der fremtræder motiveret af en personlig stridighed og ikke en afdækning af forhold af offentlighedens interesse, må anses for illoyal og egnet til at skade [virksomhed1] Teater som virksomhed."*

Under sagen blev der procederet på EMDs kriterier, og som det fremgår af dommen, blev disse også inddraget af Vestre

<sup>17</sup> Ud over de to nævnte sager var spørgsmålet om ytringsfrihed også relevant i Afskedigelsesnævnets kendelser af 21. oktober 1998, sag 861/98 og 21. juli 2014, sag 20140194. I den første sag blev artiklen dog aldrig udgivet, og den anden er stærkt præget af indikationer på organisationsfølgelse.

<sup>18</sup> Tilkendegivelse af 10. oktober 2007 i Afskedigelsesnævnets sag 0889/07

<sup>19</sup> Vestre Landsrets dom af 1. december 2021, sag BS-13919/2021-VLR

Landsret i dommen. Landsretten anerkender således, at ytringsfriheden er relevant at inddrage.

#### YTRINGER UDEN RELEVANS FOR VIRKSOMHEDEN

Tjenestemandslovens § 10 bestemmer:

*”Tjenestemanden skal samvittighedsfuldt overholde de regler, der gælder for hans stilling, og såvel i som uden for tjenesten vise sig værdig til den agtelse og tillid, som stillingen kræver.”*

Det decorumkrav, som bestemmelsen udtrykker, gælder i en lidt mindre streng form også for andre arbejdstagere, men vil afhænge af i hvilket omfang arbejdstagers ytringer og virksomheden kan blive forbundet, og af hvor højt arbejdstager er placeret.

Almindelige politiske ytringer eller andre ytringer uden relation til arbejdsgivers virksomhed eller produktion må ikke få konsekvenser for en almindelig arbejdstager. Et eksempel er Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 9. januar 2013. I den sag havde en virksomhed afbrudt et praktikforløb med den begrundelse, at arbejdstager var nazist. Arbejdstager var rigtigt nok aktiv nazist og havde ytret nazistiske holdninger i medierne. Virksomheden havde ikke påvist, at der var fare for intern uro eller negative reaktioner fra kunder. Der forelå heller ikke klager fra kollegaer. Ligebehandlingsnævnet konstaterer, at afbrydelsen skyldtes politisk anskuelse, hvorfor den var i strid med forskelsbehandlingsloven.<sup>20</sup>

Hvis ytring og virksomhed forbindes, vil der dog skulle væsentlig mindre til, at en ytring kan få ansættelsesmæssige konsekvenser. Det var tilfældet i en sag for Østre Landsret, hvor en ansat havde rundsendt et satirisk ansøgningsskema til opholdstilladelse med klart fremmedfjendsk budskab. Skemaet blev delt udenfor virksomheden. Flertallet i Østre landsret lagde vægt på, at medarbejderen havde redigeret dokumentet, så virksomheden fremstod som navngiven filejer. Derfor var opsigelsen rimeligt begrundet trods arbejdstagers lange anciennitet.<sup>21</sup>

I Østre Landsrets dom lægges vægt på, at virksomheden stod som afsender i dokumentets grundoplysninger. Det er dog ikke det almindeligste sted at kigge, når man har mod-

taget et dokument. Det pågældende skema var endvidere i almindelig cirkulation på daværende tidspunkt – uden virksomheden som afsender. Ligebehandlingsnævnets kendelse fra 2013 havde et andet faktum. Men en umiddelbar læsning giver det indtryk, at de ikke udtrykker samme retstilstand. Noget kunne tyde på, at Muhammedkrisen har givet arbejdstagere en bredere ytringsfrihed, når de politiske ytringer ikke har forbindelse med arbejdsgivers virksomhed. Det faktum, at de fleste arbejdstagere er forbundet med både deres tidligere og nuværende arbejdsgiver på LinkedIn, medfører endvidere, at hvis en forbindelse mellem arbejdsgiver og den ansatte skulle være nok til indskrænkninger i ytringsfriheden for almindelige politiske ytringer, da ville ytringsfriheden for arbejdstagere i praksis være stærkt begrænset.<sup>22</sup>

#### FORRETNINGSHEMMELIGHEDER

Loven definerer forretningshemmeligheder som følger:

*”Oplysninger, der*

*a) er hemmelige i den forstand, at de ikke i deres helhed eller i den præcise udformning eller sammensætning er almindeligt kendt blandt eller umiddelbart tilgængelige for personer i de kredse, der normalt beskæftiger sig med den pågældende type oplysninger,*

*b) har handelsværdi, fordi de er hemmelige, og*

*c) under de givne omstændigheder er blevet underkastet rimelige foranstaltninger til hemmeligholdelse af den person, som lovligt kontrollerer oplysningerne.”<sup>23</sup>*

Definitionen er interessant, idet den samtidig definerer, hvilke oplysninger der ikke er forretningshemmeligheder. Det indebærer, at arbejdsgiver nok kan forsøge at afskære offentliggørelse af sådanne oplysninger gennem kontrakten eller den almindelige loyalitetspligt, men disse hensyn skal i så fald afvejes mod arbejdstagers ytringsfrihed uden særlig hensyntagen til reglerne om forretningshemmeligheder, som jo ikke er gældende.

Lovens udgangspunkt er, at forretningshemmeligheder ikke må videregives. Men der åbnes op for, at forretningshemmeligheder kan videregives i forbindelse med whistleblow-

<sup>20</sup> Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 9. januar 2013, sag 7100344-12

<sup>21</sup> Østre Landsrets dom af 24. januar 2003, 20. afd., sag B-1019-02

<sup>22</sup> At problematikken ikke blot er teoretisk, ses af debatten i april 2021 vedrørende Naser Khaders henvendelser til moddebattanters arbejdsgivere

<sup>23</sup> Lov nr 309 af 25/04/2018 om forretningshemmeligheder

ing som defineret i lovens § 5 nr. 2. Derudover kan forretningshemmeligheder videregives, hvis det sker for at udøve retten til informations- og ytringsfrihed, herunder respekt for mediefrihed og mediernes pluralisme.<sup>24</sup> Også i dette tilfælde vender vi tilbage til den almindelige afvejning, men at der er tale om en forretningshemmelighed, kan naturligvis veje tungt for, at offentliggørelsen kan skade arbejdsgiver.<sup>25</sup> Det bør dog i den sammenhæng erindres, at forretningshemmeligheder ikke nyder samme beskyttelse som immaterielle rettigheder.<sup>26</sup>

## WHISTLEBLOWING

Groft lovbrud eller groft uredelig forretningspraksis er aldrig acceptabelt. Loyalitetspligten i ansættelsesforholdet medfører, at man som arbejdsgiver må kunne forvente, at arbejdstager forsøger at tage dette spørgsmål op enten gennem de sædvanlige kommunikationskanaler i virksomheden, eller eventuelt via den whistleblowerordning, som mange virksomheder skal etablere efter whistleblowerloven.

Whistleblowerreglerne finder anvendelse på indberetninger, som er omfattet af anvendelsesområdet for Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om beskyttelse af personer, der indberetter overtrædelser af EU-retten, eller indberetninger som i øvrigt vedrører alvorlige lovovertrædelser eller øvrige alvorlige forhold.

I særdeleshed i tilfælde, hvor der er tale om alvorlige forhold, vil hensynet til arbejdstagers ytringsfrihed veje tungere end hensynet til loyalitetspligten.<sup>27</sup>

## ANDRE YTRINGER MED RELATION TIL ARBEJDSGIVERS VIRKSOMHED

Arbejdstagere har interesse for deres fag og kan finde på at ytre synspunkter, der kan opleves af arbejdsgiver, som gående imod hans interesser, f.eks. fordi ytringen – selv om arbejdsgivers navn ikke er nævnt – indirekte udtrykker kritik af arbejdsgivers forretningspraksis, produktionsmetode eller produkt. Sådanne ytringer kan opleves af en arbejdsgiver som illoyale. Et eksempel på en sådan situation kan findes i EMDs dom i Herbai-sagen.<sup>28</sup> Hr. Herbai var ansat som HR-medarbejder i en bank og i sin kontrakt underlagt

en forpligtelse til ikke hverken direkte eller indirekte at offentliggøre oplysninger med relation til hans arbejdsgivers funktion og aktiviteter. Herbai oprettede en hjemmeside for vidensdeling om HR. På siden blev offentliggjort to opslag. Det ene handlede om nødvendigheden af at forbinde virksomhedens kernevirkosom med dens HR-strategi, og det andet var kritik af en skattereform, som navnlig ville komme højtlonnede til gode. Arbejdsgiver afskedigede Herbai med henvisning til, at han havde krænket bankens økonomiske interesser, samt at Herbai var i besiddelse af oplysninger, som ville skade bankens økonomiske interesser, hvis de blev offentliggjort.

Den ungarske højesteret afviste Herbais prøvelse af afskedigelsen med henvisning til, at hjemmesiden henvendte sig til HR professionelle og kun diskuterede HR-spørgsmål. Der var derfor ikke tale om forhold af offentlig interesse, som nød beskyttelse af retten til ytringsfrihed.

I dommen konstaterer EMD, at også ytringer af professionel natur er omfattet af ytringsfriheden. EMD konstaterer, at sagen alene er afgjort ud fra kontaktretslige overvejelser og uden en afvejning af hensynet til arbejdstagers ytringsfrihed overfor hensynet til arbejdsgivers legitime forretningsinteresser. EMRK artikel 10 var derfor overtrådt.

Også i Herbai-dommen foretog EMD en afvejning af arbejdstagers loyalitetspligt og arbejdsgivers interesser mod arbejdstagers ytringsfrihed og det deraf flydende hensyn til den offentlige debat og oplysning. Det faktum, at arbejdstagers ytring ikke er omfattet af whistleblowerloven, betyder selvfølgelig, at ytringen ikke handler om meget alvorlige forhold, men afvejningen skal foretages i alle fald.<sup>29</sup> Det samme gælder endog i tilfælde, hvor arbejdstagers ytringer medfører, at forretningshemmeligheder bliver røbet, omend det vil medføre forhøjede krav til ytringens relevans for offentligheden.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> § 5 nr. 1

<sup>25</sup> Se også Monia Fleischer Ben Soltane, Forretningshemmelighedens retsværn, DJØF, 2021 afsnit 3.4.4 d viii

<sup>26</sup> Thomas Riis & Jens Schovsbo, Lov om forretningshemmeligheder med kommentarer, 2019 s. 149 ff.

<sup>27</sup> Whistleblowerdirektivet (EU) 2019/1937 præmis 45

<sup>28</sup> EMD sag 11608/15 Herbai mod Ungarn

<sup>29</sup> EMD, Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, april 2021, punkt 369 og EMD sag 51706/11 Marunic mod Kroatien, præmis 57

<sup>30</sup> Forretningshemmelighedslovens § 5, stk. 1 nr. 1.

## DISKUSSION OG SAMMENFATNING

Domstolene har som en del af staten en positiv forpligtelse til at sikre, at arbejdstageres ytringsfrihed respekteres.

Når en arbejdsgiver sanktionerer en arbejdstager grundet en ytring, da skal der foretages en avanceret afvejning af parternes og offentlighedens interesser, for at afklare om sanktionen er en overtrædelse af arbejdstagers ytringsfrihed. Afvejningen foretages med samme kriterier, uanset om der er tale om en privat eller offentlig arbejdsgiver. Om en arbejdsgiver er privat eller offentlig kan påvirke, hvorledes de forskellige kriterier vurderes, herunder om offentligheden har en interesse i ytringen, og hvilken skade ytringen har forvoldt på arbejdsgivers interesser. Den samfundsmæssige udvikling medfører dog, at offentligheden har fået en større interesse i det private erhvervslivs interne forhold.

Beskyttelsen af arbejdstagers og offentlighedens interesser i whistleblowerloven og beskyttelsen af arbejdsgivers interesser i forretningshemmelighedsloven vil lægge et tungt og ofte afgørende lod i den ene eller anden side af vægten ved afvejningen. Men i alle tilfælde, vil en række kriterier skulle inddrages som oplyst ovenfor. Der vil dog fortsat være tale om en konkret afvejning, hvor der også skal tages hensyn til arbejdsgivers økonomiske interesser, samt at ytringerne ofte ikke står alene, men kan være en del af en kompliceret sag, hvor også samarbejdsproblemer og manglende accept af arbejdsgivers ledelsesbeslutninger kan indgå.

Alt andet lige tyder EMDs praksis på, at private arbejdsgivere skal tage større hensyn til deres ansattes ytringsfrihed, end hvad der har været tilfældet hidtil.

# DEKORUMKRAV I ANSÆTTELSESRETEN



CLAUS GULDAGER  
PARTNER, ADVOKAT (H)  
ANDERSEN PARTNERS



MIKAEL MARSTAL  
ADVOKAT (H)  
ANDERSEN PARTNERS

## BLÅLYS, SOFTLAW ELLER HARDLAW?

*"Den af Sagførerraadet paaberaabte [...] Hjemmel for Raadet til at skride ind mod en Sagfører, der ikke undgaar Alt, hvad der er uforeneligt med den Hæderlighed, Nøjagtighed og Paalidelighed, som en offentlig beskikket Sagfører, altid må udvise, maa antages alene at tage sigte paa Forhold i selve hans Sagførevirksomhed.*

*Da den Sagfører [...] overgaaede Dom imidlertid alene angaar Forhold, der ikke staar i forbindelse med hans Virksomhed som Sagfører, findes Raadet at have savnet hjemmel til, som sket, at anse ham med Straf af Suspension, og den af Raadet truffne beslutning vil derfor være at ophæve [...]"*

Med disse ord slog Vestre Landsret i 1922 (U.1923.120V) fast, at de daværende vandelskrav for advokater i retsplejeloven ikke gav det daværende Advokatråd<sup>1</sup> hjemmel til at sanktionere et forhold, der var begået uden tilknytning til advokatens hverv som advokat. Den pågældende advokat var blevet straffet for betleri, og spørgsmålet i sagen var, om dette var i strid med den dagældende bestemmelse i retsplejeloven<sup>2</sup> om krav til advokaters adfærd. Dommen gav anledning til at foretage en ændring i retsplejeloven, og i dag følger det af § 126, stk. 4, at en advokat ikke uden for sin advokatvirksomhed i forretningsforhold eller

økonomiske forhold i øvrigt må udvise en adfærd, der er uværdig for en advokat. I dag gælder der - ved siden af reglen om god advokatskik i § 126, stk. 1 - således et værdighedskrav, når advokaten handler uden for hvervet som advokat, men dog i forretningsforhold eller i økonomiske forhold i øvrigt. Uden for områderne dækket af § 126, stk. 1 og 4 gælder der ikke i øvrigt et værdighedskrav for advokater, hvilket illustreres af Advokatnævnets kendelse af 11. juni 2007. Advokat A bidrog på linje med en række andre til et fødselsdagsportræt af advokat X og udtalte blandt andet, at advokat X var "uduelig, komplet uforberedt og det største blålys, jeg nogensinde har arbejdet sammen med. Han åbner sine papirer i retten og er totalt overrasket, fordi han aldrig har set dem før." Advokatnævnet fandt, at udtalelsen ikke vedrører advokat A's udøvelse af advokathvervet, og at forholdet derfor ikke er omfattet af retsplejelovens § 126, stk. 1. Der fandtes heller ikke at foreligge et forretningsforhold eller forhold af økonomisk art, hvorfor forholdet faldt uden for § 126, stk. 4. Advokat A blev derfor frifundet.

Hvis advokat A havde været lønmodtager, er det nærliggende at spørge, om advokat A's udtalelse, der - formentlig uden at være injurierende - miskrediterer en anden advokat, ville give A's arbejdsgiver grundlag for at overveje

<sup>1</sup> I dag har Advokatnævnet enekompetencen til at træffe afgørelse i klagesager vedrørende advokaters disciplinære forhold, idet en advokat dog under en straffesag kan frakendes retten til at virke som advokat, jf. retsplejelovens § 138.

<sup>2</sup> L 1916-04-11 nr. 90 - § 143

en ansættelsesretlig sanktion i form af advarsel, opsigelse eller bortvisning. Vi lader foreløbigt svaret henstå ubesvaret, men fastslår dog allerede her, at svaret for det første må være det samme, uanset om den miskrediterede fødselar er konkurrent eller en anden person, og for det andet afhænger af, om advokat A's udtalelse indebærer dels en overtrædelse af en ulovbestemt etisk norm, og dels at denne overtrædelse er til skade for A's arbejdsgiver. Svaret afhænger med andre ord af, om advokat A har handlet i strid med det dekorumkrav, der gælder for en ansat advokat.

Med det følgende er det hensigten at komme indholdet af dekorum-begrebet lidt nærmere.

Et spørgsmål er, om tidens krav til bæredygtighed og ansvarlig virksomhedsledelse ikke alene skærper de krav, der stilles til ledelsens mindset og opførsel, men også til lønmodtagernes. Der stilles stadig større krav til virksomheders bæredygtighed og ordentlighed, ligesom der stilles rapporteringskrav og krav om øget transparens. Kravene til den øverste ledelse fra interessenterne - ejere, kunder, offentligheden og medarbejderne - i forhold til virksomheders ordentlighed er stigende, og det må få en afsmittende effekt på de krav, der generelt kan stilles til medarbejderne. Derfor fortjener emnet at blive taget op, og hensigten er at lægge op til refleksion og overvejelse, om dekorumkrav dels må forventes at få en større rolle at spille i forhold til ledelse, og dels må forventes at blive skærpede.

Det er ikke hensigten at foretage en traditionel analyse, eller at underkaste dekorum-begrebet en sædvanlig retsdogmatisk fortolkning, og heller ikke at sætte dekorum på formel.

## HVAD ER DEKORUM?

I denne sammenhæng anvendes begrebet "dekorum" i forhold til den situation, at en arbejdsgiver ønsker at iværksætte ansættelsesretlige sanktioner over for en ansat på grund af forhold eller en adfærd, der i udgangspunktet ikke har noget med selve ansættelsen eller udførelsen af arbejdet at gøre.

Dekorum kan bedst oversættes med "sømmelighed" og betyder groft sagt, at man skal opføre sig ordentligt og i overensstemmelse med arbejdsgiverens værdisæt også uden for arbejdspladsen.

Lovregler om dekorum - adfærds- og vandelskrav - er sjældne, men ikke desto mindre spiller dekorumkrav en væsentlig rolle i ansættelsesretten.

På det offentlige område kan henvises til tjenestemandenslovens § 10, hvoraf fremgår, at en tjenestemand "[...] skal samvittighedsfuldt overholde de regler, der er for hans stilling, og såvel i som uden for tjenesten vise sig værdig til den agtelse og tillid, som stillingen kræver". Bestemmelsen, der altså udtrykkeligt også regulerer tjenestemandens adfærd uden for tjenesten, kan rimeligvis betragtes som en generel retsgrundsætning for alle offentligt ansatte.

På det private arbejdsmarked findes ikke tilsvarende alment gyldige bestemmelser - hverken i loven eller i Hovedaftalen/overenskomsterne. Det er sjældent, at dekorumkrav finder vej til en individuel ansættelseskontrakt, selv om det er tilrådeligt at adressere dette, hvis arbejdsgiveren har behov og grundlag for at stille særlige krav til lønmodtagerens moralske og værdimæssige kompas, jf. i øvrigt nærmere nedenfor.

I visse brancher findes der generelle adfærdsregulerende bestemmelser og professionsetiske regelsæt, eksempelvis hos revisorerne. Et andet eksempel er de advokatetiske regler, der udarbejdes og ajourføres af Advokatrådet og udgør vejledning om, hvad der gælder i henhold til den retlige standard om god advokatskik i retsplejelovens § 126, stk. 1. For begge eksempler gælder dog, at disse regelsæt ikke retter sig mod adfærd "udenfor tjenesten".

I den finansielle lovgivning findes krav til bestyrelsesmedlemmers og direktørers egnethed og hæderlighed ("fit and proper"). Reglerne gælder imidlertid alene for den øverste ledelse og altså ikke for lønmodtagere.

Der er generel enighed om, dels at en lønmodtager er omfattet af en generel og ulovbestemt pligt til ikke at overtræde etiske og retlige normer, og dels at lønmodtagerens manglende overholdelse af pligten efter omstændighederne kan føre til berettigede ansættelsesretlige sanktioner. Pligten gælder såvel indadtil som udadtil, og altså både på og uden for jobbet, men pligtens rammer skal naturligvis ses i sammenhæng med den stilling, lønmodtageren beklæder.

Det store spørgsmål er herefter, hvad dekorumkravet nærmere indeholder. Det spørgsmål lader sig ikke besvare konkret. Generelt kan man dog som udgangspunkt sondre

mellem på den ene side krav, der relaterer sig til en lovovertrædelse begået af lønmodtageren, og på den anden side mere generelle krav til lønmodtagerens vandel, opførsel og ytringer. I begge tilfælde skal kravene ses i lyset af den konkrete stilling og hvem der er arbejdsgiver.

Et eksempel: En bankansat, som i sin fritid er kasserer i den lokale badmintonklub, tager af klubkassen for at berige sig selv og får en dom for underslæb. Adfærden er generelt uforenelig med en banks værdigrundlag, og den er egnet til at svække kundernes tillid til ikke bare den bankansatte, men også til banken. De færreste kan vel være uenige i, at det som udgangspunkt vil være rimeligt, hvis banken sanktionerer den beskrevne adfærd ved opsigelse eller bortvisning. Det er imidlertid ikke alle tilfælde, hvor en lønmodtager begår en kriminel handling uden tilknytning til arbejdspladsen, der kan medføre berettigede ansættelsesretlige sanktioner. Hvis underslæbet i forhold til badmintonklubben i stedet var begået af en produktionsansat i en større industrivirksomhed, ville ansættelsesretlige sanktioner næppe være berettigede. To lønmodtagere har begået samme forbrydelse, men da de indtager forskellige stillinger i forskellige virksomheder, er dekorumkravene ikke identiske.

Herefter kan det spørges, om krav til værdig opførsel kan gradbøjes. Hertil må svares, at kravene til, hvad der ligger i værdig opførsel afhænger af det konkrete ansættelsesforhold, men det indebærer ikke i sig selv en gradbøjning af værdighedsbegrebet. Daværende advokat og nuværende retspræsident, Christian Lundblad, har i U.2007B.228 - hvor han om den ovenfor nævnte bestemmelse i retsplejelovens § 126, stk. 4 og Advokatnævnets mulighed for helt eller delvis at frakende en advokat retten til at udøve advokatvirksomhed - blandt andet skrevet følgende:

*"Med dette generelle værdighedskrav bliver det muligvis vanskeligt at opretholde en praksis, hvor advokater kun delvist frakendes retten til at udøve advokatvirksomhed - enten er advokaten værdig, eller også er han det ikke. Delvis værdighed eller uværdighed i kun nogle sammenhænge i relation til advokatvirksomhed rummer en terminologisk modsætning."*

Citatet er taget ud af en kontekst, men alligevel er det illustrerende. En kvinde kan ikke være mere eller mindre gravid, men kan en lønmodtagers adfærd være mere eller

mindre "sømmelig" i relation til arbejdsgiveren og den stilling, lønmodtageren beklæder? Det vil være nemmest, hvis svaret var et enten-eller - men sådan er det ikke altid.

På det private arbejdsmarked giver dekorumkrav kun helt undtagelsesvis anledning til en diskussion om ytringsfrihed og meningsfrihed. Ingen vil formentlig i forbindelse med en dekorumsag anfægte lønmodtagerens grundlovssikrede ret til at ytre sig. Det er alene de ansættelsesretlige konsekvenser, det handler om. Det forekommer da så vidt ses heller ikke i praksis, at retten til ytringsfrihed gøres gældende som argument for, at en ytring eller handling ikke skal kunne sanktioneres ansættelsesretligt.

I hvert fald i et tilfælde har retten til ytringsfrihed dog været påberåbt til støtte for en frifindelsespåstand i en retssag, hvor en advokat af Advokatnævnet var blevet sanktioneret med en bøde for intimidering af vidner i en verserende retssag<sup>3</sup>. Højesteret fastslog, at retsplejelovens § 126, stk. 1 indebærer en nødvendig begrænsning i advokaters ytringsfrihed, så advokaten slap ikke igennem med sit synspunkt.

#### RETSPRAKSIS OM DEKORUM

Da vurderingen af, om en bestemt adfærd eller ytring uden tilknytning til arbejdet kan føre til ansættelsesretlige sanktioner, er meget konkret både i forhold til den specifikke adfærd eller ytring og i forhold til den specifikke arbejdsgiver og stilling, og da der derfor ikke kan opstilles en generel regel om dekorumkrav på det private arbejdsmarked, kan det være nyttigt at kaste et summarisk blik på udvalgt retspraksis<sup>4</sup> for at se, hvordan konkrete tvister er afgjort. Trykt praksis er i øvrigt sparsom.

I sagen U.2018.2891Ø havde en ansat i et flyselskab på Facebook, hvor han havde 300 venner, spurgt, om en kollega kunne hjælpe med at få to kartoner cigaretter udenom tolden, når han landede samme dag. Han blev herefter bortvist. Landsretten fandt, at opslaget ikke - som hævdet af lønmodtageren - fremstod som en spøg, men tværtimod stred både mod arbejdsgiverens virksomheds adfærdskodeks - som bl.a. forbød salg og distribution af ulovlige varer - og regler for ansattes adfærd på sociale medier, hvor det blandt andet blev indskærpet, at man var "ambassadør" for virksomheden. Landsretten nåede frem til, at opslaget både var illoyalt og egnet til at skade virksomhedens omdømme, og en opsigelse - men ikke en bortvisning - var derfor berettiget.

<sup>3</sup> U.2018.1160H

<sup>4</sup> Se for eksempel også Funktionærret, 6. udgave, Lars Svenning Andersen med flere side 296 f. og Arbejdsret, 12. udgave, Ole Hasselbalch, side 284 f.

I en sag fra 2013<sup>5</sup> skrev en bankansat på Facebook bl.a. følgende: *"Gid fanden havde folk der kommer i tanker om indskud på børneopsparinger og pensioner den sidste bankdag i året! Der er fucking 364 andre dage i året hvor du kan ringe om det!"* Opmanden fandt en opsigelse usaglig, hvorimod en advarsel havde været berettiget. Der blev lagt vægt på, at det ikke af opslaget fremgik, hvor den pågældende var ansat, at medarbejderne gennem ni år ikke havde modtaget advarsler, ligesom det blev tillagt betydning, at opslaget var skrevet som en reaktion på en travl arbejdsdag.

I sagen U.2011.1809V var en kommunalt ansat integrationsmedarbejder sigtet for blufærdighedskrænkelse i form af befangling, og det fremgik, at hans tjenestetelefon indgik i efterforskningen. Kommunen fandt blandt andet af denne grund, at man ikke kunne have tillid til medarbejderen, som derfor blev opsagt. Vestre Landsret fandt, at blufærdighedskrænkelsen ingen sammenhæng havde med den pågældendes arbejde og fandt derfor ikke *"fuldt tilstrækkeligt grundlag"* for at fastslå, at det i sig selv kunne begrunde en opsigelse eller indgå i begrundelsen herfor.

I sagen U.2006.39Ø havde en kvinde afsonet en dom på 60 dages fængsel for falsk forklaring for retten. Hun holdt orlov og ferie fra sit arbejde under afsoningen. Da arbejdsgiveren efterfølgende opdagede sammenhængen, blev hun bortvist med henvisning til blandt andet, at virksomheden i personalehåndbogen krævede, at medarbejderne til stadighed havde en ren straffeattest. Bortvisningen blev tilsidesat og kvinden tilkendt en godtgørelse, blandt andet fordi det forhold, hun var dømt for, ingen sammenhæng havde med arbejdet, og da arbejdsgiveren ikke nærmere kunne begrunde, hvilken betydning dommen havde for hendes varetagelse af arbejdet.

I en sag, der blev forelagt Vestre Landsret i 2009<sup>6</sup>, havde to kolleger, en kvinde og en mand, haft en affære. Dette betroede den ene part den andens parts kæreste til en privat fest, hvorefter den mandlige kollega gav sin kvindelige kollega en lussing. Han blev herefter bortvist. Landsretten fandt ikke, at adfærden kunne begrunde en bortvisning, da volden var begået under private former uden tilknytning til arbejdet. En opsigelse var derimod berettiget.

I sagen U.2003.1430Ø blev en regnskabsassistent bortvist for at have haft en omfattende privat e-mailkorrespondance fra virksomhedens computer med blandt andet et sexrelateret indhold. Dette skete via et log-in til en chatside, hvor medarbejderens e-mailadresse ikke blev gjort kendt for andre, og hvor man ikke havde grund til at forvente, at korrespondancen blev vist til andre end to øvrige deltagere. Landsretten lagde afgørende vægt på, at virksomheden ikke havde en formuleret politik for de ansattes private brug af virksomhedens internetforbindelse, og at arbejdsgiveren var indforstået med, at en sådan anvendelse fandt sted under ansvar. Bortvisningen var derfor ikke berettiget.

I en faglig voldgift fra 2021<sup>7</sup> havde en sikkerhedsvagt kommenteret et opslag på Facebook om en brand på en muslimsk gravplads med en grinende smiley. Han blev herefter bortvist med henvisning til, at han *"på sociale medier har udtrykt holdninger, der under ingen omstændigheder er forenelige med [virksomhedens] værdier og etik"*. Den pågældende medarbejder havde kort efter ændret opslaget på baggrund af en vred henvendelse fra en udefrakommende person og havde oplyst, at han havde trykket forkert og skulle have sat en grædesmiley. Han orienterede dagen efter sin arbejdsgiver. Den faglige voldgift fandt ikke bortvisningen berettiget. På den ene side fandt man, at opslaget på en åben facebookprofil var egnet til at skabe utryghed og mistillid til, at han kunne varetage sit arbejde på betryggende vis. På den anden side var det voldgiftsrettens opfattelse, at der alene var tale om en tilføjelse af en smiley på et opslag foretaget af en anden, at der var tale om et øjeblik tankeløshed, og at han straks ændrede opslaget. Samtidig måtte det tillægges betydning, at den eneste forbindelse mellem opslaget og arbejdsgiveren var, at det fremgik af hans profil, hvor han var ansat, og at han tidligere havde delt et rekrutteringsopslag.

Gennemgang af praksis – og da slet ikke den summariske gennemgang ovenfor – giver ikke anledning til at fastslå andet og mere end, at der skal helt særlige omstændigheder til, før en lønmodtager på det private arbejdsmarked berettiget kan sanktioneres ansættelsesretligt for en adfærd begået uden for tjenesten.

## DEKORUM OG LEDELSESRET

Dekorum er efter en sædvanlig forståelse ikke som udgangspunkt knyttet sammen med ledelsesretten; deko-

<sup>5</sup> FV 2013.0022

<sup>6</sup> Vestre Landsrets dom af 12. maj 2009, 13. afd., sag B-2528-08

<sup>7</sup> FV 2021.48

rum handler i høj grad om adfærd og handlinger, der ikke har direkte tilknytning til arbejdets udførelse, hvorimod ledelsesretten i sagens natur handler om arbejdsgivers instruktionsbeføjelser overfor medarbejderne i forhold til arbejdets udførelse.

Der er dog også her en gråzone. En virksomhed kan have en legitim interesse i at regulere bestemte forhold, som ikke umiddelbart vedrører arbejdets udførelse, men dog har en så tæt sammenhæng hermed, at det kan være relevant at regulere det nærmere. Der vil på den baggrund i medfør af ledelsesretten kunne indføres begrænsninger i lønmodtagernes aktiviteter uden for arbejdspladsen. Det kan særligt være relevant, når det drejer sig som forhold, som er tæt beslægtede med virksomhedens kerneaktivitet, og hvor lønmodtagerens mere eller mindre uagtsomme adfærd kan påføre virksomheden og dens image skade. Det vil i alle tilfælde være et krav, at sådanne regler har et sagligt, driftsmæssigt formål, og at reglerne ikke går videre end nødvendigt af hensyn til formålet. Et eksempel herpå kan findes i den finansielle sektor og førte til en afgørelse fra Arbejdsretten.

I sagen havde Nordea indført et forbud for medarbejderne mod investering i kryptovaluta for egen regning. Forbuddet var navnlig begrundet med, at der vurderedes at være en høj risiko ved investering i kryptovaluta, og at handel med kryptovaluta – modsat handel med værdipapirer og valuta – var ulovreguleret, og at der således ikke var nogen beskyttelse mod urimelig handelspraksis og hvidvask. Forbuddet kom i kølvandet på gentagne officielle advarsler mod handel med kryptovaluta, herunder fra Finanstilsynet, ligesom EU i forbindelse med vedtagelsen af det 5. hvidvaskdirektiv i 2018 havde anført, at veksling fra virtuelle valutaer kunne udnyttes til hvidvask og finansiering af terrorisme.

Arbejdsretten anførte i sin afgørelse<sup>8</sup>, at forbuddet måtte ses i lyset af de risici, som investering i kryptovaluta på det foreliggende grundlag medførte, ligesom man lagde vægt på, at banken allerede opstillede visse begrænsninger i medarbejdernes privatøkonomiske dispositioner, herunder af hensyn til risikoen for loyalitetskonflikter. Arbejdsretten fandt herefter "(...) ikke grundlag for at tilsidesætte det skøn, der må tilkomme Nordea Danmark med hensyn til at vurdere de foreliggende risici for bl.a. loyalitetskonflikter og den heraf følgende driftsmæssige betydning for banken af at forbyde medarbejderne at foretage private investeringer i

kryptovaluta". Retten lagde også vægt på, at medarbejderne trods forbuddet kunne beholde allerede erhvervede beholdninger, og at forbuddet ikke omfattede nærtstående dispositioner, som medarbejderne ikke var involveret i. Forbuddet var dermed berettiget og proportionalt.

## DEKORUM I 2022 - STATUS

Moral og krav til værdier og korrekt adfærd ændrer sig over tid – og det samme gør derfor nok også dekorumkravet. Samtidig har det i snart mange år været et faktum, at man via de sociale medier nemt og hurtigt kan sprede et budskab til rigtig mange mennesker på én gang – uden at man nødvendigvis ved, hvem der læser med. Det er også et opmærksomhedspunkt, at det på nogle sociale medier – for eksempel på LinkedIn – fremgår, hvor man er ansat, hvilket kan skærpe dekorum-bedømmelsen. Der må således også i den ansættelsesretlige bedømmelse af dekorum antages i udgangspunktet at være forskel på, om en ytring på et socialt medie er rent privat, eller om den fremsættes i en sammenhæng, hvor det fremgår, hvor lønmodtageren er ansat, og hvor opslag måske direkte tilgår både kollegaer og forretningsforbindelser. En faktor i relation til dekorum kan også være, at grænsen mellem arbejde og privatliv kan være ret flydende, måske bedst illustreret ved den under og efter coronakrisen udbredte brug af hjemmearbejdspladser.

Dekorumskrav er som nævnt ikke et entydigt begreb. Dekorumskrav må derfor også bedømmes i lyset af aktuelle normer og strømninger og måske også det, man kan kalde politisk korrekthed.

Et par nyere sager illustrerer dette.

I forbindelse med coronasituationen var der visse steder en skepsis overfor myndighedernes håndtering af pandemien og måske ikke mindst indførsel af krav om vaccine og coronapas. I den forbindelse kunne Fyens Stiftstidende i en artikel den 10. januar 2022 oplyse, at en kvindelig præst på Facebook havde trukket paralleller mellem corona og nazitiden og opfordret læger til ikke at vaccinere mod sygdommen. Dette førte til, at biskoppen indkaldte præsten til en tjenstlig samtale. Hvad udfaldet af samtalen blev, er ikke klart. Tjenestemandsløven gælder her, og der er ikke tvivl om, at der også her må indfortolkes en nødvendig begrænsning i ytringsfriheden af hensyn til samfundsinteresser, og at begrænsningen er proportional henset til formålet.

<sup>8</sup> Arbejdsrettens afgørelse af 2. december 2019, sag AR2018.0297

I en anden sag var reaktionen fra CBS ret klar, da to undervisere primo 2022 ifølge TV2 sammenlignede coronapas med jødepas fra anden verdenskrig og meddelte, at de ikke ville gennemføre undervisningen, så længe der var krav om coronapas. Kort tid efter kunne TV2 oplyse, at de to undervisere var fratrådt deres stillinger.

Midtjyllands Avis kunne i samme boldgade i januar 2022 oplyse, at to økonomer fra en større bank var stoppet, efter at de i en officiel analyse havde udtrykt skepsis mod vacciner og tillige medtaget nazireferencer.

Et markant eksempel, som ikke handler om dekorumkrav til en lønmodtager, men som dog fik en meget konkret betydning for den pågældendes job, er afsløringen af den tidligere 3F-formands dobbeltliv. Der var ingen påvist direkte forbindelse til hans virke som formand, men alligevel stod det efter få dages mediebevågenhed klart, at han måtte forlade sin post. Hans adfærd var ganske enkelt for grænseoverskridende ud fra en generel moralsk bedømmelse. Vi kender ikke vilkårene for samarbejdets ophør, men adfærden fik konsekvenser.

Omverdenens reaktion er i øvrigt ikke altid forudsigelig. To eksempler fra medieverdenen illustrerer dette. En tidligere tv-vært er så vidt vides stadig persona non grata arbejdsmæssigt efter at være blevet omtalt i en advokatundersøgelse på grund af et såkaldt me too-forhold på en tv-station. En chefredaktør, som blev idømt fængselsstraf for ulovlig indhentelse af private oplysninger om kendte personer, fik hurtigt comeback til medieverdenen og en post som chefredaktør. Det er dristigt at konkludere, at afdækning af et gammelt me too-forhold gradbøjes til at udgøre en grovere usømmelighed end strafbar indhentelse af private oplysninger om kendte personer, men det ser unægtelig ud til, at det er sådan det forholder sig.

#### HVORDAN SER FREMTIDEN SÅ UD?

Som nævnt må det forventes, at virksomheder og organisationer af idealistiske, men selvfølgelig i høj grad også kommercielle grunde, fremover vil være mere skarpe på, hvilke signaler de ønsker at sende og dermed hvilke værdier, der betragtes som vigtige – og der vil komme fokus på, at dette kommunikerer tydeligt til medarbejderne. Bæredygtig ledelse er og bliver et konkurrenceparameter. Det må forventes, at der navnlig på det private arbejdsmarked, og i hvert fald i forhold til ledende medarbejdere, vil blive slået hårdere ned på adfærd, der afviger fra værdierne, og det kan ikke udelukkes, at virksomhederne vil se sig nødsaget til

at reagere hurtigt og hårdt, også selv om der rent juridisk efter gældende praksis ikke er et klart grundlag for sanktioner.

Man kan forestille sig, at det pres, der hviler på topledelsen i forhold til ordentlighed, vil forplante sig til medarbejderne – og dermed i realiteten afspejles i rammerne for ledelsesretten. Også på den baggrund må det tilrådes, at virksomheder sørger for, at værdier, der opfattes som særligt vigtige, tydeligt kommunikerer til medarbejderne, da det kan få en i hvert fald afsmittende effekt på muligheden for at reagere ansættelsesretligt på forhold, der ikke som sådan har med ansættelsen at gøre. Det må også tilrådes, at medarbejderne – om muligt – inddrages i denne proces for at sikre ejerskab.

Det er klart, at man ikke – eksempelvis i en personalehåndbog – kan lægge bånd på medarbejdernes ytringsfrihed generelt, men arbejdsgiver kan på udvalgte områder gøre det klart, at en bestemt adfærd ikke tolereres, og at virksomhedens værdier skal respekteres og efter omstændighederne også uden for tjenesten. Det vil ikke bare indebære en gavnlige forventningsafstemning og afsmittende effekt på medarbejdernes adfærd uden for arbejdspladsen, men også stille virksomheden betydeligt stærkere i en ansættelsesretlig tvist.

I det hele taget vil det styrke sagligheden af en opsigelse, hvis virksomheden kan dokumentere, at den pågældende adfærd eller ytring konkret støder sammen med en af virksomheden klart formuleret værdi, og det også kan dokumenteres, at medarbejderen vidste eller burde vide, at det var en væsentlig værdi for arbejdsgiveren.

Den aktuelle status for dekorumkrav påvirkes givetvis af, at der også formelt i højere og højere grad stilles krav til – og dermed er opmærksomhed om – virksomheders og ledelsens moral og værdier generelt. Det sker ikke mindst i regi af CSR og ESG-krav, som direkte kan påvirke en virksomheds aktiekurs og handelsværdi samt muligheden for at opnå adgang til kapital. En hård reaktion fra kunder, leverandører og samarbejdspartnere er en nærliggende risiko, hvis man træder ved siden af.

Alt dette må påvirke virksomhedernes vurdering af krav til medarbejdernes adfærd uden for tjenesten.

Det bliver på den baggrund spændende at følge, om praksis udvikler sig i en retning, der i højere grad tillader ar-

bejdsgivere at sanktionere usømmelig adfærd uden for tjenesten. Om udviklingen i dekorumkrav til medarbejderne udfordrer forståelsen af saglighedsbegrebet i funktionærloven og hovedaftalen, må tiden vise.

Ledelsen må naturligvis vise det gode eksempel, og det gjorde man ikke umiddelbart i den såkaldte Danbred-sag. Her blev bestyrelsen gået, fordi en chikanesag, der involverede direktøren, ikke blev håndteret tilstrækkelig konsekvent, idet man efter det oplyste i første omgang alene meddelte en advarsel til direktøren. Den kritiserede ledelsesmæssige håndtering af sagen har angiveligt haft en stor negativ indflydelse på virksomhedens årsregnskab.

Dekorumsager handler, som det er fremgået, om medarbejdernes adfærd. Det må forudses, at medarbejderne i stigende omfang vil stille krav om, at virksomheden og ledelsen har tydelige værdier og lever op til dem. Det må herunder forudses, at medarbejderne efter omstændighederne kan finde på at fravælge deres arbejdsgiver ved simpelthen at sige jobbet op, fordi man ikke kan identificere sig med arbejdsgiverens (chefens) værdier – og måske endda fordi man ikke kan acceptere kollegaers værdier og adfærd, på og uden for arbejdspladsen. Man vil nok ikke i dag kunne finde et vilkår i en ansættelseskontrakt, hvorefter en medarbejder har krav på at kunne betragte sig selv som opsagt og fritstillet (måske med krav på en godtgørelse), hvis virksomheden gør sig skyldig i for eksempel overtrædelse af hvidvasklovgivningen eller ligebehandlingsreglerne – men måske kan det komme på et tidspunkt? Og måske det ligefrem kan blive et tema i kommende overenskomster?

Alt i alt er det næppe utænkeligt, at der kan blive rejst sager, hvor en arbejdsgiver beskyldes for væsentlig, hævebegrundende misligholdelse af ansættelsesforholdet gennem en kritisabel adfærd. Hertil kommer, at klare værdier også kan blive et vigtigt parameter i forhold til rekruttering fra en ny generation, der måske er mere bevidst om bæredygtige værdier end man er vant til. At det – i hvert fald i øjeblikket – er arbejdstagers marked, gør ikke kravene til virksomhederne mindre, og det kommer nok også til at påvirke kravene til medarbejdernes adfærd – ikke bare i tjenesten, men også uden for.

Og så var der spørgsmålet om advokat A's citat til et fødselsdagsportræt berettiger ansættelsesretlige sanktioner (hvis advokat A havde været lønmodtager). Svaret må efter vores opfattelse være bekræftende, idet udtalelsen er

unødigt krænkende for den portrætterede fødselar og derfor også skadelig for den arbejdsgiver, der har advokat A på lønningslisten. Det må være sådan, at man som arbejdsgiver er berettiget til at reagere relativt konsekvent på den slags, idet man ellers risikerer imagetab og en opfattelse af, at mangel på ordentlighed tolereres.

# DIREKTØRERS ANSÆTTELSESRETLIGE STILLING I LYSET AF EU-RETEN



JONAS BLEGVAD JENSEN  
PARTNER, ADVOKAT  
POUL SCHMITH/  
KAMMERADVOKATEN



SOFIE BISGAARD MÆRNER  
MANAGER, ADVOKAT  
POUL SCHMITH/  
KAMMERADVOKATEN

## 1. INDLEDNING

Der er i dansk ansættelsesret en langvarig retstradition, hvorefter direktører ikke omfattes af det danske lønmodtagerbegreb og dermed som oftest ikke omfattes af den ansættelsesretlige lovgivning.

I lyset af praksis fra EU-Domstolen er der dog igennem de senere år opstået tvivl om EU-rettens påvirkning af den traditionelle danske retsopfattelse om lønmodtagerbegrebets rækkevidde i relation til direktører.

I denne artikel afdækkes retsstillingen for direktører i dansk ansættelsesret i lyset af EU-retten. I artiklens afsnit 2 redegøres for den traditionelle danske retsopfattelse af direktørers retsstilling i relation til den ansættelsesretlige lovgivning. I artiklens afsnit 3 afdækkes det, i hvilket omfang det EU-retlige arbejdstagerbegreb finder anvendelse i dansk ret, og hvilke kriterier for fortolkningen af arbejdstagerbegrebet i relation til direktører der kan udledes af EU-Domstolens praksis.

Det vurderes på den baggrund i artiklens afsnit 4, hvilken betydning og indflydelse det EU-retlige arbejdstagerbegreb kan tænkes at få for direktører i relation til den danske ansættelsesretlige lovgivning.

## 2. DIREKTØRERS ANSÆTTELSESRETLIGE STILLING I DANSK RET

### 2.1. DIREKTØRBEGREBET

Sondringen mellem direktører og lønmodtagere går langt tilbage i tid. Allerede i forarbejderne til funktionærloven af

1948<sup>1</sup> blev det fastslået, at administrerende direktører i aktieselskaber skulle holdes uden for loven, idet de indtog en så selvstændig stilling, at de måtte sidestilles med arbejdsgivere og ikke behøvede den beskyttelse, som funktionærloven gav underordnede funktionærer.

Stillingsbetegnelsen "direktør" har ikke et selvstændigt juridisk indhold. Stillingens indhold kan således variere alt afhængigt af de konkrete forhold. Nogle virksomheder har tradition for at udnævne flere forskellige ledende personer i virksomheden til direktører, eksempelvis i form af en økonomidirektør, hvor andre virksomheder alene anvender betegnelsen for de personer, der er anmeldt i direktionen til Erhvervsstyrelsen, og som refererer til selskabets bestyrelse.

Om end direktørtitlen ikke er beskyttet, er de overordnede beføjelser og ansvar, som er tilknyttet denne stilling, beskrevet i selskabsloven (SL) for så vidt angår kapital-selskaber.

Ifølge SL § 111, stk. 1, skal kapital-selskaber have enten en bestyrelse eller et tilsynsråd og en direktion eller for så vidt angår anpartsselskaber blot en direktion.

Direktørens ansvar er ifølge SL § 117, stk. 1, at varetage den daglige ledelse af kapital-selskabet i overensstemmelse med de retningslinjer og anvisninger, som bestyrelsen har udstukket. Den daglige ledelse omfatter ikke dispositioner, der efter kapital-selskabets forhold er af usædvanlig art eller stor betydning og dermed kræver særlig bemyndigelse fra bestyrelsen. Bestyrelsen fører efter SL § 115 tilsyn med direktionen.

<sup>1</sup> RT 1947-1948 tillæg A, sp.3984-3985.

## 2.2. LØNMODTAGERBEGREBET

Der findes ingen entydig definition af lønmodtagerbegrebet i dansk ret, idet de danske ansættelsesretlige love ikke traditionelt har fastlagt konkret, hvilke personer der har status af lønmodtager.

I de love, hvor lønmodtagerbegrebet er defineret, er det karakteristisk, at det ikke beskrives detaljeret, men at det kortfattet angives, at loven omfatter personer, der modtager vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold<sup>2</sup>.

Kravet om at være i et tjenesteforhold har i relation til direktører skabt afgrænsningsvanskeligheder i forhold til, om der eksisterer et tilstrækkeligt underordningsforhold i denne type ansættelse.

Uanset at lønmodtagerbegrebets rækkevidde sjældent er beskrevet detaljeret i lovgivningen eller forarbejderne hertil, er der dog på visse områder taget særskilt stilling til grænsedragningen i forhold til direktører.

Dette gælder blandt andet for lov om kollektive afskedigelser<sup>3</sup>. I henhold til loven er der udstedt en bekendtgørelse, som blandt andet præciserer<sup>4</sup>, at personer, som i kraft af deres ansættelsesforhold indtager en så selvstændig stilling i virksomheden, at de må sidestilles med en arbejdsgiver, ikke indgår i optællingen af det antal lønmodtagere, der skal være beskæftiget i virksomheden i forhold til antallet af afskedigede medarbejdere. Det fremgår videre, at der i optællingen eksempelvis ikke medregnes administrerende direktører i aktieselskaber, anpartsselskaber og kommanditselskaber og ledere i andre former for virksomheder, som indtager en lignende selvstændig stilling.

Et andet eksempel er forarbejderne til ferieloven<sup>5</sup>, hvor der blandt andet er anført følgende:

*”EU-Domstolens praksis vil således have indflydelse på, hvilke persongrupper der omfattes af lønmodtagerbegrebet. Som det fremgår af den omtalte praksis fra EU-Domstolen i bemærkningerne til § 2, vil f.eks. direktører efter omstændighederne således være omfattet af ferielovens lønmodtagerbegreb.”* (Vores understregning).

## 2.3. AFGRÆNSNINGEN I PRAKSIS

Som følge af det noget ukonkrete danske lønmodtagerbegreb findes der en rig, både trykt og utrykt, praksis om spørgsmålet om lønmodtagerbegrebet, herunder også om afgrænsningen i relation til direktører.

Gennemgående for denne praksis synes at være, at direktøren falder uden for lønmodtagerbegrebet, hvis denne både formelt og reelt har varetaget selskabets daglige ledelse<sup>6</sup>.

Der lægges i praksis vægt på, om direktøren har ansvaret for selskabets daglige drift under tilsyn af, efter anvisninger fra og med reference til bestyrelsen, uden at der er gjort indskrænkninger heri, ud over hvad der er sædvanligt i forholdet mellem bestyrelse og direktion<sup>7</sup>. Herunder lægges der blandt andet vægt på, om direktøren kan foretage sædvanlige dispositioner på selskabets vegne, kan afskedige, ansætte og fastsætte løn- og ansættelsesvilkår for ikke-overordnede medarbejdere og har en vis rolle i regnskabs- og budgetarbejdet.

Ud over vurderingen af de formelle og reelle ledelsesbeføjelser ses det også i praksis, at domstolene lægger vægt på, om den pågældende er anmeldt som direktør til Erhvervsstyrelsen<sup>8</sup>. At en direktør *ikke* er anmeldt til Erhvervsstyrelsen, ses dog ikke i praksis at være udslagsgivende for, om denne anses for lønmodtager, hvis vedkommende reelt har varetaget en sædvanlig direktørstilling<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> F.eks. Lovbekendtgørelse nr. 240 af 17. marts 2010 om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet (ansættelsesbevisloven), § 1, stk. 2, Lovbekendtgørelse nr. 230 af 12. februar 2021 om ferie (ferieloven), § 2, Lov nr. 309 af 5. maj 2004 om brug af køberet eller tegningsret til aktier mv. i ansættelsesforhold (aktieoptionsloven), § 2, Lov nr. 1565 af 15. december 2015 om ansættelsesklausuler, § 1, stk. 2, nr. 2.

<sup>3</sup> Lovbekendtgørelse nr. 291 af 22. marts 2010 om varsling mv. i forbindelse med afskedigelser af større omfang, § 4.

<sup>4</sup> Bekendtgørelse nr. 1152 af 27. oktober 2017 om varsling mv. i forbindelse med afskedigelser af større omfang, § 4, stk. 3.

<sup>5</sup> L 116 2017-18, lovforslag som fremsat, generelle bemærkninger, pkt. 2.1.2.

<sup>6</sup> Jf. blandt andet U 2004.1708 Ø og U 2010.3176 H.

<sup>7</sup> Jf. blandt andet U 1966.664 Ø, U 1993.11 H og U 2003.2246 Ø.

<sup>8</sup> Jf. blandt andet U 2000.982 Ø, U 2010/3176H og Østre Landsrets dom af 1. marts 2005 (B-542-02, B-547-04, kæresag B-0522-04). I sidstnævnte dom udtalte retten, at når den pågældende medarbejder er registreret som direktør, er det udgangspunktet, at stillingen allerede i kraft af lovgivningen er så selvstændig, at den falder uden for funktionærlovens regler, jf. anpartsselskabslovens § 19. Den pågældende blev dog vurderet omfattet af funktionærloven.

<sup>9</sup> Eksempelvis Hillerød Byrets dom af 18. juni 1996.

Andre kriterier, som domstolene lægger vægt på, er medarbejderens eventuelle tegningsret samt høj og resultatafhængig aflønning<sup>10</sup>.

I de domme, hvor der statueres lønmodtagerstatus for direktører, lægges der blandet andet vægt på omfattende rapporteringspligt, manglende kontakt med bestyrelsen, reference til en anden direktør, manglende budget- eller regnskabsansvar, indskrænkede beføjelser til at foretage indkøb, manglende kompetence til at ansætte, afskedige og fastsætte løn- og arbejdsvilkår for øvrige medarbejdere og vederlagets karakter og sammensætning<sup>11</sup>.

Der ses i praksis en tendens til, at der accepteres større indskrænkninger i direktørens ledelsesbeføjelser, uden at direktøren derved bliver anset som lønmodtager, hvis selskabet er i likviditetsvanskeligheder, i etableringsfasen eller en del af en koncern. Dette blandt andet som følge af det særlige behov for intensiv styring oppefra, der eksisterer i sådanne tilfælde<sup>12</sup>.

Vurderingen af lønmodtagerbegrebets rækkevidde i relation til direktører synes i lyset af dansk retspraksis at være relativt ensartet på tværs af de omhandlede ansættelsesretlige love.

### 3. DET EU-RETLIGE ARBEJDSTAGERBEGREB

#### 3.1. ANVENDELSESOMRÅDET FOR DET EU-RETLIGE ARBEJDSTAGERBEGREB

Der findes ikke i EU-rettens grundlag en bestemmelse, som entydigt definerer de arbejdsmarkedsretlige reglers personelle anvendelsesområde. Det er dog gentagne gange i EU-Domstolens (EUD) praksis fastslået, at der eksisterer et fællesskabsretligt arbejdstagerbegreb, som det ikke tilkommer de enkelte medlemsstater at definere.

For så vidt angår anvendelsesområdet for dette begreb fastslog EUD i 1964<sup>13</sup>, at et EU-retligt arbejdstagerbegreb finder anvendelse for traktatbestemmelser, som er en del af unionens grundlag samt sekundære retskilder (f.eks. forordninger og direktiver), der gennemfører et formål udstykket af traktaten og således kun får betydning inden for rammerne af det i traktaten fastlagte begreb.

EUD udtalte endvidere, at den omstændighed, at en retsakt (i dommen en traktatbestemmelse) nævner visse elementer ved begrebet, viser, at begrebet er tillagt en fællesskabsretlig betydning.

Senere i 1985 fastslog EUD<sup>14</sup>, at virksomhedsoverdragelsesdirektivet<sup>15</sup> skulle finde anvendelse i henhold til medlemsstaternes nationale arbejdstagerbegreber, fordi direktivet alene sigtede på en delvis harmonisering af retstilstanden i medlemsstaterne<sup>16</sup>.

I samme retning kom EUD i 2015 frem til, at arbejdstagerbegrebet i henhold til direktivet om kollektive afskedigelser<sup>17</sup> var et EU-retligt begreb<sup>18</sup>, fordi direktivet sigtede på at harmonisere reglerne om kollektive afskedigelser, således at der sikredes en sammenlignelig beskyttelse af arbejdstageres rettigheder i de forskellige medlemsstater<sup>19</sup>.

EUD har endvidere flere gange udtalt, at det følger af såvel kravene om en ensartet anvendelse af EU-retten som af lighedsprincippet, at en bestemmelse i EU-retten, som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge et begrebs betydning og rækkevidde, normalt skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele unionen<sup>20</sup>.

Ved en gennemgang af de ansættelsesretlige direktiver ses overordnet tre forskellige måder, som EU-lovgiver i direk-

<sup>10</sup> Jf. blandt andet U 1981.21/1 H og U 2004.1708 Ø.

<sup>11</sup> Jf. blandt andet Østre Landsrets dom af 1. marts 2005 (B-542-02, B-547-04, kæresag B-0522-04), U 1965.796 Ø og U 1984.14 H.

<sup>12</sup> Om likviditetsvanskeligheder se blandt andet U 1966.664 Ø og U 1981.202 S, om etableringsfasen se blandt andet U 2000.2283 H, Sø- og Handelsretens dom af 21. maj 2010 og om koncerner se U 2000.982 Ø, Sø- & Handelsrettens dom af 19. februar 2002 og U 2004.1708 Ø.

<sup>13</sup> C-75/63 - Hoekstra.

<sup>14</sup> Sag C-105/84 - A/S Danmols Inventar.

<sup>15</sup> Direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001.

<sup>16</sup> C-105/84, pr. 26. Konklusionen blev senere tilføjet til direktivets artikel 2, stk. 1, litra d.

<sup>17</sup> Direktiv 98/59/EF af 20. juli 1998.

<sup>18</sup> C-229/14 - Balkaya.

<sup>19</sup> C-229/14, pr. 32 med henvisning til C-55/02, pr. 48, og C-596/12, pr. 16.

<sup>20</sup> C-507/18, pr. 31 med henvisning til C-135/15, pr. 28, og C-129/18, pr. 50.

tivteksten forholder sig til definitionen af arbejdstagerbegrebet på.

*3.1.1. Direktivet henviser til medlemsstaternes nationale ret*  
For så vidt angår blandt andet virksomhedsoverdragelsesdirektivet<sup>21</sup>, udstationeringsdirektivet<sup>22</sup>, deltidsdirektivet<sup>23</sup>, direktivet om tidsbegrænset ansættelse<sup>24</sup>, ansættelsesbevisdirektivet<sup>25</sup>, insolvensdirektivet<sup>26</sup> og vikardirektivet<sup>27</sup> henvises der i retsakterne til, at det er de nationale arbejdstagerbegreber, der finder anvendelse.

At et direktiv overlader afgrænsningen af begreber til national ret, medfører dog ikke ubetinget, at det er op til den enkelte medlemsstat at afgrænse definitionen. Nationale beføjelser til at definere begreber i direktiver skal således udøves i overensstemmelse med EU-rettens grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper<sup>28</sup>.

Dette princip er flere gange kommet til udtryk i EUD's praksis, herunder vedrørende arbejdstagerbegrebet i deltidsdirektivet<sup>29</sup>, direktivet om tidsbegrænset ansættelse<sup>30</sup> og vikardirektivet<sup>31</sup>, hvor EUD blandt andet har udtalt, at medlemsstaterne ikke, i strid med den effektive virkning af direktiverne, vilkårligt må udelukke visse kategorier af personer fra den beskyttelse, der er tilsigtet med direktiverne.

*3.1.2. Direktivet indeholder en definition af arbejdstagerbegrebet*

For så vidt angår blandt andet rammedirektivet om arbejds-

miljø<sup>32</sup>, arbejdstidsdirektivet<sup>33</sup>, ligebehandlingsdirektivet<sup>34</sup> og beskæftigelsesdirektivet<sup>35</sup> findes der i direktivteksten en beskrivelse eller nogle karakteristika for dets personelle anvendelsesområde. For disse direktiver er arbejdstagerbegrebet således tillagt EU-retlig betydning.

*3.1.3. Direktivet forholder sig ikke til arbejdstagerbegrebet*

For visse øvrige direktiver, herunder f.eks. direktivet om kollektive afskedigelser<sup>36</sup>, er der ikke i direktivteksten taget stilling til arbejdstagerbegrebet. For disse direktiver vil det derfor som udgangspunkt skulle vurderes i overensstemmelse med principperne beskrevet ovenfor under afsnit 3.1, om det vil være de nationale begreber eller det EU-retlige begreb, der finder anvendelse. Specifikt for så vidt angår direktivet om kollektive afskedigelser har EUD dog fastslået, at arbejdstagerbegrebet er EU-retligt, jf. ovenfor<sup>37</sup>.

## 3.2. INDHOLDET AF DET EU-RETLIGE ARBEJDS-TAGERBEGREB

EUD har behandlet et stort antal sager om arbejdstagerbegrebet i henhold til forskellige EU-retsgrundlag gennem tiden. I 1986 udledte EUD i sagen C-66/85 (*Lawrie Blum*) nogle overordnede retningslinjer for det EU-retlige begreb. Det væsentligste kendetegn ved begrebet var, at *en person i en vis periode præsterede ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger*<sup>38</sup>.

Denne definition er gennemgående citeret i EUD's praksis på området, herunder blandt andet i sager vedrørende

<sup>21</sup> Direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 artikel 2, stk. 1, litra d.

<sup>22</sup> Direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 artikel 2, stk. 2.

<sup>23</sup> Direktiv 97/81/EF af 15. december 1997, betragtning 16 samt rammeaftalens § 2, stk. 1, bekræftet i C-393/10, pr. 32.

<sup>24</sup> Direktiv 1999/70/EF af 28. juni 1999, betragtning 17 samt rammeaftalens § 2, stk. 1.

<sup>25</sup> Direktiv 91/533/EF af 14. oktober 1991, artikel 1, stk. 1, samt KOM (90) 563, pkt. 11, hvorefter definitionerne af arbejdsgiver og arbejdstager er baseret på medlemsstaternes egne nationale definitioner.

<sup>26</sup> Direktiv 2002/74/EF, artikel 2, stk. 2.

<sup>27</sup> Direktiv 2008/104/EF, artikel 3, stk. 1, litra a.

<sup>28</sup> Ruth Nielsen, EU-arbejdsret, 5. udgave (2019), s. 238-239.

<sup>29</sup> C-393/10, pr. 32-37.

<sup>30</sup> C-307/05, pr. 27-29.

<sup>31</sup> C-216/15, pr. 26-30.

<sup>32</sup> Direktiv 89/391/EØF, artikel 3, litra a.

<sup>33</sup> Direktiv 2003/88/EF, artikel 1, stk. 3.

<sup>34</sup> Direktiv 2006/54/EF, artikel 6 og 8.

<sup>35</sup> Direktiv 2000/78/EF, artikel 3.

<sup>36</sup> Direktiv 98/59/EF.

<sup>37</sup> C-229/14 - Balkaya.

<sup>38</sup> C-66/85, pr. 16-17.

ligeløn<sup>39</sup>, arbejdskraftens frie bevægelighed<sup>40</sup>, forskelsbehandling på grund af graviditet<sup>41</sup> og kollektive afskedigelser<sup>42</sup>. Det er ligeledes fastslået i retspraksis, at begrebet ikke kan fortolkes indskrænkende<sup>43</sup>, og at indholdet af begrebet ikke er entydigt, men afhænger af det retsområde, der er tale om<sup>44</sup>.

For så vidt angår de nærmere krav til graden af et underordningsforhold i relation til afgrænsningen af arbejdstagerbegrebet for direktører og lignende ledende medarbejdere har EUD inden for de senere år haft lejlighed til at udtale sig, først i 2010 i sagen C-232/09 (*Danosa*) vedrørende graviditetsdirektivet og efterfølgende i 2015 i sagen C-229/14 (*Balkaya*) vedrørende direktivet om kollektive afskedigelser. Senest har Østre Landsret i 2020 stillet et præjudicielt spørgsmål til EUD vedrørende beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde i relation til en politisk valgt sektorformand i en fagforening<sup>45</sup>.

### 3.2.1. Graviditetsdirektivet

Spørgsmålet i *Danosa*-sagen var, om opsigelsen af en gravid kvinde, der var udnævnt som eneste medlem af styrelseskomitéen i et lettisk aktieselskab i en periode på tre år, var i strid med graviditetsdirektivet<sup>46</sup>.

Det var under sagen ubestridt, at *Danosa* mod vederlag udførte ydelser for selskabet, som var hende pålagt i henhold til selskabets vedtægter og styrelseskomitéens interne forretningsorden. Hun forvaltede selskabets formue, ledede selskabet, repræsenterede det i dets relationer udadtil, og hun indgik som en integrerende del af selskabet. Hun rådede over et skøn i udøvelsen af sine funktioner, men skulle samarbejde med og aflægge beretning om sin forvaltning til bestyrelsen og kunne til enhver tid afskediges af generalforsamlingen mod sin vilje.

Der var ikke indgået en ansættelseskontrakt, men i stedet en fuldmagtsaftale, og selskabets bestyrelse fastsatte veder-

laget og supplerende betingelser for hendes arbejde.

EUD fastslog indledningsvist, at arbejdstagerbegrebet i henhold til graviditetsdirektivet var et EU-retligt begreb, og at den formelle betegnelse af ansættelsesforholdet efter national ret (som f.eks. selvstændig erhvervsdrivende) eller den omstændighed, at der ikke var indgået en ansættelseskontrakt, ikke var afgørende for kvalificeringen af det omhandlede forhold efter direktivet<sup>47</sup>.

EUD konkluderede herefter, at uanset at det ikke kunne udelukkes, at medlemmer af et selskabs ledende organ ikke omfattedes af arbejdstagerbegrebet under hensyn til deres funktioner og beføjelser, forholdt det sig ikke desto mindre således, at en stilling med de karakteristika som den i sagen omhandlede umiddelbart opfyldte betingelserne for at blive anset som arbejdstager i EU-retlig forstand<sup>48</sup>.

EUD formulerede sin konklusion i sagen således, at et medlem af et kapitalselskabs styrelseskomité, som udførte ydelser for selskabet, og som indgik som en integrerende del heraf, skulle anses for arbejdstager i henhold til direktivet, såfremt medlemmets virksomhed udførtes inden for en vis periode, efter anvisninger fra eller under tilsyn af et andet organ i selskabet, og såfremt medlemmet for denne virksomhed modtog et vederlag<sup>49</sup>.

EUD udtalte yderligere, at det under alle omstændigheder ville være uforeneligt med beskyttelsesformålet, der fulgte af ligebehandlingsdirektivet, hvis et selskab kunne afskedige medlemmer af dets styrelseskomité, som udførte opgaver som de beskrevne, hvis afskedigelsen hovedsageligt var begrundet i graviditet. Det var i den forbindelse uden betydning, om *Danosa* var omfattet af graviditetsdirektivet, ligebehandlingsdirektivet eller ligebehandlingsdirektivet for selvstændige erhvervsdrivende, idet den afgørende omstændighed var, at der sikredes den pågældende den beskyttelse, som tilkom gravide kvinder efter EU-retten i det

<sup>39</sup> C-265/01 – Allonby, pr. 67.

<sup>40</sup> C-85/96 – Martínez Sala, pr. 32.

<sup>41</sup> C-323/09 – *Danosa*, pr. 39, og C-116/06 *Kiiski*, pr. 25.

<sup>42</sup> C-229/14 – *Balkaya*.

<sup>43</sup> C-14/09 – *Genc*, pr. 19.

<sup>44</sup> C-85/96 – Martínez Sala, pr. 31.

<sup>45</sup> C-587/20. EUD afsiger dom i sagen den 2. juni 2022 efter deadline for nærværende artikel. Generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 13. januar 2022.

<sup>46</sup> Direktiv 92/85/EØF, det tiende særdirektiv til rammedirektivet om arbejdsmiljø (89/391/EØF).

<sup>47</sup> C-232/09, pr. 42.

<sup>48</sup> C-232/09, pr. 51.

<sup>49</sup> C-232/09, pr. 56.

tilfælde, hvor det retsforhold, der forbandt hende med en anden person, var blevet brudt som følge af graviditet<sup>50</sup>.

### 3.2.2. Direktivet om kollektive afskedigelser

EUD fik atter i 2015 anledning til at tage stilling til arbejdstagerbegrebets krav om et underordningsforhold i relation til direktører, denne gang i henhold til direktivet om kollektive afskedigelser.

Twisten omhandlede en tysk virksomhed, der afskedigede samtlige virksomhedens medarbejdere og indstillede alle sine aktiviteter. Spørgsmålet i sagen var, om det var i strid med direktivet om kollektive afskedigelser ikke at medregne en direktør i optællingen af antal medarbejdere, hvormed direktivets virkning ville blive bragt i anvendelse.

EUD gentog visse af sine konklusioner fra Danosa-sagen<sup>51</sup> og bemærkede, at den pågældende direktør var udnævnt af selskabets generalforsamling, som ligeledes til enhver tid kunne afskedige ham i strid med hans ønske, han var underlagt generalforsamlingens anvisninger og tilsyn, han modtog vederlag for sin virksomhed, og han ejede ingen anparter i selskabet, uanset at dette ikke i sig selv var afgørende.

EUD bemærkede hertil, at uanset at et sådant medlem af kapital-selskabets styrelseskomité rådede over et skøn i udøvelsen af sit hverv, som blandt andet i tysk rets forstand oversteg en arbejdstagers, befandt han sig ikke desto mindre i et underordningsforhold i forhold til selskabet<sup>52</sup>. Af disse grunde konstaterede domstolen, at et medlem af et kapital-selskabs styrelseskomité som den pågældende direktør skulle anses som arbejdstager i direktivets forstand.

EUD besvarede således endeligt det præjudicielle spørgsmål med, at direktivet var til hinder for en national lovgivning eller praksis, som ikke ved beregningen af antallet af arbejdstagere medregnede et medlem af kapital-selskabets styrelseskomité som det i sagen omhandlede, der udførte sin virksomhed efter anvisninger fra og under tilsyn af

et andet organ i selskabet, for denne virksomhed modtog et vederlag og ikke selv ejede anparter i selskabet.

### 3.2.3. Beskæftigelsesdirektivet

Den af Østre Landsret forelagte sag vedrørende fortolkningen af beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde i en sag om aldersdiskrimination vedrørte ikke en direktør, men en politisk valgt sektorformand i en fagforening. Sagen rejser dog en række spørgsmål, som ligeledes er relevante for anvendelsen af direktivet i relation til direktører. Der er endnu ikke afsagt dom i sagen, men generaladvokatens forslag til afgørelse udgør alligevel et interessant fortolkningsbidrag.

Generaladvokaten indledte med at fastslå, at det personelle anvendelsesområde for direktivet var et EU-retligt begreb, således at det ikke var op til de enkelte medlemsstater at definere<sup>53</sup>. Generaladvokaten udtalte videre, at direktivets anvendelsesområde skulle fortolkes særligt bredt, idet lovgiver i lyset af ordlyden havde ønsket at inkludere alle regler, der fastsætter vilkår for adgang til enhver erhvervs-mæssig aktivitet uanset arten og indholdet heraf, og at direktivet derfor finder anvendelse på ansættelsesforhold uafhængigt af ansættelsesforholdets art eller udformning<sup>54</sup>.

Generaladvokaten fastslog på den baggrund, at valget til hvervet som formand for en arbejdstagerorganisation udgjorde udøvelse af en erhvervs-mæssig beskæftigelse, idet der var tale om udøvelsen af ledelsesfunktioner på fuld tid, hvilket dannede grundlag for betaling af en månedlig løn<sup>55</sup>.

Endelig udtalte generaladvokaten, at beskæftigelsesdirektivet ikke begrænses til at omfatte arbejdstagere i EU-retlig forstand, men at det omfatter adgang til enhver form for erhvervsaktivitet, uanset om der er tale om lønnet beskæftigelse eller selvstændig erhvervs-virksomhed<sup>56</sup>. Der skal således ikke nødvendigvis påvises et underordningsforhold til en arbejdsgiver, for at direktivet finder anvendelse<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> C-232/09, pr. 70-71.

<sup>51</sup> C-229/14, pr. 39.

<sup>52</sup> C-229/14, pr. 41.

<sup>53</sup> Generaladvokatforslaget i C-587/20, pr. 26.

<sup>54</sup> Generaladvokatforslaget i C-587/20, pr. 32.

<sup>55</sup> Generaladvokatforslaget i C-587/20, pr. 33.

<sup>56</sup> Generaladvokatforslaget i C-587/20, pr. 36.

<sup>57</sup> Generaladvokatforslaget i C-587/20, pr. 39 med henvisning til direktivets ordlyd i artikel 3, stk. 1, litra a, hvorefter det vedrører "vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse, udøvelse af selvstændig erhvervs-virksomhed og erhvervs-mæssig beskæftigelse [...] uanset niveau i erhvervs-hierarkiet", herunder således også på højeste niveau.

### 3.2.4. Sagernes betydning

EUD henviste i både Danosa og Balkaya til, at vurderingen af graden af et underordningsforhold for en direktør i alle tilfælde er konkret og skal foretages under hensyntagen til alle sagens omstændigheder.

Ikke desto mindre foretog EUD i begge sager en vurdering af de konkrete omstændigheder og konkluderede i Danosa, at en stilling som den pågældende *umiddelbart* opfyldte betingelserne for at blive anset som arbejdstager<sup>58</sup>, og i Balkaya, at en direktør som den pågældende *skulle* anses for arbejdstager i direktivets forstand<sup>59</sup>.

I begge domme opstillede EUD ligeledes en mere generel "formel" for, hvornår der eksisterer et tilstrækkeligt underordningsforhold for en direktør til, at denne omfattes af arbejdstagerbegrebet.

I *Danosa* blev opstillet 5 betingelser, hvorefter en person skulle anses for arbejdstager i henhold til graviditetsdirektivet, hvis vedkommende 1) udførte ydelser for selskabet, 2) inden for en vis periode, 3) indgik som en integrerende del af selskabet, 4) udførte sin virksomhed efter anvisninger fra eller under tilsyn af et andet organ i selskabet og 5) modtog vederlag herfor.

I *Balkaya* blev opstillet 3 betingelser, hvorefter den pågældende skulle anses for arbejdstager i henhold til direktivet om kollektive afskedigelser, hvis vedkommende 1) udførte sin virksomhed efter anvisninger fra og under tilsyn af et andet organ i selskabet, 2) modtog vederlag for sin virksomhed og 3) ikke selv ejede anpart i selskabet.

Generaladvokatforslaget om beskæftigelsesdirektivet forholdt sig ikke specifikt til arbejdstagerbegrebet, men i højere grad til direktivets anvendelsesområde, som ikke begrænser sig til arbejdstagere. Generaladvokaten konkluderede dog blandt andet, at direktivet fandt anvendelse på ansættelsesforhold uafhængigt af ansættelsesforholdets art eller udformning, og at udøvelsen af ledelsesfunktioner på fuld tid mod betaling af en månedlig løn var omfattet af direktivet.

At EUD har opstillet visse forskellige krav til underordningsforholdet i *Balkaya* og *Danosa*, må ses som et udtryk for, at EUD vil fortolke arbejdstagerbegrebet forskelligt på forskellige retsområder, hvilket også stemmer overens med tidligere praksis<sup>60</sup>. Der er dog tale om en tæt lighed i præmisserne i de to domme i relation til den overordnede fortolkning af begrebet, og EUD kommer da også frem til samme resultat for de to omhandlede personer.

EUD kom ikke i sagerne særskilt ind på, hvilke forhold der konkret vil kunne medføre, at en direktør ikke skulle anses som arbejdstager. Generaladvokaten kom dog ind på spørgsmålet i sit forslag til afgørelse i *Danosa*<sup>61</sup>. Her nævntes tidligere praksis fra EUD,<sup>62</sup> hvorefter en direktør, som ejede 100 % af selskabet, ikke var beskæftiget i et underordningsforhold og derfor ikke kunne anses som arbejdstager. Dette var i det pågældende forslag til afgørelse begrundet med, at en sådan direktør ikke var underlagt anvisninger fra andre personer eller selskabsorganer, som direktøren ikke selv kontrollerede<sup>63</sup>. EUD havde ligeledes tidligere fastslået, at den omstændighed, at ansatte deltog i selskabet som aktionærer, ikke var til hinder for, at disse befandt sig i et underordningsforhold til virksomheden<sup>64</sup>.

I lyset af de sidste præmisser i *Danosa*<sup>65</sup> og generaladvokatens forslag til afgørelse i sagen om beskæftigelsesdirektivet<sup>66</sup> er der dog meget, der tyder på, at EUD fortolker anvendelsesområdet for diskriminationsretsakterne videre, således at karakteren af retsforholdet, der forbinder en person til en virksomhed eller organisation, er mindre afgørende.

## 4. VURDERING AF EU-RETTENS BETYDNING FOR DIREKTØRERS RETSSTILLING

Der eksisterer i dansk retspraksis en relativt klar linje på tværs af de ansættelsesretlige love for direktørers retsstilling. Denne er, kort beskrevet, at direktører, der også reelt virker som sådan i almindelig forstand, ikke omfattes af det danske lønmodtagerbegreb. Ved en almindelig direktørstilling forstås i henhold til retspraksis, en medarbejder, der har ansvaret for den daglige ledelse under tilsyn af, efter

<sup>58</sup> C-232/09, pr. 51.

<sup>59</sup> C-229/14, pr. 43.

<sup>60</sup> C-85/96 – Martinez Sala, pr. 31.

<sup>61</sup> Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Y. Bot i sag C-232/09 af 2. september 2010, pr. 70-75.

<sup>62</sup> C-107/92 – Asscher, pr. 26.

<sup>63</sup> Forslaget til afgørelse af sag C-107/92, pr. 29.

<sup>64</sup> C-179/90 – Merci Convenzionali porto di Genova, pr. 13 (sagen vedrørte ikke en direktør).

<sup>65</sup> C-232/09, pr. 70-71.

<sup>66</sup> Generaladvokatforslaget i C-587/20, pr. 36-39.

anvisninger fra og med reference til bestyrelsen, uden at der er gjort væsentlige indskrænkninger heri, ud over hvad der er sædvanligt i forholdet mellem bestyrelse og direktion.

I EU-retten forholder det sig en smule anderledes. EUD synes således at have fastlagt en linje, hvorefter en direktør, som er underlagt en vis grad af kontrol eller styring fra et andet organ i selskabet, som denne ikke selv kontrollerer, kan anses for arbejdstager<sup>67</sup>. Den krævede grad af kontrol eller styring kan som udgangspunkt være det faktum, at et andet organ har ansættelses- og afskedigelseskompetence over for direktøren og til en vis grad kan føre kontrol med og udstikke direktiver for dennes arbejde.

EUD har i to domme udledt en række mere konkrete betingelser for, at der eksisterer et tilstrækkeligt underordningsforhold, herunder at personen skal udføre ydelser for selskabet inden for en vis periode, mod vederlag og efter anvisninger fra og/eller under tilsyn af et andet organ i selskabet. Disse betingelser må vurderes i langt de fleste tilfælde at være opfyldt for direktører i danske kapitalelskaber, herunder i lyset af selskabslovens §§ 115 og 117.

I *Danosa*<sup>68</sup> indgik det endvidere som en af betingelserne, at direktøren skulle indgå som en integrerende del af selskabet, hvilket formentlig også vil være opfyldt for de fleste direktører.

I *Balkaya*<sup>69</sup> indgik det som en af de tre betingelser, at direktøren ikke ejede anparten i selskabet. Det nævntes dog i præmisserne<sup>70</sup>, at det ikke i sig selv er afgørende, og EUD har da også tidligere fastslået, at den omstændighed, at ansatte deltog i selskabet som aktionærer, ikke var til hinder for, at disse befandt sig i et underordningsforhold til virksomheden<sup>71</sup>.

Ud fra denne praksis må det konkluderes, at det EU-retlige arbejdstagerbegreb fortolkes bredt og formentlig må antages at kunne omfatte de fleste almindelige direktører. Grænsen for eksistensen af et underordningsforhold vil formentlig gå der, hvor direktøren ikke reelt er underlagt et andet organ i selskabet.<sup>72</sup>

Det EU-retlige arbejdstagerbegreb må, jf. afsnit 3.1.2 og 3.1.3 ovenfor, vurderes at finde anvendelse for blandt andet rammedirektivet om arbejdsmiljø, arbejdstidsdirektivet, ligebehandlingsdirektivet, graviditetsdirektivet, beskæftigelsesdirektivet og direktivet om kollektive afskedigelser.

Dette indebærer som udgangspunkt, at det personelle anvendelsesområde for blandt andet arbejdsmiljøloven, ferieloven, lov om gennemførelse af dele af arbejdstidsdirektivet, ligebehandlingsloven, ligelønsloven, forskelsbehandlingsloven og lov om kollektive afskedigelser bør fortolkes i overensstemmelse med det EU-retlige arbejdstagerbegreb. For disse retsgrundlag, herunder i høj grad på diskriminationsområdet, er det således særligt relevant at foretage en vurdering af, om direktører bør indtænkes i anvendelsesområdet.

For så vidt angår de direktiver, der henviser til, at de nationale arbejdstagerbegreber finder anvendelse, jf. afsnit 3.1.1 ovenfor, herunder virksomhedsoverdragelsesdirektivet, udstationeringsdirektivet, deltidsdirektivet, direktivet om tidsbegrænset ansættelse, ansættelsesbevisdirektivet, insolvensdirektivet og vikardirektivet, finder det EU-retlige arbejdstagerbegreb som udgangspunkt ikke anvendelse.

De nationale arbejdstagerbegreber skal dog afgrænses i overensstemmelse med EU-rettens grundlæggende retligheder og almindelige retsprincipper, således at medlemsstaterne ikke, i strid med den effektive virkning af direktiverne, vilkårligt må udelukke visse kategorier af personer fra den beskyttelse, der er tilsigtet med direktiverne. For disse retsgrundlag kan det dog på nuværende tidspunkt som udgangspunkt ikke antages, at EUD's praksis for afgrænsningen af arbejdstagerbegrebet i relation til direktører vil få betydning i dansk ret.

Det er fortsat endnu ikke set i dansk retspraksis, at en direktør, som efter den traditionelle danske retsopfattelse ikke ville omfattes af det danske lønmodtagerbegreb, er blevet anset omfattet af den ansættelsesretlige lovgivning. Det kan dog ikke udelukkes, at dette scenarie i fremtiden kan blive relevant i lyset af EU-retten.

<sup>67</sup> C-232/09 (*Danosa*) og C-229/14 (*Balkaya*).

<sup>68</sup> C-232/09, pr. 56.

<sup>69</sup> C-229/14, pr. 48.

<sup>70</sup> C-229/14, pr. 40.

<sup>71</sup> C-179/90 - *Merci Convenzionali porto di Genova*, pr. 13 (sagen vedrørte ikke en direktør).

<sup>72</sup> Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Y. Bot i sag C-232/09 af 2. september 2010, pkt. 70-75.

# DE NYE BARSELSREGLER



SØREN NARV PEDERSEN  
PARTNER, ADVOKAT (H)  
BIRD & BIRD



PIA SKOVGAARD HANSEN  
ADVOKAT  
BIRD & BIRD

Den 3. marts 2022 vedtog Folketinget lovforslaget om ændringen af barselsloven<sup>1</sup>. Det betyder, at der fra den 1. juli 2022 vil gælde nye regler for fordeling af barsel, ligesom den nye barselslov også indeholder nye regler for LGBT+ familier og enlige forældre, som vil gælde fra den 1. januar 2024.

Ændringerne i barselsloven vil alene gælde for børn født den 2. august 2022 eller senere. Dog vil terminsdatoen være afgørende for, om medarbejderen skal varsle barsen efter de nye eller de gamle regler. Ligger terminsdatoen den 2. august 2022 eller efter, vil man som udgangspunkt være omfattet af de nye regler. Men føder man før terminen, vil man "falde tilbage" i de gamle regler. Det er derfor vigtigt som arbejdsgiver at holde sig for øje, om medarbejderen er omfattet af det ene eller det andet regelsæt.

## BAGGRUNDEN FOR DE NYE REGLER

De nye barselsregler er vedtaget som en implementering af EU-orlovsdirektivet om balance mellem arbejdsliv og privatliv<sup>2</sup>. Formålet med loven er at skabe en bedre balance mellem arbejds- og familieliv, ligesom der er et bredt ønske om at fremme ligestilling (også) på dette område.

Af præambelteksten til direktivet fremgår det således blandt andet, at "*politikker, der fremmer balance mellem arbejdsliv og privatliv, bør bidrage til at opnå ligestilling mellem*

*kønnene ved at fremme kvinders deltagelse på arbejdsmarkedet, tilskynde til en ligelig fordeling af omsorgsforpligtelser mellem mænd og kvinder og mindske forskellen i mænds og kvinders indkomst og løn.*<sup>3</sup>"

Det fremgår desuden, at "*Unionens nuværende retlige rammer indeholder begrænsede incitamenter for mænd til at påtage sig en ligelig del af omsorgsforpligtelserne. Manglende betalt fædreorlov og forældreorlov i mange medlemsstater bidrager til fædrenes lave udnyttelse af orlov. Ubalancen mellem kvinder og mænd for så vidt angår udformningen af politikker for balance mellem arbejdsliv og privatliv styrker de kønsbetingede stereotyper og forskelle med hensyn til arbejde og omsorg. Politikkerne for ligebehandling bør sigte mod at håndtere problemet med stereotyper i både mande- og kvindefag og i mænds og kvinders roller, og arbejdsmarkedets parter opfordres til at påtage sig deres centrale rolle med hensyn til at oplyse både arbejdstagere og arbejdsgivere og gøre dem mere bevidste om at bekæmpe forskelsbehandling. Derudover har fædrenes anvendelse af ordninger til opnåelse af balance mellem arbejdsliv og privatliv, såsom orlovsordninger eller fleksible arbejdsordninger, vist sig at have en positiv effekt med hensyn til at reducere den relative andel af ulønnet familiearbejde, der udføres af kvinder, og give dem mere tid til lønnet beskæftigelse.*<sup>4</sup>"

<sup>1</sup> Lovforslag nr. L 104, vedtaget den 3. marts 2022.

<sup>2</sup> Rådets direktiv 2010/18/EU

<sup>3</sup> Præambel (6)

<sup>4</sup> Præambel (11)

## ORLOVSPERIODERNE

Med vedtagelsen af de nye regler, har moren fortsat ret til 4 ugers graviditetsorlov inden fødslen. Efter fødslen har moren som noget nyt ret til at afholde 10 ugers barselsorlov, hvoraf moren har pligt til at holde 2 uger i forlængelse af fødslen. Efterfølgende har moren ret til at afholde yderligere 32 ugers "fravær" (i dag kaldet "forældreorlov"). Der er mulighed for forlængelse, som vi kender det fra de nuværende regler, og ret til at udskyde op til 5 uger af fraværet.

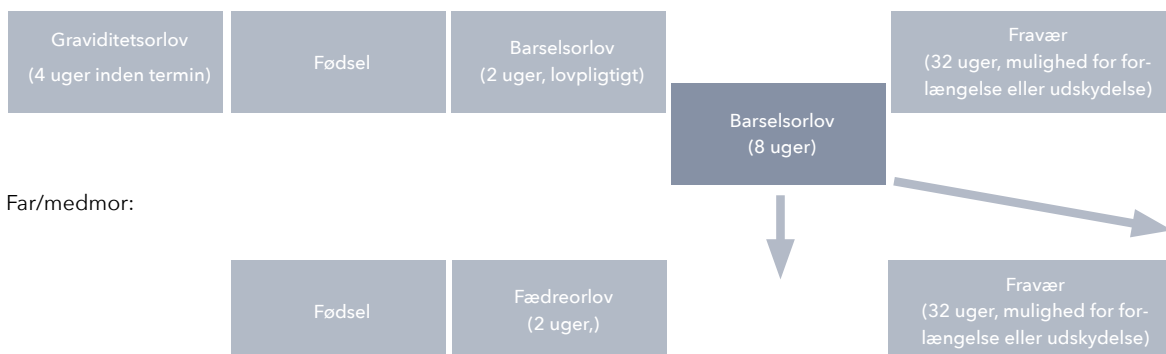
Faren/medmoren har - som med de nuværende regler - ret til 2 ugers fædreorlov efter fødslen og herefter ret til yderligere 32 ugers fravær. Der gælder samme muligheder for forlængelse samt udskydelse som for moren.

Til sammenligning med de nugældende regler forkortes morens ret til barselsorlov altså fra 14 uger til 10 uger, mens længden på forældreorloven forbliver den samme. Muligheden for retsbaseret udskydelse er desuden ændret fra mellem 8-13 uger ifølge nugældende barselslov til op til 5 uger ifølge den nye barselslov.

Som noget nyt kan moren overdrage op til 8 uger af barselsorloven til faren/medmoren. Såfremt faren/medmoren får overført (op til) 8 uger af morens barselsorlov, og moren genoptager arbejdet på fuld tid herefter, skal faren/medmoren afholde den overførte barselsorlov inden for de første 10 uger efter barnets fødsel. Genoptager moren ikke arbejdet, men påbegynder afholdelsen af "fraværet", skal den overførte orlov afholdes, inden barnet fylder 12 måneder.

De nye orlovsperioder kan illustreres således:

Mor:



## RET TEN TIL BARSELSDAGPENGE

Med vedtagelsen af de nye barselsregler - og som noget helt nyt - er fordelingen af barselsdagpenge ligeligt fordelt mellem moren og faren/medmoren, således at hver part efter fødslen som udgangspunkt har 24 uger med barselsdagpenge, forudsat at forældrene opfylder beskæftigelseskravet i den nye barselslovs § 27, og forudsat at de bruges inden for 1 år efter fødslen. Summen af barselsdagpenge er således uændret i forhold til de nugældende regler, ligesom krav til beskæftigelse også forbliver det samme.

De i alt 24 uger med barselsdagpenge til moren fordeles således, at moren er berettiget til barselsdagpenge i 4 uger under graviditetsorloven. Efter fødslen er moren berettiget til barselsdagpenge i op til 10 uger under barselsorloven. Desuden har moren ret til 14 ugers barselsdagpenge under fraværet, som skal være udnyttet inden for et år efter barnets fødsel. Af de i alt 24 uger med barselsdagpenge efter fødslen er de 11 uger øremærket til moren, mens de resterende 13 uger frit kan deles med faren/medmoren.

Faren/medmoren har ret til barselsdagpenge i 2 uger under fædreorloven samt i yderligere 22 uger under fraværet. Heraf er tillige 11 uger øremærket til faren/medmoren, mens de resterende 13 uger frit kan deles med moren.

Falder den ene eller begge forældre uden for lønmodtagerbegrebet (eksempelvis ved at være selvstændig erhvervsdrivende eller direktør), vil det kun være 2 af ugerne for den forælder, som falder uden for lønmodtagerbegrebet, som er øremærkede, mens de resterende 22 uger frit kan deles med den anden forælder.

Fordelingen af barselsdagpenge som en konsekvens af den nye barselslov vil helt oplagt begrænse fleksibiliteten i den enkelte familie, idet 11 uger vil være øremærkede til hver af forældrene og derfor går tabt, hvis ikke disse afholdes af den pågældende forælder. På den anden side er hensynet bag indførelsen af de nye barselsregler, som også anført ovenfor, at skabe mere "balance i familielivet" ved forhåbentlig at normalisere, at flere fædre/medmødre tager mere orlov. Hvorvidt de nye barselsregler kommer til at få den ønskede indflydelse på den enkelte families strukturering af orlovsperioderne, må tiden dog vise.

De beskrevne regler i relation til barselsdagpenge gælder for alle typer af medarbejdere, og der er derfor i den sammenhæng "lighed for loven", uanset om man er kvinde eller mand. Det gør sig dog ikke gældende for så vidt angår retten til løn under orloven.

#### SÆRLIGT FOR FUNKTIONÆRER

En kvindelig funktionær vil fortsat være omfattet af funktionærlovens § 7, stk. 2, som anfører:

*"Funktionæren har ret til halv løn under fravær på grund af graviditet og barsel fra barselsorlovens påbegyndelse, jf. stk. 1, til 14 uger efter fødslen".*

Efter de nuværende regler har en kvindelig funktionær således ret til halv løn under graviditetsorloven (4 uger før fødslen) og barselsorloven (14 uger efter fødslen). I henhold til funktionærlovens § 7, stk. 2 er det således alene kvindelige funktionærer, der har ret til halv løn som beskrevet, idet det efter de nugældende barselsregler alene er moren, som har ret til at afholde graviditets- og barselsorlov. Selv om det ikke fremgår direkte af bestemmelsen, lægger det således implicit heri. Det følger dog også direkte af både forarbejderne og lovkommentaren til funktionærlovens § 7, stk. 2, at bestemmelsen alene er møntet på kvindelige funktionærer.

Men med indførelsen af de nye barselsregler og dermed muligheden for at overføre dele af barselsorloven (op til 8 uger) til faren/medmoren giver bestemmelsen dog nu anledning til overvejelsen om, hvorvidt bestemmelsen – som en konsekvens af de nye regler – kan fortolkes således, at den nu også vil omfatte faren/medmoren, som tillige er funktionær, og som får overført (op til) 8 uger af morens

barselsorlov. Med andre ord; Om retten til halv løn til moren følger med over til faren/medmoren?

Beskæftigelsesministeriet har på skriftlig forespørgsel oplyst, at der ikke på nuværende tidspunkt er planer om at ændre funktionærlovens § 7, stk. 2, og at bestemmelsen derfor fortsat alene vil omfatte kvindelige funktionærer som hidtil.

Som anført tidligere er formålet med den nye lovgivning at skabe en bedre balance mellem arbejds- og familieliv, ligesom der er et bredt ønske om at fremme ligestillingen på området. Med bibeholdelsen af, at funktionærlovens § 7, stk. 2 alene omfatter kvindelige funktionærer, må dette siges at stride direkte mod lovens formål – nemlig ligestilling. Der er ikke i forarbejderne til loven eller i forbindelse med lovarbejdet i øvrigt kommenteret på den skævvridning, der nu – alligevel – vil opstå mellem mænd og kvinder som en konsekvens af funktionærlovens § 7, stk. 2. En ændring af ordlyden i funktionærlovens § 7, stk. 2 er således nødvendig for at imødekomme balance- og ligestillingshensynet, som er de primære hensyn bag indførelsen af de nye barselsregler. Desuden kan en sådan ændring af § 7, stk. 2 formentlig også være med til at skabe et økonomisk incitament for en lige fordeling af orloven de første 14 uger efter fødslen – netop som ønsket.

#### YDERLIGERE RETTIGHEDER UNDER ORLOV

Som under de nuværende regler, vil lønmodtagere optjene eventuel pension og ferie/feriepenge i de perioder under orloven, hvor medarbejderen modtager fuld eller delvis løn.

Det betyder, at funktionærer omfattet af funktionærloven § 7, stk. 2 optjener pension og ferie fra orlovens begyndelse og indtil 14 uger efter fødslen.

Endvidere betyder det, at såfremt en arbejdsgiver tilbyder hel eller delvis løn under (dele af) orloven (herunder også personalegoder), vil medarbejderne også være berettiget til pension og optjening af ferie under disse orlovsperioder. Det er i teori og praksis uklart, hvad bagatelgrænsen er, ift. om et gode berettiger til ferieoptjening. Eksempelvis følger det af Højesterets dom af 20. november 2009, U 2010.508H, at arbejdsgiverbetalt pensionsordning under en i øvrigt ulønnet barselsperiode anses for løn med den virkning, at den pågældende medarbejder optjente ferie i perioden. På

den anden side følger det af en vejledende udtalelse fra Styrelsen for Fastholdelse og Rekruttering fra 30. april 2012, sag 2012-0004183, at "... den skattemæssige værdi af fri telefon med tiden er af så ringe værdi, at en lønmodtager ikke på baggrund heraf alene optjener ferie under en orlovsperiode".

Ovenstående er tillige relevant, når en arbejdsgiver nu skal overveje, om der - som en konsekvens af de nye barselsregler - også skal tilbydes lige barselsvilkår for så vidt angår løndelen til medarbejderne.

### HVAD SKAL MAN SOM ARBEJDSGIVER FORETAGE SIG?

Når de nye barselsregler træder i kraft den 1. juli 2022, bør den arbejdsgiver, som har beskrevet de nugældende barselsregler (og ikke blot henvist hertil) i eksempelvis en medarbejderhåndbog eller ansættelseskontrakter, først og fremmest sikre sig at få opdateret disse dokumenter, så de afspejler nyeste lovgivning.

Ydermere skal de virksomheder, som tilbyder bedre vilkår, end hvad der følger af barsels- og funktionærloven, og som i øvrigt tilbyder længere orlov med løn til kvindelige ansatte, overveje, om en sådan skæv fordeling af rettigheder under barsel potentielt vil være i strid med ligebehandlingsloven - og dermed om det kan udgøre forskelsbehandling.

Mange ikke-overenskomstdækkede virksomheder, som i dag tilbyder fuld løn til medarbejdere under dele af orloven, har barselsregler, der indeholder en (omend under de nugældende regler naturlig) skævdeling, hvor mødre tilbydes løn under barselorloven samt i en periode under forældreorloven, mens mandlige ansatte tilbydes fuld løn under fædreorloven og i en periode under forældreorloven.

Med indførelsen af de nye regler, har faren/medmoren, som anført, også mulighed for at afholde op til 8 ugers barselorlov, hvis dette er overført fra moren. Henset til formålet med de nye barselsregler (at fremme ligestillingen) samt under henvisning til ligebehandlingslovens § 4, vil der efter vores vurdering være en risiko for, at det kan udgøre forskelsbehandling, hvis ikke faren/medmoren også får ret til fuld løn i den orlovsperiode, som er overført fra moren. Det kræver dog naturligvis, at perioden ville have givet ret til fuld løn, såfremt moren havde beholdt den.

### Mulighed for dispensation til positiv forskelsbehandling:

Efter ligebehandlingslovens § 4 skal enhver arbejdsgiver, der beskæftiger mænd og kvinder, behandle dem lige for så vidt angår arbejdsvilkår. Ret til løn under barsel betragtes som et arbejdsvilkår efter ligebehandlingslovens § 4.

Såfremt en virksomhed ønsker at indføre eller fastholde en eventuel skæv fordeling af løn under barsel, kan virksomheden dog ansøge om dispensation til at udøve forskelsbehandling i medfør af ligebehandlingsloven § 13, stk. 2.

En dispensation forudsætter, at forskelsbehandlingen har til formål at "fremme lige muligheder for kvinder og mænd". Det er derfor en forudsætning for skævdelingen, at denne har til formål at sikre, at både moren og faren/medmoren har samme incitament til at afholde orloven. Dette kan eksempelvis være ved at tilbyde den forælder, som ikke holder barselorloven (som i praksis vil være faren/medmoren), en længere periode med løn under forældreloven. Argumentet vil således være, at forskelsbehandlingen er indført netop med det formål at give incitament for den anden forælder til også at afholde orlov, og eftersom det i praksis som altovervejende udgangspunkt vil være moren, der afholder barselorloven, vil der med et sådant vilkår gives incitament for faren til i højere grad at holde forældreorloven.

Således vil en fordeling, hvor mødre tilbydes løn i en længere periode, sammenlignet med fædre/medmødre formentlig ikke kunne anses som positiv forskelsbehandling, idet denne ordning i praksis vil medvirke til, at moren fortsat holder mere barsel sammenlignet med faren/medmoren. Dette forhold er netop årsagen til ændringen af reglerne i henhold til EU-orlovsdirektivet.

### Ændring af barselsvilkår:

Hvis en virksomhed finder det nødvendigt at ændre i sine barselsvilkår for at undgå potentiel forskelsbehandling, skal virksomheden overveje, hvordan en sådan ændring skal foretages samt eventuelle konsekvenser forbundet hermed.

Tilbyder den enkelte virksomhed eksempelvis allerede (fuld) løn til medarbejdere under barsel, kan det udgøre en væsentlig ændring i ansættelsesforholdet, såfremt disse vilkår forringes for den enkelte medarbejder. Ved vurdering-

en af, om en forringelse af barselsvilkår vil udgøre en væsentlig vilkårsændring, må arbejdsgiveren vurdere ændringens betydning for den enkelte medarbejder. Der kan være tilfælde, hvor en sådan ændring *ikke* vil udgøre en væsentlig vilkårsændring, dog er det vores opfattelse, at en forringelse af barselsvilkår vil udgøre en væsentlig vilkårsændring i størstedelen af tilfældene.

Udgør ændringen *ikke* en væsentlig vilkårsændring, kan ændringen træde i kraft efter et rimeligt varsel og medarbejderne kan ikke modsætte sig ændringen.

En væsentlig vilkårsændring kan der i mod alene foretages ensidigt, såfremt ændringen varsles over for de berørte medarbejdere med (minimum) det individuelle opsigelsesvarsel. Ændringen vil i øvrigt have den konsekvens, at alle berørte medarbejdere opsiges og samtidig tilbydes genansættelse på de nye og forringede vilkår efter udløbet af opsigelsesvarslet. Virksomheden bærer risikoen for eventuelle godtgørelseskrav for usaglig afskedigelse m.v. fra de medarbejdere, som er beskyttet mod usaglig opsigelse, og som ikke accepterer forringelsen af barselsvilkårene.

For at undgå væsentlige vilkårsændringer ved ændring af barselsvilkårene, må virksomheden således enten sikre, at de enkelte medarbejdere samtykker til ændringen, eller sikre, at vilkårene ikke forringes for den enkelte medarbejder. I stedet må virksomheden forbedre (typisk) farens/medmorens ret til barsel således, at denne svarer til morens vilkår. Helt konkret vil det for de fleste virksomheders vedkommende betyde, at man skal tilbyde fuld løn under farens/medmorens barselsorlov, i det omfang de op til 8 uger overføres fra moren. En sådan ændring kan iværksættes uden samtykke og med det samme.

#### *Refusionsmulighederne:*

Forbedring af farens/medmorens barselsvilkår som foreslået ovenfor vil naturligvis have en økonomisk betydning for den enkelte virksomhed.

Virksomheder, som udbetaler løn til medarbejdere under barselsorlov, vil – afhængig af medlemskabet i den enkelte barselsfond – være berettigede til refusion af dele af lønudgiften til medarbejderen. Den ene del af refusionen består i refusion af medarbejderens dagpenget, og den

anden del af refusionen skal søges hos den relevante private barselsfond.

Størrelsen af refusionen hos barselsfonden afhænger af, hvilken barselsfond virksomheden er medlem af. Efter en gennemgang af en række fondes vilkår kan vi konstatere, at fondenes refusionsperioder fortsat primært bygger på de nugældende barselsregler, hvilket medfører længere refusionsperioder for moren sammenlignet med muligheden for refusion hos faren/medmoren. Fondene tager således ikke højde for, at moren kan overføre barselsorlov til faren/medmoren, ligesom der heller ikke tages højde for, at hver forælder som udgangspunkt har ret til 24 ugers orlov med barselsdagpenge.

Når de nye regler træder i kraft, vil virksomhederne således – såfremt ovenstående ikke er imødeset – risikere at stå i en form for limbo, hvor de – for at undgå eventuel forskelsbehandling – kan se sig nødsaget til at forbedre barselsvilkårene for fædre/medmødre, men hvor fondenes refusionsregler ikke følger med. Det kan have den konsekvens, at der ikke er mulighed for at få refusion svarende til virksomhedens omkostninger, hvilket åbenlyst vil medføre ekstra omkostninger for den enkelte virksomhed.

Det antages dog, at fondene afventer de kommende overenskomstforhandlinger, hvorefter de vil se på, om der er behov for at ændre strukturen i refusionen hos de enkelte barselsfonde.

## **IKRAFTTRÆDELSE AF YDERLIGERE REGLER PR. 1. JANUAR 2024**

### *Forbedrede vilkår for LGBT+ familier:*

Fra den 1. januar 2024 forbedres LGBT+ familiers orlovsmuligheder ligeledes. Det betyder, at barnets såkaldt "retlige" forældre, får mulighed for at overdrage de orlovssuger, som ikke er øremærkede, til såkaldt "sociale" forældre. Eksempler på sociale forældre kan være den retlige forælders ægtefælle, en kendt doner med forældrelignende relation til barnet, eller eksempelvis den kendte donors ægtefælle eller samlevende, som har en forældrelignende relation til barnet.

#### *Forbedrede vilkår for enlige forældre:*

Med virkning for børn født den 2. august 2022 eller senere sidestilles enlige mødre og enlige fædre/medmødre, således at den enlige forælder - uanset om dette er moren eller faren/medmoren - har ret til at holde op til 46 ugers orlov med barselsdagpenge efter fødslen. Mængden af ikke-øremærket orlov afhænger af, om den enlige forælder er omfattet af lønmodtagerbegrebet eller ej.

Ydermere følger det med vedtagelsen af den nye barselslov, at en enlig mor eller far/medmor fra 1. januar 2024 kan overdrage den del af orloven, som ikke er øremærket til et nærtstående familiemedlem. Det kan eksempelvis være søskende eller bedsteforældre. Det nærtstående familiemedlem, som har fået overdraget orloven, skal afholde denne inden barnet fylder et år.

#### **SAMMENFATNING**

Sammenfattende kan det siges, at den nye barselslov er vedtaget ud fra et ønske om at fremme ligestilling og skabe bedre balance mellem arbejds- og familieliv. På den baggrund har lovgiver - med afsæt i EU orlovsdirektivet - valgt at begrænse fleksibiliteten ved fordelingen af orloven i familien ved at øremærke 11 ugers orlov til hver af forældrene. Hensynet bag dette er at gøre det mere legitimt for faren/medmoren at tage mere barsel.

Indførelsen af de nye regler har ikke alene indflydelse på reglerne om barselsorlov, idet de også påvirker funktionærloven, i den forstand at indholdet af § 7, stk. 2, som giver kvindelige funktionærer ret til halv løn fra orlovens begyndelse og indtil 14 uger efter fødslen, nu helt åbenlyst strider imod formålet med vedtagelsen af den nye barselslov, nemlig at fremme ligestilling.

Ydermere kan de nye barselsregler også påvirke den enkelte virksomheds politikker vedrørende løn under barsel. Tilbyder den enkelte virksomhed bedre vilkår til kvindelige ansatte sammenlignet med mandlige ansatte, vil virksomheden - for at undgå potentiel forskelsbehandling - være nødsaget til at ændre i sine barselsvilkår. For at undgå væsentlige vilkårsændringer i ansættelsesforholdet, vil ændringen typisk bestå i at tilbyde mandlige medarbejdere samme vilkår som kvindelige medarbejdere.

Dette er ikke uden omkostninger for den enkelte virksomhed, og da fondenes refusionsperioder ikke på nuværende tidspunkt ændres i overensstemmelse med den nye barselslov, vil en forbedring af farens/medmorens barselsvilkår have endnu større økonomisk betydning for den enkelte virksomhed.

Den nye barselslov medfører ikke alene forbedringer i forhold til fædres/medmødres mulighed for afholdelse af barsel. Fra den 1. januar 2024 vil LGBT+ familier samt enlige forældre tillige opleve en forbedring af vilkårene.



Har du en spændende juridisk problemstilling, som du vil gå i dybden med? Kan det blive til en artikel, som du vil publicere?

Har du en særlig interesse for ansættelses- og arbejdsret?

... så kontakt **HR JURA** for at høre nærmere om dine muligheder!

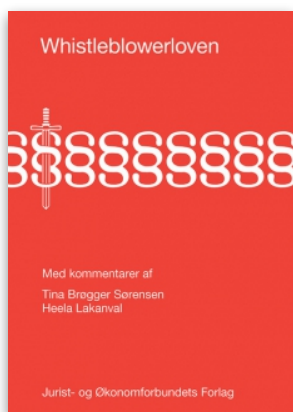
HR JURA MAGASINET  
BRØNDÆBLEVEJ 24  
2500 VALBY

CVR.NR. 34379866

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

**10** ÅR  
MED  
HR JURA  
MAGASINET  
JUBILÆUMSNUMMER 

# SENESTE UDGIVELSER



## WHISTLEBLOWERLOVEN MED KOMMENTARER

Tina Brøgger Sørensen og Heela Lakanval  
1. udgave 2022, 330 sider  
DJØF Forlag

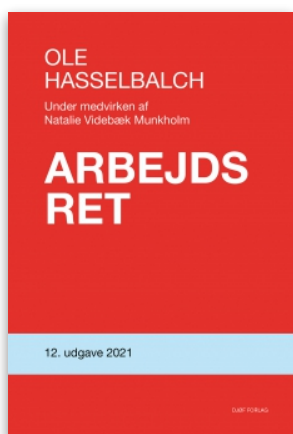
I Whistleblowerloven med kommentarer af Tina Brøgger Sørensen og Heela Lakanval klædes din organisation på til det praktiske arbejde med etablering og administration af whistleblowerordninger i lyset af den nye whistleblowerlov, der blev endeligt vedtaget i 2021.



## DEN KOLLEKTIVE ARBEJDSRET

Jens Kristiansen  
4. udgave 2021, 743 sider  
DJØF Forlag

Siden 3. udgave af Den kollektive arbejdsret udkom i 2014, er der gennemført enkelte justeringer af arbejdsretsloven og afsagt en række retsafgørelser. De nye regler og den nye retspraksis er indarbejdet i den foreliggende 4. udgave. Bogen fungerer dels som lærebogsgrundlag for studerende ved universiteter og andre læreanstalter, dels som håndbog for praktikere med behov for en mere grundig fremstilling af retsområdet.



## ARBEJDSRET

Ole Hasselbalch og Natalie Videbæk Munkholm  
12. udgave 2022, 589 sider  
DJØF Forlag

Arbejdsret er skrevet som oversigtsværk og lærebog med henblik på at sikre læseren et overblik over denne juridiske disciplin. Bogen er indrettet således, at den overordnet set dækker alle væsentlige arbejdsretlige problemstillinger, ligesom dens systematiske opbygning belyser reglernes natur og indre sammenhænge. Opmærksomheden koncentrerer endvidere om fænomenerne og de bærende principper frem for om konkrete detaljer. Retspraksis er derfor kun refereret sporadisk nemlig til lettelse af forståelsen på vanskelige punkter.



#### ARBEJDSKLAUSULER I OFFENTLIGE KONTRAKTER KOHÆRENS MELLEM INDKØB OG ARBEJDSMARKED

af Henrik Karl Nielsen  
(Ph.d. afhandling)  
1. udgave 2022, 475 sider  
Karnov Group

Forventet udgivelse ultimo juni 2022.

De fleste offentlige kontrakter indeholder arbejdsklausuler, hvormed menes bestemmelser, der stiller krav til de løn- og ansættelsesvilkår, på hvilke leverandøren beskæftiger lønmodtagere i forbindelse med opfyldelsen af kontrakten. Arbejdsklausuler har derfor stor praktisk betydning for offentlige ordregivere og deres leverandører, og bogen er den første samlede analytiske fremstilling af emnet i Skandinavien.

I bogen foretages en analytisk fastlæggelse af formålet med arbejdsklausuler i offentlige kontrakter og en analyse af mulighederne for at anvende arbejdsklausuler inden for rammerne af EU-rettens regler om fri udveksling af tjenesteydelser herunder udstationeringsdirektivet og udbudsdirektiverne.

#### LOV OM BESKYTTELSE AF WHISTLEBLOWERE

af Lars Lindencrone Petersen, Peer Schaumburg-Müller og  
Kresten Gaub  
1. udgave 2022, 226 sider  
Karnov Group

#### LØNMODTAGER/ARBEJDSTAGERBEGREBET I DANSK ARBEJDS- OG ANSÆTTELSESRRET - MED FOKUS PÅ PLATFORMSARBEJDE

af Natalie Videbæk Munkholm, Catherine Jacqueson og  
Christian Højer Schjøler  
Marts 2022, 279 sider  
Beskæftigelsesministeriet

Publikationen kan findes på [www.bm.dk](http://www.bm.dk)

#### DEN HYBRIDE ARBEJDSPLADS - EN GUIDE TIL AT REDESIGNE ARBEJDET I ORGANISATIONER

af Lynda Gratton  
1. udgave 2022, 272 sider  
Djøf Forlag

#### ARBEJDSMILJØRET -UDVALGTE EMNER

af Jens Kristiansen, Nicole Christiansen, Marlene Louise  
Buch Andersen og Martine Stagelund Hvidt  
1. udgave 2021, 256 sider  
Djøf Forlag



Vil du være en del af holdet hos Dansk Erhverv?

## - Et af landets største og førende specialistkontorer inden for arbejds- og ansættelsesret.

**Brænder du for arbejds- og ansættelsesret, og vil du gerne arbejde selvstændigt med direkte kontakt til virksomheder?**

I Dansk Erhverv kan du som advokat eller advokatfuldmægtig blive en del af en nytænkende og moderne erhvervs- og arbejdsgiverorganisation, hvor du er sikret et godt kollegialt, fagligt og socialt fællesskab, en alsidig hverdag og afvekslende opgaver med direkte kontakt til virksomheder og det politiske miljø.

Dansk Erhverv er en af Danmarks største erhvervs- og arbejdsgiverorganisationer, hvor flere end 70 advokater og jurister yder dybdegående rådgivning til vores 18.000 medlemsvirksomheder og flere end 100 brancheforeninger inden for alle grene af individuel ansættelsesret og kollektiv arbejdsret.

Hos Dansk Erhverv bliver du en vigtig del af maskineriet, der hjælper danske virksomheder. Du får blandt andet mulighed for at arbejde selvstændigt med rådgivning af vores medlemmer, indgå som en vigtig del af overenskomstforhandlingerne og deltage i det lovforberedende arbejde.

Vi lægger stor vægt på høj faglighed og udvikling blandt alle vores kollegaer, så vi altid kan tilbyde erhvervslivet den bedste service, rådgivning, advokatbistand og politiske interessevaretagelse.

Hvis dette lyder spændende, og du gerne vil være en del af holdet, kontakt da Charlotte eller Katja – vi er altid klar på en kop kaffe!



**Charlotte Vester**  
Underdirektør,  
Ansættelsesretschef.

cve@danskerhverv.dk  
3374 6650



**Katja Brandt**  
Souschef,  
Chef for Hotline.

kbr@danskerhverv.dk  
3374 6656



**DANSK  
ERHVERV**