

**18. NUMMER / VINTER 2023**

ISSN: 2245-3989

HR JURA V/ANTON KRAEV  
BRØNDÆBLEVEJ 24  
2500 VALBY

CVR.NR. 34379866

WEB: HRJURA.IN

E-MAIL: CONTACT@HRJURA.IN

- 8**      **UNDERSØGELSESFORMER I DANMARK**  
KIA DOLLERSCHELL, FLEMMING ORTH OG  
ULRIK SAHL
- 19**     **DEN NYE BARSELSLOV**  
- **GODE SPØRGSMÅL FRA PUBLIKUM**  
ANNE MARIE ABRAHAMSON OG UZMA KHAN
- 27**     **INDMELDelse I EN ARBEJDSGIVERFORENING**  
**MED BESTÅENDE SÆROVERENSKOMST**  
TORBEN VISTISEN
- 41**     **BØR ARBEJDSGIVER SELV NEDSÆTTE**  
**KONVENTIONALBODEN UD FRA EN**  
**RIMELIGHEDSVURDERING?**  
DITTE GRUNDTVIG LARSEN
- 44**     **ARBEJDSKLAUSULER I OFFENTLIGE**  
**KONTRAKTER - EFFEKTIV HÅNDHÆVELSE**  
**FORUDSÆTTER OMHU VED KONCIPERING**  
HENRIK KARL NIELSEN
- 49**     **LIGEBEHANDLINGSLOVEN**  
- **UDVALGTE PROBLEMSTILLINGER**  
RASMUS DALAGER SCHUSTER



# 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

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

## REDAKTION OG LAYOUT



ANTON KRAEV CHRISTENSEN  
ANSVARSHAVENDE REDAKTØR

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

## HR JURA MAGASINET

18. NUMMER / VINTER 2023

## UDGIVELSE

DIGITAL

## 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)





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.



**HR JURA MAGASINET**  
BRØNDÆBLEVEJ 24  
2500 VALBY

CVR.NR. 34379866

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

# INDHOLDSFORTEGNELSE

6 FORORD

8 UNDERSØGELSESFORMER I DANMARK



**KIA DOLLERSHELL**  
ADVOKAT (H), AFDELINGSCHEF  
DJØF, JURIDISK AFDELING

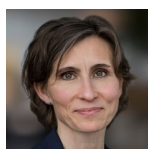


**FLEMMING ORTH**  
ADVOKAT (H)  
DJØF, JURIDISK AFDELING

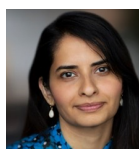


**ULRIK SAHL**  
ADVOKAT (L), VOLDGIFTSDOMMER  
DJØF, JURIDISK AFDELING

19 DEN NYE BARSELSLOV - GODE SPØRGSMÅL FRA PUBLIKUM



**ANNE MARIE ABRAHAMSON**  
PARTNER, ADVOKAT (H)  
LUNDGREN  
ADVOKATPARTNERSELSKAB



**UZMA KHAN**  
ADVOKATFULDMÆGTIG  
LUNDGREN  
ADVOKATPARTNERSELSKAB

27 INDMELDelse I EN ARBEJDSGIVERFORENING MED  
BESTÅENDE SÆROVERENSKOMST



**TORBEN VISTISEN**  
CHEFKONSULENT, ADVOKAT (H)  
DANSK INDUSTRI

41 **BØR ARBEJDSGIVER SELV NEDSÆTTE KONVENTIONALBODEN UD FRA EN RIMELIGHEDSVURDERING?**



DITTE GRUNDTVIG LARSEN  
SENIORADVOKAT  
GORRISSEN FEDERSPIEL

44 **ARBEJDSKLAUSULER I OFFENTLIGE KONTRAKTER - EFFEKTIV HÅNDHÆVELSE FORUDSÆTTER OMHU VED KONCIPERING**



HENRIK KARL NIELSEN  
ADVOKAT (H), PH.D.  
KOCH / CHRISTENSEN ADVOKATFIRMA

49 **LIGEBEHANDLINGSLOVEN - UDVALGTE PROBLEMSTILLINGER**



RASMUS DALAGER SCHUSTER  
KONSULENT  
DANSK INDUSTRI

57 **SENESTE UDGIVELSER**

ANTON KRAEV CHRISTENSEN  
ANSVARSHAVENDE REDAKTØR  
HR JURA MAGASINET



## TAK, FORDI DU LÆSER MED! NU (IGEN) DIGITALT...

Vi er netop kommet ind i det nye år, hvilket giver en naturlig anledning til at kaste et blik tilbage.

HR JURA Magasinet fejrede 10 års jubilæum ved den seneste udgivelse i 2022, og blev i den forbindelse for første og hidtil eneste gang trykt. Trykkeri og distribution til 1500 modtagere var lidt nervepirrende at kaste sig ud i - både på den gode og spændte måde. Men det er gået over al forventning, og det er jeg ovenud glad og taknemmelig for. En stor tak til læserne for de mange hilsner og e-mails i forbindelse med fejringen af magasinet's jubilæum, og for stor opbakning med udgivelserne i årenes løb.

2022 blev dog ikke helt det år, som vi havde forventet eller håbet på. Den høje inflation, stigende energipriser og øget usikkerhed relateret til krig i et europæisk land har sat sit præg på vores hverdag.

HR JURA Magasinet er ingen undtagelse. Som følge af både stigende priser og samtidigt afdæmpet efterspørgsel på annoncer måtte jeg beslutte, at HR JURA Magasinet kun bliver udgivet digitalt i den kommende fremtid. Da HR JURA Magasinet udgives uden kommerciel sigte eller profit for øje, er beslutningen om digital udgivelse nødvendig i lyset af de nuværende markedsforhold.

Læseren må derfor bevæbne sig med en iPad, som jeg har fundet frem til billedet her, eller læse det kommende nummer på sin computerskærm.

Der bliver nemlig rigeligt at læse om det kommende år. I skrivende stund har den nye regering sendt et forslag til storebededagsloven i høring, som har fået en blandet modtagelse. Derudover står bl.a. overenskomstforhandlinger på det private arbejdsmarked, en forsinket implementering af arbejdsvilkårsdirektivet, den endelige vedtagelse af direktivet om løngennemsigtighed og annullations-søgsmål mod mindstelønsdirektivet for døren.

HR JURA Magasinet vil naturligvis fortsætte med at følge udviklingen og orientere løbende om de seneste ansættelses- og arbejdsretlige nyheder.

God læselyst!

Anton Kraev Christensen



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](mailto:CONTACT@HRJURA.IN)  
WEB: [HRJURA.IN](http://HRJURA.IN)

# UNDERSØGELSESFORMER I DANMARK



**KIA DOLLERSHELL**  
ADVOKAT (H), AFDELINGSCHEF  
DJØF, JURIDISK AFDELING



**FLEMMING ORTH**  
ADVOKAT (H)  
DJØF, JURIDISK AFDELING



**ULRIK SAHL**  
ADVOKAT (L), VOLDGIFTSDOMMER  
DJØF, JURIDISK AFDELING

Der har de seneste år været gennemført en del undersøgelser i Danmark, som har vakt offentlighedens interesse. Undersøgelser af sagerne om fx mink, Inger Støjberg, Forsvarets efterretningstjeneste samt #meetoo advokatundersøgelserne om fx DRs Radiopigekor, TV2 og Det Konservative Folkeparti fik alle stor mediemæssig bevågenhed og offentlig interesse.

Denne artikel behandler baggrundene for de forskellige undersøgelsesformer i Danmark og det regelsæt, der rammesætter undersøgelseskommissioner, granskingskommissioner og advokatundersøgelser.

## RETSTILSTANDEN FØR

### UNDERSØGELSESKOMMISSIONSLOVEN AF 1999

Retsplejeloven af 1916 indeholdt en § 21, som videreførte regeringens ret til, efter den tidligere retsplejeordning, at nedsætte ekstraordinære retter, dog uden dømmende magt. Denne bestemmelse blev forud for 1999 anvendt som hjemmel til at etablere kommissionsdomstole, som i praksis kunne pålægges at udføre en af 3 former for undersøgelser:

- 1) Undersøge og klarlægge et begivenhedsforløb.
- 2) Foretage undersøgelse som nævnt under 1) samt vurdere, om der var udvist fejl og forsømmelser.
- 3) Foretage undersøgelse og vurdering som nævnt under 2) samt vurdere, om fejl eller forsømmelser kunne give

anledning til, at et retligt ansvar søgtes gennemført mod nogen af de involverede personer.

Bestemmelsen indeholdt ikke særskilte regler om processformen ved kommissionsdomstole, som derfor fulgte retsplejelovens almindelige regler, og forblev i kraft indtil undersøgelseskommissionsloven af 1999. Men i 1990 blev bestemmelsen suppleret af retsplejelovens § 21 a om undersøgelsesretter, og der blev herefter ikke nedsat yderligere kommissionsdomstole. Den sidste kommissionsdomstol var nedsat i 1990 til undersøgelse af "kreativ bogføring" i Skatteministeriet, og beretningen fra denne kommissionsdomstol førte i 1992 til den daværende skatteministers afgang samt disciplinærsager mod en række embedsmænd i ministeriet.

Undersøgelsesretter nedsat under § 21 a adskilte sig fra kommissionsdomstole bl.a. ved, at der, ud over dommere, kunne udpeges sagkyndige medlemmer af retterne – hvilket dog aldrig skete i praksis, idet undersøgelsesretter nedsat i medfør af bestemmelsen alene blev beklædt af dommere.

Undersøgelsesretter kunne nedsættes til "at gennemføre en undersøgelse af nærmere bestemte sager" og havde ingen dømmende magt. I praksis havde undersøgelsesretterne i lighed med kommissionsdomstolene normalt til opgave at undersøge og klarlægge et begivenhedsforløb og at vurdere, om der var udvist fejl eller forsømmelser, som kunne give anledning til, at et retligt ansvar blev søgt gennemført mod nogen af de involverede. Undersøgelsesretterne udtalte sig normalt ikke om, hvilken sanktion, der i givet fald kunne komme på tale. For så vidt angår de involverede ministre var undersøgelsesretterne i princippet begrænset til at beskrive det faktiske begivenhedsforløb.

§ 21 a regulerede ikke undersøgelsesretternes virke nærmere, men i praksis udpegede justitsministeren en repræsentant for det offentlige (typisk en advokat), der virkede som udspørger. Derudover fulgte undersøgelsesretterne retsplejelovens almindelige regler, og personer, for hvem straf eller disciplinæransvar kunne komme på tale, kunne ved afhøring for en undersøgelsesret møde med bisidder (advokat). Bisiddere havde ikke adgang til at stille spørgsmål under afhøringer.

Den mest kendte sag for en undersøgelsesret er formentlig Tamil-sagen.

Brugen af undersøgelsesretter kom under kritik i anledning af undersøgelsen af Himmerlandsbank-sagen i 1993, idet undersøgelsen havde karakter af en præjudicial vurdering af en retstvist mellem en statslig myndighed og en privat virksomhed. Der blev derfor ikke nedsat yderligere undersøgelsesretter efter 1993, og i tiden frem til undersøgelseskommissionsloven af 1999 blev der i stedet nedsat et antal undersøgelseskommissioner, hvis virke blev reguleret ved særlove i hvert enkelt tilfælde.

Disse kommissioner blev bl.a. nedsat til at undersøge den færøske banksag samt sagen om politiets rolle i urolighederne på Nørrebro den 18. maj 1992.

Ved siden af de lovregulerede kommissionsdomstole, undersøgelsesretter og undersøgelseskommissioner blev der frem til 1999 gennemført et antal dommerundersøgelser. Disse blev iværksat på den måde, at vedkommende minister – uden at der blev tilvejebragt særlig lov hjemmel herfor – anmodede en dommer om at gennemføre en undersøgelse af forhold i den statslige forvaltning. Undersøgelserne var således ikke undergivet retsplejelovens regler, og der bestod herunder ingen vidnepligt.

Eksempler på emner for dommerundersøgelser forud for 1999 omfatter sagen om grønlandsskibet Hans Hedtofts forlis samt sagen om flytning af Thule-befolkningen.

#### UNDERSØGELSESKOMMISSIONSLOVEN AF 1999

Den generelle hjemmel til at nedsætte undersøgelseskommissioner blev indført ved lov nr. 357 af 2. juni 1999 om undersøgelseskommissioner. Det hedder i lovens § 1, stk. 1 at *Justitsministeren kan nedsætte en kommission til at gennemføre en undersøgelse af nærmere bestemte forhold af almen vigtig betydning. En sådan kommission skal nedsættes, hvis Folketinget vedtager beslutning herom.*

Forslag til 1999-loven blev fremsat som privat lovforslag<sup>1</sup> af en kreds af folketingsmedlemmer, som sammen repræsenterede alle partier i det daværende Folketing. Lovforslaget var i væsentlighed identisk med et lovudkast indeholdt i betænkningen afgivet af Udvalget vedrørende Undersøgelsesorganer<sup>2</sup>. Dette udvalg var nedsat i forlængelse af både politisk og juridisk faglig debat om de hidtidige undersøgelsesformer, der havde udspillet sig især siden Tamil-sagen og Himmerlandsbank-sagen.

Lovforslaget afskilte sig dog på et enkelt, signifikant punkt fra lovudkastet, som havde lagt op til en lukket proces i undersøgelseskommissioner. Lovforslaget og den vedtagne lov indeholdt dog i § 30 bestemmelse om, at kom-

<sup>1</sup> (L3/1998)

<sup>2</sup> Betænkning nr. 1315/1996

missionerne som udgangspunkt virker for åbne døre, således at dørene alene kan lukkes når nogle nærmere afgrænsede forhold gør sig gældende.

Under lovforslagets behandling i Folketinget blev der endvidere indsat et nyt stk. 4 i § 1: *Såfremt der er vedtaget folketingsbeslutning som nævnt i stk. 1, sker den fornødne nærmere udformning af bestemmelserne om kommissionens opgaver i samråd med Folketingets Udvalg for Forretningsordenen eller et underudvalg nedsat af udvalget. Det samme gælder afgørelser efter stk. 2 og 3 [udpegning af kommissionens medlemmer og formand samt udspørger].*

Folketinget valgte altså at tillægge sig selv en mere aktiv rolle i kommissioners etablering, når tinget havde truffet beslutning om nedsættelse af en kommission.

Siden lovens ikrafttræden den 1. juli 1999 er der til dato nedsat 10 undersøgelseskommissioner i medfør af loven:

1. Farumsagen (2003)
2. Dan Lynge-sagen (2003)
3. Skattefradragssagen (2004)
4. Blekingegade-sagen (2010)
5. Statsløsesagen (2011)
6. Skattesagen (statsministerens skatteforhold) (2012)
7. Iraksagen (2012, kommissionen nedlagt i 2015)
8. Tibetsagen (2015, gennedsat 2018)
9. Kommissionen om SKAT (2017)
10. Instruks-sagen (2019)

Derudover blev i der i 2020 nedsat en kommission om Forsvarets Efterretningstjeneste ved en særlov<sup>3</sup>. Undersøgelseskommission virkede efter særloven på stort set samme betingelser som efter undersøgelseskommissionsloven, men med særlige regler om hensyn til Danmarks forhold til fremmede magter samt bestemmelse om, at kun et sammendrag af kommissionens beretning ville blive offentliggjort.

<sup>3</sup> Lov nr. 1938 af 15. december 2020

<sup>4</sup> Lov nr. 215

<sup>5</sup> Lov nr. 452

<sup>6</sup> Lov nr. 671

Siden vedtagelsen er loven ændret ved den 31. marts 2004 (konsekvensændring til ændring af retsplejelovens regler om offentlighed)<sup>4</sup>, den 9. juni 2004 (forlængelse af revisionsbestemmelse i § 35<sup>5</sup>) samt den 19. april 2021 (indførelse af granskningskommissioner, indsættelse af ovennævnte § 1, stk. 6, samt ophævelse af revisionsbestemmelse<sup>6</sup>).

## UNDERSØGELSESKOMMISSIONERS SAMMEN- SÆTNING OG OPGAVER

En kommission kan bestå af ét eller flere medlemmer. Hvis kommissionen alene består af ét medlem, skal den pågældende være indehaver af juridisk kandidateksamen, og hvis der er udpeget flere medlemmer, skal formanden være jurist. Såfremt en dommer er medlem af kommissionen, skal den pågældende fungere som formand.

I praksis har alle de ovennævnte kommissioner bestået af tre medlemmer og haft landsdommere som formænd (én kommission havde indledningsvis en vicepræsident i Sø- og Handelsretten som formand, men denne blev efter interne uoverensstemmelser i kommissionen udskiftet med en landsdommer). Den særligt nedsatte kommission vedrørende FE-sagen bestod af tre landsdommere. I alle de øvrige kommissioner, på nær Farum-kommissionen, har der været en advokat blandt medlemmerne. De resterende kommissionsmedlemmer har haft varierende erhverv, dog med en klar overvægt af professorer ved de juridiske fakulteter. Kun to medlemmer har ikke haft juridisk baggrund, i begge tilfælde statsautoriserede revisorer.

I lighed med tidligere undersøgelsesorganer bistås undersøgelseskommissioner af en udspørger, der i praksis er advokat. Udspørgerens rolle er i overensstemmelse med undersøgelseskommissionens bestemmelser at tilrettelægge og foretage afhøringer i kommissionen. Udspørgeren er underlagt samme objektivitetspligt som offentlige anklagere i medfør af retsplejelovens § 96, stk. 2.

Undersøgelseskommissionslovens § 4 fastslår i lighed med de ældre regelsæt, at kommissioner ikke har dømmende

myndighed. Dette kan forekomme overflødig i lyset af forbuddet mod særdomstole med dømmende magt i Grundlovens § 61, og reglen har formentlig mere signalværdi end retlig betydning, herunder i lyset af, at undersøgelseskommissioner stadig i medier m.v. ofte ses omtalt som "undersøgelsesdomstole" eller lignende, hvorfor offentligheden kan sidde tilbage med den opfattelse, at rapporten er en afgørelse eller en dom.

Det følger desuden af loven, at kommissioner kan pålægges at undersøge et begivenhedsforløb, at komme med anbefalinger om revision af lovgivning m.v. og at vurdere, om der er grundlag for at søge personer draget til ansvar. Dog kan undersøgelseskommissioner ikke vurdere ministres ansvar. Af de ovennævnte kommissioner har alene to - Farum og Blekingegade - ikke skullet vurdere ansvar. At netop disse to kommissioner skiller sig ud fra normalen, må formentlig tilskrives, at de vedrørte forhold, som var genstand for henholdsvis en verserende og en afsluttet straffesag.

Når kommissionsformanden er dommer (dvs. i praksis i alle tilfælde), foretager kommissionen kun ansvarsvurdering "i det omfang, dommeren ikke finder det retssikkerhedsmæssigt betænkeligt", jf. lovens § 4, stk. 5. Reglen må ses i lyset af den kritik af de tidligere undersøgelsesformers muligt præjudicerende virkning for efterfølgende strafferetligt og disciplinært ansvar eller eventuelt erstatningsansvar, der var fremkommet før lovens vedtagelse. Der havde under udvalgsarbejdet været et mindretal, som ville udelukke dommere fra overhovedet at medvirke i undersøgelseskommissioner, men flertallet i udvalget - og med dem Folketinget - valgte altså at overlade det til de deltagende dommere selv at afgøre, om det var retssikkerhedsmæssigt forsvarligt at udtale sig om ansvar. De nedsatte kommissioner har ikke afholdt sig fra at vurdere, om der var grundlag for at søge nogen draget til ansvar - men kommissionerne anvender generelt det forsigtighedsprincip, der er forudsat i forarbejderne til § 4, hvorefter bevisvurdering skal foretages med den forsigtighed, der følger af, at beviserne ikke er tilvejebragt ved en kontradiktorisk proces under en almindelig retssag.

## PROCESREGLER VED UNDERSØGELSESKOMMISSIONER

Undersøgelseskommissionslovens kapitel 5 pålægger for dommerledede kommissioner "enhver" vidnepligt- og ansvar samt pligt til at udlevere materiale til kommissionen efter anmodning, dog med forbehold for selvinkriminerende svarende til retsplejelovens regler om vidnefritagelse. Lovens kapitel 6 indeholder (i hidtidig praksis overflødige) regler for kommissioner uden dommerdeltagelse, idet sådanne kommissioner kan anmode Københavns Byret om at indkalde vidner og give editionspålæg.

I lovens kapitel 7 er fastsat en række regler om "de berørte personers retsstilling". Loven definerer ikke nærmere, hvem der skal anses for "berørt", men omtaler dog i § 21 "den person, hvis forhold undersøges". Der skal her næppe lægges noget i anvendelsen af entalsform, da det i praksis forekommer stort set utænkeligt, at en undersøgelse (på forhånd) indsnævres til en enkelt person, og eftersom en undersøgelseskommission i sagens natur heller ikke på forhånd kan afgrænse, hvem undersøgelsen vil "berøre" i den forstand, at der kan være grundlag for strafferetligt eller disciplinært ansvar, har de nedsatte kommissioner generelt udstrakt "de berørte personers retsstilling" til et bredt udsnit af aktører i de pågældende sager. I U.1997.1004/2H (før den aktuelle lov) lagde Højesteret til grund, at Nørrebroundersøgelsen omfattede menige politifolks forhold, og at politifolkene derfor havde ret til en bisidder.

En vigtig rettighed for de berørte personer er adgangen til at få stillet en bisidder efter eget valg til rådighed for statens regning. Kommissionen kan også af egen drift beskikke en bisidder for berørte personer, der ikke har anmodet om det. I praksis beskikkes også bisiddere for berørte ministre, selv om kommissionen ikke kan udtale sig om disses ansvar.

Rollen som bisidder omfatter adgang til at overvære alle afhøringer i kommissionen, adgang til skriftligt materiale, der indgår i undersøgelsen, mulighed for at anmode kommissionen om at iværksætte yderligere bevisførelse samt adgang til at stille supplerende spørgsmål til personer (vidner og berørte), der afhøres for kommissionen.

Bisidderfunktionen har således væsentlige fællestræk med rollen som forsvarer i en straffesag, og undersøgelseskommissionsloven indeholder da også i § 22, stk. 3, regler om den berørte persons adgang til det materiale, bisidderen har adgang til, som svarer til reglerne i retsplejeloven om en sigtets eller tiltalts adgang til efterforskningsmateriale: Bisidderen må ikke uden kommissionens tilladelse udlevere materiale til den berørte person, og kommissionen kan forbyde bisidderen at gøre den berørte person bekendt med materiale eller med afgivne forklaringer, "hvis afgørende hensyn til fremmede magter, statens sikkerhed, sagens opklaring eller tredjemand taler for det". Bestemmelsens rækkevidde har været genstand for prøvelse i Østre Landsret, idet en berørt person i medfør af lovens § 28 (herom nedenfor) kærede en beslutning truffet af undersøgelseskommissionen vedrørende SKAT efter anmodning fra anklagemyndigheden og Skattestyrelsen om at pålægge bisiddere ikke at gøre deres klienter bekendt med indholdet af nærmere angivne oplysninger. Det hedder i landsrettens afgørelse (U.2022.555Ø) bl.a.: *Det er efter forarbejderne ikke tilsigtet, at en undersøgelseskommission skal kunne give pålæg til bisiddere efter § 22, stk. 3, i videre omfang, end hvad der efter de nævnte bestemmelser i retsplejeloven [§§ 729 a og 748] kan gives af forsvarerpålæg i straffesager.*

Landsretten ophævede herefter pålægget. Kendelsen fastslår således, at berørte personer i en kommissionsundersøgelse i hvert fald ikke skal være ringere stillet med hensyn til adgang til sagsmateriale end sigtede i straffesager er.

En anden lighed med straffeprocessen finder man i lovens § 23, stk. 1, hvorefter kommissionen inden afhøring skal orientere den berørte person og bisidderen om de forhold af faktisk og eventuelt retlig karakter, som undersøgelsen vedrørende den pågældende omfatter - svarende til kravet på at blive gjort bekendt med sigtelse eller tiltale i en straffesag.

Som nævnt kan undersøgelseskommissionernes procesledende beslutninger kæres til Østre Landsret, jf. lovens § 28, hvor kæresagerne behandles efter retsplejelovens regler om kæremål i borgerlige sager. Ud over den ovennævnte sag om bisidderpålæg har kæreadgangen været benyttet i spørgsmål om beskikkelse af samme bisidder for

to berørte personer (U.2017.911H), videregivelse af tavshedsbelagte oplysninger til forsvarer i en straffesag (U.2008.819Ø) samt dørlukning (U.2005.1671Ø, se nedenfor).

## OFFENTLIGHED OG BERETNING

Som tidligere anført virker undersøgelseskommissioner som udgangspunkt for åbne døre, lovens § 30. Dørene kan alene lukkes af de i bestemmelsens nr. 1-4 nævnte grunde:

- 1) af hensyn til ro og orden i lokalet eller statens forhold til fremmede magter eller særlige hensyn til disse i øvrigt,
- 2) af hensyn til sagens oplysning,
- 3) af hensyn til at beskytte nogen mod unødvendig krænkelse eller
- 4) af andre særlige grunde

Spørgsmålet om dørlukning har været genstand for kæremål under Skattefradragssagen: Under afhøring for åbne døre oplyste en kontorchef, at hun havde kendskab til nogle verserende sager vedrørende børsnoterede selskaber, som havde lighed med bl.a. den aktuelle sag. Undersøgelseskommissionen lukkede herefter dørene i medfør af undersøgelseskommissionslovens § 30, stk. 1, nr. 2 og 3. En journalist kærede dørlukningen, og landsretten udtalte (U.2005.1671Ø), at dørlukning af hensyn til at beskytte nogen mod unødvendig krænkelse var påkrævet efter § 30, stk. 1, nr. 3, men ikke efter nr. 2.

Undersøgelseskommissionen afslutter sit arbejde med at afgive beretning om de emner, den ifølge kommissoriet skal udtale sig om. Der skal i medfør af § 23, stk. 4, gives den person, undersøgelsen vedrører, mulighed for at fremkomme med en skriftlig udtalelse om de faktiske og eventuelt retlige spørgsmål, undersøgelsen rejser vedrørende den pågældende, men der er ikke pligt til at høre vedkommende over indlæg fra andre berørte.

Beretningen offentliggøres af Justitsministeriet, med mindre ganske særlige grunde taler imod. Blandt andet førte behovet for afgivelse af en ikke-offentlig beretning som nævnt til, at FE-kommissionen blev nedsat ved særlov.

## GRANSKNINGSKOMMISSIONER

Granskningskommissioner er den nye undersøgelsesform, som den 19. april 2021 blev indført ved lov om ændring af lov om undersøgelseskommissioner og retsplejeloven, og reglerne om granskningskommissioner findes i loven om undersøgelseskommissioner og i Folketingets Forretningsorden.

Det er Folketinget, der - ved et almindeligt parlamentarisk flertal - beslutter, om der skal nedsættes en granskningskommission.

Granskningskommissioner er derfor forankret i Folketinget og ikke i regeringen og Justitsministeriet, som undersøgelseskommissioner er.

Det er også Folketinget selv, der beslutter, hvilke forhold granskningskommissionen bedes undersøge, og det er Folketinget, der iværksætter den undersøgelse, granskningskommissionen skal foretage.

### FORMÅLET MED GRANSKNINGSKOMMISSIONER

Efter lovens bestemmelser kan Folketinget nedsætte en granskningskommission til at gennemføre "en undersøgelse af afgrænset karakter af nærmere bestemte forhold af alment vigtig betydning".

Formålet med granskningskommissioner er således at undersøge sager, der har fået kritisk opmærksomhed i enten offentligheden eller i Folketinget.

### FOLKETINGETS GRANSKNINGSUDVALG

Folketingets udvalg for Forretningsordenen har nedsat et permanent underudvalg kaldet Granskningsudvalget, som har til opgave at varetage undersøgelse af sager, som har medført kritisk opmærksomhed i offentligheden eller i Folketinget.

Hvis der fremsættes en anmodning om undersøgelse af et forhold fra ét eller flere medlemmer af Granskningsudvalget, som repræsenterer mindst en tredjedel af Folketingets medlemmer, vil Granskningsudvalget iværksætte en forundersøgelse af det forhold, der medfører den kritiske opmærksomhed i offentligheden eller i Folketinget. Det er Granskningsudvalget, som selv gennemfører sin forunder-

søgelse. Således forestod Granskningsudvalget en forundersøgelse vedrørende forsvarrets involvering i mink-sagen.

Hvis Granskningsudvalget efter forundersøgelsen finder, at det er påkrævet af gennemføre yderligere undersøgelser, så indstiller Granskningsudvalget til Udvalget for Forretningsordenen, at der skal foretages en egentlig undersøgelse af forholdet. Granskningsudvalget anfører også, hvilken undersøgelsesform udvalget ønsker: en uvildig advokatundersøgelse, en faglig ekspertudredning, en granskningskommission eller en undersøgelseskommission.

Det er Granskningsudvalget, der bestemmer kommissoriet for granskningskommissionen, og kommissoriet skal fastsættes på en sådan måde, at granskningskommissionens arbejde kan forventes afsluttet inden for 12 måneder fra nedsættelsen.

Det er Granskningsudvalget, som udpeger granskningskommissionens medlemmer, herunder formanden og dens udspørger.

### GRANSKNINGSKOMMISSIONENS SAMMENSÆTNING

En granskningskommission skal bestå af mindst tre medlemmer, der udpeges af Folketinget, og granskningskommissionens formand skal være dommer. Både granskningskommissionens medlemmer og formand skal være uvildige og uafhængige.

Folketinget udpeger endvidere en person, der skal have hvervet som udspørger ved granskningskommissionens arbejde. Folketinget skal desuden sørge for, at granskningskommissionen modtager den nødvendige sekretariatsbetjening, og at anden praktisk bistand stilles til rådighed for granskningskommissionen.

### GRANSKNINGSKOMMISSIONENS ARBEJDE

Reglerne for granskningskommissionens arbejde, herunder processuelt og vedrørende offentlighed, er identiske med de regler, der gælder for en undersøgelseskommissions arbejde. Reglerne gælder med de tilpasninger, der følger af, at granskningskommissioner nedsættes af Folketinget, og ikke - som ved under-

søgelseskommissioner - af Justitsministeriet. Derudover granskningskommissionen er en selvstændig og uafhængig kollegial myndighed formelt underordnet Folketinget, og granskningskommissioner forudsættes at kunne gennemføre og afslutte deres arbejde inden for en periode på 12 måneder. Endelig skal formanden for en granskningskommission være dommer.

## EN HURTIGERE UNDERSØGELSESFORM END EN UNDERSØGELSESKOMMISSION

Granskningskommissioner tænkt som en parlamentarisk undersøgelsesform - eller med andre ord en undersøgelsesform, som Folketinget har større indflydelse på. Processen er lettere, og den gennemføres hurtigere og med et mere afgrænset område, end en undersøgelseskommission.

Der er tiltænkt en tidsramme for granskningskommissioner på 12 måneder, hvilket betyder, at det forhold, kommissionen skal undersøge, ikke bør være større, end at undersøgelsen kan afsluttes, og beretningen afgives, inden for tidsrammen (der dog ikke er absolut).

Granskningskommissionen skal undersøge og beskrive undersøgelsens resultat. Hvis undersøgelsen peger i retning af, at nogen kan søges draget til ansvar, er dette et anliggende for den kompetente instans (Folketinget vedrørende ministre og vedkommende ministerium med hen syn til embedsmænd).

## GRANSKNINGSKOMMISSIONEN OM SAGEN OM AFLIVNING AF MINK

Granskningskommissionen om sagen om aflivning af mink er den første undersøgelse, som er gennemført siden ved-

tagelsen af granskningskommissioner som undersøgelsesform.

Kommissionen påbegyndte sit arbejde den 23. april 2021 og bestod af tre medlemmer - landsdommer Michael Kistrup, professor Helle Krunke og advokat Ole Spiermann. Udspørger var advokat Jakob Lund Poulsen.

Kommissionens opgave var efter Folketingets kommissorie overordnet "At undersøge og redegøre for det samlede begivenhedsforløb og for alle relevante myndigheders og ministres handlinger og involvering i beslutningen og udførelsen af beslutningen om, at alle mink i Danmark som led i indsatsen til bekæmpelse af covid-19 straks skulle aflives".

Granskningskommissionen om sagen om aflivning af mink afleverede sin beretning til Folketinget den 30. juni 2022.<sup>7</sup>

## ADVOKATUNDERSØGELSER

Advokatundersøgelser har de seneste år fået stor mediemæssig interesse, hvilket særligt skyldes en række sager udspringende af #metoo. Mange vil have hørt om undersøgelserne af "Radiopigekoret"<sup>8</sup>, "Jes Dorph-Petersen-sagen"<sup>9</sup>, "Fredericia Kommune"<sup>10</sup>, "Sankt Annæ Gymnasium"<sup>11</sup>, "Det Konservative Folkepartis advokatundersøgelse"<sup>12</sup> og kostskolen "Herlufsholm"<sup>13</sup>. Flere af undersøgelserne medførte, at der blev sat spørgsmålstegn ved advokatundersøgelsers berettigelse, og hvordan advokatens rolle bedst muligt blev rammesat.

<sup>7</sup> Se Minkkommissionens hjemmeside for det fulde kommissorium på [www.minkkommissionen.dk](http://www.minkkommissionen.dk)

<sup>8</sup> DR og Norrbom Vindings advokatundersøgelse af krænkelsekulturen i Radiopigekoret

<sup>9</sup> TV2 og Norrbom Vindings advokatundersøgelse af krænkelsekulturen på TV2, der medførte afskedigelsen af journalist Jes Dorph-Petersen

<sup>10</sup> Fredericia Kommune og Hortens advokatundersøgelse af forløb i forbindelse med kommunalt grundsalg, byggesag m.v. samt behandling af aktindsigtssager i tilknytning hertil.

<sup>11</sup> Sankt Annæ Gymnasium og Bech Bruuns advokatundersøgelse af undervisningsmiljøet på skolen

<sup>12</sup> Datatilsynets j. nr. 2021-31-5542

<sup>13</sup> Herlufsholm Skole og advokat Henrik Græsdals advokatundersøgelse af krænkelsekulturen på Herlufsholm Skole

## ADVOKATUNDERSØGELSER OG DEN RETLIGE RAMME

Traditionelt har advokatundersøgelser været anvendt i mange forskellige typer af situationer, og derfor kan det også være svært at fastlægge en entydig definition af, hvad en advokatundersøgelse egentlig er<sup>14</sup>. Vi har i Danmark ikke en særlig lovregulering af advokatundersøgelser, og derfor kan det give anledning til tvivl at fastlægge de nærmere rammer og indhold af disse undersøgelser<sup>15</sup>.

En advokatundersøgelse lader sig bedst definere ved en undersøgelse, som foretages af én eller flere advokater for en klient. Klienten kan være en privat virksomhed, et politisk parti, en forening, offentlige myndigheder, organisationer og Folketinget<sup>16</sup>.

I september 2022 udkom Advokatsamfundet med en opdateret vejledning for gennemførelsen af advokatundersøgelser, således at også de advokatetiske regler overholdes<sup>17</sup>.

## ADVOKATENS OPGAVER

Advokatens opgave er at undersøge et begivenhedsforløb og fastlægge faktum herfor. Advokaten indsamler i den forbindelse de relevante oplysninger om forløbet eller sagen. Selve undersøgelsen udføres på statens område altid på skriftligt grundlag og inde for rammerne af et kommissorium, der er fastlagt på forhånd mellem advokaten og klienten. På det private og kommunale område omfatter undersøgelsen også interviews med de involverede og berørte. Når advokaten gør sine undersøgelser, er advokaten forpligtet til at oplyse sagen på et sagligt grundlag, og advokaten må ikke medvirke til at undertrykke oplysninger. Undersøgelsen afsluttes med en skriftlig rapport, i hvilken advokaten fx meddeler sin retlige vurdering af, hvorvidt der er grundlag for erstatning eller at drage et ansættelses- eller et strafferetligt ansvar.

Den afsluttende rapport og konklusion af undersøgelsen er ikke en afgørelse eller dom, og rapporten har således

alene karakter af rådgivning til klienten, der på baggrund heraf kan beslutte, hvordan man vil forholde sig både i relation til, om undersøgelsen skal offentliggøres helt eller delvist (eller ikke), om den skal offentliggøres med anonymisering og hvilke konsekvenser, klienten vil drage af undersøgelsen.

## UNDERSØGELSER AF KRÆNKELSESKULTURER

TV2 iværksatte en advokatundersøgelse med henblik på at få redegjort for, om der var en krænkelseskultur i virksomheden og derudover at få råd fra den undersøgende advokat om, hvordan de enkelte sager skulle håndteres over for de undersøgte personer. Advokaten havde i denne undersøgelse det opdrag at foretage en juridisk vurdering af de undersøgte personers påståede adfærd med henblik på videre stillingtagen.

Jes Dorph-Petersen var tidligere journalist på TV2 og modtog i november meddelelse om, at advokaten, der forestod advokatundersøgelsen, havde modtaget to indberetninger, der vedrørte ham. Jes Dorph-Petersen blev inviteret til et interview to dage efter, men blev ikke oplyst om karakteren af indberetningerne. Det blev han først meddelt, efter han fik en advokat som bisidder.

Efter interviewet fik Jes Dorph-Petersen fremsendt et referat af sin forklaring, som han havde mulighed for at kommentere. Han fik ikke kopi af referaterne af advokatens møder med andre deltagere om indberetningerne vedrørende ham, men på et senere møde blev han mundtligt gjort bekendt med undersøgerens konklusioner. Advokatsnævnet kritiserede senere, at Jes Dorph-Petersen aldrig fik konklusionerne på skrift, og nævnet pålagde advokaten en bøde for ikke at have overholdt god advokatskik<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Betænkning om undersøgelsesorganer, Betænkning nr. 1315, 1996 s. 209

<sup>15</sup> Betænkning om undersøgelsesorganer, Betænkning nr. 1315, 1996 s. 210

<sup>16</sup> Fx Folketingets Granskningsudvalgs advokatundersøgelse om undersøgelse af politiets brug af actioncards i minksagen

<sup>17</sup> Advokatsamfundets - herunder Advokatrådets vejledning om *best practice* i advokatundersøgelser, september 2022

<sup>18</sup> Afgørelsen er indbragt for retslig prøvelse.

## DATABESKYTTELSE OG ADVOKATUNDERSØGELSER

Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven omfatter også advokatundersøgelser, selvom der ikke foreligger en udtømmende vejledning specifikt herfor<sup>19</sup>.

Anvendelsen af de databeskyttelsesretlige regler i forbindelse med advokatundersøgelser har medført flere klager til Datatilsynet.

I februar 2022 udtalte Datatilsynet alvorlig kritik af TV2 og advokatfirmaet Norrbom Vinding som følge af, at advokatundersøgelsen ikke var tilrettelagt på en sådan måde, at den sikrede hjemmelsgrundlaget for både at indsamle og behandle Jes Dorph-Petersens følsomme personoplysninger – blandt andet om hans seksuelle relationer. Derudover var oplysningspligten om registreredes rettigheder ikke overholdt<sup>20</sup>.

Datatilsynet fandt også anledning til at udtale kritik af, at det Konservative Folkeparti og advokatfirmaet Plesner ikke i tilstrækkelig grad havde iagttaget oplysningspligten efter databeskyttelsesforordningens artikel 14 i forbindelse med advokatundersøgelsen om krænkelsekulturen i partiet<sup>21</sup>.

### ER ADVOKATUNDERSØGELSER UVILDIGE?

Det er ikke helt retvisende at kalde en advokatundersøgelse for uvildig allerede som følge af klientforholdet mellem opdragsgiveren og advokaten. Der er dog gode muligheder for at etablere undersøgelsen med så langstrakt en armslængde som muligt, hvilket Advokatsamfundets vejledning om advokatundersøgelser ramme-sætter. Således skal advokaten sikre, at det både i det af-talte kommissorie og i afrapporteringen fremgår, at den der er initiativtager til undersøgelsen, er advokatens klient. Advokaten må derudover kun påtage sig undersøgelsen, hvis advokaten ikke har et fast klientforhold til opdrags-giveren og ikke på tidspunktet for undersøgelsen har verserende sager for denne. Derudover må advokaten ikke efter udførelsen af undersøgelsen påtage sig sager fra opdragsgiveren, der udspringer af undersøgelsens kon-

klusioner, og endelig må advokaten ikke have egne interesser i undersøgelsens tema.

Hvis undersøgelsen omfatter interviews, skal den, som afgiver forklaring, have mulighed for at gennemgå relevant materiale, som indgår i advokatundersøgelsen. Efter interviewet skal advokaten udarbejde et skriftligt referat af interviewet, som den pågældende får lejlighed til at godkende eller komme med sine kommentarer til.

Hvis advokaten agter at komme med konklusioner i sin rapport, som kan være til ugunst for den pågældende, giver advokaten, inden den endelige afrapportering af advokatundersøgelsen, personen lejlighed til at udtale sig om de faktiske og eventuelt retlige forhold, som advokaten agter at lægge til grund vedrørende de berørte.

### KOMMISSORIET I ADVOKATUNDERSØGELSEN

Kommissoriet udgør rammen for hvilke forhold, der skal undersøges. Det er helt afgørende for en hensigtsmæssig udførelse af en advokatundersøgelse, at undersøgelsen afgrænses, og at formålet beskrives så præcist og fyldest-gørende som muligt. Det skal også fremgå af kommissori-et, om undersøgelsen er uvildig, og hvordan under-søgelsen modsvarer de krav, der fremgår af Advokatsam-fundets betingelser herfor.

Kommissoriet skal også beskrive advokatens tavshedspligt, der også følger af de advokatetiske regler og omfatter alle oplysninger, som advokaten har modtaget under sit virke for klienten.

### INTERVIEWS

Advokatundersøgelser kan gennemføres både med og uden interviews. Hvis advokatundersøgelsen omfatter in-terviews, skal deltagerne altid have mulighed for at for-berede sig på interviewet, så der også er tid til at vælge en bisidder, som også skal nå at kunne sætte sig ind i sagen. Hvis advokaten ønsker, at deltageren skal forholde sig til indberetninger eller referater fra interviews, bør deltageren have adgang til at sætte sig ind i dette materiale.

<sup>19</sup> Se Advokatsamfundets vejledning om Advokatundersøgelser, 2022, bilag 1

<sup>20</sup> Datatilsynets Journalnummer: 2021-31-4751

<sup>21</sup> Datatilsynets Journalnummer: 2021-31-5542

Deltageren skal have oplysning om rammerne og temaet for undersøgelsen, herunder hvilken rolle deltageren har, og om det er frivilligt at deltage. Advokaten skal også orientere om sin egen rolle i undersøgelsen, og at advokaten repræsenterer klienten, der er opdragsgiver til undersøgelsen. I den forbindelse bør advokaten udlevere kommissoriet for undersøgelsen eller relevante uddrag heraf. Deltageren skal også orienteres om de potentielle konsekvenser, som undersøgelsen kan få for deltageren. Hvis det kan have konsekvenser for deltageren at afslå interview, skal dette oplyses, ligesom deltageren også, hvor det er relevant, skal oplyses om, at en eventuel pligt til at medvirke i undersøgelsen er begrænset af forbuddet med selvinkriminering, jf. princippet i retssikkerhedslovens § 10.

Advokaten skal udarbejde et skriftligt referat af de centrale interviews, som har betydning for advokatundersøgelsens konklusioner, medmindre væsentlige hensyn taler imod. Den person, som er blevet interviewet, skal i givet fald have lejlighed til enten at godkende referatet eller komme med bemærkninger hertil.

## BISIDDERE

Hvis man deltager i en advokatundersøgelse, skal man have mulighed for at have en bisidder. Det bør fremgå af kommissoriet, om bestilleren af undersøgelsen afholder udgifterne til bisidderen enten helt eller delvist. Der er ingen krav til, hvem der kan være bisidder, men typisk vil det være en fagforeningsrepræsentant, advokat eller tillidsrepræsentant.

## ADVOKATUNDERSØGELSER PÅ SKRIFTLIGT GRUNDLAG

I advokatundersøgelser om embedsmænds eventuelle retlige ansvar, bør undersøgelsen alene basere sig på et allerede foreliggende skriftligt materiale i en sag<sup>22</sup>. I en sådan type undersøgelse vil vedkommendes minister tilvejebringe det foreliggende skriftlige materiale for advokaterne, der ikke har adgang til at tale med implicerede embedsmænd eller andre med kendskab til sagen<sup>23</sup>. Advokatens retlige beføjelser til at oplyse sagen er derfor begrænsede. Advokaten vil heller ikke kunne kræve, at offentlige myndigheder udleverer skriftligt materiale, der ikke er tilgængeligt efter reglerne om aktindsigt i offentlighedsloven. Myndigheden vil derimod, efter omstændighederne, godt kunne pålægge en embedsmand at udtale sig til advokaten.

En minister kan i øvrigt, uden særlig lovhjælp, anmode andre private personer end advokater om at undersøge og eventuelt vurdere forhold i den statslige forvaltning, herunder spørgsmålet om embedsmænds retlige ansvar som fx Erhvervsministeriets tidligere undersøgelse om påstået overbelåning af skibe, der blev foretaget af et revisionsfirma.

Eksempler på offentlige advokatundersøgelser kan nævnes sagerne om Roskilde Bank<sup>24</sup>, Zorniq<sup>25</sup>, Udbytteskat<sup>26</sup>, Britta Nielsen<sup>27</sup>, Fiskekvotesagen<sup>28</sup>, SSI om behandling af personoplysninger<sup>29</sup> og Forsvarets ejendomsstyrelse<sup>30</sup>.

<sup>22</sup> Betænkning nr. 1315/1996 om undersøgelsesorganer, der lå til grund for lov om undersøgelseskommissioner, side 215-217.

<sup>23</sup> Betænkning om undersøgelsesorganer, Betænkning nr. 1315, 1996 s. 211

<sup>24</sup> Den endelige konklusion blev, at der ikke blev rejst ansættelsesretlige sager, hvilket ministeren informerede Finansudvalget om.

<sup>25</sup> Tjenstlige sager mandede ud i en advarsel og to tjenstlige tilrettevisninger.

<sup>26</sup> Den endelige rapport konkluderede, at der var behov for supplerende oplysninger for at vurdere, om to chefer havde begået tjenesteforseelser, og at der ikke kunne gøres disciplinært eller ansættelsesretligt ansvar gældende over for andre embedsmænd. Dog konstatering af tjenesteforseelse begået af en enkelt nu fratrådt chef, hvorfor ansættelsesretligt ansvar ikke kunne gøres gældende.

<sup>27</sup> Der foreligger ikke et oplysningsgrundlag, der muliggør stillingtagen til tjenstligt ansvar.

<sup>28</sup> Indstilling om, at der indledes tjenstligt forhør mod to embedsmænd.

<sup>29</sup> Indstilling om anden disciplinær reaktion end afsked over for den anden navngivne person. Overfor øvrige medarbejdere: ikke indstilling om disciplinære reaktioner

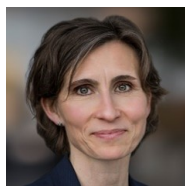
<sup>30</sup> Ikke ansættelsesretligt ansvar hos ledelsen i departementet.

## AFSLUTNING OG EVENTUEL OFFENTLIGGØRELSE AF UNDERSØGELSEN

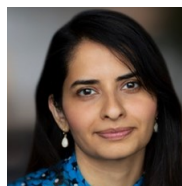
Der gælder ingen forpligtelse til at offentliggøre en advokatundersøgelse, uanset om det er en offentlig eller privat undersøgelse. Man kan vælge at offentliggøre hele rapporten eller dele heraf, og advokaten skal være opmærksom på sin orienteringspligt forud for offentliggørelsen. Hvis rapporten offentliggøres, og konklusionerne heri må antages at være til ugunst for nogle af deltagerne, skal de pågældende orienteres om konklusionerne inden offentliggørelsen.

Den berørte bør, af hensyn til sin retssikkerhed, have mulighed for at kunne udtale sig om de faktiske og retlige forhold, som advokaten agter at lægge til grund i sin afrapportering vedrørende den berørte. Kontradiktionsprincippet er med til at understøtte de væsentlige retssikkerhedsmæssige principper for gennemførelsen af advokatundersøgelsen.

# DEN NYE BARSELSLOV - GODE SPØRGSMÅL FRA PUBLIKUM



ANNE MARIE ABRAHAMSON  
PARTNER, ADVOKAT (H)  
LUNDGRENS ADVOKATPARTNERSELSKAB



UZMA KHAN  
ADVOKATFULDMÆGTIG  
LUNDGRENS ADVOKATPARTNERSELSKAB

Den nye barselslov trådte i kraft 1. juli 2022 med virkning for børn født den 2. august 2022 eller senere, og de første forældre er derfor gået på barsel efter det nye regelsæt. De nye regler om blandt andet øremærket orlov og ligedeling af barselsdagpengereetten har medført markante ændringer i den danske orlovsmode. Derfor har det været vigtigt for de fleste virksomheder, rådgivere og andre praktikere, der beskæftiger sig med reglerne om barsel, at få et grundigt kendskab til de nye regler. I advokatbranchen har vi haft travlt med både at sætte os ind i de nye regler, rådgive og undervise vores klienter heri. Vi har undervejs i denne proces modtaget et par gode spørgsmål fra publikum, som har givet anledning til nærmere refleksion og undersøgelser. Dem vil vi gennemgå i denne artikel.

Spørgsmålene angår følgende:

- 1) Kan man forskelsbehandle mor og far i forhold til betaling af løn under orlov?
- 2) Kan man få fuld refusion fra barselsfondene svarende til de nye orlovsperioder?
- 3) Skal vores virksomhed også have retningslinjer for LGBT+ familiers barselsvilkår?
- 4) Hvorfor er der ikke noget, der hedder en "medfar" i barselsloven?

- 5) Skal personalepolitikker indeholde lønvilkår for søskende og bedsteforældre, der har fået overdraget orlov fra soloforældre?
- 6) Opnår bedsteforældre beskyttelse mod opsigelse i henhold til barselsloven?
- 7) Hvordan kan det være, at mor først 6 uger efter fødslen skal varsle, om hun vil udnytte sin ret til fravær 10 uger efter fødslen. Giver det mening?

## 1) KAN MAN FORSKELSBEHANDLE MOR OG FAR I FORHOLD TIL BETALING AF LØN UNDER ORLOV?

Siden vedtagelsen af den nye barselslov har det været en problemstilling, hvordan de nye barselsregler spiller sammen med eksisterende barselsvilkår hos den enkelte virksomhed og i overenskomsterne.

Mange virksomheder har som følge af de nye regler været i gang med at tilrette både eksisterende beskrivelser af reglerne om ret til fravær og selve vilkårene for betaling af løn under orlovsperioderne i ansættelseskontrakter og medarbejderpolitikker. Det har i den forbindelse været en central problemstilling, hvordan arbejdsgivere har skullet tilpasse lønvilkårene under de nye barsels- og forældreorlovsperioder i lyset af den nye orlovsmode. I og med, at den nye barselslov indebærer en ligedeling af orlov med ydelser mellem mor og far/medmor, har det rejst spørgsmålet om, hvorvidt forskellige lønvilkår for hen-

holdsvis mor og far/medmor vil udgøre ulovlig forskelsbehandling.

En af problemstillingerne relaterer sig til, at mange virksomheder tilbyder kvindelige medarbejdere løn under barsel. Efter den nye barselslov kan mor under visse betingelser overdrage op til 8 uger af sin ret til fravær i de første 10 uger efter fødslen til far/medmor, som herefter vil skulle afholde overdraget orlov inden for de første 10 uger efter barnets fødsel<sup>1</sup>. Det har derfor været et spørgsmål, om det vil udgøre ulovlig forskelsbehandling ikke at tilbyde mandlige medarbejdere lønrettigheder i tilfælde, hvor mor har overdraget orlov.

Ligebehandlingsloven tillader positiv forskelsbehandling, hvis denne er begrundet i beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet og fødsel<sup>2</sup>. Adgangen til positiv forskelsbehandling har rødder i EU-retlig lovgivning. Det følger således af ligebehandlingsdirektivet (2006/54/EF af 5. juli 2006), at forbuddet mod forskelsbehandling gælder med forbehold for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særligt i forbindelse med graviditet og barsel<sup>3</sup>. Af præmis 24 i ligebehandlingsdirektivet er det anført, at domstolen konsekvent har anerkendt, *”at det er legitimt, for så vidt angår princippet om ligebehandling, at beskytte kvinder på grund af deres biologiske tilstand under graviditet og barsel såvel som via beskyttelsesforanstaltninger i forbindelse med barsel som et middel til at opnå reel ligestilling”*. Adgangen til positiv forskelsbehandling skal ses i sammenhæng med graviditetsdirektivet (92/85/EØF af 19. oktober 1992), som indeholder en særlig beskyttelse af kvindelige arbejdstagere i forbindelse med graviditet og fødsel. Ifølge graviditetsdirektivet nødvendiggør sårbarheden hos arbejdstagere, som er gravide, lige har født eller ammer, barselsorlov i mindst 14 sammenhængende uger fordelt før og/eller efter fødslen, samt at mindst 2 uger skal være fordelt før og/eller fødslen<sup>4</sup>.

Selvom moren under visse betingelser kan overdrage en del af retten til fravær i det første 10 uger efter fødslen til

faren/medmoren – og loven derfor ikke på samme måde kan siges at forudsætte en særlig beskyttelse af kvinden – kan de ekstra ugers orlov med løn formentlig stadig anses som retfærdiggjort i en beskyttelse af den fysiske og psykiske tilstand, som kvinden befinder sig i, i forbindelse med graviditet og fødsel. Spørgsmålet har for nylig været behandlet ved Ligebehandlingsnævnet, dog vedrørende de barselsregler omhandlende børn født før 2. august 2022. I sagen havde en mandlig medarbejder klaget over, at en kollektiv aftale tilbød mere løn under orlov til mødre. Ifølge aftalen havde mødre ret til 14 ugers betalt barselsorlov og 6 ugers betalt forældreorlov, mens fædre havde ret til 2 ugers betalt fædreorlov og 7 ugers betalt forældreorlov. Herudover havde forældrene 6 ugers betalt forældreorlov, som de kunne fordele mellem sig. Ligebehandlingsnævnet udtalte, at forskelsbehandlingen var lovlig med henvisning til, at de forskellige regler for, *”hvornår en mor og en far kan modtage løn under fravær efter ”Aftale om fravær af familiemæssige årsager” relaterer sig til spørgsmålet om beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab.”*<sup>5</sup> Selvom ligebehandlingsnævnets afgørelse omhandler de tidligere barselsregler, er afgørelsen stadig relevant, idet den belyser ligebehandlingslovens adgang til positivt at forskelsbehandle kvinder i forbindelse med graviditet og fødsel; et hensyn, der formentlig også vil kunne gøres gældende på trods af de nye barselsregler, der har til formål at ligestille moren og faren/medmoren med hensyn til orlovsrettigheder.

Herudover har det været et spørgsmål, om en virksomhed må konvertere morens overskydende 4 ugers barselsorlov med løn til morens orlov efter den 10. uge (*”forældreorlovsperioden”*), uden at give yderligere lønrettigheder til far/medmor. For at tilpasse eksisterende barselsvilkår i overenskomsterne har de store overenskomstområder netop valgt en løsningsmodel, hvor morens tidligere 14 ugers barselsorlov med løn justeres til 10 ugers barselsorlov og 4 ugers forældreorlov med løn<sup>6</sup>. Ifølge overgangsordningen om betaling ved barsel på DA/FH-området har moren således ret til 4 ugers betalt graviditetsorlov, 10 ugers be-

<sup>1</sup> jf. lov nr. 235 af 2. december 2021 om ret til orlov og dagpenge ved barsel, § 7 a, stk. 1.

<sup>2</sup> jf. lov nr. 645 af 6. august 2011 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv., § 1 stk. 8.

<sup>3</sup> jf. ligebehandlingsdirektivet (2006/54/EF af 5. juli 2006), artikel 28

<sup>4</sup> jf. graviditetsdirektivet (92/85/EØF af 19. oktober 1992, artikel 8 og præmis 24

<sup>5</sup> Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 10. maj 2022 (j.nr. 21-19108), s. 2

<sup>6</sup> Det følger af aftalerne om løn under barsel på DA/FH-området, det statslige område og det kommunale og regionale område.

talt barselsorlov samt 9 ugers betalt forældreorlov. Faren/medmoren har ret til 2 ugers forældreorlov og derefter 8 ugers betalt forældreorlov. Herudover har forældrene 3 ugers betalt forældreorlov, som de selv kan vælge, hvem der skal afholde. Overgangsordningen på overenskomst-områderne tillader altså en lønmæssig forskelsbehandling af mænd og kvinder både i relation til barselsorlov og forældreorlov på trods af den nye orlovsmødel udformning.

Som nævnt indeholder både dansk og EU-retlig lovgivning adgang til positivt at forskelsbehandle kvindelige medarbejdere i forbindelse med graviditet og fødsel. En EU-dom af 18. november 2020 (sag C-463/19) behandler et spørgsmål om positiv forskelsbehandling i en periode, der rækker ud over en lovbestemt barselsorlovsperiode. Heraf fremgår det, at ligebehandlingsdirektivet sammenholdt med graviditetsdirektivet kan fortolkes således, at positiv forskelsbehandling med hensyn til supplerende orlov til kvindelige medarbejdere i en kollektiv overenskomst kan være forenelig med EU-retten, hvis *"denne supplerende orlov tilsigter at beskytte de kvindelige arbejdstagere særligt i forbindelse med graviditet og moderskab"*<sup>7</sup>, hvilket det tilkom den nationale ret at efterprøve under hensyn til bl.a. *"betingelserne for tildeling af den nævnte orlov, reglerne for afholdelsen heraf og dens varighed samt den retsbeskyttelse, der er knyttet hertil."*<sup>8</sup> EU-dommen taler således i retning af, at en lønmæssig forskelsbehandling - også i relation til forældreorlovsperioden - kan være lovlig, hvis denne kan anses for begrundet i en beskyttelse af kvindens særlige tilstand i relation til graviditet og fødsel.

På den anden side kan det anføres, at de nye barselsregler klart lægger op til mere ligestillet adgang til barsels- og forældreorlov for begge forældre, samt at forældreorlovsperioden ikke på samme måde knytter sig særligt til beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet og fød-

sel. Dette synspunkt afspejles i Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 7. februar 2018<sup>9</sup>, hvor nævnet fandt, at lønmæssig forskelsbehandling under forældreorlovsperioden var i strid med ligelønsloven, idet forældreorlovsperioden *"ikke ved lov [er] forudsat en særlig beskyttelse af kvinden"*<sup>10</sup>. Det skal understreges, at afgørelsen er truffet på baggrund af barselsregler omhandlende børn født før 2. august 2022.

Selvom overenskomstmødel på nuværende tidspunkt tillader en ulige fordeling af lønrettigheder under orlov<sup>11</sup> er det stadig usikkert, i hvilket omfang, der lovligt kan forskelsbehandles efter de nye regler. Det må i sidste ende være en afgørelse for domstolene.

## 2) KAN MAN FÅ FULD REFUSION FRA BARSELSFONDENE SVARENDE TIL DE NYE ORLOVSPERIODER?

En arbejdsgiver, der udbetaler løn under orlov, vil have ret til samme beløb i refusion fra Udbetaling Danmark som lønmodtageren er berettiget til i barselsdagpenge efter de nye regler<sup>12</sup>. Refusion af barselsdagpenge flugter således med de nye barselsregler. Det er imidlertid fortsat ikke det generelle udgangspunkt for så vidt angår arbejdsgiveres refusionsmuligheder med hensyn til refusion af lønomkostninger fra de forskellige barselsfonde<sup>13</sup>. Barsel.dk har således tilkendegivet, at de nye regler om øremærket barsel *"ingen betydning [har] for, hvad du kan få i refusion fra Barsel.dk. Det har udelukkende betydning for, hvad du kan få i barselsdagpenge fra Udbetaling Danmark"*<sup>14</sup>. Det betyder, at selvom der med de nye barselsregler er indført 11 ugers øremærket orlov til faren/medmoren, er der ikke samme øremærkning i refusionssystemet, der fortsat bygger på de gamle regler om først til mølle-princippet, som relaterer sig til den tidsmæssige afholdelse af orlov, hvorefter moren som altovervejende udgangspunkt afholder orloven først, og dermed opbruger ugerne hos

<sup>7</sup> EU-domstolen dom af 18. november 2020 (sag C-463/19), pr. 74

<sup>8</sup> EU-domstolen dom af 18. november 2020 (sag C-463/19), pr. 74

<sup>9</sup> Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 7. februar 2018 (j.nr. 2017-6810-22191)

<sup>10</sup> Jf. Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 7. februar 2018 (j.nr. 2017-6810-22191)

<sup>11</sup> Det er endnu uvist, om der i forbindelse med overenskomstforhandlingerne i foråret 2023 vil ske en lønmæssig ligestilling mellem mor og far/medmor.

<sup>12</sup> jf. lov nr. 235 af 2. december 2021 om ret til orlov og dagpenge ved barsel, § 39, stk. 1.

<sup>13</sup> Se HR-JURA-magasinet, 17. nummer 2022, s. 79, hvor problemstillingen også blev berørt.

<sup>14</sup> jf. <https://virk.dk/vejledning/barsel-dk/bdk-privat-arbejdsgiver/#Refusionsperiode>

Barsel.dk. Man kan derved indirekte sige, at moren reelt har en længere refusionsperiode end faren/medmoren.

Har en virksomhed udvidet antallet af orlovsuger med løn i lyset af den nye lovgivning om øremærket orlov, vil virksomheden i en del af orlovsperioden alene have mulighed for at få refusion af barselsdagpenge fra Udbetaling Danmark, men ikke have udsigt til at få øvrige lønudgifter helt eller delvist dækket. Ekstra omkostninger for den enkelte virksomhed i forbindelse med afholdelse af orlov vil gøre det mindre attraktivt for virksomheder at forbedre barselsvilkår, herunder farens/medmorens lønrettigheder under orlov. Selvom barselloven ikke regulerer lønvilkår i forbindelse med orlov, men alene retten til barselsdagpenge, synes det at stemme dårligt overens med den nye barsellovs formål, der netop har indført en ny orlovsmodel med henblik på at understøtte mere ligestilling mellem kvinder og mænd på arbejdsmarkedet.

### 3) SKAL VORES VIRKSOMHED OGSÅ HAVE RETNINGSLINJER FOR LGBT+ FAMILIERS BARSELSVILKÅR?

Den 23. december 2023 med virkning for børn født 1. januar 2024 eller senere vil nye regler om overdragelse af orlov til sociale forældre træde i kraft. Forarbejderne til loven anfører, at LGBT+ familier er familier med børn, hvor forældrene danner par med en af samme køn, og hvor der kan være flere, der har eller er tiltænkt en forældre-lignende relation til barnet<sup>15</sup>. Fra 1. januar 2024 bliver det muligt for en retlig forælder at overdrage overdragelige orlovsuger med barselsdagpengetil en social forælder på samme måde, som forældre kan overdrage orlovsuger hinanden imellem. Den nye orlovsmodel for LGBT+ familier giver mulighed for, at overdragelige orlovsuger kan fordeles mellem op til fire forældre.

Fra lovgivers side har man valgt at afgrænse den personkreds, der omfattes af begrebet "*sociale forældre*" af hensyn til arbejdsgiver samt for at sikre, at Udbetaling Danmark på baggrund af objektive kriterier kan afgøre, om betingelserne for at være omfattet af personkredsen er

opfyldt<sup>16</sup>. Ifølge loven skal der være tale om en person, der er tiltænkt en forældrelignende relation til barnet, som er 1) en forælders ægtefælle eller samlever, 2) en kendt donor, eller 3) en kendt donors ægtefælle eller samlever<sup>17</sup>. Afholdelse af overdraget orlov med barselsdagpenge forudsætter desuden, at barsellovens almindelige betingelser er opfyldt, dvs. at den sociale forælder opfylder samme betingelser om beskæftigelse samt overholder de almindelige varslingsfrister over for en arbejdsgiver.

De nye regler aktualiserer spørgsmål om, hvordan denne nye medarbejdergruppes barselsvilkår skal håndteres i praksis. Det vil bl.a. være et spørgsmål, i hvilket omfang overenskomster vil komme til at regulere medarbejdergruppes barselsvilkår. Også ikke-overenskomstdækkede virksomheder vil i den kommende tid skulle tage stilling til, om ansættelseskontrakter og medarbejderpolitikker skal opdateres med henblik på at regulere LGBT+ familiers barselsvilkår, herunder eventuelle lønrettigheder under orlov. I denne forbindelse vil man skulle være opmærksom på forskelsbehandlingsloven, som indeholder forbud mod forskelsbehandling inden for arbejdsmarkedet, herunder med hensyn til løn- og arbejdsvilkår bl.a. på grund af køn, seksuel orientering, kønsidentitet, kønsudtryk og køns-karakteristika. Også anden lovgivning inden for arbejdsmarkedet som beskytter mod lønmæssig forskelsbehandling kan i denne sammenhæng have relevans. De nye regler giver anledning til at rejse spørgsmålet, hvorvidt der vil kunne være tale om potentiel diskrimination mod LGBT+ personer, hvis deres ansættelsesvilkår under afholdelse af overdragne orlovsuger ikke er de samme som retlige forældre på den samme arbejdsplads.

### 4) HVORFOR ER DER IKKE NOGET, DER HEDDER EN "MEDFAR" I BARSELSLOVEN?

Barselloven giver alene en mor, en far og en medmor ret til fravær i forbindelse med graviditet og fødsel, og adoptanter ret til fravær i forbindelse med adoption. En medfar er således ikke omfattet af barsellovens personkreds med ret til fravær og barselsdagpenge efter loven. I dagligdags tale er en medfar en mand, der i praksis, men ikke i bio-

<sup>15</sup> jf. L 104 2021-22, Lovforslag som fremsat, generelle bemærkninger, pkt. 3.3.2. (s. 12)

<sup>16</sup> , jf. L 104 2021-22, Lovforslag som fremsat, generelle bemærkninger, pkt. 3.3.2. (s. 12)

<sup>17</sup> Jf. lov nr. 235 af 2. december 2021 om ret til orlov og dagpenge ved barsel, § 23 a, stk. 3

logisk henseende, er forælder til et barn, typisk i et homoseksuelt parforhold eller en regnbuefamilie<sup>18</sup>.

Efter barselsloven vil alene den mand, som er biologisk far til barnet, have ret til fædre- og forældreorlov, og loven tildeler derfor ingen rettigheder til den mand, der er mandlig partner/ægtefælle til den biologiske far.

Barselslovens regler tager afsæt i børnelovens regler om forældreskab, som danner den retlige ramme for forældreskab for henholdsvis mor, far og medmor. Efter loven anses den kvinde, der har født et barn, som mor til barnet, mens morens mandlige ægtefælle eller partner anses som far til barnet. Har kvinden, der føder barnet, en kvindelig ægtefælle eller partner, vil vedkommende kunne blive den retlige forælder til barnet - medmor. Et mandligt par har ikke denne mulighed, og derfor findes begrebet "medfar" eller "mandlig samkønsforælder" ikke som juridisk begreb. En biologisk fars mandlige ægtefælle eller partner har i stedet mulighed for at gennemføre en stedbarns adoption og på den måde sikre det retlige forældreskab til barnet.

I januar 2022 blev borgerforslaget om at anerkende medfaderskab i regnbuefamilier stillet og opnåede 50.000 støtter, hvorefter det blev fremsat som beslutningsforslag i Folketinget. Et bredt flertal i Folketinget har den 8. juni 2022 vedtaget beslutningsforslaget om at ligestille familier med to fædre med både heteroseksuelle familier og forældreskab bestående af to kvinder. Beslutningsforslaget skal ses som en hensigtserklæring om, at regeringen er politisk forpligtet til at udmønte beslutningen.

Mere konkret fulgte det af lovprogrammet for folketingsåret 2022/2023, at Social- og ældreministeren i januar 2023 vil fremsætte forslag om at ændre børneloven og andre love med det formål at indføre forældreskab ved altruistiske surrogataftaler (dvs. en svangerskabsdonation uden økonomisk kompensation), og i den forbindelse indføre "medfaderskab" som retligt forældreskab. I den forbindelse fremgik det ligeledes af lovprogrammet, at beskæftigelsesministeren i februar 2023 ville følge op på de forslåede ændringer af børneloven og fremsætte lovforslag om ændring af barselsloven med henblik på at

tildele ret til orlov og barselsdagpenge m.v. for retlige forældre/medfædre på baggrund af altruistiske surrogataftaler indgået efter den 1. juli 2023 - på linje med andre forældre.

Det afventes på nuværende tidspunkt, hvorvidt de påtænkte lovforslag bliver til noget eller ej.

## 5) SKAL PERSONALPOLITIKKER INDEHOLDE LØNVILKÅR FOR SØSKENDE OG BEDSTEFORÆLDRE, DER HAR FÅET OVERDRAGET ORLOV FRA SOLOFORÆLDRE?

Den nye barselslov indeholder desuden regler, der med virkning for børn født 1. januar 2024 eller senere skal forbedre barselsvilkår for soloforældre. Reglerne indebærer, at i en situation, hvor et barn kun har én forælder, vil forælderen have mulighed for at overdrage ikke-øremærket orlov med tilhørende barselsdagpengeret til et nærtstående familiemedlem, sådan at forælderen kan blive aflastet i den første tid med barnet. Ligesom for sociale forældre er afholdelse af overdraget orlov med barselsdagpengeret betinget af, at det nærtstående familiemedlem opfylder de almindelige betingelser om beskæftigelseskrav og iagttagelse af varslingsfrister for afholdelse af orlov i forhold til arbejdsgiveren. Særligt med varslingsreglerne tages der særligt hensyn til arbejdsgiveren ved, at det sikres, at en arbejdsgiver til en lønmodtager, der er nærtstående familiemedlem, og som ikke nødvendigvis kan forventes at vide eller kunne forudse, at medarbejderen skal holde orlov efter barselsloven, får den fornødne tid til at planlægge arbejdet under hensyntagen til lønmodtagerens orlovsperiode.

Det følger af loven, at et nærtstående familiemedlem kan være forældrens egne forældre, voksne søskende, eller (når der er tale om, at den ene forælder er død) den afdøde forælders forældre eller voksne søskende<sup>19</sup>. Er der tale om lønmodtagere, vil en mor kunne overdrage op til 36 ugers fraværs- og barselsdagpengeret, og en far vil kunne overdrage op til 44 ugers fraværs- og barselsdagpengeret.

<sup>18</sup> Den Danske Ordbog

<sup>19</sup> jf. lov nr. 235 af 2. december 2021 om ret til orlov og dagpenge ved barsel, § 23 c, stk. 2

Ligesom efter reglerne om LGBT+ familiers overdragelsesmuligheder vil en helt ny medarbejdergruppe få mulighed for at få overdraget orlov i et ganske betydeligt omfang. I lighed med reglerne om sociale forældre rejser disse regler spørgsmål om, hvordan vilkårene under orlovsperioderne, herunder eventuelle lønrettigheder, skal håndteres i forhold til søskende og bedsteforældre af både overenskomstparter og af de enkelte arbejdsgivere.

Spørgsmålet er, om de gode intentioner med de forbedrede orlovsmuligheder for soloforældre til at kunne overdrage orlov til søskende og bedsteforældre, ikke kommer til at have en afsmittende effekt på vilkårene under orloven for søskende og bedsteforældre. Selvom det kan siges, at retten til orlov med barselsdagpenge ikke er lig med retten til løn fra arbejdsgiver, så bliver spørgsmålet for barselslovens nye personkreds nok alligevel aktualiseret, når vi nærmer os den 1. januar 2024.

Det er dog vigtigt at slå fast, at arbejdsgivere ikke er forpligtet til at yde løn til ansatte, som er nærtstående familiemedlemmer til soloforældre. Spørgsmålet om diskrimination i forhold til denne gruppe vurderes ikke at være relevant.

#### 6) OPNÅR BEDSTEFORÆLDRE BESKYTTELSE MOD OPSIGELSE I HENHOLD TIL BARSLSLOVEN?

Det følger af barselslovens § 54, stk. 2, at lønmodtagere, der udnytter deres ret til fravær efter kapitel 4, er omfattet af beskyttelsesbestemmelserne i lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v.

I kapitel 4 i loven fastlægges bl.a., i hvilke perioder, der er ret til fravær i forbindelse med graviditet, fødsel og adoption, samt hvorledes dette fravær skal varsles over for en arbejdsgiver.

Henvisningen til ligebehandlingslovens beskyttelsesregler for lønmodtagere, der udnytter deres ret til fravær under barslen, blev indsat i barselsloven i 2006, hvor man sammenskrev reglerne om barselsdagpenge i lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel og reglerne i ligebehandlingsloven om ret til fravær i forbindelse med barsel i én ny samlet lov om barsel.

Henvisningen var oprindeligt ikke med i det fremsatte lovforslag, dog alene nævnt i forarbejderne, da det blev vurderet lovteknisk uhensigtsmæssigt, bl.a. fordi en henvisning til forbuddet mod afskedigelse i ligebehandlingslovens § 9 ville komme til at fylde omtrent lige så meget som selve bestemmelsen. Da der var et stort ønske herom, indsatte man henvisningen til lovens beskyttelsesregler i selve lovteksten.

De ansættelsesretlige virkninger, der er knyttet til disse regler, herunder konsekvensen af, at en lønmodtager afskediges, fordi denne udnytter sin fraværsret efter barselsloven, reguleres fortsat i ligebehandlingsloven.

Lovændringen, som gør det muligt for soloforældre at overdrage en del af den overdragelige orlov til et nærtstående familiemedlem, er placeret i barselslovens kapitel 5 under overskriften ret til barselsdagpenge og ret til overdragelse af orlov m.v. I det henvisningen til beskyttelsesbestemmelserne i lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse relaterer sig til fraværsretten efter kapitel 4, så må det udledes heraf, at bedsteforældre, som afholder orlov efter barselsloven, ikke nyder den samme beskyttelse mod afskedigelse m.v. som mor og far/medmor.

#### 7) HVORDAN KAN DET VÆRE, AT MOR FØRST 6 UGER EFTER FØDSLEN SKAL VARSLE, OM HUN VIL UDNYTTE SIN RET TIL FRAVÆR 10 UGER EFTER FØDSLEN. GIVER DET MENING?

Barselsloven indeholder ikke en bestemmelse, der eksplicit forholder sig til kvindelige lønmodtageres underretningsfrist for afholdelse af de første 10 ugers fravær efter fødslen. Det følger alene af barselslovens § 15, stk. 2, at en kvindelig lønmodtager, der udnytter sin ret til 10 ugers fravær efter fødslen, inden 6 uger efter fødslen skal underrette arbejdsgiveren om, hvornår hun vil genoptage arbejdet.

Bestemmelsen udgør en fortsættelse af den hidtil gældende retstilstand, hvor underretningsfristen dog var 8 uger efter fødslen. Den kortere varslingsfrist er en konsekvens af, at morens ret til "barselorlov" er nedsat fra 14 til 10 uger, samt at den nye lov giver mor mulighed for at overdrage op til 8 uger af sin ret til fravær efter fødslen til

barnets far/medmor<sup>20</sup>. Selvom § 15, stk. 2 har afsætt i mors udnyttelse af retten til fravær i de første 10 uger efter fødslen kan underrettningsfristen i § 15, stk. 2 mest af alt siges at tage sigte på varsling af fravær efter den 10. uge (tidligere forældreorlovsperioden). Bestemmelsen illustrerer en hensynsafvejning mellem på den ene side forældrenes behov for at planlægge orloven efter de første 10 uger efter fødslen, og på den anden side arbejdsgiverens behov for et rimeligt varsel om, hvordan den konkrete medarbejder ønsker at udnytte mulighederne for orlov efter den 10. uge efter fødslen<sup>21</sup>.

Den manglende varslingsfrist for afholdelse af fravær i den første periode efter fødslen skal forstås i lyset af de øvrige underrettningsbestemmelser. Af barselslovens § 15, stk. 1 og 2, følger det, at en kvindelig lønmodtager skal underrette arbejdsgiveren om forventet fødselstidspunkt med 3 måneders varsel, samt at hel eller delvis overdragelse af "barselorlov" skal varsles senest 4 uger før forventet fødsel, hvorefter moren samtidig skal underrette arbejdsgiveren om, hvorvidt hun ønsker at afholde resterende orlov i stedet. Disse bestemmelser skal give arbejdsgiveren et passende varsel om en kvindelig lønmodtagers fravær op til fødslen, og om arbejdsgiveren skal forvente, at kvinden vender tidligt tilbage til arbejdspladsen<sup>22</sup>. Med andre ord bygger varslingsbestemmelserne på en forudsætning om, at mor udnytter sin ret til fravær i de første 10 uger efter fødslen, medmindre hun oplyser andet. Herudover følger det af barselslovens § 7, stk. 1, at fravær i de første 2 uger efter fødslen er pligtmæssige, hvilket reelt overflødiggør varsling heraf.

Ønsker en arbejdsgiver et mere fuldstændigt overblik over en kvindelig medarbejders fravær i forbindelse med graviditets-, barsels- og forældreorlov, end barselsloven lægger op til, vil det derfor være en god idé, at arbejdsgiveren udarbejder en barselsblanket eller lignende planlægningsredskab, hvor mor og far/medmor kan/skal notere (forventet) fravær.

## 8) OPSUMMERING

Denne artikel har søgt at belyse og besvare nogle af de spørgsmål, som er opstået i kølvandet på ikrafttrædelsen af de nye barselsregler. I det følgende oplyses artiklens konklusioner.

Artiklen har behandlet spørgsmålet om, hvorvidt man som arbejdsgiver lovligt kan forskelsbehandle mor og far i forhold til betaling af løn under orlov. Det kan konkluderes, at der er usikkerhed om, hvordan spørgsmålet vil blive behandlet i praksis. Det skal dog fremhæves, at EU-retlig lovgivning, der er udmøntet i ligebehandlingsloven, tillader positiv forskelsbehandling, hvis denne er begrundet i beskyttelsen af kvinder i forbindelse med graviditet og fødsel. Under alle omstændigheder har de store overenskomstområder på nuværende tidspunkt valgt en løsningsmodel, som tillader lønmæssig forskelsbehandling både i relation til barselorlovsperioden og forældreorlovsperioden, uanset de nye barselsreglers udformning og sigte på lighedeling af orlovsrettigheder.

Herudover har artiklen undersøgt spørgsmålet om, hvorvidt en virksomhed har ret til fuld refusion fra barselsfondene svarende til de nye orlovsperioder. Det kan konkluderes, at dette ikke vil være tilfældet, idet refusionsmulighederne med hensyn til lønomkostninger fra de forskellige barselsfonde fortsat bygger på gamle regler om først til mølle-princippet. Moren afholder som altovervejende hovedregel orlov først og opbruger derved ugerne med adgang til refusion fra barsel.dk, hvorefter moren indirekte får en længere refusionsperiode end faren/medmoren på trods af de nye regler om lighedeling af barselsrettigheder.

Dernæst er der set på, om virksomheder også skal have retningslinjer for LGBT+ familiers barselsvilkår, henset til, at disse får tildelt rettigheder efter barselsloven. Sammenfattende vil de nye regler aktualisere, at virksomheder og overenskomstparterne tager stilling til denne nye medarbejdergruppes barselsvilkår. De nye regler giver også anledning til at rejse spørgsmålet, hvorvidt der kan være tale om diskrimination mod LGBT+ personer, hvis deres lønvilkår under afholdelse af orlov efter barselsloven ikke

<sup>20</sup> jf. L 104 2021-22, Lovforslag som fremsat, generelle bemærkninger, pkt. 3.6.2. (s. 16)

<sup>21</sup> jf. L 104 2021-22, Lovforslag som fremsat, generelle bemærkninger, pkt. 3.6.2 (s. 16)

<sup>22</sup> jf. L 104 2021-22, Lovforslag som fremsat, generelle bemærkninger, pkt. 3.6.2. (s. 15)

er de samme som retlige forældre på den samme arbejdsplads.

Vi har undersøgt, hvorfor der ikke er noget, der hedder "medfar" i barselsloven. Årsagen hertil er, at "medfaderskab" - i hvert fald på nuværende tidspunkt - ikke udgør retligt forældreskab i henhold til dansk ret.

Artiklen har herefter behandlet spørgsmålet om, hvorvidt virksomheder skal have personalepolitikker for søskende og bedsteforældre, der har fået overdraget orlov fra solo-forældre. I tråd med de kommende regler om LGBT+ familiers overdragelsesmuligheder vil den nye medarbejdergruppes muligheder for orlov medføre, at det bliver aktuelt, at virksomheder og overenskomstparter skal tage stilling til medarbejdersgruppens barselsvilkår. Igen er det dog vigtigt at pointere, at der ikke vil være en forpligtelse til at yde løn til ansatte, der som nærtstående til soloforældre får overdraget orlov. I forlængelse heraf blev det vurderet, om bedsteforældre opnår opsigelsesbeskyttelse i henhold til barselsloven, hvortil konklusionen er, at barselsloven ikke indeholder en sådan beskyttelse.

Afslutningsvist behandles spørgsmålet om, hvorfor moren først 6 uger efter fødslen skal varsle, om hun vil udnytte sin ret til fravær 10 uger efter fødslen. Det konkluderes, at varslingsreglen skal forstås i lyset af de øvrige varslingsregler, som bygger på en forudsætning om, at moren udnytter de første 10 ugers orlov efter fødslen, medmindre hun oplyser andet.

# INDMELDelse I EN ARBEJDSGIVERFORENING MED BESTÅENDE SÆROVERENSKOMST



TORBEN VISTISEN  
CHEFKONSULENT, ADVOKAT (H)  
DANSK INDUSTRI

Arbejdsrettens praksis har rejst en vis tvivl om, under hvilke betingelser en virksomhed bliver frigjort fra en bestående særoverenskomst, når den indmelder sig i en arbejdsgiverforening. Artiklen forsøger, blandt andet ved en historisk gennemgang af retspraksis og litteraturen, at præcisere retsstillingen.

## 1. INDLEDNING

Nogle af de mest opsigtsvækkende domme, som Arbejdsretten har afsagt i de seneste år, har været Unilever-, Arriva- og Fjernvarme Fyn - dommene, der fortolker DA/FH Hovedaftalens § 7, stk. 2. Bestemmelsen kom ind i Hovedaftalen i 1960 og har følgende ordlyd:

*“Selv om en overenskomst er opsagt eller udløbet, er parterne dog forpligtet til at overholde dens bestemmelser, indtil anden overenskomst træder i stedet, eller arbejdsstandsning er iværksat i overensstemmelse med reglerne i § 2.”*

En arbejdsgiver, der er part i en overenskomst – hvad enten det er en særoverenskomst eller en tiltrædelsesoverenskomst – kan således ikke blive frigjort fra overenskomstforholdet alene ved at opsiges overenskomsten i henhold til dens egne opsigelsesregler. Når arbejdsgiveren er undergivet hovedaftaleforpligtelsen, kræver frigørelse fra et hidtidigt overenskomstgrundlag herudover, at “anden overenskomst træder i stedet, eller arbejdsstandsning er iværksat”. Overenskomsten fortsætter således med at gælde, selv om den er opsagt eller udløbet. Denne eftervirkning af en opsagt/udløbet overenskomst har til formål

at sikre, at kollektivt aftalte løn- og arbejdsvilkår ikke uden videre kan bringes til ophør af en af overenskomstens parter.

Der har i flere sager været tvist om, hvordan udtrykket “anden overenskomst træder i stedet” skal forstås, herunder om bestemmelsen kræver, at den nye overenskomst, for at kunne træde i stedet for den opsagte, skal være indgået med samme overenskomstpart som den opsagte overenskomst.

Det klare udgangspunkt efter Arbejdsrettens praksis er, at der med den nye overenskomst skal være etableret et overenskomstforhold, der omfatter parterne i den opsagte overenskomst, og for at kunne træde i stedet skal den nye overenskomst i det væsentlige have samme faglige gyldighedsområde som den opsagte, jf. herved f.eks. Arbejdsrettens dom af 20. april 1967 i sag 6138 (AT 1967/49 – Apotekerforeningen) og Arbejdsrettens dom af 29. juni 1992 i sag 92.021 (AT 1992/139 – Københavns Lufthavne). En arbejdsgiver kan således normalt kun frigøre sig ved simpel opsigelse fra en hidtidig overenskomstforpligtelse – hvad enten det er en særoverenskomst, tiltrædelsesoverenskomst eller organisationsover-

enskomst - hvis der træder en ny overenskomst i stedet, og den nye overenskomst, som den pågældende arbejdsgiver bliver omfattet af, indgås med eller er indgået med samme fagforbund, som var part i den opsagte overenskomst. Herudover skal den nye overenskomst have i det væsentlige samme faglige gyldighedsområde som den opsagte. Er der ikke partsidentitet, kræver ensidig frigørelse - i hvert fald som udgangspunkt - at der i tillæg til opsigelsen iværksættes arbejdsstandsning.

Arbejdsrettens dom af 15. november 2007 i sag 2007.0767 (AT 2007/125 - Unilever) fraveg det anførte udgangspunkt om partsidentitet, hvorefter det fagforbund, der var part i den opsagte overenskomst, også skal være part i den nye overenskomst.

Arbejdsrettens dom af af 31. marts 2010 i sag 2009.0255 (AT 2010/48 - Arriva) skabte imidlertid tvivl om Unileverdommens præjudikatværdi. Tvivlen blev aflivet ved Arbejdsrettens dom af 7. december 2018 i sag 2017.0433 (Fjernvarme Fyn), der knæsatte Unileverdommens fortolkning. Der kan derfor være grund til en nærmere vurdering af dommenes præmisser, hvilket er artiklens formål. Samtidig perspektiveres emnet ved en inddrage praksis og litteratur forud for Hovedaftalen af 1960.

Artiklen vedrører alene virksomheder, der ved indmeldelsen har en overenskomst (herefter særoverenskomsten) med et andet forbund end det, der - alene eller qua medlem af et forbundskartel - er part i arbejdsgiverforeningens relevante organisationsoverenskomst.

Afsnit 2 behandler retspraksis forud for Hovedaftalens § 7, stk. 2.

Afsnit 3 behandler retspraksis fra tiden mellem 1960 og Unileverdommen.

Afsnit 4 behandler ovennævnte tre domme, der under ét - tillige med FV af 16. oktober 2006 - betegnes "Unileverkvartetten."

Afsnit 5 behandler spørgsmålet om, hvorvidt der måtte gælde andre regler ved skifte af arbejdsgiverforening end ved en uorganiseret virksomheds indmeldelse.

Afsnit 6 behandler den yderligere betingelse, der er opstillet i retspraksis, for at "en anden overenskomst træder i stedet", nemlig at organisationsoverenskomsten har "i det væsentlige samme faglige gyldighedsområde" som særoverenskomsten.

Afsnit 7 indeholder en sammenfatning.

## 2. RETSPRAKSIS FORUD FOR HOVEDAFTALENS § 7, STK. 2

Om retstilstanden forud for Hovedaftalens § 7, stk. 2 hedder det hos Illum: Den kollektive Arbejdsret, 2. udgave, 1951, side 261 f:

*"Naar en faglig Overenskomst er udløbet, vil Parterne ikke altid være frit stillede med Hensyn til Arbejdsforholdet. F. Eks. vil en Arbejdsgiver, som er bundet af Septemberforliget, ikke uden videre kunne stille Krav til sine Arbejdere om en Lønreduktion ved Overenskomstens Udløbstid. Et saadant Skridt fra Arbejdsgiverens Side vil nemlig være enslydende med en Lockout; en sådan kan imidlertid ikke iværksættes uden Overholdelse af Varselsbestemmelserne i Septemberforliget. Inden for Septemberforligets Omraade vil omvendt Arbejderne ikke uden videre kunne rejse Krav om Lønforhøjelser ved Overenskomstens Udløbstid, men hertil kræves ogsaa Overholdelse af Septemberforligets Forskrifter om Varsling af Strejke. Indtil Arbejdsstandsning iværksættes paa lovlige Maade, er der da ingen anden Udvej end Arbejdets Fortsættelse paa de hidtidige Vilkaar, og Stillingen er derfor i de fleste Retninger den, at Ophøret af Overenskomsten først kan iværksættes i forbindelse med Arbejdsstandsning. Da Parterne derigennem indirekte vedbliver at være bundet til Overenskomstens Overholdelse, betegnes det Strejkevarsel, som tilsigter at gøre Ende herpaa, som Frigørelsesvarsel." (Mine kursiveringer).*

I samme værk hedder det side 262 f ved note 29:

*"I visse Tilfælde er Frigørelsesvarsler ufornødne for at blive løst fra de af den opsagte Overenskomst flydende Forpligtelser, nemlig overalt, hvor der i andre Overenskomstbestemmelser findes Regler, som træder i Stedet for den opsagte Overenskomsts Bestemmelser. Hvis derfor en Arbejdsgiver, der nylig har ind-*

*meldt sig i en Arbejdsgiverorganisation, derefter opsiges den for hans Virksomhed fra tidligere Tid gældende Særoverenskomst, og Fagets almindelige Overenskomst træder i dens Sted, kræves der intet Frigørelsesvarsel til Gennemførelse af denne Overenskomst i Særoverenskomstens Sted.” (Min kursivering).*

Note 29 henviser bl.a. til Den faste Voldgiftsrets kendelse af 29. juni 1927 i sag 1084 (AT 1927/100)<sup>1</sup> om en arbejdsgivers opsigelse af en særoverenskomst med underforeninger af Dansk Arbejdsmandsforbund. Det hedder i en sammenfattende marginnote, der da var standard i kendelserne:

*”Efter Udløbstiden for en lovligt opsagt Særoverenskomst kan det ikke kræves, at et nyoptaget Medlem i en Organisation skal frigøre sig gennem Varsel om Arbejdsstandsning, men Firmaet kan uden videre paaberaabe sig Organisationens Overenskomster som gældende for sig.” (Min kursivering).*

Næste led i udviklingen er Den faste Voldgiftsrets kendelse af 3. juni 1939 i sag 2648 (AT 1939/129),<sup>2</sup> der fastslog, at den indmeldte virksomhed har pligt til at opsiges særoverenskomsten. Et petroleumsselskabs agenturer i en række provinsbyer, som alle havde overenskomst med de lokale fagforeninger, opsagde overenskomsterne på lovlig måde og meldte sig ind i de lokale arbejdsgiverforeninger. De lokale fagforeninger erklærede at ville standse arbejdet, hvis agenturerne efter særoverenskomsternes udløb gik over til at aflønne efter organisationsoverenskomsterne, idet de gjorde gældende, at agenturerne ved at indmelde sig i arbejdsgiverforeningerne var blevet bundet af de dengang gældende forhandlingsregler allerede ved indmeldelsen, hvorfor opsigelserne var ulovlige, fordi der ikke var fremsendt ændringsforslag, og fordi de i forhandlingsreglerne påbudte forhandlinger ikke var blevet ført. I præmisserne hedder det bl. a.:

*”Ved at indmelde sig i Arbejdsgiverforeningen er Agenturerne indgaaet paa, saa snart dette er muligt, hvilket først vil sige fra Særoverenskomsternes Udløb, at*

*følge Reglerne i Organisationernes Overenskomster, derunder også de omtalte Forhandlingsregler.” (Min kursivering).*

Endelig hedder det i marginnoten:

*”Indmeldelse i en Organisation under Arbejdsgiverforeningen medfører automatisk, at en Virksomhed fra Særoverenskomstens Udløb umiddelbart omfattes af Organisationens generelle Overenskomst, hvorfor der for en Virksomhed, som netop indmelder sig med det Formaal at komme bort fra Særoverenskomsten og ind under Hovedoverenskomsten, overhovedet ikke er noget at forhandle om.”*

Ovenstående retspraksis vedrører alene tilfælde, hvor der på arbejdstagersiden er identitet på forbundsniveau. Denne praksis er imidlertid medtaget, da grundstrukturen deri går igen i senere praksis, nemlig at den nyindmeldte arbejdsgiver har pligt til at opsiges særoverenskomsten, og at organisationsoverenskomsten først træder i kraft ved udløbet af særoverenskomstens opsigelsesfrist.

### 3. HOVEDAFTALENS § 7, STK. 2, OG RETSPRAKSIS INDTIL UNILEVER-DOMMEN

Det hed i de ledsagende bemærkninger til Hovedaftalens § 7, stk. 2 (citeret efter Rise: Arbejdsmarkedets nye grundlov, 1962, side 37):

*”Stk. 2 er i forhold til Septemberforliget helt nyt, men den foreslåede bestemmelse sigter kun til at indsætte den regel, som allerede er knæsat i retspraksis med hensyn til frigørelsesvarsler. Det er fundet rigtigt, at denne vigtige regel direkte skal kunne læses ud af Hovedaftalen.” (Min kursivering).*

Om bestemmelsens tilblivelse hedder det hos Rise: Arbejdsmarkedets nye grundlov, 1962 side 39:

*”Bestemmelsen i stk. 2 om frigørelsesvarsel er igen et af de tilfælde, hvor man har fundet det rigtigt i Hovedaftalen at anføre en vigtig retsregel, som hidtil kun har*

<sup>1</sup> Helt på linje hermed er Den faste Voldgiftsrets kendelser af henholdsvis 10. oktober 1928 i sag 1206 (AT 1928/164) og 12. juni 1929 i sag 1261 (AT 1929/126).

<sup>2</sup> Helt på linje hermed er Den faste Voldgiftsrets kendelse af 11. november 1947 i sag 3987 (AT 1947/206).

fundet udtryk i retspraksis og i den arbejdsretlige litteratur.

C. Ove Christensen<sup>3</sup> har formentlig ret, når han giver udtryk for, at formuleringen af § 7, stk. 2, ikke er ganske adækvat, men da det af bemærkningerne ganske klart fremgår, at bestemmelsen kun tager sigte på "at indsætte den regel, som allerede er knæsat i retspraksis med hensyn til frigørelsesvarsler", *kan man ikke være enig med byretsdommeren i, at bestemmelsen indeholder en ændring i forhold til den tidligere praksis.* At dette ikke er tilfældet, følger også af generalklausulen om, at nye formuleringer ikke skal ændre hidtil gældende retstilstand undtagen i de tilfælde, hvor det har været parternes udtrykkelige hensigt. De ovenfor citerede ord i bemærkningerne viser med al tydelighed, at det ikke har været hensigten at ændre retspraksis, og ordene i § 7, stk. 2, må derfor fortolkes i overensstemmelse med denne tilkendegivelse. På baggrund af C. Ove Christensens betragtninger må man imidlertid nok erkende, at formuleringen af § 7, stk. 2, ikke er helt vellykket. Det skal i øvrigt i denne forbindelse særligt fremhæves, at *det af C. Ove Christensens udtalelser kunne synes at fremgå, at han mener, at den ny formulering i Hovedaftalen gør det nødvendigt, at der kræves frigørelsesvarsel, når en overenskomstpart, der har været bundet af en sær-overenskomst, nu bliver underkastet en organisationsoverenskomst. Hvis C. Ove Christensens udtalelser skal forstås således, må der tages afstand herfra. Det er nemlig en almindelig arbejdsretlig regel, at sær-overenskomsten i så fald automatisk ophæves pr. udløbsdatoen og afløses af fagets almindelige overenskomst, og det har ikke været tilsigtet, at § 7, stk. 2, der slet ikke tager sigte på dette forhold, skulle ændre den hidtil gældende retstilstand på det nævnte område.*" (Mine kursiveringer).

Rise var DA's repræsentant i samtlige arbejdsudvalg på henholdsvis fire og otte medlemmer<sup>4</sup>, der udarbejdede udkastet til Hovedaftalen af 1960 og fremstår derfor som et førstehåndsvidne med hensyn til parternes intentioner. Selv om hovedorganisationerne ved affattelsen af § 7, stk.

2, næppe havde for øje, hvad der gælder ved manglende identitet på forbundsniveau ved indmeldelse i en arbejdsgiverforening med bestående sær-overenskomst, taler Rises udsagn under alle omstændigheder til fordel for en udvidende fortolkning af ordene "anden overenskomst træder i stedet", hvor det drejer sig om opsigelse af en sær-overenskomst ved indmeldelse i en arbejdsgiverforening - i modsætning til opsigelse af en organisationsoverenskomst.

Den første sag om fortolkning af ordene "anden overenskomst træder i stedet" er Arbejdsrettens dom af 20. april 1967 i sag 6138 (AT 1967/49). Det hedder i resuméet:

"En mellem Danmarks Apotekerforening og Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund bestående brancheoverenskomst, hovedsageligt omfattende defektricer, var fra arbejdsgiverside lovligt opsagt til ophør med udgangen af februar 1967. Ifølge overenskomsten var Hovedaftalen af 1960 og de mellem hovedorganisationerne bestående forhandlingsregler gældende mellem parterne. Fra 1. marts 1967 sluttede Apotekerforeningen overenskomst med Apoteksdefektricernes Landsforening."

Det hedder i præmisserne:

"Efter en naturlig forståelse af ordene i § 7, stk. 2, "indtil anden overenskomst træder i stedet" må der dernæst gives klagerne medhold i, at den anden overenskomst, for at kunne træde i stedet for den opsagte eller udløbne, skal etablere et overenskomstforhold, der omfatter begge parter i den tidligere overenskomst. Idet dette ikke er tilfældet med hensyn til indklagedes overenskomst med Defektriceforeningen, er indklagede forpligtet til at overholde brancheoverenskomstens bestemmelser, indtil arbejdsstandsning er iværksat i overensstemmelse med reglerne herom i Hovedaftalen." (Min kursivering).

Dommen fastslår med andre ord, at der skal foreligge identitet på forbundsniveau, hvis den "nye" overenskomst skal anses for at "omfatte" de samme parter som den op-

<sup>3</sup> Se Juristen 1961, side 260

<sup>4</sup> Se Rise: Arbejdsmarkedets nye grundlov, 1962, side 14 ff.

sagte overenskomst. Der er dog grund til at fremhæve, at dommen vedrørte opsigelse af en organisationsoverenskomst i modsætning til opsigelse af en særoverenskomst ved indmeldelse i en arbejdsgiverforening.

Dommens fortolkning er imidlertid fulgt af opmanden, der i øvrigt var retsformand i Apotekerforenings-dommen, i FV af 3. juni 1969, der vedrørte skifte af arbejdsgiverforening, og i hvis præmisser det blandt andet hedder:

*“Ved sagens afgørelse findes der at måtte gås ud fra, at bestemmelsen i § 7, stk. 2, i Hovedaftalen af 1960, ... finder anvendelse, hvilket også parternes procedure må antages at forudsætte.*

Som af de indklagede erkendt har virksomhedens udmeldelse af Dansk Papæskefabrikant-Forening pr. 1. januar 1969 ikke kunnet medføre, at virksomheden fra denne dato var løst fra sine forpligtelser ifølge overenskomsten mellem forbundet og Papæskefabrikant-Foreningen, men virksomheden har efter almindelige regler været bundet af overenskomsten, indtil denne var opsagt eller udløbet. Spørgsmålet bliver da, om virksomheden er frigjort, efter at overenskomstperioden er udløbet, eller om bestemmelsen i Hovedaftalens § 7, stk. 2, medfører et andet resultat.

Afgørelsen heraf findes at måtte bero på en fortolkning af denne bestemmelse i Hovedaftalen. *Hverken efter bestemmelsens ordlyd eller dens formål findes der at være grundlag for at antage, at den forpligtelse, som bestemmelsen pålægger parterne i overenskomstforholdet, ikke gælder en virksomhed, der er udtrådt af vedkommende arbejdsgiverorganisation, og bestemmelsen findes at måtte forstås således, at forpligtelsen – i hvert fald i almindelighed – vedvarer, indtil der for denne virksomheds vedkommende træder anden overenskomst i stedet, eller arbejdsstandsning er iværksat.*

...

---

<sup>5</sup> På linje hermed er Arbejdsrettens domme af henholdsvis 29. juni 1992 i sag 92.021 (AT 1992/139) og - forudsætningsvis - 4. oktober 1995 i sag 95.041 (AT 1995/115).

Hvad dernæst angår indklagedes anbringende om, at Jernindustriens overenskomst er trådt i stedet for den hidtil gældende overenskomst, bemærkes, at Jernindustriens overenskomst ikke er gældende for forbundet (Dansk Bogbinder og Kartonnagearbejderforbund - mit indskud) og dets medlemmer, og at hovedaftalens § 7, stk. 2, som antaget i Arbejdsrettens dom i sag nr. 6138 må forstås således, at den overenskomst, der skal kunne træde i stedet for den opsagte eller udløbne, skal etablere et overenskomstforhold, der omfatter begge parter i den tidligere overenskomst. Uanset det om arbejdets karakter oplyste kan Jernindustriens overenskomst således ikke siges at være trådt i stedet for den tidligere overenskomst, og denne er således bindende for virksomheden, til arbejdsstandsning er iværksat.” (Mine kursiveringer).

Tilsvarende lagde begge hovedorganisationer i deres procedure i Arbejdsrettens sag 91.257 (AT 1992/80)<sup>5</sup> til grund, at frigørelse fra en særoverenskomst ved indmeldelse i en arbejdsgiverforening kræver identitet på forbundsniveau. Det hedder i dommen af 10. januar 1992 blandt andet:

*“Da det findes betænkeligt at statuere, at der er den nødvendige identitet mellem Centralorganisationen af Metalarbejdere i Danmark og Specialarbejderforbundet i Danmark/Chaufførernes Fagforening i København, er overenskomsten mellem Industriens Arbejdsgivere og Centralorganisationen i Danmark ikke trådt i stedet for overenskomsten mellem Specialarbejderforbundet i Danmark/Chaufførernes Fagforening i København og Falck Teknik A/S.”*

Det er i overensstemmelse med fast praksis, at de arbejdsretlige afgørelsesorganer som altovervejende hovedregel lægger parternes fælles forståelse af bestemmelser i en hovedaftale eller en overenskomst til grund ved fortolkningen, jf. således Kristiansen: Den kollektive arbejdsret, 4. udgave, 2021, side 273-75.

#### 4. UNILEVER-KVARTETTEN

Ved Unilever-kvartetten forstår jeg Arbejdsrettens domme i henholdsvis Unilever-, Arriva- og Fjernvarme Fyn-sagerne tillige med FV af 16. oktober 2006.

Fjernvarme Fyn-dommen er afsagt med udvidet formandskab, hvoraf én er genganger fra Unilever- og Arriva-dommene. Det hedder i sagsfremstillingen:

”Den 1. januar 2007 blev de kommunale fjernvarmeforsyninger i Otterup og Odense lagt sammen og udskilt fra Odense Kommune som et selvstændigt aktieselskab under navnet Fjernvarme Fyn A/S. De kommunale fjernvarmeforsyninger var på tidspunktet for udskillelsen omfattet af Hovedaftale af 21. december 2004 mellem KL og FOA m.fl. og de dagældende overenskomster for husassistenter, kantineledere og rengøringsledere/-chefer, og der blev ikke i forbindelse med selskabsdannelsen ændret herpå.

...

Fjernvarme Fyn A/S indmeldte sig den 23. juni 2015 i DI Overenskomst I og opsagde samtidig selskabets serviceaftale med KL til ophør den 1. januar 2016.

Ved brev af 1. februar 2016 opsagde Dansk Industri på vegne af Fjernvarme Fyn A/S Overenskomst for husassistenter (75.01) og Overenskomst for kantineledere og rengøringsledere/-chefer (41.51). I brevet hedder det bl.a.:

”Ovennævnte virksomhed er, som bekendt, blevet medlem af DI Overenskomst I.

Som det er forbundet bekendt, følger med indmeldelsen, at virksomheden er forpligtet til at opsigte gældende overenskomst til bortfald med henblik på en overgang til Industriens Overenskomst mellem DIO I og CO-industri.

Vi henviser i den forbindelse til Arbejdsrettens dom af 15. november 2007 i den såkaldte ”Unilever-sag”.

Virksomhedens hidtidige overenskomstforhold med FOA beror på tidligere medlemskab af KL.

DIO I opsiges hermed på vegne af vores nyoptagne medlemsvirksomhed dennes overenskomstforhold med FOA.

Opsigelsen sker til udløbstidspunkt pr. den 1. april 2018 til dennes bortfald.

Opsigelsen sker for at overgå til Industriens Overenskomst fra den 1. april 2018.” ”

Efter en særdeles instruktiv gennemgang i præmisserne af Hovedaftalens bestemmelser om frigørelse og arbejdsretlig praksis hedder det om den konkrete sag ad overenskomsten for husassistenter:

”Som anført ovenfor var Fjernvarme Fyn Distribution omfattet af Overenskomst for husassistenter og Overenskomst for kantineledere og rengøringsledere/-chefer, som begge er indgået mellem KL og FOA. Den 23. juni 2015 blev virksomheden indmeldt i DI Overenskomst I, og samme dag opsagde virksomheden serviceaftalen med KL. Den 1. februar 2016 opsagde DI på vegne af virksomheden de to overenskomster til ophør den 1. april 2018 med henblik på overgang til Industriens Overenskomst mellem DIO I og CO-industri. FOA er ikke medlem af CO-industri. Både FOA og CO-industri er medlemmer af LO.

Der er mellem parterne enighed om, at det arbejde i virksomheden, som er omfattet af Overenskomst for husassistenter, også er dækket af Industriens Overenskomst. Parterne er endvidere enige om, at Industriens Overenskomst ikke dækker det område, der er omfattet af Overenskomst for kantineledere og rengøringsledere/-chefer.

##### a. Overenskomst for husassistenter

Efter indmeldelsen i DIO I befinder Fjernvarme Fyn Distribution sig for så vidt angår Overenskomst for husassistenter i en situation, der svarer til den, der forelå i Unilever-sagen. Virksomheden er således som en konsekvens af indmeldelsen i DI forpligtet til at opsigte FOA-overenskomsten og frigøre sig fra denne overenskomst med henblik på at overgå til Industriens Overenskomst, som er indgået mellem DIO I og CO-

industri, jf. herved voldgiftskendelsen af 16. oktober 2006. FOA er dermed – ligesom 3F Transportgruppen var det i Unilever-sagen – i konkurrence med CO-industri, der efter den nævnte voldgiftskendelse har krav på at overenskomstdække det pågældende arbejde gennem Industriens Overenskomst for så vidt angår medlemmer af DIO I.

LO/FOA's standpunkt om, at Fjernvarme Fyn Distribution i mangel af aftale med FOA må iværksætte konflikt for at blive frigjort fra overenskomsten for husassistenter, må antages at forudsætte, at FOA under en sådan konflikt vil søge at fastholde sin overenskomstposition i forhold til virksomheden, således at det overenskomstforhold, der etableres, kommer til at omfatte FOA.

Arbejdsretten finder, at voldgiftskendelsen af 16. oktober 2006 må forstås således, at CO-industri har en eneret til at overenskomstdække det pågældende arbejde gennem Industriens Overenskomst for så vidt angår medlemmer af DIO I. Dette indebærer, at Overenskomst for husassistenter og Industriens Overenskomst ikke kan "leve side om side", og at det er Industriens Overenskomst, der har forrang.

Så længe Fjernvarme Fyn Distribution er medlem af DI, vil en eventuel frigørelseskonflikt med FOA ikke kunne ende med, at FOA opnår ret til fortsat at overenskomstdække det pågældende arbejde, medmindre CO-industri giver afkald på den eneret til at overenskomstdække arbejdet i forhold til medlemmer af DIO I, som følger af voldgiftskendelsen af 16. oktober 2006. Fjernvarme Fyn Distribution kan således ikke efterleve sine forpligtelser som medlem af DI i forhold til CO-industri samtidig med, at FOA bevarer sin overenskomstposition. Disse to interesser er indbyrdes uforenelige, og det kan en eventuel frigørelseskonflikt ikke ændre på.

Efter bevisførelsen lægger Arbejdsretten til grund, at Fjernvarme Fyn Distributions beslutning om at melde sig ind i DI har været begrundet i saglige driftsmæssige hensyn, og det er uklart, hvad FOA – når henses til det foran anførte – vil kunne opnå ved at stille krav om, at virksomheden skal følge opsigelsen op med en konflikt for at blive frigjort fra overenskomsten.

På den baggrund finder Arbejdsretten, at FOA ikke i medfør af hovedaftalens § 5 kan kræve, at Fjernvarme Fyn Distribution som betingelse for frigørelse skal iværksætte arbejdsstandsning (lockout) med henblik på at give FOA mulighed for at fastholde overenskomstdækningen for et arbejdsområde, som det efter virksomhedens indmeldelse i DIO I tilkommer at andet LO-medlem, CO-industri, at overenskomstdække gennem Industriens Overenskomst. I denne situation må hovedaftalens § 5 forstås således, at den hidtidige overenskomst for husassistenter "er fornyet" ved Industriens Overenskomst. *Dette svarer til Arbejdsrettens fortolkning i Unilever-dommen af § 7, stk. 2, i Hovedaftalen mellem DA og LO*". (Min kursivering).

Det er vanskeligt at forstå nødvendigheden af Arbejdsrettens argumentation med hensyn til CO-industris eneret til at dække det pågældende arbejde gennem Industriens Overenskomst for så vidt angår medlemmer af DIO I. Argumentationen synes at komplicere sagen unødigt. Arbejdsretten ses således med held at kunne være gået "direkte" til Unilever-dommen præmisser, der fastslog, at simpel opsigelse er tilstrækkelig, når der er partsidentitet på hovedorganisationsniveau, og at særoverenskomsten ved opsigelsesfristens udløb uden videre afløses af organisationsoverenskomsten, således at overenskomsterne ikke skal "leve side om side". Hertil kommer, at resultatet harmonerer med uviljen i retspraksis mod at lade flere overenskomster gælde for samme arbejde.

Ifølge præmisserne skal indmeldelsen – på linje med andre dispositioner inden for den kollektive arbejdsrets rammer – være begrundet i "saglige driftsmæssige hensyn". Kravet vil dog næppe have større praktisk betydning, da virksomheder erfaringsmæssigt alene indmelder sig, når de – som i Fjernvarme Fyn-sagen – ønsker at blive omfattet af den overenskomst, som virksomheder med samme eller tilsvarende aktivitet er undergivet, eller når den pågældende organisationsoverenskomst indeholder bestemmelser, som er egnet til at opfylde virksomhedens driftsmæssige behov, herunder om fleksibel arbejdstid. Det vil følgelig i normalsituationen være relativt let for virksomheden at påvise saglige driftsmæssige hensyn.

Den i præmisserne nævnte FV af 16. oktober 2006 fastslog med udvidet formandskab blandt andet, at en virksomhed,

der har overenskomst med et forbund uden for CO-industri, ved indmeldelse i Dansk Industri er forpligtet til snarest muligt at opsige sin hidtidige overenskomst. Det hedder i kendelsens første afsnit om uoverensstemmelsen blandt andet:

”Uoverensstemmelsen, ... angår forståelsen af § 48, stk. 4, i Industriens Overenskomst. I § 48 hedder det bl.a.... Stk. 4: Virksomheder, som ved deres optagelse i Dansk Industri ingen overenskomst eller lokalaftale har med noget fagforbund inden for CO - området, omfattes af Industriens Overenskomst fra optagelsestidspunktet.”

Det hedder i præmisserne:

”En virksomhed, som ved optagelsen i DI ikke har overenskomst med noget fagforbund overhovedet, bliver i medfør af § 48, stk. 4, omfattet af Industriens Overenskomst fra optagelsestidspunktet. For en virksomhed, som ved optagelsen i DI har overenskomst med et eller flere fagforbund inden for CO-området, gælder efter § 48, stk. 1, ”uden særlig opsigelse af en sådan overenskomst” det samme - dog således at der efter virksomhedens optagelse i DI i henhold til § 48, stk. 2, skal optages tilpasningsforhandlinger med det formål, at bestående overenskomstforhold ikke forrykkes som helhed.

På denne baggrund må § 48, stk. 4, for så vidt angår en virksomhed, som ved optagelse i DI har overenskomst (med et fagligt gyldighedsområde, der overlapper Industriens Overenskomst) *med et forbund uden for CO-området*, i overensstemmelse med arbejdsretlig praksis forstås således, at virksomheden straks fra tidspunktet for ophøret af den opsagte overenskomst - og først da - i det hele bliver omfattet af Industriens Overenskomst. Det bemærkes, at der ikke i det under sagen fremkomne om bestemmelsens baggrund, formål eller praktisering er grundlag for en anden forståelse.

Der kan herefter ikke gives DI medhold i, at en virksomhed, der har overenskomst med en part uden for CO-området, ved indmeldelse i DI kun bliver omfattet af Industriens Overenskomst efter aftale mellem parten og Dansk Industri. Der kan på den anden side heller

ikke gives CO-i medhold i, at § 48, stk. 4, indeholder hjemmel for dobbeltoverenskomstdækning.

På denne baggrund - og inden for rammerne af de nedlagte påstande - BESTEMMES:

Dansk Industri skal anerkende, at § 48, stk. 4, i Industriens Overenskomst omfatter enhver virksomhed, som ved sin indmeldelse i Dansk Industri ikke har overenskomst med et fagforbund inden for CO-området - uanset om der måtte bestå et overenskomstforhold eller ej med en uden for CO-området stående lønmodtagerpart - medmindre 1) der er truffet aftale om fravigelse, 2) virksomheden udøver aktiviteter, der er af en art, så virksomheden må anses for omfattet af en af Dansk Industris specialoverenskomster, eller 3) en forståelse af virksomhedens aktiviteter som industrielle falder helt uden for, hvad industri repræsenteret af Dansk Industri efter den hidtidige udvikling til enhver tid kan anses at omfatte.

Dansk Industri skal endvidere anerkende, at en virksomhed, der har overenskomst med et forbund uden for CO-området, ved indmeldelse i Dansk Industri er forpligtet til snarest muligt at opsige sin hidtidige overenskomst.

CO-Industri skal anerkende, at en virksomhed, der efter indmeldelse i Dansk Industri har opsagt sin hidtidige overenskomst med et forbund uden for CO-området, først er omfattet af Industriens Overenskomst fra tidspunktet for ophøret af den opsagte overenskomst.” (Min kursivering).

Selv om kendelsen efter sin ordlyd alene fortolker Industriens Overenskomst § 48, stk. 4, taler stærke grunde for, at den forholder sig generelt til spørgsmålet om, hvorvidt en virksomhed ved indmeldelse i en arbejdsgiverforening har pligt til at opsige en eventuel særoverenskomst. § 48, stk. 4's lapidariske ordlyd giver således ikke støtte for resultatet. Stk. 4 udsiger for så vidt ikke andet end, hvad der utvivlsomt gælder ifølge almindelige kollektivarbejdsretlige regler, nemlig at en virksomhed, der indmelder sig uden en kollektiv overenskomst, bliver forpligtet af den relevante organisationsoverenskomst umiddelbart ved indmeldelsen. Det må medgives, at stk. 4 herved bliver

overflødig eller i bedste fald alene får karakter af en "pædagogisk" bestemmelse. Resultatet støttes imidlertid afgørende af præmissernes henvisning til, at fortolkningen er "i overensstemmelse med arbejdsretlig praksis", hvorved der åbenbart sigtes til Den faste Voldgiftsrets kendelse af 3. juni 1939 i sag 2648 (AT 1939/129), som nævnes i kendelsens afsnit 4 under overskriften "Teori og praksis". Hertil kommer, at DIO I og CO-industri ikke har kompetence til at normere retsstillingen for tredjemand, in casu 3F Transportgruppen, jf. herved Kristiansen: Den kollektive arbejdsret, 4. udgave, 2021, side 235f.

Som påpeget af Jens Kristiansen i AT 2006/234 i en kommentar til kendelsen er pligten til at opsiges særoverenskomsten ikke blevet direkte omtalt i den arbejdsretlige teori. Forfatteren anfører nærmere:

*"Kendelsens resultat er på linje med både arbejdsretlig teori og praksis. Der er navnlig støtte for, at en nyindmeldt arbejdsgiver med egen overenskomst ikke straks forpligtes af organisationsoverenskomsten. Der, hvor kendelsen især bidrager selvstændigt, er ved at pålægge nyindmeldte virksomheder at frigøre sig fra den eksisterende særoverenskomst. Dette spørgsmål er ikke direkte omtalt i den arbejdsretlige teori, men er en naturlig følge af at indmelde sig i en arbejdsgiverforening med overenskomst. Forpligtelsen til at frigøre sig fra særoverenskomsten har på linje hermed støtte i AT 1939/129 (2648)." (Mine kursiveringer).*

Pligten ses i øvrigt at være i overensstemmelse med organisationernes fælles interesse i, at deres overenskomster bliver gældende, jf. herved FV af 10. november 1991, i hvis præmisser det bl.a. hedder:

*"Organisationerne har en fælles interesse i, at deres overenskomster bliver gældende, og dermed også en interesse i, at et område, hvor en eksisterende særoverenskomst gyldigt bringes til ophør, overføres til den korresponderende organisationsoverenskomst.*

Den organisation, der modsætter sig en sådan overførsel med henvisning til, at der er tale om forskellige faglige gyldighedsområder, må følgelig bevise, at gyldighedsområderne er så forskellige, at det vil være i strid med forudsætningerne for organisationsover-

enskomsten, såfremt den skal dække det arbejdsområde, der hidtil - mellem de samme parter - har været reguleret af en særoverenskomst." (Min kursivering).

Det må herefter antages, at pligten til opsigelse af en særoverenskomst gælder ved indmeldelse i enhver arbejdsgiverforening, medmindre der er klar støtte for et andet resultat i organisationsoverenskomstens tekst, forarbejder eller praktisering. Heroverfor anfører Kristiansen i ovennævnte kommentar dog afslutningsvis: "Kendelsen fortolker i princippet kun § 48 i Industriens overenskomst, og resultatet gælder med sikkerhed kun for optagelse i DI".

Unilever-dommen, der er afsagt med udvidet formandskab, gjorde - med en ganske ordknap begrundelse - op med Arbejdsrettens hidtidige praksis ved - i strid med begge hovedorganisationers procedure - at fastslå, at partsidentitet på hovedorganisationsniveau var tilstrækkelig til at bringe særoverenskomsten til ophør ved simpel opsigelse.

Sagen vedrørte en uorganiseret virksomhed, som havde overenskomster med 3F Transportgruppen for salgsschaufførarbejde. Virksomheden blev - efter afsigelsen af FV 16. marts 2006 - optaget i DI, som underrettede både CO-industri og 3F Transportgruppen om optagelsen og i forbindelse hermed anførte, at det ikke ville være muligt for virksomheden at opsiges særoverenskomsterne til udgangen af december 2006 med de krævede tre måneders varsel, men at man gerne senere ville agere i henhold til voldgiftskendelsen i relation til den fornyede overenskomst. CO-industri meddelte virksomheden, at overenskomsterne efter det oplyste allerede var opsagt af 3F, og at virksomheden derfor kunne - og efter voldgiftskendelsen skulle - frigøre sig fra overenskomsterne allerede med virkning fra udgangen af december 2006. Forhandlingerne mellem 3F og virksomheden resulterede imidlertid i en forlængelse af de opsagte overenskomster, der herefter tidligst kunne opsiges til ophør med udgangen af december 2008. Det hedder i præmisserne:

*"Som fastslået ved voldgiftskendelsen af 16. oktober 2006 skal § 48, stk. 4, i Industriens Overenskomst forstås således, at en virksomhed, som melder sig ind i*

Dansk Industri, straks fra indmeldelsen er forpligtet til "snarest muligt" at opsigte sin hidtidige overenskomst, således at virksomheden fra tids-punktet for ophøret af den opsagte overenskomst - men først da - i det hele bliver omfattet af Industriens Overenskomst.

Voldgiftskendelsen indebærer således, at den optagne virksomhed skal tage skridt til at frigøre sig fra den eksisterende overenskomst så hurtigt, som det er retligt muligt. Dette vil kunne ske f.eks. ved, at virksomheden indgår aftale med den hidtidige overenskomstpart om, at overenskomsten kan opsiges til et tidligere tidspunkt end, hvad der følger af dens opsigelsesbestemmelser, eller i hvert fald ved, at den opsiges under iagttagelse af opsigelsesbestemmelserne.

Dansk Arbejdsgiverforening har anført, at Dansk Unilever ikke kan frigøre sig fra særoverenskomsten med 3F Transportgruppen ved simpel opsigelse, men alene gennem en frigørelseskonflikt, jf. Hovedaftalens § 7, stk. 2. Arbejdsretten skal hertil bemærke, at *både den hidtidige overenskomst og Industriens Overenskomst er indgået med en lønmodtagerorganisation, der er medlem af LO. I en sådan situation må Hovedaftalens § 7, stk. 2, forstås således, at Industriens Overenskomst - i bestemmelsens forstand - "træder i stedet" for den hidtidige overenskomst ved opsigelsen af denne i overensstemmelse med § 7, stk. 1.* 3F må således affinde sig med, at virksomheden kan bringe særoverenskomsten til ophør ved simpel opsigelse og ikke behøver at iagttage den særlige procedure i § 7, stk. 2." (Min kursivering).

Arriva-dommen, der er afsagt af samme udvidede formandskab som Unilever-dommen, udbygger Unileverdommens ordknappe præmisser. Det hedder i resuméet bl. a.:

"FOA havde gennem en årrække haft overenskomst med busselskabet Arriva. Af parternes overenskomst fremgik, at overenskomsten dækkede chauffører i selskabets driftsområde Islev og Ryvang samt ny driftsområder inden for københavnsområdet. Arriva var endvidere som medlem af Arbejdsgiverforeningen for Kollektiv Transport (AKT) omfattet af dennes overens-

komst med 3F. Heraf fremgik, at den var en tillægs-overenskomst til landsoverenskomsten for rutebilkørsel mellem AKT og 3F vedrørende de tidligere Københavns, Frederiksborg og Roskilde amter samt Københavns og Frederiksberg kommuner. I januar 2009 opsagde Arriva overenskomsten med FOA til udløb og ophør den 1. marts 2010. FOA gjorde bl. a. gældende, at Arriva efter Hovedaftalens § 7, stk. 2, alene kunne frigøre sig fra overenskomsten ved enten at iværksætte arbejdsstandsning eller forny overenskomsten med samme aftalepart. Arriva anførte, at selskabet kunne frigøre sig fra overenskomsten med FOA ved simpel opsigelse henset til, at selskabet havde overenskomst med 3F, der ligesom FOA er medlem af LO."

Det hedder i præmisserne bl. a.:

"Af Arbejdsrettens dom i Unilever-sagen fremgår, at det - i overensstemmelse med Arbejdsrettens mangeårige praksis - har været LO's og DA's fælles forståelse af Hovedaftalens § 7, stk. 2, at en overenskomst for at kunne træde i stedet for en opsagt (eller udløbet) overenskomst skal omfatte de samme parter som den opsagte overenskomst, hvis en frigørelseskonflikt skal undgås. I overensstemmelse hermed anførte DA under sagen, at Unilever ikke kunne frigøre sig fra overenskomsterne med 3F ved simpel opsigelse, men alene gennem en frigørelseskonflikt.

I Unilever-sagen forelå imidlertid den situation, **1)** at virksomheden, der inden sin indmeldelse i DI havde været omfattet af to særoverenskomster med 3F, i overensstemmelse med, hvad der var blevet fastslået ved voldgiftskendelsen af 16. oktober 2006, var forpligtet til at opsigte særoverenskomsterne, fordi den i kraft af optagelsen i DI blev forpligtet til at være omfattet af Industriens Overenskomst. **2)** Det var endvidere klart, at virksomhedens indmeldelse i DI ikke var begrundet i et ønske om at frigøre sig fra særoverenskomsterne. Under disse særlige omstændigheder fandt Arbejdsretten, der var sat med udvidet formandskab, at den sædvanlige forståelse af Hovedaftalens § 7, stk. 2, måtte modificeres i det foreliggende tilfælde. **3)** Et modsat resultat ville have ført til, at optagelsen i DI ville have tvunget virksomheden til at iværksætte en konflikt med et andet LO-forbund (eller -gruppering). En sådan

forpligtelse til at iværksætte konflikt ville ikke harmonere med princippet i Hovedaftalens § 1, hvorefter det er ønskeligt, at spørgsmål om løn- og arbejdsvilkår løses gennem afslutning af kollektiv overenskomst (og ikke gennem konflikt). **4)** Endvidere - og navnlig - måtte det befrygtes, at en forpligtelse til at iværksætte konflikt kunne afholde uorganiserede virksomheder, der ellers måtte ønske det, fra at indmelde sig i DI og således - i strid med princippet i hovedaftalens § 1 - indebære en reel hindring for arbejdsgiveres og arbejdstageres organisering inden for hovedorganisationernes organisatoriske rammer. **5)** Der er således tale om en dom om forståelsen af Hovedaftalens § 7, stk. 2, i et ganske særligt tilfælde.

Der foreligger ikke i denne sag omstændigheder, der kan sammenlignes med dem, der forelå i Unilever-sagen, og dermed heller ikke en situation, der kan begrunde, at den sædvanlige forståelse af Hovedaftalens § 7, stk. 2, modificeres som anført i Unileverdommen. Virksomheden må derfor overholde FOA-overenskomsten, indtil en anden overenskomst med FOA måtte være trådt i kraft, eller - hvis virksomheden ønsker at komme ud af overenskomsten med FOA - arbejdsstandsning er iværksat i overensstemmelse med Hovedaftalens § 2." (Mine nummereringer).

Begrundelserne 1) -5) ses i det hele at gælde for alle indmeldelser i en arbejdsgiverforening, henholdsvis skifte af arbejdsgiverforening.

Ad begrundelse 1) bemærkes, at der generelt - som fastslået allerede i sag 2648 - gælder en pligt for den indmeldte virksomhed til at opsiges særoverenskomsten.

Ad begrundelse 2) bemærkes, at et ønske om frigørelse fra særoverenskomsten vel altid foreligger og ikke ses at præjudicere virksomhedens retsstilling, medmindre der foreligger ganske ekstraordinære omstændigheder, jf. således sag 2648, i hvis præmisser det blandt andet hedder:

"Da en saadan Indmeldelse efter hidtil gældende Praxis automatisk medfører, at Virksomheden fra nysnævnte Tidspunkt umiddelbart omfattes af Overenskomsterne, og da Virksomhederne følgelig intet har at

forhandle om, idet de ved deres lovlige Opsigelse har opnaaet Hensigten hermed, nemlig at komme bort fra Særoverenskomsterne, kan der i den Situation, der er opstaaet ved, at Virksomhederne nu er ligestillede med de øvrige Medlemmer af Organisationen, overhovedet ikke blive Anvendelse for Forhandlingsreglerne for det enkelte nyindmeldte Medlem." (Min kursivering).

Ad begrundelse 3) bemærkes, at der ikke ses at være sammenhæng mellem på den ene side at statuere en pligt til at opsiges en særoverenskomst og på den anden side statuere, at pligten alene kan opfyldes ved at etablere en frigørelseskonflikt. Meget tyder på, at denne begrundelse er det centrale omdrejningspunkt for Arbejdsrettens overvejelser, jf. herved, at Arbejdsretten i Fjernvarme Fyn-dommens præmisser umiddelbart efter en gengivelse af Arriva-dommens præmisser anførte følgende:

"I Arriva-sagen fandt Arbejdsretten således ikke grundlag for at fravige udgangspunktet om, at frigørelse ved simpel opsigelse kræver partsidentitet, selv om konkurrencen om overenskomstdækning stod mellem FOA og 3F, der begge er medlemmer af LO. Til forskel fra Unilever-sagen var Arrivas opsigelse af FOA-overenskomsten og overgang til 3F overenskomsten ikke begrundet i, at det var nødvendigt som følge af indmeldelse i en arbejdsgiverorganisation, idet Arriva ikke som medlem af Arbejdsgiverforeningen for Kollektiv Transport var forpligtet til at lade arbejdet overenskomstdække alene gennem overenskomsten med 3F. I Arriva-sagen udgjorde kravet om konflikt som betingelse for at frigøre sig fra FOA-overenskomsten således ikke en reel hindring for, at Arriva kunne være organiseret i Arbejdsgiverforeningen for Kollektiv Transport." (Min kursivering).

Begrundelse 4) ses lige fuldt at kunne anføres til støtte for, at skifte af arbejdsgiverforening kan ske ved simpel opsigelse, da det frie organisationsvalg er beskyttet af Hovedaftalens § 1 på lige fod med retten til overhovedet at blive medlem af en arbejdsgiverforening.

Ad begrundelse 5) bemærkes, at Unileverdommen alene var et "ganske særligt tilfælde" om forståelsen af § 7, stk. 2,

for så vidt angår andre tilfælde end indmeldelse i en arbejdsgiverforening med en bestående særoverenskomst.

## 5. SÆRLIGT OM SKIFTE AF ARBEJDSGIVERFORENING

Ingen afgørelse ses udtrykkeligt at tage stilling til, om der måtte gælde særlige regler for organisationsskifte. Umiddelbart synes de samme hensyn til virksomhedens frie organisationsvalg at gøre sig gældende for såvel organisationsskifte som uorganiserede virksomheders indmeldelse i en arbejdsgiverforening.

De faglige voldgiftskendelser, der omhandler skifte af arbejdsgiverorganisation, indikerer da heller ikke, at retsstillingen skulle være forskellig. Det gælder således FV af 3. juni 1969 om skifte fra Dansk Papæskefabrikant Forening til Jernet, der er omtalt i afsnit 3.

På linje hermed er FV af 7. oktober 1982 om skifte fra Jernet til Dansk VVS-Installatør Forening. Det hedder i sagsfremstillingen:

“Da virksomhedens serviceafdeling – betegnet Afd. 103 – blev oprettet i 1966, udgjorde afdelingen kun en mindre del af virksomheden, og løn- og arbejdsforhold for de i afdelingen ansatte medlemmer af ... Blik og Rør Arbejderforbundet, dækkedes derfor gennem overenskomsterne mellem Jernets Arbejdsgiverforening, som Semco A/S var og fortsat er medlem af, og Centralorganisationen af Metalarbejdere og Dansk Metalarbejderforbund. Denne overenskomstdækning fortsatte uændret, efter at Semco A/S i 1974 havde indmeldt sig i Dansk VVS-Installatør Forening i egenkab af arbejdsgiver for de ansatte i to af serviceafdelingens tre sektioner: ... I 1980 ønskede Semco A/S imidlertid at ændre overenskomstdækningen for disse to sektioner ...”.

Det hedder i præmisserne:

“Firmaets krav om ændring af overenskomstdækningen – et krav, hvis opfyldelse for så vidt må forekomme velbegrunder efter firmaets indmeldelse i Dansk VVS-Installatør Forening – kan efter det anførte først imødekommes, når der af den kompetente part er

foretaget opsigelse af den gældende overenskomst i overensstemmelse med de i denne indeholdte varsler.”

Den afgørende begrundelse for resultatet var således, at alene Jernet – qua part i organisationsoverenskomsten – var kompetent til at opsigse særoverenskomsten. Herved bemærkes, at virksomheden ved opsigelsen fortsat var medlem af Jernet, og at en virksomhed, så længe medlemskabet af den tidligere arbejdsgiverforening består, ikke på egen hånd er beføjet til at opsigse særoverenskomsten, jf. således Arbejdsrettens dom af 28. marts 2007 i sagerne 2007.135-37 (AT 2007/138). Begrundelsen end ikke antyder, at det for resultatet spillede nogen rolle, at der var tale om et organisationsskifte.

Endelig henviser jeg til Fjernvarme Fyn-dommen, hvor virksomheden havde været tilmeldt KL's såkaldte Arbejdsgiverservice, hvorom det på KL's hjemmeside hedder:

“KL's Arbejdsgiverservice blev skabt i forbindelse med, at en række opgaver, der tidligere blev løst af kommunerne på f.eks. vand- og spildevandsområdet, blev overtaget af selvstændige virksomheder. Formålet var at sikre, at disse nye virksomheder fortsat og som et godt alternativ til andre arbejdsgiverforeninger kunne være overenskomstdækket af KL's overenskomster og få den samme assistance i personale- og fagretlige sager som KL's medlemmer. I den forbindelse er KL's overenskomster blevet tilpasset, så de også omfatter virksomheder, der er tilmeldt KL's Arbejdsgiverservice.

*Som virksomhed omfattet af KL's Arbejdsgiverservice opnår I de samme rettigheder og fordele som medlemmer af en arbejdsgiverforening, og I tilbydes også den samme bistand og hjælp fra KL's sekretariat på arbejdsgiverområdet som KL's medlemmer.”* (Min kursivering).

Stærke grunde taler derfor for at sidestille Fjernvarme Fyns tilmeldelse til KL's Arbejdsgiverservice med et medlemskab af en arbejdsgiverforening. Hertil kommer, at det i DIO I's brev af 1. februar 2016 til FOA, der er gengivet i dommen, hed: “Virksomhedens hidtidige overenskomstforhold med FOA beror på tidligere medlemskab af KL.”

Sammenfattende ses retsstillingen ved henholdsvis organisationskifte og indmeldelse af en uorganiseret virksomhed at være identisk. Kristiansen udtrykker sig lidt mere forbeholdent, jf. Den kollektive arbejdsret, 4. udgave, 2021, side 322, hvor det hedder: "Det er dog nærliggende ..." "En arbejdsgiver vil derfor formentlig ...".

## 6. "I DET VÆSENTLIGE SAMME FAGLIGE GYLDIGHEDSOMRÅDE"

Både nyere retspraksis, herunder senest Fjernvarme Fyndommen, og litteraturen, jf. herved Kristiansen: Den kollektive arbejdsret, 4. udgave, side 310, tager ved formuleringen af betingelsen om overenskomsternes gyldighedsområde udgangspunkt i ordvalget Arbejdsrettens dom af 19. juni 1992 i sag 92.021 (AT 1992/139 - Københavns Lufthavne). Det hed dog allerede i Den faste Voldgiftsrets kendelse af 3. juni 1939 i sag 2648 (AT 1939/129):

"Da der derhos ikke i det under sagen oplyste er paapeget forskelligheder i Særoverenskomsterne og Organisationsoverenskomsterne, som kan begrunde, at disse ikke umiddelbart kan anvendes paa arbejdet ved de fire Agenturer..."

Betingelsen har i øvrigt sjældent givet anledning til tvivl og ses alene berørt i følgende afgørelser:

Betingelsen blev ikke afgørende i FV af 3. juni 1969, som er nærmere omtalt i afsnit 3. I denne sag erkendte Bogbinder og Kartonnagearbejder Forbundet: "at to tredjedele af dets medlemmer på virksomheden var beskæftiget ved arbejde, som kan henhøre under jernindustriens arbejdsområde."

Af præmisserne synes det at fremgå ("uanset det om arbejdets karakter oplyste"), at opmanden var af den opfattelse, at betingelsen var opfyldt. Imidlertid blev sagen afgjort til fordel for forbundet allerede på grund af manglende partsidentitet på forbundsniveau.

I Arbejdsrettens dom af 6. marts 1989 i sag 88.409 (AT 1989/101) påstod Jernet - uden held - sagen henvist til fagretlig behandling for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt der var generelle overenskomster, der havde et fagligt gyldighedsområde, der dækkede særoverenskomsten. Det ses i øvrigt at være den eneste afgørelse,

hvor der er nedlagt påstand om henvisning til fagretlig behandling. Arbejdsrettens afvisning af at henvise sagen til fagretlig behandling skyldes formentlig, at parterne var enige om, at alene ca. 2/3 af de ansatte ville være omfattet af organisationsoverenskomsten. Det hedder i præmisserne:

"Som sagen er oplyst i Arbejdsretten, er der ikke anledning til at henvise sagen til fagretlig behandling.

S & Q Tech A/S har siden dets etablering i 1982 haft en kollektiv overenskomst med Dansk Metalarbejderforbund, der parallelt med Naturgas Syds tilsvarende overenskomst dækkede personale beskæftiget med et bredt arbejdsområde indenfor gasområdet. Begrundelsen, for at disse overenskomster havde dette brede arbejdsområde, var at sikre Naturgas Syd og dermed S & Q Tech A/S den størst mulige fleksibilitet på arbejdspladsen under indtryk af meget store løbende ændringer i de enkelte arbejdsaktiviteter. I en sådan situation må arbejdsgiveren, selvom overenskomsten er udløbet, være forpligtet til, når der ikke iværksættes arbejdsstandsning, at overholde dens bestemmelser, medmindre det i medfør af overenskomstens § 11, stk. 5, og den tilsvarende bestemmelse i Hovedaftalens § 7, stk. 2, kan statueres, at en anden overenskomst er trådt i stedet. Da dette ikke er tilfældet, må der gives klagerne medhold i, at indklagede, S & Q Tech A/S, må tilpligtes at overholde overenskomsten af 1. november 1986 med Dansk Metalarbejderforbund."

Arbejdsretten ses således at have indtaget en mere restriktiv holdning til det faglige gyldighedsområde end FV af 3. juni 1969.

Arbejdsretten har i et enkeltstående tilfælde, nemlig i dom af 4. oktober 1995 i sag 95.041 (AT 1995/115), taget stilling til de respektive overenskomsters faglige gyldighedsområde. Det hedder i præmisserne:

"Med hensyn til overenskomsternes faglige gyldighedsområde kan det lægges til grund, at både særoverenskomster og landsoverenskomst omfatter alt forefaldende, ufaglært arbejde, og at landsoverenskomsten i hvert fald dækker egentlig mejeriproduktion. Der

fremgår endvidere af de fremlagte erklæringer fra Landbohøjskolens Mejeri- og Levnedsmiddelinstitut og fra Mejerifagets Lærlingeudvalg, at arbejdsprocesserne på mejeri- og margarinevirksomheder er næsten identiske, og at den praktiske uddannelse i mejeristuddannelsen kan gennemføres i virksomheder, der producerer margarine, og på samme vilkår, som er gældende for andre virksomheder, som er autoriseret i henhold til mælkeproduktloven. Herefter findes det ubetænkeligt at fastslå, at det arbejde, der er omfattet af særoverenskomsterne, ... også er dækket af overenskomsten mellem Mejeribrugets Arbejdsgiverforening og Specialarbejderforbundet i Danmark.”

I Unilever-sagen rejste LO på fællesmødet tvivl om, hvorvidt det af særoverenskomsten omfattede salgschaufførarbejde var omfattet af Industriens Overenskomst. Synspunktet blev imidlertid ikke fremført under arbejdsretssagen.

I Fjernvarme Fyn-sagen var parterne enige om, at arbejdet som køkkenassistent var omfattet af Industriens Overenskomst, mens det ikke var tilfældet for kantinelederen.

Afgørelse om overenskomsternes faglige gyldighedsområde hører som udgangspunkt under faglig voldgift, jf. Hovedaftalens § 3, stk. 2, 2. punktum. Spørgsmålet er dog intrikat, jf. Kristiansen: Den kollektive arbejdsret, side 513 medio, om den tilsvarende problemstilling i relation til Arbejdsrettens dom af 11. juni 2018 i sag 2017.0662 (Au2-parts).

Der ses ikke at foreligge bidrag fra retspraksis eller litteraturen med hensyn til, hvad der gælder for den del af det tidligere område, som ikke måtte være omfattet af organisationsoverenskomsten. Da særoverenskomsten må anses for ophørt på det kollektive plan, må det antages, at dens løn- og øvrige arbejdsvilkår fortsætter på det individuelle plan for de berørte medarbejdere, svarende til retsstillingen ved frasigelse af overdragerens overenskomst i henhold til virksomhedsoverdragelseslovens § 4 a, jf. herved Kristiansen: Den kollektive arbejdsret, 4. udgave, 2021, side 218.

Sammenfattende gælder, at afgørelsen om overenskomsternes faglige gyldighedsområde som udgangspunkt hører

under faglig voldgift, at betingelsen sjældent giver anledning til tvist, at der kun i én sag fra Arbejdsretten er nedlagt påstand om henvisning til fagretlig behandling, der ikke blev fulgt, at Arbejdsretten kun i ét tilfælde - og da under helt ekstraordinære omstændigheder - har taget selvstændig stilling til overenskomsternes faglige gyldighedsområde, at særoverenskomsten må antages at fortsætte som individuelle arbejdsvilkår for de medarbejdere, der falder uden for organisationsoverenskomstens faglige gyldighedsområde, og at det forhold, at ca. 2/3 af medarbejderne vil være omfattet af organisationsoverenskomsten, næppe er tilstrækkeligt til at opfylde betingelsen.

## 7. SAMMENFATNING

En virksomhed, der melder sig ind i en arbejdsgiverforening med en særoverenskomst, har pligt til at opsig særoverenskomsten, som ved opsigelsens udløb afløses af organisationsoverenskomsten, hvis der er partsidentitet på arbejdstagersiden på hovedorganisationsniveau, uanset om der er tale om skifte af arbejdsgiverforening eller indmeldelse af en uorganiseret virksomhed.

Ovenstående gælder med altovervejende sandsynlighed ved indmeldelse i enhver arbejdsgiverforening, uanset at Unilever- og Fjernvarme Fyn-dommene alene vedrører indmeldelse i DIO I med overgang til Industriens Overenskomst.

Kravet om en saglig driftsmæssig begrundelse for indmeldelsen har næppe større praktisk betydning.

Rette forum for at træffe afgørelse om, hvorvidt særoverenskomsten har ”i det væsentlige samme faglige gyldighedsområde” som organisationsoverenskomsten, er som udgangspunkt faglig voldgift.

# BØR ARBEJDSGIVER SELV NEDSÆTTE KONVENTIONALBODEN UD FRA EN RIMELIGHEDSVURDERING?

## ARBEJDSGIVERS INDDRIVELSE AF KONVENTIONALBOD FOR OVERTRÆDELSE AF KONKURRENCE- OG KUNDEKLAUSULER I LYSET AF AFTALELOVENS § 36



DITTE GRUNDTVIG LARSEN  
SENIORADVOKAT  
GORRISSSEN FEDERSPIEL

Hvis en tidligere medarbejder bryder en konkurrence- eller kundeklausul, kan det som arbejdsgiver være fristende at maksimere kravet på konventionalbod ud fra tanken om, at den højeste konventionalbod vil være den hårdeste straf. Ved at kræve maksimal konventionalbod udsætter arbejdsgiver sig dog for den risiko, at den tidligere medarbejder går rettens vej, og at en domstol finder konventionalboden urimelig høj og nedsætter denne i medfør af aftalelovens § 36.

I mange sammenhænge belønnes den ansvarlige og ordentlige arbejdsgiver for at vælge en pragmatisk tilgang i medarbejderforhold. Som det vil fremgå i det følgende, kan arbejdsgiver også have fordel af en løsningsorienteret tilgang, når det gælder inddrivelse af konventionalbod. Uagtet, at konventionalboden må anses for at have været konkret rimelig på tidspunktet for aftalens indgåelse.

Når en arbejdsgiver vil beskytte sine forretningsmæssige interesser ved brug af konkurrence- og kundeklausuler, er klausulernes præventive effekt afgørende, da arbejdsgivers primære interesse er at undgå handlinger i strid med klausulerne. Hvis først skaden er sket, kan det i praksis være svært at afbøde konsekvenserne.

For at opnå den ønskede præventive effekt, indeholder konkurrence- og kundeklausuler i ansættelsesaftaler ofte konventionalbodsbestemmelser. Det er således almindeligt, at en medarbejder pålægges en konventionalbod på mellem 3 og 6 måneders løn for overtrædelse af klausulerne. Ofte således, at der ved vedvarende brud skal betales konventionalbod for hver påbegyndt måned. I modsætning til, hvad der ellers gælder for konkurrence- og kundeklausuler, hviler konventionalbodsbestemmelser udelukkende på parternes aftale, og er således ikke underlagt detaljeret lovregulering.

På trods af konventionalbodens præventive effekt, oplever arbejdsgivere undertiden, at medarbejderes handlinger strider mod en aftalt konkurrence- eller kundeklausul. I disse tilfælde kan arbejdsgiver imidlertid ikke nødvendigvis anse spørgsmålet om sanktionen for afgjort blot ved fastsættelsen af konventionalboden i klausulen, da medarbejderen kan indbringe spørgsmålet om tilsidesættelse eller nedsættelse af konventionalboden for domstolene.

Konventionalboden vil her blive underkastet en selvstændig prøvelse med udgangspunkt i aftalelovens § 36, og domstolene har i den forbindelse i særlige tilfælde vist sig villige til at nedsætte konventionalboden skønsmæssigt. Domstolene har således konkret nedsat konventionalboden under hensyn til overtrædelsens (manglende) grovhed<sup>1</sup>, arbejdsgiverens (manglende) tab<sup>2</sup>, uligevægten mellem de kontraherende parter<sup>3</sup> og medarbejderens aflønning<sup>4</sup>.

Selvom domstolene tillægger disse kriterier betydning ved vurderingen af konventionalbodens rimelighed, er det en balanceøvelse for arbejdsgiver at beskytte forretningsmæssige interesser gennem konkurrence- og kundeklausuler, herunder inddrivelse af konventionalbod, da rimelighedsvurderingen i sidste ende afhænger af en konkret vurdering af de samlede omstændigheder. Dertil kommer, at konventionalboden tjener forskellige formål på henholdsvis aftaletidspunktet og inddrivelsestidspunktet. Således ændrer konventionalboden karakter fra at være et præventivt instrument på aftaletidspunktet til at være et sanktionsinstrument af pønål karakter på inddrivelsestidspunktet.

Når en domstol efterfølgende skal vurdere konventionalbodens rimelighed, foretages vurderingen på inddrivelsestidspunktet, hvor fokus er på sanktionering af en overtrædelse. Dermed vurderes konventionalboden ud fra den præmis, at der er tale om et indgribende vilkår, fastsat af en økonomisk stærkere og mere sagkyndig part.

Det er af den grund heller ikke overraskende, at domstolene undertiden nedsætter konventionalboden skønsmæssigt ud fra en rimelighedsbetragtning foretaget med hjemmel i aftalelovens § 36, da bestemmelsen netop har til formål at skabe en civilretlig beskyttelse imod håndhævelse af urimelige vilkår. Ved denne vurdering betragtes arbejdsgiver som udgangspunkt som værende økonomisk

stærkere og mere sagkyndig end medarbejderen, ligesom der er et indbygget afhængighedsforhold i den ansættelsesretlige relation.

## ARBEJDSGIVERS RIMELIGHEDSVURDERING AF KONVENTIONALBODEN

Arbejdsgiver står således over for en række udfordringer og overvejelser ved inddrivelsen af konventionalbod for overtrædelse af konkurrence- og kundeklausuler. I den forbindelse er det en relevant overvejelse, hvordan man som arbejdsgiver kan spille en aktiv rolle og dermed præge domstolenes rimelighedsvurdering. Således indikerer en gennemgang af domspraksis, at domstolene ved vurderingen af konventionalbodens rimelighed tillægger det betydning, såfremt arbejdsgiver, forud for inddrivelsen af konventionalboden, har foretaget sin egen § 36-vurdering.

Et illustrativt eksempel er en afgørelse fra Vestre Landsret<sup>5</sup>. Sagen angik, hvorvidt to tidligere medarbejdere havde overtrådt en konkurrenceklausul, og som følge heraf skulle betale konventionalbod. Landsretten fandt, at medarbejdernes ansættelse hos en konkurrerende virksomhed var i strid med den for begge aftalte konkurrenceklausul. Landsretten tog dermed virksomhedens påstand om tilbagebetaling af den udbetalte kompensation til følge. Retten fandt ligeledes, at medarbejderne, som aftalt i ansættelseskontrakterne, skulle betale konventionalbod. Landsretten henviste i den forbindelse til byrettens begrundelse, hvoraf fremgik følgende: *"[Sagsøgte 1] har aftalt en konventionalbod på 200.000 kr., mens [sagsøgte 2] har aftalt en konventionalbod på 500.000 kr. Retten bemærker i den forbindelse, at der, som sagen er forelagt retten, ikke foreligger oplysninger, der godtgør, at den store forskel i konventionalbodens størrelse er rimelig. Sagsøger har imidlertid begrænset sit krav overfor begge sagsøgte til 200.000 kr., hvorfor retten ikke på det fore-*

<sup>1</sup> Sø- og Handelsrettens utrykte dom af 10. marts 2003, sag V-31-99; Sø- og Handelsrettens utrykte dom af 18. april 1983, sagerne F-98-81 og F-517-81.

<sup>2</sup> Højesterets dom af 2. juni 1972 i sag I 28/1971, U 1972.702 H; Vestre Landsrets dom af 17. februar 2000 i anke 8. afd. B-1487-99, U 2000.1237 V; Højesterets dom af 2. september 2004 i sag 437/2002 (2. afd), U 2004.2894 H; Vestre Landsrets dom af 2. april 2007 i anke 13. afd. B-1236-06, U 2007.1949 H.

<sup>3</sup> Østre Landsrets utrykte dom af 7. oktober 2004, sag B.256-04.

<sup>4</sup> Kolding byrets dom af 7. april 2008, sag BS-9-1499; Østre Landsrets dom af 12. april 2007, sag B-2194-06.

<sup>5</sup> Vestre Landsrets dom af 12.9.2018 i sag BS-6882/2018-VLR

*liggende grundlag finder anledning til at nedsætte konventionalbodens størrelse.”*

Afgørelsen viser, at landsretten ved vurderingen af rimeligheden af konventionalbodens størrelse tillagde det betydning, at arbejdsgiveren i forbindelse med inddrivelsen af konventionalboden havde foretaget en rimelighedsvurdering, der konkret havde medført en nedsættelse af medarbejdernes konventionalbod. Således medførte arbejdsgiverens konkrete rimelighedsvurdering forud for inddrivelsen af konventionalboden, at retten ikke fandt grundlag for at nedsætte konventionalboden (yderligere).

En lignende begrundelse foreligger i en byretsdom fra 2022<sup>6</sup>. Sagen angik en medarbejders overtrædelse af en konkurrenceklausul. Medarbejderen havde underskrevet en konkurrenceklausul, der forbød ham at arbejde i en konkurrerende virksomhed i 12 måneder efter fratrædelse. Ved overtrædelse ifaldt medarbejderen en konventionalbod svarende til 30% af medarbejderens årlige løn. Medarbejderen havde opsagt sin stilling i juli 2020. I august 2021 henvendte virksomheden sig til den nu tidligere medarbejder, idet virksomheden var af den opfattelse, at medarbejderen havde handlet i strid med sin konkurrenceklausul. Under en efterfølgende retssag fandt retten, at medarbejderen havde handlet i strid med konkurrenceklausulen og pålagde, i overensstemmelse med virksomhedens påstand, medarbejderen at betale konventionalbod. Konkurrenceklausulen var gældende i perioden fra den 1. november 2020 til den 31. oktober 2021, og retten fandt, at medarbejderen havde overtrådt konkurrenceklausulen siden april 2021. Forud for inddrivelsen af konventionalboden havde virksomheden foretaget en konkret rimelighedsvurdering og kulancemæssigt nedsat kravet til betaling af tre gange konventionalbod for perioden august til oktober 2021 samt tilbagebetaling af uretmæssig kompensation for konkurrenceklausulen for august 2021, nemlig for tiden efter konstatering af krænkelsen og et forgæves pålæg til medarbejderen om omgående ophør af sin fortsatte krænkelse. Arbejdsgiver havde endog tilbudt at undlade krav om konventionalbod, såfremt medarbejderen omgående i august 2021 fratrådte sin konkurrerende ansættelse. Arbejdsgivers kulancemæs-

sige nedskrivelse af konventionalboden blev fremhævet i rettens begrundelse.

I den netop omtalte sag begrundede byretten ikke direkte resultatet af rettens § 36-vurdering i, at arbejdsgiveren forud for inddrivelsen kulancemæssigt havde nedsat konventionalboden. Alligevel må det som dommen er formuleret antages, at retten har tillagt det betydning, at arbejdsgiveren forud for retssagen havde foretaget en konkret rimelighedsbedømmelse og en deraf følgende nedsættelse af konventionalboden.

## KONKLUSION

Rimelighedsvurderingen af en konventionalbod afhænger af sagens samlede omstændigheder. Retspraksis synes dog at indikere, at arbejdsgiver ved at foretage en selvstændig rimelighedsvurdering forud for inddrivelse af konventionalboden, kan præge domstolenes efterfølgende vurdering af bodens rimelighed og intensiteten i prøvelsen efter aftalelovens § 36 og herved opnå bedre resultater ved domstolene.

Det må i den forbindelse anses for mindre væsentligt, at arbejdsgiver derved ikke nødvendigvis opnår den fulde konventionalbod, som arbejdsgiver var berettiget til i medfør af konkurrence- eller kundeklausulens ordlyd. Selv en høj konventionalbod er således ikke altid tilstrækkelig til at opveje for de økonomiske skadevirkninger af en tidligere medarbejders overtrædelse af en konkurrence- eller kundeklausul. Det centrale er således bodens præventive effekt. Denne præventive effekt opretholdes, selvom arbejdsgiver på et eventuelt inddrivelsestidspunkt af egen drift måtte nedsætte kravet ud fra en rimelighedsvurdering af konventionalbodens størrelse.

---

<sup>6</sup> Retten i Holstebros utrykte dom af 1. juli 2022, sag BS-42953/2021-HOL. Sagen er under anke af medarbejderen.

# ARBEJDSKLAUSULER I OFFENTLIGE KONTRAKTER - EFFEKTIV HÅNDHÆVELSE FORUDSÆTTER OMHU VED KONCIPERING



HENRIK KARL NIELSEN  
ADVOKAT (H), PH.D.  
KOCH / CHRISTENSEN ADVOKATFIRMA

Arbejdsklausuler er et obligationsretligt fænomen, der ses i statslige, regionale og kommunale kontrakter om levering af varer og tjenesteydelser. I hovedtræk er arbejdsklausulen udtryk for, at ordregiver stiller krav om, at en offentlig kontrakt opfyldes således, at de lønmodtagere, der beskæftiges af leverandøren, får den løn og de ansættelsesvilkår, der er sædvanlige på det sted, hvor arbejdet udføres. Og eftersom arbejdsklausulen er en del af en kontrakt, er ordregivers krav accepteret af leverandøren. Leverandøren er forpligtet til at leve op til kravet. Ordregivers kontrakt med den private leverandør betyder, at ordregiver ikke selv behøver have et produktionsapparat og en arbejdsstyrke, fordi ydelsen indkøbes jo netop eksternt. Derfor kan man godt sige, at en arbejdsklausul er en fremmed fugl i en kontrakt, da ordregiver med arbejdsklausulen alligevel er blevet tillagt en adgang til at blande sig i løn- og ansættelsesvilkår for personer, der ikke er ansat hos ordregiver.

Arbejdsklausuler i offentlige kontrakter har i en grænseoverskridende kontekst den betydning, at en leverandør fra et andet EU-land på *den ene side* kan opfylde kontrakten med lønmodtagere, der er udstationeret midlertidigt fra hjemlandet på hjemlandets vilkår og efter hjemlandets

lovgivning, men at leverandøren på *den anden side* som følge af arbejdsklausulen alligevel er aftalemæssigt forpligtet til at beskæftige de udstationerede lønmodtagere på sædvanlige danske vilkår. Tjenesteydere fra lavtlønslande fratages dermed deres komparative fordel i konkurrencen med tjenesteydere fra højt lønslande, og af samme grund har der været en diskussion om foreneligheden af arbejdsklausuler med EU-rettens regelsæt om fri udveksling af tjenesteydelser herunder udstationeringsdirektivet.<sup>1</sup> I denne artikel ser vi ikke på den principielle diskussion. Vi skal derimod se på nogle mere operative spørgsmål, der sjældent behandles i den juridiske litteratur. Det kan undre, for de operative spørgsmål er væsentlige og relevante. For som praktiserende advokat sker det, at en erhvervsdrivende, der er leverandør til en offentlig ordregiver, beder om et råd om rækkevidden af den forpligtelse, som han eller hun har i henhold til kontrakten.

RETSGRUNDLAGET FOR ANVENDELSEN AF ARBEJDSKLAUSULER I OFFENTLIGE KONTRAKTER § 8 i Beskæftigelsesministeriets cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter fra 2014 indeholder en henstilling til kommuner og regioner om at anvende

<sup>1</sup> Se fra dansk teori Helle Nøhr Larsen: *Arbejdsklausuler - Hvornår er de lovlige?*, HR Jura Magasinet 10/2016, s. 41ff. og Sune Troels Poulsen: *Arbejdsklausuler i offentlige kontrakter og EU's indre marked*, UfR 2014 B 198ff.

arbejdsklausuler i bygge- og anlægskontrakter efter retningslinjerne i cirkulæret samt i øvrige kontrakter, hvor det er hensigtsmæssigt. For centrale statslige ordregivere er brugen af arbejdsklausuler funderet i en folkeretlig forpligtelse efter ILO-konvention nr. 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.<sup>2</sup> I regioner og kommuner tager regionsråd og kommunalbestyrelser stilling til, om der skal anvendes arbejdsklausuler. Det fremgår af en undersøgelse, der i 2021 blev foretaget af analysebureauet Analyse & Tal på opdrag fra 3F,<sup>3</sup> at arbejdsklausuler var udbredte i regioner og kommuner, men at der generelt manglede kontrol med overholdelsen af arbejdsklausuler. En beretning fra Rigsrevisionen fra 2020<sup>4</sup> vurderede, at Staten ikke havde en tilfredsstillende brug af og kontrol med arbejdsklausuler, når ministerierne indgår kontrakter med private leverandører.

#### ORDREGIVER SKAL GØRE SIG FORMÅLET KLART

Forudsætningen for en betryggende og effektiv administration og håndhævelse af arbejdsklausuler er, at ordregiver gør sig klart, hvilket formål, der forfølges med brug af arbejdsklausuler. Det umiddelbare indtryk er, at hverken Beskæftigelsesministeriet, regioner eller kommuner er præcist bevidste om formålet. Ofte formuleres arbejdsklausuler som en del af bredere politikker, der betegnes i tidens mode med udtryk som "CSR" og "bæredygtige indkøb", der omfatter klausuler om alt fra emissionsværdier for CO<sub>2</sub> til forbud mod børne- og tvangsarbejde og tiltag til bekæmpelse af korruption. Men formålet med arbejdsklausuler er ikke afhængigt af tid og mode. Formålet er enkelt. Arbejdsklausuler forhindrer, at tilbudsgiverne konkurrerer om offentlige kontrakter med lønsum som komparativt konkurrenceparameter. I fraværet af arbejdsklausuler vil ordregivers valg af leverandør kunne betyde, at udenlandske eller ikke-overenskomstdækkede tilbudsgivere underbyder lokale, overenskomstdækkede tilbudsgivere. I en sådan situation ville udbudsprocessen modarbejde og potentielt underminere arbejdsmarkedsordenen på det sted, hvor arbejdet udføres. En sådan

skadelig effekt af offentlige udbud kan forhindres med brug af arbejdsklausuler.

Arbejdsklausuler handler dermed ikke om, at offentlige ordregivere skal "blande sig" i arbejdsmarkedsforhold. Ordregiver skal ikke føre lønpolitik i konkurrence med arbejdsmarkedets parter. Ordregiver skal blot sikre sig, at leverandørerne iagttager de standarder for løn- og ansættelsesforhold, der er sædvanlige på det sted, hvor arbejdet udføres. Derved sikrer ordregiver sig, at ordregivers jagt på det økonomisk mest favorable tilbud ikke bliver en jagt på de tilbudsgivere, der kan beskæftige lønmodtagere på de ringeste vilkår.<sup>5</sup>

#### ANSVARET FOR HÅNDHÆVELSEN LIGGER HOS ORDREGIVER

Arbejdsklausulen er en bestemmelse i kontrakten mellem den offentlige ordregiver og den private leverandør. Leverandøren er forpligtet over for ordregiver, men opfyldelsen finder sted i leverandørens forhold til sine ansatte. Men det er ordregiver som realkreditor, der kan håndhæve arbejdsklausulen over for realdebitor (leverandøren). Leverandørens ansatte eller deres faglige organisation er ikke kontraherende parter i arbejdsklausulen. I fravær af klare holdepunkter for andet kan den enkelte lønmodtager heller ikke støtte ret på arbejdsklausulen. I *UfR 2016.2990 H* udtalte Højesteret generelt, at aftaler med vilkår om at tillægge tredjemand rettigheder som udgangspunkt kun kan gøres gældende af aftalens parter, medmindre parterne har bestemt andet, eller at der er klare holdepunkter for, at det er et væsentligt formål med aftalen at tillægge tredjemand de pågældende rettigheder. Sagen drejede sig ikke om en arbejdsklausul, men om et vilkår i en aftale mellem Midttrafik og et busselskab, hvorefter leverandøren (busselskabet) skulle overtage den tidligere leverandørs forpligtelser over for medarbejderne, uanset om der ikke var tale om en virksomhedsoverdragelse i virksomhedsoverdragelseslovens forstand. Ordregiver kan

<sup>2</sup> Bkg. (LTC) nr. 1 af 4. januar 1957 om Danmarks ratifikation af den af den Internationale Arbejdskonference i Genève i året 1949 vedtagne konvention om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.

<sup>3</sup> [www.klausuler2021.dk](http://www.klausuler2021.dk).

<sup>4</sup> Statens brug af og kontrol med arbejdsklausuler, Rigsrevisionens beretning afgivet til Folketinget med Statsrevisorernes bemærkninger (nr. 16/2019), juni 2020.

<sup>5</sup> Det her anførte er en meget kortfattet gengivelse af det, der er en del af hovedtesen i min Phd afhandling *Arbejdsklausuler i offentlige kontrakter - kohærens mellem indkøb og arbejdsmarked*, København 2022.

naturligvis ikke forlade sig på, at arbejdsklausulen håndhæves uden ordregivers mellemkomst.

### ARBEJDSKLAUSULEN SKAL KONCIPERES KLART

Den indholdsmæssige forpligtelse efter en arbejdsklausul er i hovedtræk angivet i § 3, stk. 1, i Beskæftigelsesministeriets cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter:

*“Ordregiver skal i kontrakten stille krav om, at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører, som medvirker til at opfylde kontrakten, er sikret løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område”* (udhævet her).

Cirkulærets formulering afviger noget fra ILO-konvention nr. 94 art. 2:

*“Kontrakter, på hvilke nærværende konvention finder anvendelse, skal indeholde bestemmelser, der tilsikrer vedkommende arbejdere en løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art inden for vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet udføres,*

- a) *i henhold til kollektiv overenskomst eller anden anerkendt forhandlingsform mellem arbejdsgiver- og arbejderorganisationer, der repræsenterer en væsentlig del af henholdsvis arbejdsgiverne og arbejderne i vedkommende fag eller industri* (udhævet her).“

Arbejdsklausulen er et retligt instrument, med hvilket ordregiver kan skride ind over for en leverandør, der beskæftiger lønmodtagere på vilkår, der er “mindre gunstige” end dem, der gælder for arbejde af samme art

på det sted, hvor arbejdet udføres. Kollektive overenskomster anvendes som *referencenorm* for at fastlægge disse vilkår.

Hvis ordregiver skal administrere sine kontrakter korrekt, skal ordregiver dermed være i besiddelse af kvalificeret viden om løn- og ansættelsesvilkår inden for “vedkommende fag eller industri”, herunder om de kollektive overenskomster, der findes på området. Dermed ved ordregiver, hvilke standarder, man vil forpligte leverandørerne til at iagttage. Og først med denne viden kan ordregiver beslutte, hvordan arbejdsklausulen skal formuleres. Trafikselskabet MOVIA er et eksempel på en offentlig ordregiver, der har taget opgaven på sig, men som også har besluttet at anvende ekstern bistand for at kunne løse opgaven. MOVIA nedsatte i 2017 et kontrolpanel bestående af repræsentanter for tre arbejdsgiverforeninger (Dansk Industri, ATAX og Kristelig Arbejdsgiverforening) og tre faglige organisationer (3F, Det Faglige Hus og Kristelig Fagbevægelse).<sup>6</sup> Den meget brede sammensætning af kontrolpanelet afspejler, at transportområdet har flere landsdækkende konkurrerende kollektive overenskomster. Andre ordregivere har etableret separate kontrolenheder, hvis opgave er at påse overholdelsen af arbejdsklausuler.<sup>7</sup>

### DEN DÅRLIGE ARBEJDSKLAUSUL:

#### BLIND AFSKRIFT AF CIRKULÆRETS § 3, STK. 1

Der ses en del eksempler på, at offentlige ordregivere konciperer deres arbejdsklausuler ved blot at afskrive kravet i § 3, stk. 1, i Beskæftigelsesministeriets cirkulære. Dermed har ordregiver ikke fået formuleret, hvad det er, man forventer, at leverandøren skal leve op til. Cirkulærets krav om, at referencenormen for arbejdsklausuler skal være kollektive overenskomster mellem “mest repræsentative arbejdsmarkedsparter” er meget upræcist. Formuleringen er uegnet til at indgå uden nærmere forklaring i en aftalebestemmelse, der skal kunne håndhæves. En arbejdsklausul er en aftalt begrænsning af leverandørens aftalefrihed, og hvis ordregiver ønsker at kunne reagere over for de vilkår, på hvilke leverandøren beskæftiger lønmodtagere, skal arbejdsklausulen *præcist* angive det, som

<sup>6</sup> Se <https://www.moviatrafik.dk/kommune-region/flextrafik/movias-kontrolpanel/>

<sup>7</sup> Se f.eks. Region Sjællands Interne Kontrolenhed, <https://www.regionsjaelland.dk/omregionen/Social-dumping/Intern-Kontrolenhed/Sider/default.aspx>.

leverandøren er forpligtet til at leve op til (arbejdsklausulens referencenorm). Hvis ordlyden overlader det til leverandøren selv at identificere de kollektive overenskomster og de "mest repræsentative" arbejdsmarkedsparter, er det forholdsvis klart, at ordregiver ikke har et sikkert retsgrundlag for at kunne tilsidesætte leverandørens egen fortolkning af forpligtelsen.

Både ældre og nyere retspraksis har stillet store krav til omhyggeligheden og klarheden i bestemmelser i offentlige kontrakter. I den før omtalte *UfR 2016.2990 H* var der i en kontrakt om drift af en rutebillinje en bestemmelse om, at

*"Lov nr. 710 af 20. august 2002 om »lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse (...) skal følges. Den byder, der opnår kontrakt, vil derfor være stillet som ved erhvervelse af en virksomhed".*

Højesteret fandt ikke, at kontrakten skulle forstås således, at leverandøren var forpligtet til at overtage den tidligere leverandørs forpligtelser i forhold til sine medarbejdere, uanset om der var tale om en virksomhedsoverdragelse i lovens forstand. Ordlyden af aftalen ville nok kunne bære det modsatte resultat. Den ældre *UfR 1937.39 H* drejede sig om en bestemmelse i en aftale, hvor Københavns kommune havde solgt byggegrunde med det formål, at "skaffe billige Arbejderboliger". Fortolkningsspørgsmålet var, om det oprindeligt aftalte vilkår var endeligt opfyldt ved salget og den efterfølgende opførelse af "Arbejderboliger", eller om der var tale om en vedvarende forpligtelse for køber. Højesteret lod det komme kommunen til skade - også *inter partes* - at man ikke havde tinglyst forpligtelsen som en servitut og lod fortolkningen falde ud i den private købers favør.

Hvis der på et område findes flere landsdækkende kollektive overenskomster, og hvis arbejdsklausulen blindt gentager kravet om løn- og ansættelsesvilkår, der ikke er mindre gunstige end kollektive overenskomster mellem de "mest repræsentative" arbejdsmarkedsparter, kan der ikke være tvivl om, at ordregiver ikke vil kunne stille krav om, at en - og kun en - kollektiv overenskomst anvendes som referenceoverenskomst. I en nyere sag har Helsingør Kommune vurderet, at en arbejdsklausul med den be-

skrevne formulering kan have flere referenceoverenskomster.<sup>8</sup>

## DOKUMENTATIONSFORPLIGTELSEN

Twister om overholdelse af en arbejdsklausul vil sædvanligvis opstå, fordi der er nogen, der klager til ordregiver, eller ved at ordregiver i kontrakten har aftalt en adgang til at udvælge leverandører til stikprøvekontrol. I begge tilfælde er det naturligtvis påkrævet, at der i kontrakten er en forpligtelse for leverandøren til at dokumentere, at arbejdsklausulen overholdes og dermed en adgang for ordregiver til at kræve denne dokumentation.

Udgangspunktet uden anden aftale vil være, at den kontraktspart, der hævder, at den anden part misligholder, må kunne godtgøre, at dette er tilfældet. Offentlige kontrakter vil ofte vedrøre udførelse af opgaver af væsentlig samfundsmæssig betydning og af en vis økonomisk betydning, og hvis ordregiver vil sikre sig muligheder for at kunne håndhæve en arbejdsklausul uden at påtage sig en ubehagelig standpunktsrisiko, må arbejdsklausulen indeholde bestemmelser om håndtering af tvister om arbejdsklausulen.

Det vil i den forbindelse være oplagt, således som det også ses i praksis, at kontrakten indeholder en udtrykkelig forpligtelse for leverandøren til at godtgøre på forespørgsel, at vilkårene i arbejdsklausulen overholdes. Det vil i praksis kunne være bestemmelser, der forpligter leverandøren til på anfordring at fremsende kopier af ansættelseskontrakter, lønsedler og dokumentation for afregning af kildeskat. Det kan være en potentielt ressourcekrævende opgave for leverandøren, men leverandøren må ved afgivelse af tilbud indregne den forventede potentielle udgift til håndtering af den form for forespørgsler fra ordregiver.

## SANKTIONER OG MISLIGHOLDELSSEBEFØJELSER

Med en dokumentationsforpligtelse for leverandøren vil ordregiver i vidt omfang have sikret sig, at standpunktsrisikoen fjernes eller i det mindste reduceres i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt arbejdsklausulen er efterlevet eller misligholdt. Der vil dog fortsat være en standpunktsrisiko i forhold til spørgsmålet om, hvornår en mislighold-

<sup>8</sup> Helsingør Kommune, Økonomi- og Erhvervsudvalget, referat af møde den 24. oktober 2022, pkt. 4 (sag nr. 22/556396).

else er væsentlig og kan begrunde en ophævelse af den offentlige kontrakt.

Der er dog det særlige forhold, der gør sig gældende for arbejdsklausuler, at de kun opfylder deres formål i tilfælde af naturalopfyldelse. Erstatning vil være en misligholdelsesbeføjelse, der ikke er praktisk relevant. I tilfælde af misligholdelse lider realkreditor (ordregiver) ikke noget økonomisk tab, og der er ikke noget at erstatte i forhold til ordregiver.

Derfor ses det i praksis ofte, at der i tilknytning til en arbejdsklausul aftales særskilte sanktionsbestemmelser, der gør det muligt, at en arbejdsklausul kan håndhæves af ordregiver, uden at der skal gøres brug af hævebeføjelsen. Det er i den forbindelse oplagt, at der er aftalt en adgang for ordregiver til at forlange, at en leverandør, der misligholder en arbejdsklausul, betaler en bod. ILO-konvention nr. 94 art. 5, stk. 2, foreskriver som en fakultativ håndhævelsesmulighed, at ordregiver tilbageholder betalinger som sikkerhed for opfyldelsen af arbejdsklausulen.

## AFSLUTNING

Beskæftigelsesministeriets cirkulære om arbejdsklausuler er i sin gældende form fra 2014, men Danmark har siden ratifikationen i 1955 været forpligtet af ILO-konvention nr. 94, der gælder for centrale statslige ordregivere. Med udbredelsen af arbejdsklausuler til regionale og kommunale ordregivere, der har taget til siden 2014, må man anse arbejdsklausuler som et fænomen, der er kommet for at blive. Vi har endnu til gode at se principielle afgørelser fra domstole eller voldgiftsretter om den praktiske anvendelse af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. Men det er heller ikke nødvendigvis ønskværdigt, at arbejdsklausuler skal give anledning til tvister, der afgøres retsligt. Omhu ved konciperingen og en grundlæggende forståelse af arbejdsklausulers formål inden for udbuds- og kontraktsretten vil utvivlsomt langt hen ad vejen kunne reducere risikoen for tvister. Men noget sådant forudsætter også at der i de offentlige indkøbs- og udbudsenheder er en kvalificeret og kompetent viden om andet end udbudsjura.

## LÆS MERE



### ARBEJDSKLAUSULER I OFFENTLIGE KONTRAKTER KOHÆRENS MELLEMLINK INDKØB OG ARBEJDSMARKED

af Henrik Karl Nielsen  
(Ph.d. afhandling)  
1. udgave 2022, 475 sider  
Karnov Group

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.

# LIGEBEHANDLINGSLOVEN - UDVALGTE PROBLEMSTILLINGER

[ARTIKLEN ER SKREVET MED AFSÆT I FORFATTERENS KANDIDATAFHANDLING]



RASMUS DALAGER SCHUSTER  
KONSULENT  
DANSK INDUSTRI

Inden du lader dig skræmme af overskriften "kandidatafhandling", så lad mig forklare, hvorfor du som både ansættelsesretlig praktiker og teoretiker forhåbentlig vil finde denne artikel interessant.

Som praktiker, er det naturligvis væsentligt, at kunne omsætte gældende ret til praktisk anvendelige løsninger for klienter, for medlemmer og andre, der måtte ønske en forklaring på "*hvad, hvorfor og hvordan*". For teoretikere er praktikken i den gældende lovgivning en grundlæggende forudsætning for at kunne videreudvikle lovgivning i forhold til, *hvad* lovgivningen betyder, *hvorfor* lovgivningen er som den er, *hvordan* lovgivningen påvirker de mest relevante aktører og i sidste ende, om lovgivningen er som den nu ifølge lovgiver bør være.

Det er disse elementer jeg, med et praktisk afsæt, har forsøgt at give mit indspark til i et ellers vel omdiskuteret juridisk emne. I det følgende vil jeg fremhæve nogle emner og problemstillinger fra min kandidatafhandling, som jeg har fundet særligt interessant i relation til belysning af afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingsloven<sup>1</sup>. I specialet ønskede jeg at undersøge, hvorvidt

grænserne for afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9 er blevet udvidet som følger af domstolenes<sup>2</sup> fortolkning og anvendelse af reglerne. Jeg skal understrege, at jeg af hensyn til formålet med nærværende artikel har udeladt den længere juridiske behandling af de til ligebehandlingsloven bagvedliggende EU-direktiver, dybdegående redegørelse for faktum i alle anvendte afgørelser, samt redegørelse for den retspolitiske teori, der ligger til grund for denne del af min afhandling.

## LIGEBEHANDLINGSLOVENS §§ 16, STK. 4, OG 16 A

For at undersøge udstrækningen af den regulerede afskedigelsesbeskyttelse i ligebehandlingsloven, skal lovens bevisbyrde regler behandles. I civilretlige sager er bevisbyrden aldeles afgørende for parternes retsstilling og kan samtidigt have betydning for særligt arbejdsgiverens mulighed for at løfte sin bevisbyrde. I dansk ret er det alt-overvejende udgangspunkt en ligefrem bevisbyrde, hvorefter den part, der påstår at være blevet udsat for krænkelse af sine rettigheder, må fremføre tilstrækkelig bevis herfor. Det er dog ikke tilfældet i sager om overtrædelse af ligebehandlingsloven, der opererer med henholdsvis en omvendt og en delt bevisbyrde.

<sup>1</sup> Lovbekendtgørelse nr. 645 af 18. juni 2011

<sup>2</sup> EU-domstolen, danske civile domstole og ligebehandlingsnævnet

## OMVENDT/DELT BEVISBYRDE

En grænsedragning mellem den omvendte bevisbyrde i ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 og den delte bevisbyrde i lovens § 16 a er væsentlig at fastlægge, eftersom det har væsentlig betydning for, om lønmodtageren reelt har en bevisbyrde af løfte.

## OMVENDT BEVISBYRDE

Ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 hjemler den såkaldte omvendte bevisbyrde. Efter bestemmelsen pålægges arbejdsgiveren bevisbyrden for, at en afskedigelse<sup>3</sup> ikke er begrundet i medarbejderens graviditet eller orlov, når afskedigelsen "(...) *finder sted under graviditet, fravær efter barsellovens §§ 6-11, 13 og 14 og i varslingsperioder efter barsellovens § 16, stk. 2(...)*".

Domstolene har ved flere lejligheder udtalt sig om anvendelsen af den omvendte bevisbyrde. Afgørelserne viser, at den omvendte bevisbyrde ikke kan udstrækkes til at gælde i situationer, der ikke eksplicit er nævnt i § 16, stk. 4. I U.2006.1603 Ø kunne bestemmelsen ikke anvendes, fordi arbejdstageren ikke formelt afholdt orlov i henhold til de "*udtrykkeligt angivne bestemmelser*"<sup>4</sup> (egen kursivering). I U.2007.923 Ø kunne den omvendte bevisbyrde ikke anvendes, hvor en arbejdstager blev afskediget efter flere på hinanden følgende sygemeldinger, som følge af en spontan abort.

I U.1992.171 Ø udtalte landsretten, at bestemmelsen ikke er begrænset til tilfælde, hvor arbejdstageren godtgør eller sandsynliggør, at arbejdsgiver på afskedigelsestidspunktet kendte til arbejdstagers graviditet. I U.1994.212 Ø udtalte landsretten dog, at arbejdsgivers bevisbyrde var løftet, da det blev bevist, at arbejdsgiver ikke havde viden om lønmodtagerens graviditet på opsigelsestidspunktet. Betydningen af arbejdsgivers viden eller burde-viden på opsigelsestidspunktet behandles yderligere nedenfor.

Der er altså ikke megen tvivl om anvendelsesområdet for den omvendte bevisbyrde, der finder anvendelse i de i ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 nævnte perioder og

alene ved det blotte faktum, at afskedigelsen finder sted i løbet af disse perioder. Det skal hertil nævnes, at landsretten i U.1993.782 V fandt, at bestemmelsen også finder anvendelse, når arbejdsgiveren formelt først afskediger arbejdstageren efter udløbet af de omtalte perioder, men hvor det kan dokumenteres, at beslutningen om afskedigelse reelt blev truffet i løbet af beskyttelsesperioden.

## DELT BEVISBYRDE

I modsætning til den omvendte bevisbyrde er der flere uklarheder forbundet med fortolkningen og anvendelsen af ligebehandlingslovens § 16 a.

Anvendelsesområdet for § 16 a er unægteligt bredere end reglen i § 16, stk. 4, men den nærmere afgrænsning af bestemmelsen og arbejdstagerens bevisbyrdemæssige position kræver yderligere undersøgelse.

### "Faktiske omstændigheder"

I tilfælde hvor en arbejdstager måtte anse sig for krænkede i henhold til ligebehandlingslovens §§ 2-5, 9 og 15, stk. 1, skal arbejdstageren påvise *faktiske omstændigheder*, der giver anledning til en formodning for, at der er fundet ulovlig forskelsbehandling sted, jf. ligebehandlingslovens § 16 a.

Ligebehandlingsloven definerer dog ikke, hvad der mere konkret ligger i begrebet *faktiske omstændigheder* og fastlægger derfor ikke i sig selv grænserne for bestemmelsens anvendelse. Højesteret har imidlertid udtalt sig herom i sag U.2012.2602 H. I dommen "*forsøges der givet eksempler på, hvad "faktiske omstændigheder" kan være*". Højesteret nævner blandt andet, at mønstre, der indikerer, at en arbejdsgiver foretrækker mandlige arbejdstagere kan udgøre en faktisk omstændighed, der bringer § 16 a i anvendelse. Højesteret nævner også den enkelte arbejdstagers *formelle kvalifikationer* og andet dokumenterbart bevismateriale, herunder skriftlig dokumentation, vidneforklaringer m.v., som eksempler på dokumentation for faktiske omstændigheder.

<sup>3</sup> Bestemmelsen gælder ikke kun i tilfælde af afskedigelse, men også ved "*anden mindre gunstig behandling*". Denne del har dog ikke været behandlet yderligere i afhandlingen, og vil derfor ikke blive behandlet her. I stedet henvises blandt andet til Ligebehandlingsnævnets KEN nr. 9543 af 25/06/2020, hvor nævnet skulle tage stilling til, om en ændring af en arbejdstagers ansættelsesvilkår var af så væsentlig karakter, at det kunne udgøre en "*anden mindre gunstig behandling*".

<sup>4</sup> Jf. landsrettens begrundelse og resultat vedr. bevisbyrde

Højesteret tiltrådte i U.2012.2602 H landsrettens inddragelse af hensynet til, at arbejdsgiveren i forvejen beskæftigede mange kvindelige ansatte og derfor var vant til at håndtere gravide lønmodtagere. Et hensyn, der blev taget i betragtning til fordel for arbejdsgiveren. Modsetningsvist kan det muligvis antages, at hvis arbejdsgiveren ikke beskæftiger kvinder - eller i meget begrænset omfang gør - kan dette udgøre en faktisk omstændighed, der giver anledning til formodning for forskelsbehandling. Det bemærkes, at der hermed ikke tages stilling til det endelige skyldsspørgsmål, men alene hvad der kan udgøre en *faktisk omstændighed* i henhold til ligebehandlingslovens § 16 a.

Højesterets eksempler på faktorer, der kan udgøre faktiske omstændigheder i relation til ligebehandlingslovens § 16 a er ikke udtømmende. Ordlyden af begrebet faktisk omstændighed, sammenholdt med Højesterets udtalelse som gengivet ovenfor, må dog indebære et krav om "dokumentationsevne". Altså, at arbejdstageren ved fremlæggelse af håndgribeligt materiale såsom e-mails, breve, vidneforklaringer og lignende kan sandsynliggøre, at arbejdsgiverens ageren er retsstridig. Det er ikke kun forhold af mere generel karakter, f.eks. mønstre, der kan udgøre en faktisk omstændighed. Også faktiske forhold af individuel karakter, f.eks. det forhold at en arbejdstager afskediges i umiddelbar tilknytning til oplysningen til arbejdsgiveren om sin graviditet eller i umiddelbar forlængelse af tilbagevenden fra orlov kan udgøre en faktisk omstændighed.

#### *"Tidsmæssig sammenhæng"*

Gennem praksis er der udviklet et paradigme vedrørende den tidsmæssige sammenhæng mellem en afskedigelse eller vilkårsforringelse<sup>5</sup> og arbejdstagerens oplysning om graviditet, tilbagevenden fra orlov m.v. Danske domstole og ligebehandlingsnævnet har ved flere lejligheder udtalt sig om emnet.

I Ligebehandlingsnævnet kendelse af 29. januar 2019 blev arbejdstageren afskediget - grundet arbejdsmangel - 18 måneder efter oplysning til arbejdsgiveren om sin fertilitetsbehandling. Nævnet vurderede, at der ikke var "*nogen tidsmæssig sammenhæng*" mellem afskedigelsen og oplysningen om behandlingen. I Østre Landsrets dom i sag B-1184-10 blev en periode på 2 måneder fra oplysning om fertilitetsbehandling til afskedigelse anses som en tilstrækkelig tidsmæssig sammenhæng til at udgøre en faktisk omstændighed.

Foruden disse to afgørelser, kan der peges på en lang række andre afgørelser<sup>7</sup>, der alle peger i retning af, at en "tæt tidsmæssig sammenhæng"<sup>8</sup> mellem en afskedigelse og arbejdstagerens oplysning om graviditet eller orlov er tilstrækkelig til at påvise faktiske omstændigheder. I U.2019.2643 V, hvor en arbejdstager blev afskediget under 1 måned efter, at hun skulle have været vendt tilbage til arbejdet efter orlov og ferie, anså Vestre Landsret dog ikke den tidsmæssige sammenhæng for alene at være tilstrækkelig til at påvise faktiske omstændigheder for ulovlig forskelsbehandling. Landsrettens afgørelse i U.2019.2643 V<sup>9</sup> må fortolkes således, at der ud over den tidsmæssige sammenhæng også skal påvises andre faktiske omstændigheder - f.eks. at arbejdsgiveren har lagt vægt på graviditets- eller fødselsbetinget sygdom (i øvrigt beskyttelsesværdige momenter) i sin beslutning om afskedigelse - før end arbejdstageren kan anses for at have løftet sin bevisbyrde.

En egentlig grænse for, hvornår der foreligger en tæt tidsmæssig sammenhæng lader sig vanskeligt opstille. Det kan i henhold til praksis dog forventes, at en periode på én til to måneder, fra oplysning om graviditet, tilbagevenden fra orlov m.v. til afskedigelse, som udgangspunkt vil blive anset som en tilstrækkelig tidsmæssig sammenhæng til at udgøre en faktisk omstændighed. Det kan dog ikke afvises, at en tæt tidsmæssig sammenhæng alene vil kunne

<sup>5</sup> En vilkårsforringelse af så væsentlig karakter, at der reelt er tale om et nyt ansættelsesforhold - en "væsentlig stillingsændring".

<sup>6</sup> J. nr. 2500136-09

<sup>7</sup> Fra Ligebehandlingsnævnet blandt andre: J.nr. 18-712017, J.nr. 20-9739, J.nr. 20-20545

<sup>8</sup> Den yderligere betingelse "tæt" ses blandt andet anvendt i Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 27. februar 2017, J. nr. 2016-6810-00347, hvor nævnet anså ca. 1,5 måned for en vis, men ikke tæt tidsmæssig sammenhæng. Der var derimod tæt tidsmæssig sammenhæng mellem afskedigelse og arbejdsgivers erfaring af arbejdstagerens mangelfulde kundeførelse, der var årsagen til afskedigelse. Arbejdstageren havde ikke påvist tilstrækkelige faktiske omstændigheder og arbejdsgiveren blev frikendt.

<sup>9</sup> Hvor en arbejdstager blev afskediget pga. ordrenedgang to dage efter sin tilbagevenden til arbejdet efter endt orlov

udgøre tilstrækkelige faktiske omstændigheder til, at arbejdstageren må anses for at have løftet sin bevisbyrde efter ligebehandlingslovens § 16 a. I disse situationer må arbejdsgiverens dokumentation, for en afskedigelses saglighed, dog antages at skulle være af en ikke u-væsentlig karakter for at den tætte tidsmæssige sammenhæng ikke i sig selv er tilstrækkelig til at bringe § 16 a i anvendelse.

## LIGEBEHANDLINGSLOVENS § 9

### - BESKYTTELSENS INDRÆDEN OG OPHØR, HVOR GÅR GRÆNSERNE?

Ligebehandlingslovens bevisbyrderegler har som nævnt stor betydning for parternes retslige position i sager om påstået krænkelse af ligebehandlingsloven. Ja, man kan fristes til at sige, at arbejdsgiveren *formodes* at have ydet retsstridig forskelsbehandling i sager, hvor den omvendte bevisbyrde finder anvendelse. Det er dog meningsløst at tale om bevisbyrderegler uden at afdække det egentlige anvendelsesområde for afskedigelsesbeskyttelsens retlige udgangspunkt, nemlig ligebehandlingslovens § 9.

For at undersøge dette, forsøger jeg at afdække beskyttelsen både før, under og efter arbejdstagerens graviditet.

### FØR GRAVIDITET

Det er med Paraguay-dommen<sup>10</sup> slået fast, at afskedigelsesbeskyttelsen efter graviditetsdirektivets artikel 10<sup>11</sup> har til formål at beskytte kvindelige arbejdstagere *før* og *efter* de har født<sup>12</sup> (egen kursivering). Den danske Højesteret har senere fastslået<sup>13</sup>, at ligebehandlingslovens § 9 også gælder, når en arbejdstager forsøger at blive gravid ved kunstig befrugtning. I dommen finder Højesteret samtidigt, at beskyttelsen også gælder, selvom graviditeten de facto ikke er indtrådt. Dette er dog senere<sup>14</sup> blevet modificeret således, at en arbejdstager ikke nyder beskyttelse ved det blotte ønske om fertilitetsbehandling eller under de ind-

ledende udredningsforløb. Det samme finder EU-domstolen i Mayr-dommen<sup>15</sup>, hvorefter beskyttelsen først indtræder, når befrugtede æg er opsat i kvindens livmoder. Graviditeten skal altså materialisere sig i konkret behandling (f.eks. hospitalsindlæggelse) førend beskyttelsen indtræder.

I relation til det ovenfor anførte om den delte bevisbyrde bør det nævnes, at oplysningen til arbejdsgiveren om behandling for ufrivillig barnløshed kan udgøre en faktisk omstændighed i relation til ligebehandlingslovens § 16 a<sup>16</sup>.

### UNDER GRAVIDITET OG ORLOV

Det kræver ikke yderligere spalteplass at fastslå, at en arbejdstager er beskyttet under graviditet og afholdelse af orlov efter barselsloven. Af praksis kan det ligeledes udledes, at det for saglighedsvurderingen er underordnet, om en afskedigelse begrundes i arbejdsgiverens eller arbejdstagerens forhold. I begge situationer er det helt centralt, hvilke momenter arbejdsgiveren kan siges at have lagt vægt på i sin beslutning om afskedigelse. Det er imidlertid uklart, i hvor høj grad de efter ligebehandlingsloven beskyttede forhold skal have haft indflydelse på beslutningen. Praksis synes dog at pege i retning af, at forhold der selv i mindre grad kan henføres til graviditeten, orloven m.v. gør en afskedigelse retsstridig.

Det er dog væsentligt at fastslå, igen i relation til bevisbyrdereglerne, at faktiske forhold, herunder begrundelsen for afskedigelse, kan gøre det næsten umuligt for arbejdsgiveren at løfte sin bevisbyrde. Det kunne f.eks. være tilfældet, hvor arbejdsgiverens begrundelse for en afskedigelse er "højt sygefravær", der senere viser sig at være graviditetsbetinget.

<sup>10</sup> Sag C-460/06, Paquay

<sup>11</sup> Jeg har for denne fremstilling udeladt en længere redegørelse om oprindelsen af ligebehandlingsloven beskyttelsesregler. Der er tale om en længere redegørelse for flere EU-direktiver, hvilket ikke findes nærliggende for nærværende artikel. For nuværende skal det blot fastslås, at ligebehandlingslovens § 9 implementerer graviditetsdirektivets (direktiv 92/85) artikel 10.

<sup>12</sup> Jf. præmis 28

<sup>13</sup> U.2003.603 H

<sup>14</sup> U.2012.2602 H

<sup>15</sup> Sag C-506/06, Mayr, der omhandlede in-vitro-befrugtning

<sup>16</sup> Jf. også U.2011.17 V

Dette var omdrejningspunktet i U 2017.303 H, der omhandlede arbejdsgivers viden eller burde-viden om graviditeten på opsigelsestidspunktet. I sagen slår Højesteret fast, at det også i sager om brud på ligebehandlingsloven gælder et grundlæggende princip om, *”at rimeligheden af en afskedigelse skal vurderes (...) på opsigelsestidspunktet”*.

Det spændende ved denne dom er, at den kan læses som et opgør med den retsstilling, som Højesteret i U 2012.1782 H gav udtryk for. Retten fandt i sidstnævnte afgørelse, at en arbejdsgiver havde handlet i strid med ligebehandlingsloven ved ikke at trække en afskedigelse - der i øvrigt var begrundet i arbejdstagerens omfattende sygefravær - tilbage, da arbejdsgiveren efterfølgende fandt ud af, at sygefraværet var graviditetsbetinget. Retten udtalte, at ligebehandlingslovens § 9, efter sit formål, skulle anses for at gælde ved opsigelse grundet graviditetsbetinget sygdom, uanset om arbejdsgiveren var eller burde være bekendt med graviditeten.

Ved en sammenligning af U 2017.303 H og U 2012.1782 H synes retsstillingen om arbejdsgivers viden og burde-viden noget broget, men jeg mener ikke, at dette er tilfældet. I afgørelsen fra 2012 afskediges arbejdstageren under direkte henvisning til sygefravær, der viser sig at være graviditetsbetinget. Der er altså tale om direkte forskelsbehandling efter ligebehandlingslovens § 1, stk. 2, 2. led. Arbejdsgiveren kan herefter anses for at have en bevisbyrde at løfte, eftersom direkte diskrimination som altovervejende udgangspunkt ikke kan retfærdiggøres<sup>17</sup>. I dommen fra 2017 er begrundelsen for afskedigelse virksomhedens økonomi og det burde derfor afsøges nærmere, om begrundelsen helt eller delvist kunne være begrundet i arbejdstagerens graviditet.<sup>18</sup>

Retsstillingen må i lyset af disse to afgørelser forstås sådan, at en arbejdsgivers viden eller burde-viden er uden betyd-

ning i sager, hvor en afskedigelse er direkte begrundet i graviditeten, i graviditetsbetinget sygdom eller andre af ligebehandlingsloven beskyttede forhold. Arbejdsgivers viden eller burde-viden på afskedigelsestidspunktet er dog et relevant forhold, når arbejdsgiverens afskedigelse ikke er begrundet i forhold, der har direkte forbindelse med den gravides tilstand. Arbejdsgivers viden eller burde-viden var både relevant før U.2012.1782 H og er stadig relevant efter domsafsigelsen, da netop arbejdsgivers viden eller burde-viden kan være afgørende for, om arbejdsgiveren har løftet sin bevisbyrde efter ligebehandlingslovens § 16, stk. 4<sup>19</sup>.

### BESKYTTELSEN, NÅR PARTNEREN INDTRÆDER I RETTEN TIL BARSORSORLOV

Udover spørgsmålet om arbejdsgivers viden eller burde-viden om arbejdstagers graviditet, fandtes det relevant at undersøge spørgsmålet om afskedigelsesbeskyttelse i situationer, hvor den anden forældre<sup>20</sup> indtræder i retten til barselsorlov grundet sygdom, jf. barselslovens § 7, stk. 2. For denne del fandtes det relevant, at tage udgangspunkt i Østre Landsrets afgørelse i sag BS-4302/2019-OLR, der er en aldeles illustrativ afgørelse for så vidt angår grænserne for beskyttelsen efter ligebehandlingslovens § 9.

Sagen omhandlede en kvinde, der efter fødsel blev sygemeldt med fødselsdepression. Efter ca. 6 måneders fravær, blev kvinden opsagt med begrundelsen *”for højt sygefravær”*. Et centralt moment for retten var, at arbejdsgiveren ubestridt havde lagt vægt på fravær i 14-ugers perioden efter fødsel<sup>21</sup>, men hvor kvindens mand altså havde overtaget barselsorloven.

Rettens afgørelse, at kvinden var beskyttet af ligebehandlingslovens § 9, fremstår i udgangspunktet klar og tydelig, men undersøges afgørelsens enkeltelementer yderligere, kan der fremhæves flere interessante juridiske problemstillinger. I afhandlingen diskuteres rettens afgørelse i lyset

<sup>17</sup> Nielsen, Ruth, Ligebehandlingsloven med kommentarer, Karnov Group 2019, side 99

<sup>18</sup> Hertil skal naturligvis tillægges sagens yderligere faktum og jeg mener også, at 2012-afgørelsens noget uklare præmisser spiller en rolle i fortolkning af afgørelsen.

<sup>19</sup> Se hertil Ligebehandlingsnævnets afgørelsen i KEN nr. 9218 af 23/02/2022

<sup>20</sup> Den forældre, der ikke i udgangspunktet har ret til at afholde barselsorlov (far, medfar, medmor etc).

<sup>21</sup> Barselsorloven efter de gamle barselsregler (gældende for arbejdstagere til børn født før 2. august 2022)

af den bagvedliggende EU-ret<sup>22</sup> og den danske implementeringslovgivning<sup>23</sup> for at finde svar på, om afskedigelsesbeskyttelsen et tiltænkt at finde anvendelse ved de facto afholdelse af orlov efter barselsloven eller om beskyttelsen indtræder ved det blotte forhold, at arbejdstageren kunne have holdt orlov.

Min vurdering er, at arbejdstageren ikke er beskyttet efter ligebehandlingslovens § 1, stk. 2, 2. pkt., når arbejdstageren de facto ikke (længere) er *fraværende*, på grund af barselorlov. Der er ikke med indførelsen af § 7, stk. 2, dokumenteret et ønske om implementering af en reel dobbeltbeskyttelse i indtrædelsessituationen. Beskyttelsen må i stedet følge den forælder, der indtræder i barselorloven.

Landsretten synes enig i en sådan læsning, idet landsretten, i sine præmisser, gør relativt meget ud af, at kvinden ikke *frivilligt* havde overdraget sin orlov og derved ikke: "*(...) frivilligt (har) opgivet den beskyttelse mod direkte forskelsbehandling, som følger af ligebehandlingslovens § 1, stk. 2, 2. pkt.*"<sup>24</sup>

Denne præmis rammer sagens kerne godt. Der kan ikke herske megen tvivl om, at afskedigelsesbeskyttelsen ligger hos den forælder, der er fraværende på grund af orlov. Men når nu landsretten fandt, at afskedigelsen var i strid med ligebehandlingslovens § 9, jf. § 1, stk. 2, 2. pkt., og at arbejdsgiveren skulle betale en godtgørelse på ni måneders løn, hvad kan så tænkes at lægge til grund for landsrettens afgørelse?

Landsretten begrundet sin afgørelse i BS-4302/2019-OLR således: "*På den baggrund finder landsretten, at Sagsøgte i hvert fald under de foreliggende omstændigheder, hvor årsagen til Sagsøgers sygefravær i barselorlovperioden (...) var en fødselsbetinget sygdom, ikke kan lægge vægt på*

*dette fravær som begrundelse for den senere afskedigelse af hende.*" (egen fremhævelse).

Landsrettens afgørelse er altså tydeligt truffet på baggrund af en konkret vurdering af de faktiske omstændigheder i sagen. For det første, kan arbejdstageren ikke anses for at have givet frivilligt afkald på sin beskyttelse efter § 9 ved det forhold, at faren indtræder i hendes orlov efter barselslovens § 7, stk. 2. Dertil kommer, at arbejdsgiveren ubestridt har lagt vægt på fravær, der lå i den periode, hvor arbejdstageren skulle have afholdt barselorlov og dermed er beskyttet af § 9. Det er her relevant at henvise til den - stadig gældende - retsstilling, som EU-domstolen fastlagde i Brown-sagen<sup>25</sup>. I denne sag fandt EU-domstolen, at en afskedigelse vil være i strid med ligebehandlingsloven, hvis arbejdsgiver lægger vægt på graviditets- eller fødselsbetinget sygdom<sup>26</sup>.

Konklusionen på landsrettens afgørelse må derfor være, at sagen i meget høj grad skal anses som afgjort på baggrund af de faktiske omstændigheder. Arbejdsgiver lægger i sagen vægt på et grundlæggende beskyttelsesværdigt kriterium og som udgør direkte forskelsbehandling efter ligebehandlingslovens § 1, stk. 2.

Det er min klare opfattelse, at landsrettens afgørelse i denne sag ikke har sat sidste punktum i diskussionen om afskedigelsesbeskyttelse i indtrædelsessituationen. Afgørelsen bør heller ikke anses for at skabe præcedens for en udstrækning af ligebehandlingslovens beskyttelsesregler til at gælde situationer, hvor arbejdstageren "kunne have afholdt orlov".

## EFTER ENDT ORLOV

Arbejdstagere er beskyttede af ligebehandlingslovens § 9 i de bestemte nævnte perioder og som vist ovenfor også i perioder, der ligger i en tæt tidsmæssig sammenhæng til medarbejderens orlovsafholdelse<sup>27</sup>. Arbejds-

<sup>22</sup> Blandt andet kønsligestillings- (Direktiv 2006/54/EF) og graviditetsdirektivet (Direktiv 92/85)

<sup>23</sup> Navnlig forarbejder til ligebehandlingslovens §§ 7, stk. 2 og 9

<sup>24</sup> En læsning, der også gentages i Larsson-sagens præmis 22-23 (Sag C-400/95).

<sup>25</sup> Sag C-394/96, der blandt andet finder, at en kontraktbestemmelse om adgang til afskedigelse efter en nærmere bestemt periode med sygefravær, ikke kan udgøre en lovlig afskedigelse, når fraværet er forårsaget af graviditeten, jf. præmisserne 27 og 31-33.

<sup>26</sup> Jf. blandt andet præmis 21

<sup>27</sup> Det kan i hvert fald fungere som en faktisk omstændighed, der giver anledning til en formodning for forskelsbehandling, såfremt arbejdstageren afskediges i tæt tidsmæssig sammenhæng til sin tilbagevenden.

tageren er dog også beskyttet på anden vis end den egentlige afskedigelsesbeskyttelse. Nemlig efter § 8, stk. 1, der giver arbejdstageren ret til at vende tilbage til den samme eller en tilsvarende stilling efter end orlov.

Forarbejderne<sup>28</sup> til bestemmelsen, der i øvrigt implementerer ligebehandlingsdirektivets art. 15-16, diskuterer forholdet mellem § 8 a og den gældende danske retsstilling for så vidt angår væsentlige stillingsændringer. Forarbejderne nævner samtidigt, at der med indførelsen af § 8 a ikke er tilsigtet en ændring af retstilstanden.

Indholdet af § 8 a skal altså ses som en kodificering af den gældende danske retsstilling derved, at en arbejdstager er beskyttet i mod væsentlige stillingsændringer, der kan sidestilles med en opsigelse, når disse væsentlige stillingsændringer er helt eller delvist begrundet i arbejdstageres graviditet, orlov m.v. Det konkluderes dog samtidigt, at der altid skal anlægges en konkret vurdering. F.eks. må det have indflydelse på vurderingen, om arbejdsgivers beslutning er begrundet i virksomhedens økonomi m.v. Det kan ikke antages, jf. også forarbejderen afvisning af, at der med indførelsen af § 8 a skulle være tilsigtet en ændring af retstilstanden, at en arbejdstager er beskyttet imod naturlige ændringer i arbejdsgivers økonomiske forhold, der begrundes f.eks. en nedlæggelse af arbejdstagerens konkrete stilling. Dog er arbejdstageren beskyttet selv i disse situationer, hvis 1) arbejdstageren kan påvise tilstrækkelige faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at denne orlov m.v. har haft indflydelse på beslutningen om afskedigelsen eller stillingsændringen og 2) arbejdsgiveren ikke kan modbevise et sådant synspunkt.

Som ovenfor nævnt, lader "en tæt tidsmæssig sammenhæng" sig meget vanskeligt definere. Det er dog ikke holdepunkter for at antage, at vurderingen om en tæt tidsmæssig sammenhæng efter end orlov, skulle divergere fra vurderingen i andre situationer, omfattet af ligebehand-

lingslovens § 16 a. Det må derfor forventes at udgøre en faktisk omstændighed, såfremt arbejdstageren afskediges eller udsættes for en væsentlig vilkårsforringelse inden for en periode på 1-2 måneder efter endt orlov.

## GODTGØRELSESNIVEAUET

Foruden den materielle beskyttelse i ligebehandlingslovens §§ 9, 16, stk. 4, og 16 a må den godtgørelse, som en arbejdstager er berettiget til ved arbejdsgivers overtrædelse af ligebehandlingsloven, tilskrives arbejdstageren som en del af lovens afskedigelsesbeskyttelse. Det følger af ligebehandlingslovens § 16, stk. 2, at arbejdstageren er berettiget til en godtgørelse, såfremt arbejdsgiveren afskediger eller udsætter den pågældende for anden mindre gunstig behandling i strid med loven. I mit speciale lagde jeg vægt på illustrativ retspraksis, hvorefter godtgørelsesniveauet ses at svinge fra alt mellem kr. 10.000 og beløb svarende til 12 måneders løn<sup>29</sup>. På baggrund heraf konkluderes, at godtgørelsens størrelse først efter op i mod 5 års anciennitet ses at udgøre mere end seks måneders løn, medmindre helt særlige omstændigheder tages i betragtning, f.eks. hvis arbejdstageren er beskyttet af anden lovgivning i øvrigt<sup>30</sup>.

Efterfølgende må det erkendes, at nyere retspraksis viser en anden historie. I Ligebehandlingsnævnets KEN nr. 10094 af 14/09/2022 tilkendtes arbejdstageren en godtgørelse på seks måneders løn. Arbejdstageren blev forskelsbehandlet på grund af køn<sup>31</sup>, seks måneder inde i ansættelsesforholdet. I ligebehandlingsnævnets KEN nr. 10217 af 28/10/2022 blev en arbejdstager afskediget i strid med ligebehandlingloven. Arbejdstageren havde på afskedigelsestidspunktet ca. elleve måneders anciennitet. Tilkendt godtgørelse på seks måneders løn. I Ligebehandlingsnævnets KEN nr. 10196 af 03/10/2022, blev en afskediget arbejdstager tilkendt en godtgørelse på ni måneders løn. Arbejdstageren havde ca. ni måneders anciennitet. I ligebehandlingsnævnets KEN nr. 10196 af 03/10/2022 blev en arbejdstager afskediget efter 10

<sup>28</sup> LFF-2005-10-05 nr. 17

<sup>29</sup> Blandt andet U.2002.2435 H, Ligebehandlingsnævnets KEN 9125 af 18/11/2015, Ligebehandlingsnævnets KEN 9140 af 20/02/2017, BS-4302/2019-OLR og BS-35572/2018-RAN

<sup>30</sup> Se hertil Ligebehandlingsnævnets KEN nr. 9560 af 21/06/2018 og dennes efterfølgende domstolsbehandling i BS-35572/2018-RAN

<sup>31</sup> Arbejdsgiveren ophørte 7 måneder inde i arbejdstagerens graviditet med at give arbejdstageren vikartimer og havde ikke løftet bevisbyrden for, at graviditeten ikke havde haft indflydelse på beslutningen.

måneders ansættelse og tilkendt en godtgørelse svarende til ni måneders løn.

Som dette korte udklip af nyere praksis fra Ligebehandlingsnævnet - måske - viser, er der sket et paradigmeskift i relation til størrelsen på godtgørelse efter ligebehandlingslovens § 16, stk. 2 og 3. Spørgsmålet er, om et sådan paradigmeskift sker på baggrund af en erkendelse af, at der ikke er megen forskel på retsstridigheden i ulovlig forskelsbehandling af en relativt nyansat medarbejder, og en medarbejder, der har været ansat i 1 år? Om der er et øget fokus på sagernes faktiske omstændigheder og arbejdsgiverne blot er blevet hårdere over for arbejdstagere, der er beskyttede af ligebehandlingsloven? Det er ikke til at sige. Én ting er i hvert fald sikkert, godtgørelsens størrelse udgør ved stadigt kortere anciennitet ni måneders løn.

#### REGLERNES UDFORMNING OG DOMSTOLENES ANVENDELSE

Det kan uden yderligere diskussion konkluderes, at ligebehandlingslovens regler efterlader rum til fortolkning. Det er den righoldige retspraksis et klart vidnesbyrd om.

Derfor diskuterede jeg i min afhandling, om den udvikling, der for eksempel kan iagttages i domstolenes og nævnenes anvendelse af ligebehandlingslovens godtgørelsesregler i § 16, stk. 2 og 3, egentlig tjener de af EU statuerede formål<sup>32</sup>.

Overordnet kan reglerne siges at have til formål, at beskytte gravide kvinder i mod forskelsbehandling på grund af deres graviditet og orlov<sup>33</sup>.

Det kan diskuteres, om et regelsæt, hvor de relevante parter skal navigere i og rette sig efter en række bestemmelser, der åbner for en perlerække af forskellige fortolkninger, kombineret med en uigennemskuelighed i praksis om bevisbyrdereglernes grænser, krydret med en stadig mere hårdhændet behandling for så vidt angår udmåling af godtgørelse, er en formålstjenlig vej at gå.

Det kan anføres, at det ikke formålstjenligt at skulle skemalægge godtgørelsens størrelse, eftersom de fatiske omstændigheder i ligebehandlingssager variere i meget stor grad, og der derfor er behov for en skønsmargin i fastlæggelsen af godtgørelserne. På den anden side kan det diskuteres om afskedigelser, der findes at være i strid med ligebehandlingsloven, ikke blot skal anses som sådan? Nemlig situationer, hvor arbejdsgiveren forskelsbehandler en lønmodtager og dermed overtræder de både national og internationale vedtagne retningslinjer for behandling af mennesker i et ansættelsesforhold. På andre områder er der jo mere eller mindre fastlagte rammer for, hvor stor en godtgørelse en arbejdstager har ret til, såfremt den pågældende er blevet afskediget usagligt. F.eks. er det fast praksis, at en godtgørelse for usaglig afskedigelse af en arbejdstager omfattet af Hovedaftalen mellem DA/FH<sup>34</sup> som hovedregel udmåles til 1 uges løn pr. ansættelsesår, medmindre helt særlige forhold gør sig gældende, jf. blandt andet U 2005.3332 H.

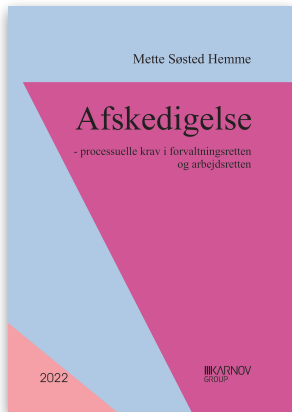
Desuagtet kan der i praksis kan ses en tendens til, at domstolene subsumere en lang række forhold under ligebehandlingslovens § 9. Om dette skyldes reglerens brede formulering er vanskeligt at konkludere på, men det kan - herunder i relation til bestemmelsens ordlyd - forekomme udvidende for bestemmelsens anvendelsesområde. Et sådant argument kan dog næppe anses for at være tilstrækkeligt tungtvejende, når reglerne læses i sammenhæng med de formål, hvormed de er indført. Regelanvendelsen kan således i højere grad anses for et forsøg på at afsige *fair* domme i overensstemmelse med formålene, og midlerne hertil er (til tider meget) konkret begrundede afgørelser, som f.eks. tilfældet var i BS-4302/2019-OLR.

<sup>32</sup> Som defineret i blandt andet graviditetsdirektivets art. 1, stk. 1 og betragtning 9 og 15, ligestillingsdirektivets art. 1, stk. 1 og EU-Chartret art. 21.

<sup>33</sup> I hvert fald det for min afhandling og nærværende fremstilling mest relevante formål

<sup>34</sup> <https://www.da.dk/globalassets/overenskomst-og-arbejdsret/hovedaftalen>

# SENESTE UDGIVELSER



## AFSKEDIGELSE - PROCESSUELLE KRAV

Mette Søster Hemme  
1. udgave 2022, 503 sider  
Karnov Group

Processuelle krav i forvaltningsretten og arbejdsretten (ph.d.-afhandling).

Bogen er en retsdogmatisk fremstilling af de processuelle krav ved afskedigelse i dansk ret. De processuelle krav regulerer den måde, hvorpå en arbejdsgiver skal gennemføre en beslutning om afskedigelse (formelle krav). Procedurekrav kan ses som en modsætning til de krav, der angår indholdet af en beslutning om afskedigelse (materielle krav).



## FRATRÆDELSESAFTALER

Henrik Karl Nielsen  
2. udgave 2022, 203 sider  
Karnov Group

Denne bog omhandler fratrædelsesaftaler, hvorved et ansættelsesforhold afsluttes eller vilkårene for lønmodtagernes fratrædelse fastlægges.

Bogen gennemgår reglerne for brug af aftaler i stedet for opsigelser. Forholdet til ferie, fritstilling, fratrædelsesgodtgørelse og forskelsbehandling behandles. Bogen behandler også overvejelser, der skal gøres i forhold til loyalitetspligt, konkurrence- og kundeklausuler, a-kasse og skat.

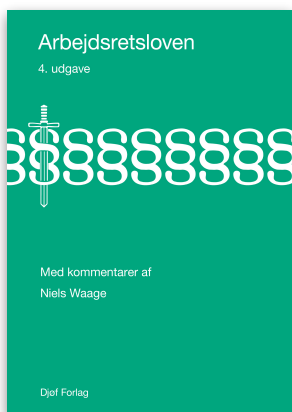


## ARBEJDSMARKEDSPOLITIK

Niels Henning Bjørn  
11. udgave 2023, 150 sider  
DJØF Forlag

"Arbejdsmarkedspolitik" giver en grundlæggende beskrivelse af arbejdsmarkedsforhold og arbejdsmarkedspolitik i Danmark set fra et økonomisk perspektiv.

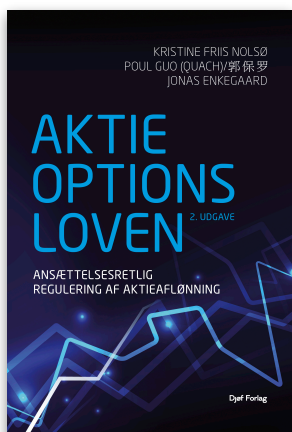
Bogen indeholder en gennemgang af de vigtigste organisationer, opgørelser om arbejdsmarkedet og rammerne for forhandlinger af overenskomst samt institutionerne for aftalernes overholdelse. Endelig indgår en belysning af de væsentligste offentlige institutioner inden for området.



## ARBEJDSRETSLOVEN

Niels Waage  
4. udgave 2022, 552 sider  
DJØF Forlag

4. udgave af Arbejdsretsloven med kommentarer indeholder en gennemgang af dansk kollektiv arbejdsret, der først og fremmest bygger på Arbejdsrettens praksis frem til den 1. juli 2022. I fremstillingen kommenteres bl.a. reglerne om, hvorledes Arbejdsretten er sammensat, hvilke sager Arbejdsretten beskæftiger sig med, kompetencefordelingen mellem Arbejdsretten og de almindelige domstole, og de sanktioner, Arbejdsretten kan idømme.



## AKTIEOPTIONSLOVEN

- ANSÆTTESRETTLIG REGULERING AF AKTIEAFLØNNING

Kristine Friis Nolsø, Poul Gul (Quach) og Jonas Enkegaard  
2. udgave 2022, 214 sider  
DJØF Forlag

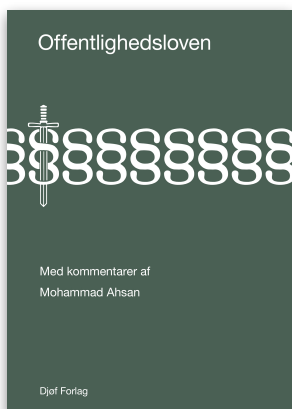
Bogen behandler særligt grænsefeltet mellem retsstillingen efter den oprindelige aktieoptionslov og den ændrede aktieoptionslov, idet begge regelsæt fortsat finder anvendelse. Herudover beskrives retsstillingen for de aspekter af aktieoptionsordninger, der ikke er reguleret i aktieoptionsloven, og derudover behandles de relevante regler for aktieaflønnning, som ikke er omfattet af aktieoptionsloven.



## MEDIATION - RET & RAMMER

Lars Øskjær Jørgensen og Martin Lavesen  
3. udgave 2022, 271 sider  
Karnov Group

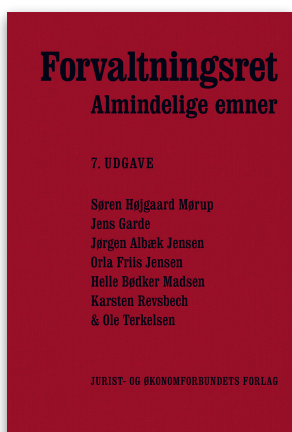
Bogen beskriver de mange forskellige regler, der kan have berøring med mediation, heraf både vedrørende mediationens tilrettelæggelse og gennemførelse, men også de omkringliggende begrænsninger i form af krav til god mediationsskik, uafhængighed, fortrolighed og efterfølgende fuldblydelse af den aftale, som ofte er resultatet af mediationen.



## OFFENTLIGHEDSLOVEN MED KOMMENTARER

Mohammad Ahsan  
3. udgave 2022, 1004 sider  
DJØF Forlag

Bogen henvender sig til medarbejderne i den offentlige forvaltning - bl.a. kommuner, regioner, styrelser, direktorater og ministerier - der kan anvende bogen i forbindelse med behandlingen af aktindsigtsanmodninger, herunder få svar på komplicerede spørgsmål vedrørende forståelsen af offentlighedslovens bestemmelser. Endvidere henvender bogen sig til borgere og repræsentanter fra medierne, der har behov for at blive oplyst om rammerne for adgangen til aktindsigt i den offentlige forvaltnings sager og dokumenter.



## FORVALTNINGSRET. ALMINDELIGE EMNER

Søren Højgaard Mørup, Jens Garde, Jørgen Albæk, Jens mf.  
7. udgave 2022, 675 sider  
DJØF Forlag

I lighed med 6.-udgaven indeholder 7.-udgaven en fremstilling af en række centrale emner inden for den traditionelle almindelige forvaltningsret.

Bogen er primært rettet mod juridiske studerende, men kan med fordel også anvendes som håndbog af praktikere, der har behov for kendskab til de emner, som behandles i bogen.



## AFTALER OG MELLEMMÆND

Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen  
8. udgave 2022, 476 sider  
Karnov Group

Bogen redegør indgående for aftaleretten i dag med fokus på aftalers indgåelse, ugyldighed og fortolkning samt de vigtigste mellemmandsformer. Aftaleloven og den dertil hørende retspraksis er i centrum, men også forholdet mellem privatret og offentlig ret behandles, herunder forvaltningsaftaler med det offentlige og aftalerettens almindelige påvirkning af offentligretlige regler og EU-regler.

# HRJURA MAGASINET

ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET

18. NUMMER / VINTER 2023

ISSN: 2245-3989

HR JURA V/ANTON KRAEV  
BRØNDÆBLEVEJ 24  
2500 VALBY

CVR.NR. 34379866

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

