

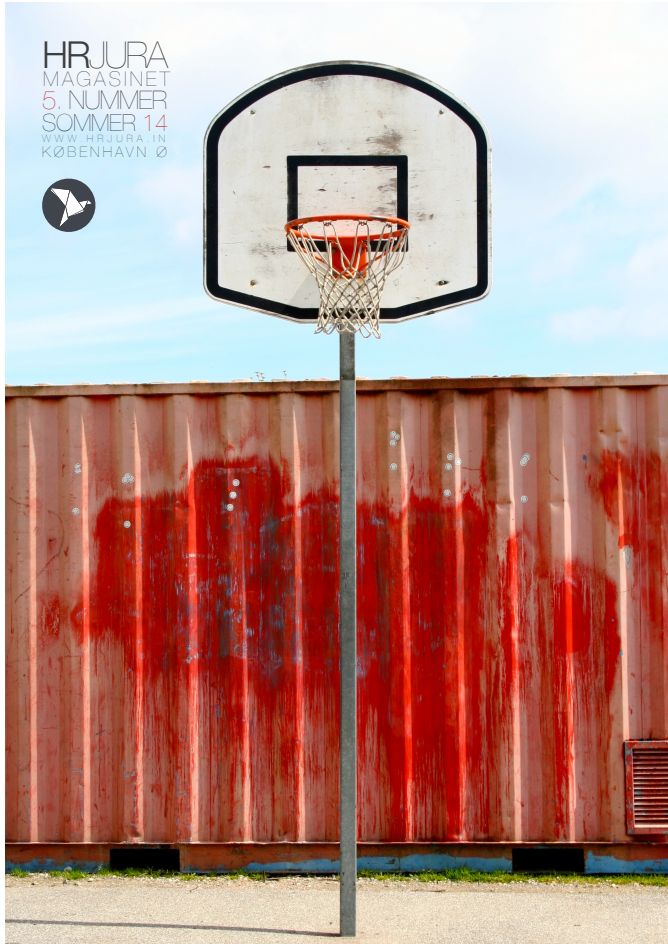
HRJURA
MAGASINET
5. NUMMER
SOMMER 14
WWW.HRJURA.IN
KØBENHAVN Ø





HR JURA Magasinet

5. nummer 2014



Redaktion og layout



Anton Kraev
cand.merc.jur

telefon: 31181138
e-mail: anton.kraev@hrjura.in

ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET
HR JURA

ISSN

2245-3989

Udgiver

HR JURA Magasinet udgives
af HR JURA v/Anton Kraev
Rosenvængets Hovedvej 18, 2. th.
2100 København Ø

telefon: 31181138
e-mail: contact@hrjura.in
web: www.hrjura.in

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.

Enhver gengivelse eller kopiering af indholdet fra
HR JURA Magasinet er betinget af forudgående
skriftlig tilladelse fra HR JURA og/eller andre
rettighedshavere.



BRUG FOR RÅD?

Horten huser en af landets bedste ansættelsesretlige afdelinger. Her har vi samlet en række specialister inden for området, og de leverer dagligt skræddersyet rådgivning i øjenhøjde. Hortens afdeling for ansættelses- og arbejdsret er en afdeling med stærke kompetencer, skarpe ambitioner og højt til loftet.



NYE BØGER

5. nummer 2014

JENS KRISTIANSEN

Aftalemodellen og dens europæiske udfordringer

*Om rollefordelingen
mellem overenskomtparterne,
Folketinget og domstolene*

Jurist- og
Økonomforbundets
Forlag

Aftalemodellen og dens europæiske udfordringer

af Jens Kristiansen

Udgave 1, 2013

Pris: kr. 800,00

Antal sider: 489

Bogen undersøger, hvorledes den europæiske integration har påvirket den danske aftalemodel og især rollefordelingen mellem overenskomtparterne, Folketinget og domstolene.

Denne undersøgelse vedrører for det første de påvirkninger, som følger af, at lovgivningsmagten har fået en mere fremtrædende rolle i forhold til overenskomtparterne - og for det andet de påvirkninger, som følger af, at domstolene har fået en mere fremtrædende rolle i forhold til både lovgivningsmagten og overenskomtparterne, som led i håndhævelsen af den danske stats EU-retlige forpligtelser.

"Den (bogen, red.) giver således et godt overblik og sammenfatter et stort og spredt materiale. Samtidig er den så tilpas forklarende, at også ikke-specialister burde kunne følge med. Den rækker endvidere ud over den rene retsdogmatik og beskriver på relevante punkter (belyst med statistikker) de livsforhold, på hvilke retsreglerne finder anvendelse." ... "Sammenfattende kan således siges, at den er et »must« på den arbejdsretlige boghylde."

Ole Hasselbach, Ugeskrift for Retsvæsen, U.2013B.463

Arbejdsret

af Olle Hasselbach
11. udgave 2014

Pris: 1.085,00 kr.

Antal sider: 550

Forlag: DJØF Forlag

Grundlæggende arbejdsret

af Jens Kristiansen
3. udgave 2014

Pris: 765,00 kr.

Antal sider: 478

Forlag: DJØF Forlag

Kollektive afskedigelser

af Flemming Dreesen og Karsten Almosestoft
December 2013

Pris: 260,00 kr. (+ moms)

Antal sider: 84

Forlag: DA Forlag

Dansk Funktionærret (H.G. Carlsen)

af Danielle Buhl og Jeppe Høyer Jørgensen
8. udgave 2014

Pris: 864,00 kr. (+ moms)

Antal sider: 520

Forlag: Karnov Group

Selvstændige erhvervsdrivende og lønmodtagere - i et skatteretligt og ansættelsesretligt perspektiv

af Anne Marie Abrahamson og Jan Storgaard Hove
Marts 2014

Pris: 540,00 kr. (+ moms)

Antal sider: 315

Forlag: Karnov Group



Lov om kollektive afskedigelser

af Lene Court-Payen og Mette Klingsten

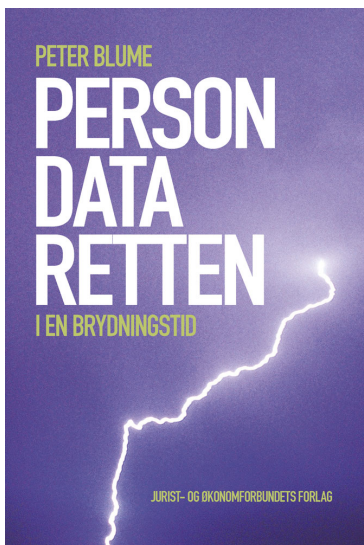
Pris: 950,00 kr.

Antal sider: 298

Forlag: DJØF Forlag

Denne bog giver en traditionelt opbygget kommentar til lov om varsling m.v. i forbindelse med afskedigelser af større omfang.

Værket understøtter arbejdet med loven i praksis for advokater, ansatte i den offentlige administration og i organisationer, virksomhedsjurister, personalekonsulenter og andre, der professionelt beskæftiger sig med arbejds- og ansættelsesret. Det er tilstræbt, at også læsere uden særlige forkundskaber på det arbejdsretlige felt kan have gavn af værket.



Persondataretten i en brydningstid

af Peter Blume

Pris: 285,00 kr.

Antal sider: 165

Forlag: DJØF Forlag

Persondataretten er under forandring, og inden for nogle år vil der være en ny EU-persondataret. Tiderne er ved at skifte, men de spørgsmål, som persondataretten søger at give svar på er de samme. Hvad er den rette balance mellem beskyttelse og brug af personoplysninger? I hvilken udstrækning kan og bør persondataretten regulere informationsteknologien? Hvor bred og dyb bør de persondataretlige regler være? Hvorledes skal man vurdere forholdet mellem national, EU-retlig, og international persondataret?

På grundlag af dansk persondataret og med inddragelse af de overordnede træk i den forestående EU-reform belyses disse og andre spørgsmål i "*Persondataretten i en brydningstid*".



Personalejura Håndbogen

af Flemming Dreesen

Pris: 660,00 kr.
(ekskl. moms)

Antal sider: 748

Forlag: DA Forlag

Få styr på personalespørgsmål med årets store opslagsværk om personalejura. Bogen giver arbejdsgiveren et hurtigt overblik over regler, rettigheder, pligter og muligheder. Bogen opdateres årligt - idet satser justeres, nye regler kommer til og andre ændres.

Denne udgave omfatter de regler og love, der er gældende ved udgangen af januar 2014. Ansættelsesbeviser, eFeriekort, sygdom, arbejdsmiljø, arbejdsløshedsdagpenge, barsel, straffeattest og efteruddannelse er blot nogle af de emner, der behandles. Selv mindre lovændringer giver arbejdsgiveren nye pligter og redskaber, der skal indarbejdes i personaleadministrationen.



INDHOLD

5. nummer 2014



8

Loyalitet og
rapporteringspligt

Finn Schwarz
Partner og advokat (H)

Kristine Friis Nolsø
Advokat



12

Overvejelser og faldgruber ved
Bring Your Own Device

Katja Brundbjerg Muff
Advokat

Andreas Emdal Sørensen
Advokatfuldmægtig



20

Kan du tælle op til 120?

Anton Kraev
Redaktør, Cand.merc.jur



32

En lillefinger eller en langefinger?
- om umiddelbar virkning og dansk ret

Morten Bach Eisensee
Advokat (H)



36

Uddannelsesaftaler
i arbejdsretligt perspektiv

Jakob Cohr Arffmann
Advokat



42 Whistleblowing
- less talk, more action!

Anne Kathrine Schøn
Partner og advokat (L)

Birgitte Hagelskjær
Advokatfuldmægtig



46 Fratrædelsesaftaler
- Er Ligebehandlingsnævnet appelinstans?

Henrik Karl Nielsen
Advokat (H)



50 Passivitet i forbindelse med bortvisning

Søren Narv Pedersen
Partner og advokat (H)



54 Konsulentaftaler
- ansat eller selvstændig?

Janie C. Nielsen
Partner og advokat (L), LL.M.

60 Storskalaloven og Grønlands råstofpotentiale
- i krydsfeltet mellem storpolitik og national selvfølelse

Halit Sert
Stud.jur.

Jøren Ullits Olai Nielsen
Stud.jur.

Loyalitet og rapporteringspligt

FINN SCHWARZ
PARTNER OG ADVOKAT (H)

KRISTINE FRIIS NOLSØ
ADVOKAT



Det ligger som en fast forudsætning i et ansættelsesforholds natur, at en medarbejder har loyalitetspligt over for sin arbejdsgiver. Loyalitetspligten er en omfattende forpligtelse, som – i relation til konkurrence – indebærer et forbud mod enhver handling, der indirekte eller direkte medfører eller giver risiko for konkurrence over for eller anden skade på den virksomhed, man er ansat i. Medarbejdere har ikke nødvendigvis i alle tilfælde handlepligt men i stedet ofte en særlig rapporteringspligt, hvis de konstaterer sådanne forhold, eksempelvis at kollegaer er illoyale over for virksomheden.

Sø- og Handelsretten afsagde den 7. januar 2014 dom i en sag, hvor en regionsdirektør, der var ansat i en skadeservicevirksomhed, havde samarbejdet med en konkurrerende virksomhed om udvidelse af denne, og hvor et betydeligt antal af medarbejderne i den skadeservicevirksomhed, hvor regionsdirektøren var ansat som led i dette samarbejdsforløb, var blevet ansat i den konkurrerende virksomhed. Sagen er interessant, da den vedrører et faktum – kollektive ansættelser af et betydeligt antal medarbejdere fra en konkurrent – som der ikke foreligger væsentlig retspraksis på i dansk ret, men også fordi den vedrører vurderingen og sanktioneringen af en medarbejders illoyale handlinger – blandt andet i form af tilbageholdelse af informationer samt misinformering af ledelsen hos arbejdsgiveren.

Sø- og Handelsrettens dom af 7. januar 2014

I afgørelsen fandt Sø- og Handelsretten, at en mindre skadeservicevirksomhed S havde overtrådt reglerne i markedsføringslovens §§ 1 og 19 ved over en relativ kort periode at ansætte et betydeligt antal medarbejdere fra den større konkurrerende skadeservicevirksomhed I.

I sagen havde I nedlagt påstand om betaling af 74 mio. kr. i erstatning med den begrundelse, at S ved systematisk og kollektiv henvendelse til I's medarbejdere med henblik på rekruttering og efterfølgende udnyttelse af disse medarbejders illoyalitet, havde forårsaget dette tab. Sagen omfattede også den tidligere regionsdirektør hos I, der i vidt omfang aktivt havde bistået S.

Sagens faktum

S havde i foråret 2007 tilbudt regionsdirektøren ansættelse hos S. Regionsdirektøren afslog på dette tidspunkt tilbuddet og orienterede efterfølgende I om kontakten. Drøftelserne blev imidlertid genoptaget omkring august 2007, hvor regionsdirektøren betingede sin ansættelse i S af, at der skulle være en base af 5-7 kompetente centerledere. Regionsdirektøren sendte i den forbindelse kopi af ansættelseskontrakter for en række af I's højtstående og ledende medarbejdere til S. S sendte herefter den 7. oktober 2007 et udkast til ansættelsesaftale til regionsdirektøren. Regionsdirektøren accepterede tilbuddet om

ansættelse, men kontrakten blev efterfølgende annulleret, og regionsdirektøren tiltrådte derfor ikke umiddelbart som ansat i S. Først efterfølgende, den 1. december 2008, efter udløbet af hans konkurrenceklausul med I, tiltrådte han hos S.

I oktober og november 2007 indrykkede S landsdækkende stillingsannoncer, hvoraf det fremgik, at S i nær fremtid ville etablere sig i flere dele af landet og derfor bredt søgte medarbejdere.

Den 17. oktober 2007 fremsendtes fra S udkast til ansættelseskontrakter for syv medarbejdere hos I til en anonym mailadresse, der var oprettet til regionsdirektøren af S. Det fremgik heraf, at seks ud af de syv medarbejdere skulle tiltræde hos S den 1. december 2007.

I perioden herefter fra ultimo oktober til medio november 2007 opsigde en række medarbejdere hos I deres stillinger. Flere af medarbejderne udlod at begrunde opsigelsen, og enkelte angav andre årsager til opsigelsen end deres reelle stillingsskifte til S. Opsigelserne blev afgivet over for regionsdirektøren. Disse medarbejders konkurrencebegrænsende klausuler blev opsagt af ledelsen i I på baggrund af informationer modtaget fra regionsdirektøren. Regionsdirektøren undlod i den forbindelse at orientere ledelsen om sin viden om, at kollegaerne, der havde opsagt deres stillinger, havde fået tilbudt ansættelse hos S. I perioden 18. til 23. oktober 2007 blev der indgået ansættelsesaftaler mellem en betydelig del af disse medarbejdere og S.

Regionsdirektøren opsigde selv sin stilling ultimo oktober 2007, og i forbindelse hermed blev der mellem I og regionsdirektøren indgået en fratrædelsesaftale i begyndelsen af november 2007, der blandt andet indeholdt bestemmelse om en fratrædelsesgodtgørelse på 400.000 kr.

I sin opsigelsesperiode i november 2007 deltog regionsdirektøren i et møde med ledelsen fra S samt de medarbejdere fra I, der havde fået ansættelse hos S. Regionsdirektøren blev ultimo november 2007 bortvist fra I.

Rettens vurdering af regionsdirektørens handlinger og undladelser

Det var rettens opfattelse, at hændelsesforløbet, hvorefter

ledelsen i S og regionsdirektøren hos I udvekslede oplysninger om ledende medarbejdere hos I med henblik på ansættelse i S, og hvor regionsdirektøren efterfølgende undlod at give ledelsen i I korrekte oplysninger ud fra den viden, som han besad og derved forvrængede billedet af, hvad der rent faktisk foregik, for regionsdirektørens vedkommende udgjorde en forsættlig og grov tilsidesættelse af hans forpligtelser som (magtplaceret) funktionær.

For så vidt angik S, fandt retten, at handlingerne udgjorde en forsættlig og grov krænkelse af markedsføringslovens § 1.

Det var også rettens opfattelse, at den retsstridige adfærd, som blev udvist af S og regionsdirektøren, var en stærkt medvirkende årsag til, at de fratrædende medarbejders kundeklausuler blev frafaldet af I.

Den fratrædelsesaftale, der blev indgået mellem I og regionsdirektøren den 2. november 2007, fandt retten ugyldig på grund af svig. Retten lagde til grund, at I aldrig ville have indgået aftalen, hvis de reelle forhold havde været kendt.

Efter rettens opfattelse var der tilstrækkeligt bevis for, at regionsdirektøren aktivt havde bistået S i etablering af en landsdækkende skadeservicevirksomhed, og at bortvisningen af regionsdirektøren derfor var berettiget.

Regionsdirektøren fandtes gentagne gange at have tilsidesat sin loyalitetsforpligtelse og derved pådraget sig et erstatningsansvar, der skulle opgøres efter funktionærlovens § 4. Dog fandt retten, at regionsdirektørens handlinger helt overvejende var udført i S' interesse, og uden at regionsdirektøren selv opnåede økonomiske fordele derved, og at der derfor ikke var fuldt tilstrækkeligt grundlag for at pålægge regionsdirektøren at betale erstatning. Regionsdirektøren blev imidlertid pålagt at betale en nedreguleret bod i henhold til klausulerne i hans ansættelseskontrakt.

S fandtes ligeledes at have handlet erstatningspådragende ved gentagne gange groft at have tilsidesat reglerne i markedsføringslovens § 1 og i et enkelt tilfælde § 19.

Efter et samlet skøn over den markedsforstyrrelse og det tab, det sagsøgte selskabs ulovlige adfærd havde påført I,

pålagde retten S at betale erstatning på 15 mio. kr. med tillæg af renter samt sagens omkostninger med godt 1.250.000 kr.

Refleksion over rettens fastsættelse af erstatning og bod

I forholdet mellem I og regionsdirektøren, der anses for at have handlet illoyalt, er det interessant, at retten ikke pålægger regionsdirektøren at betale erstatning på trods af et klart ansvarsgrundlag. Retten lægger i den forbindelse vægt på, at regionsdirektøren ikke selv har haft væsentlig økonomisk interesse i konkurrentens etablering af virksomhed på trods af, at det er klart, at I har lidt et betydeligt tab som følge af regionsdirektørens handlinger.

Det skal i tillæg hertil bemærkes, at den konventionalbod, som retten fandt, at regionsdirektøren havde pligt til at betale som følge af brud på klausulerne i hans ansættelsesaftale, i medfør af aftalelovens § 36 blev nedreguleret til kun to måneders løn. Dette resultat må også betragtes som noget overraskende i forhold til de dokumenterede handlinger. Baggrunden for nedreguleringen anføres ikke i afgørelsen, og det er derfor ikke klart, hvilke faktorer der fra rettens side er lagt vægt på ved nedreguleringen af beløbet.

Rapporteringspligt

Sø- og Handelsretten udtalte i sagen, at det forhold, at regionsdirektøren undlod at give ledelsen i I korrekte oplysninger ud fra den viden, som han besad og derved forvrængede billedet af, hvad der rent faktisk foregik, udgjorde en forsætlig og grov tilsidesættelse af hans forpligtelser som funktionær.

Retten lægger derved til grund, at regionsdirektøren i medfør af sin loyalitetsforpligtelse havde en rapporteringspligt over for ledelsen i I om sin viden om kollegernes skifte til den konkurrerende virksomhed.

Denne afgørelse lægger sig op ad udgangspunktet i Højesterets dom af 7. januar 1966, U 66.115 H, hvor en salgschef blev bortvist på baggrund af undladt underretning til arbejdsgiver om nogle øvrige medarbejders illoyale handlinger.

I 1966-sagen havde den virksomhed, hvor salgschefen var ansat, forhandlet med en ingeniør om eneforhandlingsretten til et produkt, som ingeniøren havde opfundet. En

repræsentant, der var ansat i virksomheden, etablerede uden virksomhedens vidende kontakt mellem ingeniøren og arbejdsgiverens agent i Sverige. Eneforhandlingsretten blev herefter overdraget til en af agenten oprettet svensk virksomhed, for hvilken den danske repræsentant skulle arbejde i Danmark. Repræsentanten, salgschefen og agenten blev alle bortvist.

Bortvisningen af salgschefen fandtes berettiget, da det fandtes godtgjort, at han havde haft kendskab til repræsentantens planer, og at han burde have orienteret sin arbejdsgiver om dette. Der henvistes i den forbindelse til salgschefens stilling.

I en opmandskendelse af 12. marts 1994 berøres rapporteringspligten ligeledes i en sag, hvor der på en virksomhed opstod brand i et lakanlæg, og hvor en tillidsrepræsentant, der var til stede sammen med en gruppe af de øvrige medarbejdere, ikke orienterede ledelsen i virksomheden om sine observationer på tidspunktet for branden. Det viste sig, at en af medarbejderne (M) ved at kaste fyrværkeri ind under lakanlægget, havde anstiftet branden. Tillidsrepræsentanten havde ikke direkte set M kaste fyrværkeriet men havde formentlig umiddelbart efter brandens opståen udtalt til en anden kollega, at han mente, at M havde anstiftet branden. Tillidsrepræsentantens manglende deltagelse i opklaringen af årsagerne til branden udgjorde tvingende årsager til opsigelse men berettigede dog ikke til bortvisning.

Spørgsmålet om medarbejders rapporteringspligt som et element i disses almindelige loyalitetspligt, der følger af ansættelsesforholdets natur, har ikke i øvrigt været indgående behandlet i retspraksis eller den juridiske litteratur.

Det må dog på baggrund af de tre refererede afgørelser lægges til grund, at det i sig selv kan kvalificeres som en illoyal handling, hvis en medarbejder ikke rapporterer kollegaers illoyale handlinger til sin arbejdsgiver. Dette må i hvert fald antages at gælde for medarbejdere, der besidder stillinger, der indebærer et særligt loyalitetsforhold over for arbejdsgivers forretning. Sådanne medarbejdere vil således have en forpligtelse til at orientere deres arbejdsgiver om forhold, der kan være til skade for arbejdsgiveren for at sikre, at arbejdsgiveren har mulighed for at imødekomme de skadelige forhold eller disses

eftervirkninger. Det må på baggrund af de refererede afgørelser lægges til grund, at vurderingen af selve graden af illoyalitet skal vurderes i sammenhæng med medarbejderens stilling.

I konkrete sager må det således antages, at omfanget af rapporteringspligten vurderes ud fra de konkrete omstændigheder, herunder hvor betroet en stilling medarbejderen besidder, hvilke informationer medarbejderen kommer i besiddelse af, hvorledes medarbejderen kommer i besiddelse af disse oplysninger, hvilken rolle medarbejderen har i forhold til sine kollegaer, samt hvorledes medarbejderen i øvrigt forholder sig til situationen.

Kommende praksis om loyalitet og rapporteringspligten og ansættelsesretlig perspektivering

Der verserer for nuværende en sag mellem to landboforeninger, hvor et på visse områder sammenligneligt med det ovenfor refererede hændelsesforløb i sagen for Sø- og Handelsretten har fundet sted. I denne verserende sag er samme tema, rapporteringspligten, således også et af omdrejningspunkterne.

Faktum i denne sag er, at en stor gruppe medarbejdere (31) opsagde deres stillinger samme dag efter gensidig aftale med henblik på tiltrædelse af lignende stillinger hos en konkurrerende virksomhed.

Den nye arbejdsgiver havde forud for medarbejdernes opsigelse af deres stillinger deltaget i møder med medarbejderne med henblik på en planlægning af forløbet. Alle medarbejdere blev fritstillet i hele eller størstedelen af deres opsigelsesperiode, og det er under sagen et tema, om flere af medarbejderne har handlet illoyalt i opsigelsesperioden i forbindelse med blandt andet kundekontakt samt kontakt med pressen. Udstrækningen og anvendelsen af medarbejderes rapporteringspligt af kollegaers illoyale handlinger vil også i denne sag blive efterprøvet. Sagen er endnu ikke berammet til hovedforhandling.

En anden side af rapporteringspligten kommer ofte frem i forbindelse med interne undersøgelser af eventuelle kritisable forløb i virksomheder eller inden for det offentlige. Det ses ikke sjældent, at berørte medarbejdere og/eller deres bisiddere i form af fagforeningsrepræsentanter, tillidsrepræsentanter eller ekstern juridisk bistand "take the fifth" – det vil sige, at de vælger tavsheden, jf. det femte tillæg til den amerikanske forfatning. Den anførte retspraksis viser, at et sådant standpunkt kan være risikabelt set ud fra et ansættelsesretligt synspunkt.

Overvejelser og faldgruber ved Bring Your Own Device

KATJA BRUNBJERG MUFF
ADVOKAT

ANDREAS EMDAL SØRENSEN
ADVOKATFULDMÆGTIG



"Bring your own device" eller BYOD er et begreb, som dækker over den situation, at en virksomheds medarbejdere selv investerer i forskellige elektroniske enheder, eksempelvis smartphones, tablets eller personlige ejede computere, og efterfølgende anvender disse, helt eller delvist, i arbejdsøjemed. I det følgende vil de forskellige elektroniske enheder tilsammen blive kaldt "devices".

Selvom det umiddelbart lyder attraktivt for en arbejdsgiver, at medarbejderne selv står for indkøb af diverse devices, indeholder ordningen adskillige juridiske udfordringer. Der er nemlig både ansættelsesretlige, persondataretlige og skatteretlige faldgruber ved indførslen af en BYOD-ordning, hvis ikke ordningen implementeres sammen med en BYOD-politik.

I det følgende vil vi gennemgå nogle af de væsentligste udfordringer, der kan opstå, og som en virksomhed bør overveje, før en BYOD-ordning implementeres, idet denne artikel dog ikke har til formål at give en udtømmende oversigt over problemstillingerne.

1. Hvad er BYOD?

I 2008 blev det i en amerikansk artikel¹ anslået, at 30 procent af alle vidensmedarbejdere i USA og Europa i år 2012 ville oprette forbindelse til virksomhedens database

fra personligt ejede devices mindst én gang om ugen. Realiteterne i 2012 oversteg langt disse forudsigelser.

Udtrykket "Bring your own device" opstod som følge af denne udvikling og er, som ovenfor beskrevet, den amerikanske betegnelse for en ordning, hvor en medarbejder anvender sit personlige device i erhvervsøjemed.

Hvor elektroniske devices tidligere var forbeholdt de få, har den teknologiske udvikling medført, at tablets og smartphones er blevet allemandsje. De forskellige telefoner, platforme og styresystemer mv., forældes til stadighed hurtigere, hvorfor efterspørgslen efter nye devices er konstant. Hvis en virksomhed ønsker at holde sine medarbejdere opdaterede, kan det således hurtigt blive en kostelig affære.

Den teknologiske udvikling har endvidere medført, at virksomheder har et behov for øget tilgængelighed og fleksibilitet hos de enkelte medarbejdere, således at vedkommende også kan kontaktes uden for den almindelige arbejdstid. På samme tid efterlyser medarbejdere en mere fleksibel hverdag med mulighed for at lægge arbejdstiden og arbejdsstedet efter eget ønske.

I tilfælde hvor en virksomhed stiller faste devices til rådighed, tilvælger den enkelte medarbejder ofte alligevel

andre eller yderligere devices. Dette valg kan enten bunde i et øget behov, andre ønsker eller blot det forhold, at det er nemmere at arbejde fra eksempelvis hjemmecomputeren/privat iPad, end det er at tage den bærbare computer med hjem fra kontoret.

2. Fordele ved en BYOD-ordning

For arbejdsgiver anses BYOD-ordningen ofte som en kærkommen mulighed for besparelser på de store poster til indkøb af elektronisk udstyr. De enkelte medarbejdere kan anvende de devices, som de pågældende ønsker, uden at arbejdsgiveren tvinges til at indkøbe nye, og i visse tilfælde forskellige, devices til de enkelte medarbejdere, hver gang der eksempelvis lanceres en ny udgave af medarbejderens foretrukne smartphone.

Endvidere efterspørger de enkelte medarbejdere en øget fleksibilitet i tilgangen til arbejdet, således at det bliver muligt at arbejde andre steder fra end i virksomheden. Det klassiske 8-til-16-job tiltrækker ikke den yngre generation, hvor arbejde og fritid i højere grad end tidligere smelter sammen. Hvis arbejdsgiver vil udnytte medarbejdernes fulde potentiale og effektivitet, og dermed tiltrække de bedste medarbejdere indenfor det enkelte arbejdsområde, kræver det, at arbejdsgiver anerkender og imødekommer medarbejdernes behov for, og ønske om, fleksibilitet og mobilitet.

Ydermere indeholder ordningen den fordel, at medarbejdere ved at kunne nøjes med ét device, ofte har det med sig overalt, og dermed er langt mere tilgængelige for virksomheden.

Med BYOD-ordningen kan den enkelte medarbejder få det/de device(s) som vedkommende gerne vil have, uden samtidig at skulle bære rundt på forskellige devices inden for samme kategori, for eksempel en arbejds- og en privat smartphone. BYOD-ordningen anses derfor ofte som et betydeligt medarbejdergode – særligt hvor ordningen indeholder en aftale om arbejdsgivers (direkte eller indirekte) refusion af udgifter til køb, vedligeholdelse og opdatering af devices samt omkostninger til abonnement og mobil/dataforbrug, hvilket ofte er en del af BYOD-ordningen.

Derudover vil en medarbejder med den nyeste device også i højere grad have opdateret sikkerhedssoftwaren på deviceet. Uden for normal arbejdstid anvender mange

medarbejdere i dag deres private mobiltelefoner til at tjekke mails, tilgå data mv. hvilket kan medføre en sikkerhedsrisiko for arbejdsgiver. Indførelse af en BYOD-ordning kan derfor anses som en sikring/regulering af det uundgåelige.

3. Risici ved en BYOD-ordning

En BYOD-ordning indeholder imidlertid en række udfordringer, som den enkelte virksomhed bør forholde sig til ved indførelsen af BYOD.

Sikkerhedsbrud

Først og fremmest udgør den øgede tilgang til virksomhedens data fra private devices en risiko for spredning af virksomhedens erhvervshemmeligheder. Arbejdsgiver har ikke uden særskilt aftale med medarbejderen, mulighed for at vide, kontrollere eller sikre, at en medarbejder har downloadet fire-walls og sikkerhedssoftware inklusiv opdateringer, og således beskyttet sit device mod sikkerhedsbrud. Uanset dette, er det fortsat arbejdsgiver, der som udgangspunkt er ansvarlig for sikkerhedsbrud på dennes servere, hvad end sådanne er sket gennem den ansattes eller virksomhedens device.

Tab af device

Derudover er der væsentlige sikkerhedsmæssige risici forbundet med en medarbejders tab af et device. Alene i USA anslås det, at der bortkommer en smartphone hvert tredje sekund², og tallene er formentlig (forholdsmæssigt) de samme herhjemme. Et tab af for eksempel en smartphone, som anvendes erhvervsmæssigt af en medarbejder, kan medføre et tab af erhvervshemmeligheder for en virksomhed. Denne risiko ligger selvsagt også i tab af en firmæjet smartphone, men usikkerheden kan være større i den situation, hvor virksomheden ikke direkte har indflydelse på det sikkerhedssoftware, der ligger på den konkrete device.

Hvis ikke der er implementeret en BYOD-politik, som indeholder bestemmelser herom, er virksomheden heller ikke berettiget til, via særligt software, eksternt at foretage sletning af erhvervsmæssige data, da en sådan sletning vil medføre, at alle lagrede data, herunder også private, slettes. Ved tab eller tyveri vil det formentlig være i medarbejderens interesse at slette alt indhold på et device, men en sådan sletning kræver fortsat medarbejderens samtykke, og kan – om ikke andet –

forsinke en virksomheds begrænsning sit tab.

Uhensigtsmæssig brug

Et andet relevant spørgsmål er, om arbejdsgiver kan begrænse, hvad medarbejderen anvender sit device til, eksempelvis hvilke apps der må installeres. Arbejdsgiver har nemlig ofte en interesse i ikke at blive associeret med utilstedeligt, eller ligefrem ulovligt materiale på nettet, og idet medarbejderen i en lang række tilfælde optræder som arbejdsgivers repræsentant, vil arbejdsgiver ofte gerne kunne regulere, herunder sanktionere, sådan adfærd.

Ved firmaudleverede telefoner kan adgangen begrænses ved en klar regulering heraf, men der må sættes spørgsmålstegn ved, om en sådan regulering kan gennemføres og håndhæves ved anvendelse af medarbejderens eget device.

Tilsvarende vil en arbejdsgiver kunne opstille begrænsning for, hvilken persongruppe der må anvende arbejdsgiverens devices, mens billedet er langt mere uklart, når det gælder medarbejderens device. Ofte har en husstand flere brugere af eksempelvis en iPad. At andre end medarbejderen selv kan få adgang til virksomhedens data, udgør således både en sikkerhedsmæssig trussel "udefra" (risiko for virus, hacking etc.) og "indefra" (herunder idet medarbejderens familie, dvs. for virksomheden uvedkommende personer, vil have fri adgang til virksomhedens erhvervshemmeligheder). I praksis løses denne problemstilling ved at opdele devices i flere brugerflader, se mere nedenfor.

Videresalg

Ovenstående forhold gør sig ligeledes gældende, hvor en medarbejder investerer i et nyt device og i denne forbindelse ønsker at afhænde det gamle device. I denne situation foreligger der en reel risiko for, at virksomhedens data bliver spredt til uvedkommende, såfremt der ikke foretages en effektiv formatering af det pågældende device. Og med de muligheder der er for at genskabe slettede filer/software, vil en sådan sletning næsten aldrig være helt sikker.

Grænserne for arbejdsgivers ledelsesret – kontrolforanstaltninger

Arbejdsgivers ledelsesret indeholder normalt en adgang til medarbejderens (arbejdsrelaterede) e-mails, såfremt

adgangen har et sagligt formål. Om en sådan adgang ligeledes omfatter e-mails og øvrige arbejdsdokumenter på medarbejderens private devices er imidlertid ikke klart. Det er således i alle tilfælde en forudsætning, at de almindelige betingelser for at indføre kontorforanstaltninger er opfyldt, som eksempelvis angivet i DA/LO aftalen om kontrolforanstaltninger af den 27. oktober 2006. Herefter skal arbejdsgiver sikre, at kontrollen i vides muligt omfang ikke er krænkende, ikke er mere indgribende end nødvendigt samt at den er sagligt og driftsmæssigt begrundet.

Som nævnt ovenfor er arbejdsgiver som udgangspunkt frataget muligheden for at kontrollere, overvåge, foretage backup og datalagring samt at vedligeholde et device, hvor dette er medarbejderens private ejendom. Hvor arbejdsgiver ikke har sikret sig sådan adgang gennem implementering af en BYOD-politik/indgåelse af aftale herom med medarbejderen, er det således alene medarbejderen som har adgang til deviceet. Spørgsmålet er dog, om arbejdsgiver 1) kan kræve et bestemt sikkerhedsniveau på deviceet, 2) kan forlange adgang til deviceet for at kontrollere sikkerhedsniveauet og 3) efterfølgende kan sanktionere medarbejder, såfremt dette niveau ikke iagttages.

For så vidt angår spørgsmål 1 skal et bestemt sikkerhedsniveau være en del af en aftale/BYOD-politik om medarbejderens brug af deviceet, se nedenfor pkt. 6. Arbejdsgiver kan således ikke kræve, at medarbejderen af egen drift sikrer arbejdsgivers data.

Da spørgsmål 2 må antages at have karakter af en kontrolforanstaltning, vil en sådan adgang som udgangspunkt skulle opfylde betingelserne herfor, se ovenfor. Hvor der er tale om forebyggende kontrolforanstaltninger skal disse endvidere være varslet med 6 ugers varsel indenfor DA/LO området, og med rimeligt varsel udenfor DA/LO's område.

For så vidt angår spørgsmål 3, kan der næppe gives et generelt svar herpå, da det vil afhænge af den konkrete situations grovhed. Det forekommer dog givet, at det altid vil styrke en arbejdsgivers position i et sådan tilfælde, såfremt der er udarbejdet klare retningslinjer, som medarbejderne forudgående underrettes om og tiltræder, se videre nedenfor pkt. 6.

Medarbejderens fratrædelse

Der foreligger ligeledes en risiko for spredning af erhvervshemmeligheder ved en medarbejders fratræden. Hvor et arbejdsgiverejet device kan kræves tilbageleveret, er et device gennem en BYOD-ordning jo netop medarbejderens private ejendom. Der foreligger således ikke en adgang for arbejdsgiveren til for eksempel at kræve, at en privat smartphone indleveres til arbejdsgiveren med henblik på at sikre, at eventuelle erhvervshemmeligheder på deviceet slettes, medmindre der er indgået særlig aftale herom.

Hvis arbejdsgiver ikke har sikret sig ret til, eller adgang til, deviceet i tilfælde af fratræden, stilles arbejdsgiver uden handlemuligheder i denne situation. Der foreligger derfor en øget risiko for misbrug af eksempelvis kundekartoteker efter fratrædelse.

I forbindelse med en fratræden, vil virksomheden spærre medarbejderens adgang til mailkonti, server etc., men de mails, kontaktpersoner, dokumenter mv. som medarbejderen har downloadet på deviceet, vil være tilgængelig på deviceet også uden adgang til virksomhedens netværk og server. Det er disse oplysninger, som vil kunne misbruges af en medarbejder eller tredjemand (senere ejer, hacker mv.) efter fratræden.

Muligheden for en arbejdsgivers bevissikring i forbindelse med en medarbejders misligholdelse er ligeledes begrænset, da deviceet ikke umiddelbart kan kræves udleveret. Arbejdsgiveren vil som ovenfor nævnt i et vist omfang have adgang til medarbejderens mailkonto, men øvrige data, såsom opkaldslist, sms beskeder og den data, der er lagret på deviceets harddisk, vil ikke være tilgængeligt. Det vil derfor være sværere – om ikke umuligt – at dokumentere en illoyal adfærd.

Arbejdsgivers eventuelle tiltag for at sikre virksomheden og dennes erhvervshemmeligheder mod sikkerhedsbrud vil – såfremt medarbejderen ikke har samtykket – kunne stride mod retten til privatlivets fred, der er sikret ved straffeloven kapitel 27.

En anden udfordring af mere lavpraktisk natur er det forhold, at medarbejderen som udgangspunkt beholder sit hidtidige telefonnummer efter fratræden, da dette tilhører medarbejderen. Idet kunder og forretningsforbindelser ofte vil associere dette telefonnummer med virksomheden, har

en tidligere medarbejder "frit spil" til fortsat at fremstå som befuldmægtiget, ligesom virksomhedens kunder og forretningsforbindelser utilsigtet kan komme til at kontakte medarbejderen (og dermed dennes eventuelle nye arbejdsgiver) ved forsøg på kontakt til virksomheden. Dette er naturligvis uhensigtsmæssigt og kan være direkte tabsgivende for virksomheden. Det er derfor vigtigt, at arbejdsgiver sikrer sig ret til at overtage medarbejderens telefonnummer i tilfælde af fratræden.

4. Persondataretlige problemstillinger

BYOD-ordningen giver også visse persondataretlige udfordringer. Da der er tale om medarbejderens private device, risikerer arbejdsgiver nemlig, at få adgang til medarbejderens private, og dermed personfølsomme, oplysninger, eksempelvis ved opdatering mellem arbejdsgivers server/cloud.

BYOD kan således medføre en utilsigtet grad af medarbejderovervågning og adgang til private data om medarbejderen. Særligt idet der er tale om private devices, kan det tænkes, at der i højere grad end ellers vil findes private data på det pågældende device. Virksomheden kan derfor komme i besiddelse af oplysninger, som den, uden medarbejderens samtykke, ikke ellers ville lovligt kunne registrere. Her tænkes eksempelvis på helbredsoplysninger, oplysninger om ikke-meddelt graviditet, familiemæssige forhold, billeder, kodeord, eller oplysninger om ansøgning af en stilling uden for virksomheden.

5. Skatteretlige problemstillinger

Der opstår ligeledes en række spørgsmål af skatteretlig karakter i forbindelse med en BYOD-ordning.

Arbejdsgiverbetalte devices er i dag almindeligt på de danske arbejdspladser. I henhold til ligningslovens § 16, stk. 12, bliver medarbejderen beskattet af fri telefon og computer, der stilles til rådighed af arbejdsgiveren.

Efter ligningslovens ordlyd vil medarbejderens privat indkøbte device(s) ikke være *stillet til rådighed for medarbejderen*, da der er tale om medarbejderens eget device. Medarbejderen vil derfor som udgangspunkt ikke skulle beskattes af fri telefon mv. Det skal dog i den forbindelse holdes for øje, at der er tale om en enhedsbeskatning, og medarbejderen vil derfor blive beskattet med samme værdi, såfremt blot ét af de nævnte goder stilles til rådighed. Medarbejderen vil derfor blive

beskattet, såfremt arbejdsgiver udleverer en bærbar computer, som medarbejderen må benytte privat, uden at dette nødvendigvis sker. Får medarbejderen en arbejds-giverbetalt pc stillet til rådighed, skal han/hun således svare skat af et fast beløb på kr. 2.600 (2014) pr. år herfor. Derudover skal han/hun indkøbe og vedligeholde sit private device (omfattet af BYOD-ordningen), for beskattede midler. Medarbejderen vil således- rent skattemæssigt – kunne blive ramt dobbelt.

I tilfælde hvor en BYOD-ordning indføres ved ansættelsens påbegyndelse, er det ofte en del af ansættelsesvilkårene, at arbejdsgiver refunderer/giver et tilskud til medarbejderens omkostninger til køb af det device, som skal indgå i BYOD-ordningen. Spørgsmålet er dog hvorledes denne refusion/tilskud skal behandles skattemæssigt.

Først og fremmest må det overvejes, om dette beløb kan omfattes af det skattefrie minimumsbeløb, som en arbejdsgiver hvert år har mulighed for at give en medarbejder, i henhold til Ligningslovens §16, stk. 3. Dette skattefrie minimumsbeløb udgør indtil kr. 1100 pr. år (2014). Denne ordning omfatter en lang række personalegoder, herunder julegaver, deltagergebyr til motionsløb, adgang til fitnesscentre med videre. Såfremt der gives goder for et større beløb end dette, er medarbejderen som udgangspunkt A-skattepligtig af hele beløbet. Omkostninger til BYOD-ordningen må derfor antages at kunne omfattes heraf, såfremt medarbejderen ikke i forvejen modtager goder for dette beløb.

Da omkostningerne til et device dog hurtigt vil overstige kr. 1.100, vil det være relevant at overveje, om arbejdsgiver kan refundere medarbejderens udgifter skattefrit, med henvisning til, at der er tale om et arbejdsrelateret gode. I henhold til Ligningslovens § 16, stk. 3, kan arbejdsgiver, forudsat at visse nærmere betingelser er opfyldt, give et årligt bidrag på indtil kr. 5.600 (2014) til nødvendige arbejdsrelaterede goder.

Et gode betragtes som arbejdsrelateret, når det i overvejende grad skal anvendes til arbejdets udførelse. Såfremt det pågældende device har til formål, at medarbejderen skal kunne tilgå virksomhedens systemer og/eller kunder andre steder end fra kontoret, vil det som hovedregel være at karakterisere som arbejdsrelateret. Det er dog vigtigt at påpege, at virksomheden ikke skattefrit på et generelt plan kan tilbyde alle medarbejdere en ordning,

hvorefter de modtager tilskud ud over det almindelige skattefrie minimumsbeløb (kr. 1.100) . Hvis det pågældende gode ikke er nødvendigt i den konkrete medarbejders arbejde, kan virksomheden ikke, udover det ovennævnte minimumsbeløb, skattefrit stille det til rådighed. Skatterådet har således fastslået³, at der ikke umiddelbart er en reel arbejdsmæssig begrundelse for både at stille en bærbar computer og en iPad til rådighed for medarbejderne.

Det er endvidere vigtigt at være opmærksom på, at beløbsgrænsen på kr. 5.600 omfatter alt, dvs. også omkostninger til opdatering af eksempelvis antivirus-programmer og sikkerhedssoftware, forsikring af deviceet samt tilskud i forbindelse med genanskaffelse ved bortkomst. Medarbejderens omkostninger ud over kr. 5.600,- til BYOD-ordningen er A-skattepligtige.

6. BYOD-personalepolitik

Som det anføres ovenfor er der adskillige udfordringer for såvel medarbejder og arbejdsgiver ved indførelsen af en BYOD-ordning. Langt størstedelen af disse udfordringer kan løses gennem implementering af en politik på området. Således bør der som en fast del af virksomhedens personalehåndbog udarbejdes klare retningslinjer vedrørende BYOD-ordningen. Sådanne bestemmelser ville være oplagt at optage som en del af virksomhedens IT-politik.

En virksomhed, der aktivt har forholdt sig til ovenstående problemstillinger og har aftalt nogle klare vilkår for brug af deviceet med medarbejderne, vil være bedre rustet til at håndtere eventuelt efterfølgende tvister med en medarbejder. Risikoen for en tvist vil også kunne minimeres, idet der gennem medarbejderens accept af en personalepolitik vil ske en forventningsafstemning mellem parterne om vilkårene for ordningen. En BYOD-politik vil således kunne have en præventiv effekt på medarbejderens adfærd, hvorved tvisters omfang vil kunne begrænses eller helt undgås.

En BYOD-politik vil kun udgøre et effektivt værn, såfremt den er tilpasset den enkelte virksomhed og afspejler virkeligheden i de ansattes brug af devices. Det må derfor tilrådes, at en virksomhed udarbejder, eller får udarbejdet, klare individuelle standarder i forbindelse med implementeringen af en BYOD-ordning. Det er vigtigt, at en BYOD-politik er – eller bliver – en del af

medarbejderens ansættelsesvilkår. Hvis en BYOD-politik implementeres efter en medarbejders tiltræden, vil det komme an på en konkret vurdering, om dette vil udgøre en væsentlig ændring af ansættelsesforholdet, som derfor skal varsles med medarbejderens opsigelsesvarsel, med deraf følgende potentielle krav fra medarbejderen.

Ved udarbejdelse af en BYOD-politik er det først og fremmest vigtigt at holde sig for øje, at gældende lovgivning skal overholdes. Hvor arbejdsgiver er en multinational virksomhed, skal retsreglerne i samtlige lande, hvor BYOD-politikken finder anvendelse, respekteres.

Det vigtigste for en arbejdsgiver at regulere i forbindelse med indførelsen af en BYOD-ordning er sikkerheden. Der bør således aftales en pligt til løbende at opdatere sikkerhedssoftware og kryptering af arbejdsgiverens filer, således at arbejdsgivers data sikres i videst muligt omfang. Det skal i denne forbindelse gøres medarbejderen klart, at det kan have konsekvenser for ansættelsesforholdet, såfremt dette ikke sker, eller hvis arbejdsgivers data i øvrigt udsættes for fare, se endvidere nedenfor.

Tilsvarende bør der foreligge en utvetydig adgang for arbejdsgiver til at tilgå medarbejderens device(s). Denne adgang er afgørende både for at sikre den tilstrækkelige sikkerhed, men også for at begrænse eventuelle risici for spredning af fortrolige oplysninger i forbindelse med tab eller tyveri af deviceet, da arbejdsgiver kan slette alle oplysninger på deviceet første gang deviceet tændes. Der bør i den forbindelse aftales en pligt for medarbejderen til at meddele tab eller tyveri straks, således at sådanne tiltag bliver så effektive som muligt, samt en sanktionsadgang såfremt dette ikke sker.

For at sikre virksomhedens sikkerhed, bør det endvidere i en BYOD-politik klart defineres, fra hvilke devices medarbejderen må tilgå virksomhedens data, samt hvilken persongruppe, der er berettiget til at benytte det pågældende device.

På visse devices er der mulighed for at oprette flere forskellige profiler/brugere. Sådant adskillelse af brugere kan også sikres gennem arbejdsgivers udvikling af software, som netop sikrer adskillelse af brugerflader, som herefter downloades på medarbejderens device. Der findes en lang række udbydere af løsninger til adskillelse af

privat og erhvervsmæssig brug af et device i dag. En mulighed er eksempelvis, at medarbejderen downloader en app på sit device, hvorfra medarbejderen opnår direkte adgang til virksomhedens server/cloud. Fordelen ved en sådan løsning er, at al erhvervsmæssig brug af deviceet sker direkte på arbejdsgivers server/cloud og således ikke lagres på medarbejderens eget device.

En opdeling af et device i flere brugere med klar adskillelse, vil sikre, at erhvervsdata endvidere bliver krypteret og sikkerhedskopieret uden at arbejdsgiver uforvarende kommer i besiddelse af private eller i øvrigt personfølsomme oplysninger. Derudover vil arbejdsgiver kunne nøjes med at slette den erhvervsmæssige del af deviceet i tilfælde af tab/fratrædelse. Det er således en klar fordel for begge parter, såfremt arbejdsgiveren alene har adgang til den erhvervsmæssige del af deviceet, således at der alene slettes, opdateres eller overvåges på denne del, mens medarbejderen får lov til at bevare sin private del utilgængelig for virksomheden.

En opdeling har ligeledes den fordel, at virksomheden i forbindelse med medarbejderens misligholdelse har en umiddelbar adgang til at foretage bevissikring på den erhvervsmæssige del af det pågældende device. Det vil derfor være nemmere for virksomheden at dokumentere medarbejderens eventuelle illoyale adfærd.

Indførelsen af et sådant system, hvor et medarbejderejet device opdeles i flere brugerflader, forudsætter naturligvis, at medarbejderen har samtykket hertil samt at en sådan opdeling respekteres i praksis. Opretholdes en sådan adskillelse ikke, og tilgår medarbejderen virksomhedens data fra den private (usikre) profil, foreligger der ikke en tilstrækkelig beskyttelse af arbejdsgiverens data. Sanktionerne ved medarbejderens manglende overholdelse af denne situation skal således også sikres i en politik.

En lignende problemstilling opstår, hvor medarbejderen benytter en såkaldt cloud-løsning, dvs. der sker en automatisk sikkerhedskopiering af medarbejderens filer, og alle filer der lagres på deviceet, herunder også arbejdsgiverens data, sikkerhedskopieres til en ekstern server (eksempelvis iCloud). Tilsvarende findes der apps, hvor brugeren selv kan uploade filer (for eksempel Dropbox). Fælles for disse systemer er, at der kan opnås tilgang hertil fra andre devices. En sådan model indeholder

selsvagt en risiko for misbrug, ligesom der foreligger persondataretlige problemstillinger ved dette. Det bør derfor reguleres, hvilke sikre og godkendte løsninger, der må anvendes af medarbejderen.

Tilsvarende skal det overvejes, om der skal indføres forskellige sikkerhedsniveauer alt efter hvilket netværk medarbejderen er logget på, afhængig af hvor sikkert dette netværk er. Denne model begrænser imidlertid medarbejderens frihed og dermed den fleksibilitet, som BYOD-ordningen har til formål at give. Nødvendigheden af en sådan opdeling skal derfor overvejes grundigt.

De pligter som en BYOD-politik pålægger medarbejderen bør opvejes af tilsvarende pligter for arbejdsgiveren. Medarbejderen bør tilbydes supportløsninger og assistance, der hjælper med at sikre, at medarbejderen opfylder virksomhedens IT-politik. Traditionelt har virksomhedernes IT-afdelinger alene ydet support på virksomhedens devices, men såfremt en BYOD-politik skal fungere tilfredsstillende, er det ligeledes en forudsætning, at medarbejderen tilbydes support til sine private devices, der påtænkes at anvendes arbejdsmæssigt.

Af sikkerhedsmæssige hensyn bør det endvidere overvejes, om det mellem parterne skal aftales, at arbejdsgiver har forkøbsret til udtjente eller forældede devices, alternativt at videresalg ikke er tilladt.

En sådan forkøbsret, kan ligeledes være relevant, i forbindelse med medarbejderens fratreden, både af sikkerhedsmæssige årsager, samt for at sikre, at medarbejderen ikke fristes til at benytte eventuelle erhvervshemmeligheder, som er downloaded til deviceet. Om en sådan ret efterfølgende kan håndhæves, hvis medarbejderen rent faktisk misligholder denne aftale og sælger til tredjemand, er uafklaret og vil afhænge af de konkrete omstændigheder. Tilsvarende er tilfældet i relation til arbejdsgiverens ret til at kræve det pågældende device indleveret med henblik på at foretage sletning af virksomhedens data i forbindelse med medarbejderens fratreden.

På det persondataretlige område kræver en BYOD-ordning, at det er aftalt og defineret (eksempelvis i en BYOD-politik), hvordan data kan tilgås og behandles, og at medarbejderen har samtykket til behandlingen.

Tilsvarende bør der også af skattemæssige hensyn indføres klare regler om, hvilke devices der ydes tilskud til, således at det ikke efterfølgende får utilsigtede skattemæssige konsekvenser for medarbejderen.


Slutteligt er det vigtigt, at en BYOD-politikken ikke blot fastsætter rammer for brugen, men ligeledes forholder sig til konsekvenserne af eventuelle brud herpå, dvs. hvilke handlinger som arbejdsgiver vil betragte som en væsentlig misligholdelse af ansættelsesforholdet. Det kan i denne forbindelse overvejes, om overtrædelse af visse – for virksomheden særligt vigtige forhold - skal medføre, medarbejderens forpligtelse til at betale en konventionalbod i tillæg til det erstatningskrav, som arbejdsgiver vil kunne gøre gældende i henhold til dansk rets almindelige regler. Hvorvidt en sådan konventionalbods-bestemmelse vil kunne håndhæves i praksis vil altid afhænge af sagens konkrete omstændigheder.

7. Konklusion

Den teknologiske udvikling, den hurtige forældelse og dermed den konstante efterspørgsel efter nyt elektronik kan ikke stoppes. Virksomhederne er derfor nødsaget til at følge nye tendenser, herunder at de ansatte i højere grad end tidligere anvender deres egne devices i erhvervsøjemed. Dette er på mange punkter en fordel for virksomheden, men indeholder også en række udfordringer, der nødvendiggør en øget regulering.

Den teknologiske udvikling har således medført, at nye udfordringer er dukket op i det juridiske landskab, som virksomheder ikke kan sidde overhørig. Det er nødvendigt, at den enkelte virksomhed har et til stadighed øget fokus på deres regulering af virksomhedens elektroniske forhold, herunder medarbejdernes devices, som anvendes erhvervmæssigt.

-
- ¹ Hiner, Jason - Sanity Check: Should it support user owned smart phones? TechRepublic, (10. marts 2008)
 - ² Fottrell, Quentin – Lost Phones Cost Americans \$30 Billion a Year, MarketWatch (23. marts 2012)
 - ³ SKM2011.398



Vold-gifts-ret, en. et efter bestemte regler sammensat udvalg ell. en institution (permanent, staaende voldgiftsret), der afsiger kendelser i indankede stridigheder; spec. dels om udvalg ell. institution, der behandler uoverensstemmelser mellem arbejdsgivere og arbejdere; dels om den ved Haagkonferencen 1899 oprettede institution til bilæggelse af internationale stridigheder ved voldgift. Der oprettes Voldgiftsretter bestaaende af lige Antal Arbejdsgivere og Arbejdere. *Arbejderbladet*. 1¹/₁₂1877.1.sp.2. Lassen. SO.723. Lovtid.1900.A.531. Rasting. *Folkeretten*. I.(1940).189. **den faste voldgiftsret**, institution, oprettet ved LovNr. 81¹²/₄1910, der behandler sager, som angaar de kollektive overenskomster mellem arbejdsgivere og arbejdere. LovNr.3⁵/₁1914.§5. Hage.⁶II.523.

fra den trykte Ordbog over det Danske Sprog, bind 27,1954.

Kan du tælle op til 120?

ANTON KRAEV
REDAKTØR, CAND.MERC.JUR



Det kan nogle gange være vanskeligt, specielt når man taler om 120 sygedage. Efter funktionærlovens § 5, stk. 2, er det nemlig lovligt at indgå en aftale om forkortet opsigelsesvarsel i tilfælde af en længerevarende sygdom i 120 dage. Optællingen af 120 dage kan dog virke som en vanskelig og frustrerende affære, som skyldes den sparsomme retspraksis og lovgivers manglende stillingtagen til de enkelte spørgsmål.

Der er fortsat spørgsmål, som er ikke afklaret i praksis, ligesom de anliggender, der er taget op, er behandlet med varierende dybde.

Formålet med nærværende artikel er at se nærmere på 120-sygedages reglen og de problemstillinger, som reglen rejser i praksis, samt at analysere og fastlægge den aktuelle retstilstand. Artiklen behandler kun i begrænset omfang problemstillinger i forhold til handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

1. Opsigelse under sygdom og 120-sygedages reglen

Der findes ingen lovregler om, at man ikke må opsiges en medarbejder under sygdom. Det er dog almindeligt anerkendt, at ikke ethvert fravær på grund af sygdom vil kunne give en arbejdsgiver rimelig grund til at opsiges en medarbejder. Fraværet kan imidlertid være så hyppigt eller

så langvarigt, at det ikke med rimelighed kan forlanges, at arbejdsgiveren skal beholde medarbejderen i virksomheden.

I praksis lægger man vægt på, hvor belastende sygdommen har været for virksomhedens drift, om fraværet medfører en unormal stor ulempe. Der skal tages hensyn til, om fraværet som følge af medarbejderens stilling eller arbejde i virksomheden i særlig grad er til ulempe for denne. I de afgørelser, hvor sygefraværet har været behandlet, lagde man vægt på bl.a., om fraværet gav anledning til "*væsentlige planlægningsproblemer*" og "*overvældende arbejdsbyrde*".

Væsentligt for bedømmelsen er endvidere medarbejderens anciennitet. Det er en almindelig regel, at tolerancetærsklen stiger jo længere tid, man har været ansat. Derudover lægger man vægt på, hvilke informationer virksomheden har modtaget om muligheder for snarlig genoptagelse af arbejdet, risikoen for tilbagefald mm. Er der på opsigelsestidspunktet usikkerhed om, hvor længe medarbejderen forventes at være sygemeldt, kan det komme arbejdsgiveren til skade, at man ikke søgte nærmere information herom.

Som udgangspunkt gælder der de almindelige betingelser i forbindelse med opsigelse af en funktionær på grund af

langvarig sygdom. Der kan dog aftales, at en funktionær kan opsiges med 1 måneds varsel til fratræden ved en måneds udgang, når funktionæren inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under sygdom i ialt 120 dage. Reglen er beskrevet i funktionærlovens § 5, stk. 2, hvor man taler om forkortet opsigelsesvarsel ved sygdom:

”Det kan dog ved skriftlig kontrakt i det enkelte tjenesteforhold bestemmes, at funktionæren kan opsiges med 1 måneds varsel til fratræden ved en måneds udgang, når funktionæren inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under sygdom i ialt 120 dage. Opsigelsens gyldighed er betinget af, at den sker i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 sygedage, og medens funktionæren endnu er syg, hvorimod gyldigheden ikke berøres af, at funktionæren er vendt tilbage til arbejdet, efter at opsigelse er sket.”

I mangel af en aftale om funktionærlovens § 5, stk. 2, skal medarbejderen opsiges med sædvanligt varsel i henhold til funktionærlovens § 2.

Når den individuelle aftale om forkortet varsel skal i henhold til bestemmelsen foreligge skriftligt, må dette forstås bogstaveligt, således at et på anden måde ført bevis for aftalens tilstedeværelse ikke er tilstrækkeligt. Skriftlighedskravet antages således at være en egentlig gyldighedsbetingelse. Det er ikke tilstrækkeligt, at det fremgår af en overenskomst eller et personalecirkulære, hvortil ansættelsesbeviset henviser, at 120-dagesreglen finder anvendelse.

Bestemmelsen kan aftales individuelt såvel forud for som under ansættelsesforholdet. Der er således intet til hinder for at indgå aftalen under ansættelsen og med henblik på det sygefravær, som medarbejderen allerede har haft.

Det er i øvrigt i U.1983.997H antaget, at arbejdsgiveren kan skride til opsigelse med det forkortede opsigelsesvarsel, selvom han allerede har afgivet et almindeligt varsel.

2. Formål

I lovforslaget 1948-02-20 nr. 77 fremgår der følgende begrundelse for indførelsen af bestemmelsen i dagældende Lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer:

”Ved Bestemmelsen [...] har det været tilsigtet kun at skabe en Undtagelse fra Hovedreglen i Stk. 1 for at undgaa, at Arbejdsgiveren straks af Funktionærens Sygdom skal føle sig tilskyndet til at opsiges denne [...]”

Formålet med 120-sygedages reglen var således til dels at skabe incitament for opretholdelse af ansættelsesforholdene ved en sygemelding på op til 120 dage, samt at tilskynde arbejdsgivere til at ansætte og beholde medarbejdere, der har særlig risiko for gentaget sygefravær, ved at gøre det muligt for arbejdsgiverne efterfølgende at opsiges disse med forkortet varsel, hvis fraværet viser sig at være af meget lang varighed. Man har således forsøgt at foretage en rimelig afvejning af arbejdsgiveres og medarbejderes modsatrettede interesser for så vidt angår sygefravær.

3. Saglighed

Funktionærlovens § 5, stk. 2, indeholder hjemmel til at aftale et kortere opsigelsesvarsel og dermed fravige reglerne i lovens § 2, stk. 2. Bestemmelsen afskærer derimod ikke anvendelsen af lovens § 2 b om usaglig afskedigelse. Afskedigelsen efter 120-sygedages reglen anses dog normalt at have saglig grund, således at der kun under ganske særlige omstændigheder kan blive tale om at tilkende funktionæren godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b.

Den 10. september 2002 (U2002.2626/2H) tog Højesteret stilling til spørgsmålet om, hvorvidt en funktionær kan have krav på en godtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2 b ved opsigelse på grund af sygdom efter 120-sygedages reglen.

I sagen har funktionæren gjort gældende, at opsigelse af en medarbejder med 25 års anciennitet, der er sygemeldt som følge af en arbejdsbetinget sygdom, som kan helbredes, er usaglig, når der er tale om en større virksomhed med mange ansatte. Det var funktionærens opfattelse, at der ikke var nogen proportionalitet mellem arbejdsgiverens opsigelse og den omstændighed, at funktionæren - efter 25 års ansættelse og i forbindelse med arbejdet - har pådraget sig en sygdom, der skal behandles med operation. Funktionæren har endvidere gjort gældende, at opsigelsens saglighed måtte bedømmes ud fra det EU-retlige proportionalitetsprincip, hvorfor arbejdsgiveren måtte godtgøre nødvendigheden af

en opsigelse.

Ved dommen fastslog Højesteret, at der i de tilfælde, hvor lovens § 5, stk. 2, er aftalt, samt at opsigelse sker i overensstemmelse med de i bestemmelsen angivne betingelser, må opsigelsen i almindelighed anses for rimeligt begrundet, således at der kun under ganske særlige omstændigheder kan blive tale om at tilkende godtgørelse efter § 2b. Dommen var dog afsagt med dissens, hvor dommer Niels Grubbe udtalte:

"[...] en opsigelse efter 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2, i almindelighed må anses for rimeligt begrundet. Jeg finder imidlertid, at der også i sådanne tilfælde kan tilkendes godtgørelse efter § 2b efter en samlet afvejning, hvis andre omstændigheder taler derfor, også selvom der ikke foreligger ganske særlige omstændigheder.

F blev ansat i 1976. Der foreligger ikke oplysninger om, at hun forud for sin sygemelding i november 1999 havde hyppige eller langvarige sygefravær.

I begyndelsen af januar 2000 orienterede F The Nuance Group om, at hun havde fået konstateret diskusprolaps. Efter sygdommens karakter måtte det forventes, at hun efter helbredelse ville kunne genoptage sit arbejde. Ifølge lægeerklæringen af 25. januar 2000 skønnedes hun at være uarbejdsdygtig i yderligere tre måneder. The Nuance Group opsagde hende næsten to måneder før udløbet af denne periode uden forinden at rette henvendelse til hende for at få afklaret, hvornår hun kunne blive meldt rask.

Det er ikke godtgjort, at F's sygefravær medførte væsentlig ulempe for virksomhedens drift, hvorved bemærkes, at der var 11 andre salgsassistenten i den afdeling af virksomheden, hvor hun var beskæftiget.

Under de anførte omstændigheder finder jeg, at opsigelsen af F - uanset hendes langvarige sygdom - ikke kan anses for rimeligt begrundet i hendes eller virksomhedens forhold. Jeg stemmer derfor for, at The Nuance Group skal udrede en godtgørelse i medfør af funktionærlovens § 2 b, men finder efter udfaldet af stemmeafgivningen ikke anledning til at tage stilling til størrelsen af denne godtgørelse."

Efter denne dom har det været et åbent spørgsmål, hvad der ville kunne kvalificeres som så særlige omstændigheder, at funktionæren alligevel ville have krav på en godtgørelse efter funktionærlovens § 2b.

Efter Østre Landsrets dommen af 26. oktober 2011 i sag B-497-11 blev det rum, der er for at tilkende godtgørelse efter lovens § 2b, indsnævret. Under sagen gjorde funktionæren gældende, at opsigelsen ikke havde været sagligt, og at han derfor havde krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2b, uanset om 120-sygedages reglen er overholdt eller ikke, når henses til en lang ansættelsesperiode sammenholdt med, at arbejdsgiveren ikke søgte oplysninger om, hvornår han kunne ventes tilbage på arbejdet efter sygdommen.

Det interessante i sagen var, om den omstændighed, at funktionæren kort tid efter kunne genoptage arbejdet, samt om anciennitet på 41 år faldt ind under "*de ganske særlige omstændigheder*". Landsretten fandt, at opsigelsen var rimeligt begrundet, og at der ikke forelå sådanne ganske omstændigheder, at der var grundlag for at tilkende en godtgørelse efter lovens § 2b.

I en ældre faglig voldgiftkendelse af 13. juli 1992 blev det desuden slået fast, at bestemmelsen også finder anvendelse over for tillidsrepræsentanter, der har aftalt anvendelse af 120-dagesreglen, idet der forelå ikke særlige grunde til at beskytte tillids- og arbejdsmiljørepræsentanter med forlænget opsigelsesvarsel i tilfælde af langvarig sygdom, hvor de ikke kan varetage det særlige arbejde, som kollegerne har valgt dem til.

4. Bevisbyrden

Det er som udgangspunkt arbejdsgiveren, der bærer bevisbyrden for, at der foreligger 120-dages sygdom. Denne bevisbyrde løftes ved fremlæggelse af arbejdsgivers registreringer. Såfremt funktionæren kan påvise unøjagtigheder eller direkte fejl i disse registreringer, kan det komme arbejdsgiver til skade.

Hvis det er på arbejdspladsen sådan, at funktionæren skal registrere sit fravær, og det sker, så kan man som klart udgangspunkt lægge opgørelsen til grund. Praksis viser dog, at selv i de situationer, hvor man har et velfungerende registreringssystem og klare retningslinjer om brugen af dette, og hvor medarbejderen er reelt den eneste, som har

overblik over omfanget af sygefraværet, kan medarbejderens manglende registrering af sygefraværet efter bevisførelse komme arbejdsgiveren til skade.

I sag BS 12-1301/2010 tog byretten i Århus den 15. august 2011 stilling til en funktionærs egne registreringer. Sagen handlede om et advokatkontor, der havde et internt registreringssystem, hvor alle ansatte selv skulle registrere deres sygefravær. Da arbejdsgiveren talte 122 dage efter de opgørelser, der kunne trækkes ud af systemet, blev medarbejderen opsagt med henvisning til funktionærlovens § 5, stk. 2. Efter medarbejderens egne opgørelser havde hun på opsigelsestidspunktet 134 sygefraværsdage, hvorfor betingelsen for en opsigelse i medfør af bestemmelsen ikke har været til stede. Spørgsmålet var herefter, om hvorvidt arbejdsgiveren havde bevisbyrden for, at medarbejderen opfyldte betingelserne for en lovlig opsigelse i medfør af funktionærlovens § 5, stk. 2, eller om manglende registrering af sygefravær skulle komme medarbejderen til skade.

Efter bevisførelsen lagde retten til grund, at det var medarbejderens egne ansvar at registrere sin tid, herunder også sygdom, og at medarbejderen var opmærksom herpå og i øvrigt var bekendt og fortrolig med den praktiske fremgangsmåde ved tidsregistrering.

Det blev imidlertid lagt til grund, at der ud over de registrerede sygedage var yderligere 5 dage. Efter det samlede antal sygefraværsdage sammenholdt med de i retten nævnte omstændigheder, og hvor arbejdsgiveren efter medarbejderens kontinuerlige sygemelding blot havde foretaget en videreberegning af antallet af fraværsdage og ikke havde grundlag for at antage, at medarbejderen havde været sygemeldt i flere arbejdsdage end registreret, fandt retten det overvejende betænkeligt at fastslå, at den skete opsigelse ikke var afgivet i en sådan umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 sygedage, at den ikke kunne gøres gældende over for medarbejderen. Arbejdsgiveren blev herefter frifundet.

I en ny dom af 30. april 2014 i sag B-3062-12 skulle Østre Landsret tage stilling til, om en virksomhed godt kunne pålægge en værkstedschef (leder) at indberette eget sygefravær, og dermed regne med, at at det indberettede sygefravær var korrekt.

Det blev i sagen lagt til grund, at værkstedschefen havde ansvaret for at indberette sygefravær for en række mekanikere og lærlinge. Han havde endvidere ansvaret for at indberette sit eget fravær. Indberetning af fravær skete hver 14. dag pr. e-mail i overensstemmelse med virksomhedens instruks herom. Denne fremgangsmåde var blevet anvendt i flere år, og der var ikke tidligere blevet konstateret fejl i indberetninger. På den baggrund kom landsretten frem til, at der ved opgørelse af sygefraværet kunne tages udgangspunkt i værkstedschefens egne indberetninger. Sygefraværet i forbindelse med værkstedschefens influenza, lægeundersøgelser mv., som værkstedschefen påstod, men som ikke var indberettet på sædvanlig vis, skulle herefter ikke medtælles.

5. Optælling

I praksis opstår der ofte uenigheder om, hvorvidt 120 dage er optalt korrekt, om der overhovedet er forløbet 120 dage, eller om der er forløbet så mange sygedage, at funktionærlovens § 5, stk. 2, ikke længere kan finde anvendelse.

5.1. "oppebåret løn under sygdom i ialt 120 dage"

I henhold til funktionærlovens § 5, stk. 2, skal funktionæren inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder have "oppebåret løn under sygdom i ialt 120 dage". Den del af bestemmelsens har i praksis givet anledning til en række tvister.

I en dom af 12. juni 2007 i sag B-1761-06 tog Vestre Landsret stilling til et spørgsmål om, hvorvidt funktionærlovens § 5, stk. 2, skal forstås således, at det efter bestemmelsens ordlyd er en betingelse, at funktionæren har oppebåret sin fulde forfaldne løn.

Sagen handlede om en organisationschef, der fra medio september – medio oktober 2004 var indlagt på et center til behandling. Medarbejderen vendte ikke tilbage til arbejdet og blev ved brev af 10. januar 2005, da de 120 dage netop var udløbet, opsagt til fratræden med udgangen af februar 2005. Medarbejderen fik i perioden 15. november 2004 til 2. januar 2005 ikke udbetalt løn fra arbejdsgiveren, men fik dagpenge fra kommunen.

Den 4. januar 2005 erkendte arbejdsgiveren overfor Kristelig Fagforening, at medarbejderen ikke havde fået løn under sygdom, og at dette snarest ville blive rettet. Det tilgodehavende blev udbetalt først den 14. januar 2005.

Kristelig Fagforening har efterfølgende rejst en sag om, hvorvidt funktionærlovens § 5, stk. 2, i det hele taget kunne finde anvendelse, når medarbejderen på opsigelsestidspunktet ikke havde fået sin fulde forfaldne løn udbetalt. I byretten fik medarbejderen medholdt i, at arbejdsgiveren ikke kunne opsiges ham, fordi der var en lønrestance på opsigelsestidspunktet.

Vestre Landsrets to dommer kom derimod frem til, at den "forsinkede" udbetaling af den resterende løn ikke medfører, at opsigelsen efter funktionærlovens § 5, stk. 2, må anses for ugyldig. Det var ubestridt, at medarbejderen var berettiget til at oppebære løn under sygdom. Det forhold, at den fulde løn ikke var udbetalt på opsigelsestidspunktet, hindrer ikke i sig selv adgang til opsigelse med det forkortede varsel.

I en ny dom af 30. januar 2014 i sag B-2790-12 fastslog Vestre Landsret, at en opsigelse af en funktionær på den 120. dag af sygefraværet – og altså inden udløbet af de 120 sygedage – ikke kan ske med forkortet varsel.

Sagen handlede om en funktionær, der har været ansat hos en arbejdsgiver siden 1988. I juli 2010 blev funktionæren sygemeldt og indlagt på grund af rosenbetændelse i benet. Efter indlæggelsen var funktionæren fortsat sygemeldt.

Den 5. november 2010 blev funktionæren indkaldt til et møde på 120. sygedag om formiddagen, hvor vedkommende blev opsagt. Mødet fandt sted efter den almindelige arbejdstids begyndelse. Spørgsmålet var i sagen, om funktionæren på 120. sygedag kunne opsiges med henvisning til funktionærlovens § 5, stk. 2.

Landsretten har tiltrådt byrettens dom, som havde følgende præmisser:

"Det fremgår af ordlyden af funktionærlovens § 5, stk. 2, at det er en betingelse for opsigelse efter denne bestemmelse, at funktionæren "... har oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage", og at opsigelsen sker i umiddelbar tilknytning til "udløbet" af de 120 sygedage.

Det er rettens opfattelse, at betingelsen om, at funktionæren skal have oppebåret løn under sygdom i 120 dage, efter bestemmelsens ordlyd først kan anses opfyldt, når funktionæren har været fraværende på grund af

sygdom i 120 hele dage, dvs. tidligst på 121.dagen.

Dette er ligeledes overensstemmende med retspraksis om, at en funktionærs sygefravær en del af en dag ikke sidestilles med fravær en hel dag, men alene indgår i beregningen med den faktiske fraværstid, jf. herved Højesterets præmisser i U1990.611 H.

Sagsøgeren havde således ikke på opsigelsestidspunktet oppebåret løn under sygdom i 120 dage, og betingelserne i funktionærlovens § 5, stk. 2, for den 5. november 2010 at opsiges sagsøgeren med forkortet varsel var allerede herefter ikke opfyldt. Opsigelsen var derfor uberettiget."

Landsretten fandt, at opsigelsen ikke var sket i overensstemmelse med ordlyden af funktionærlovens § 5, stk. 2. Landsretten fandt endvidere, at opsigelsen ikke var sagligt begrundet. Der blev lagt vægt på, at arbejdsgiveren var bekendt med, at funktionæren var i arbejdsprøvning på opsigelsestidspunktet, og at arbejdsgiveren ikke forinden opsigelsen havde indhentet nærmere oplysninger om, hvornår funktionæren kunne forventes raskmeldt. Funktionæren havde derfor krav på en godtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2b, der blev fastsat til 4 måneders løn.

Det har tidligere været antaget, at opsigelsen kan ske på 120. sygedag, i hvert fald når den 120. arbejdsdag er udløbet. Særligt i denne sag kunne man argumentere for, at en funktionær, der opsiges på 120. sygedag efter den almindelige arbejdstids begyndelse, har "oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage". Dommen blev ikke anket til Højesteret.

5.2. Umiddelbar tilknytning

Opsigelsens gyldighed er betinget af, at den sker i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 sygedage, og medens funktionæren endnu er syg, hvorimod gyldigheden ikke berøres af, om funktionæren vender tilbage til arbejdet, efter at opsigelse er sket.

Bestemmelsen i funktionærlovens § 5, stk. 2, 2. pkt., hvorefter opsigelsen skal ske i umiddelbart tilknytning til udløbet af de 120 sygedage, er et eller andet sted værn for funktionæren mod at skulle leve i uvished om, hvorvidt arbejdsgiveren vil udnytte sin ret til at afskedige med forkortet varsel. Bestemmelsens formulering medfører, at

såfremt funktionæren ikke opsiges umiddelbart i tilknytning til 120 sygedage, afskæres arbejdsgiveren fra at anvende reglen.

Højesteret fastslog i afgørelsen U.1973.555H, at arbejdsgiveren kunne afgive opsigelsen otte dage efter udløbet af de 120 dage. En senere retsafgørelse accepterede, at arbejdsgiveren havde opsagt medarbejderen på 129.-dagen. Omvendt fastslog Vestre Landsret i to domme af 3. juni 1992 og 30. januar 2014, at opsigelserne 10 dage efter udløbet af de 120 dage (130. dag) ikke var afgivet rettidigt.

I samme boldgade udtalte Østre landsret i den ovennævnte dom af 30. april 2014 i forhold til sygefraværet på 129 1/2 dage, at *“det er overvejende betænkeligt at fastslå, at opsigelsen ikke skete i umiddelbar tilknytning til udløbet af 120 sygedage, jf. funktionærlovens § 5, stk. 2.”*

Det må på baggrund af ovennævnte praksis konstateres, at overskridelser ud over 129. dagen ikke kan accepteres. Overskridelser af 129. dagen vil konkret medføre, at opsigelsen med forkortet varsel ikke er sket rettidigt. Det anbefales derfor, at opsigelse efter 120-dages reglen ikke sker senere end få dage efter 120. dag (dog ikke på 120. dag) og efter en grundig kontroloptælling af sygedagene.

5.3. En eller flere sygdomsperioder inden for 12 måneder

De 12 måneder behøver ikke følge et kalenderår, og de 120 dage behøver heller ikke udgøre en sammenhængende periode af denne længde.

Det er slået fast i Helsingør Byrets dom af 18. februar 2005, som er stadfæstet af Østre Landsretten den 22. december 2005, at 120 sygedage skal regnes for en eller flere sygdomsperioder fra en faktisk raskmelding og indenfor 12 måneder. Sagen handlede nemlig om en funktionær, som var ramt af en kræftsygdom. Pågældende har været igennem en omfattende kemobehandling. Hun har ofte gået på arbejde både under og efter behandlingen, selv om hun ikke var helt rask.

Arbejdsgiveren havde beregnet 120 dage ud fra den forudsætning, at medarbejderens fremmøde kunne betragtes som en raskmelding, og at der var påbegyndt en ny sygeperiode.

Begge retsinstanser udtalte, at selvom sygedagene fordelte sig i flere perioder, med raskmeldinger indimellem, var alle begrundet i samme sygdomsforløb, nemlig kemobehandlingen mod en kræftlidelse. Dermed skulle også de sygdomsperioder, der lå før den af arbejdsgiveren antaget raskmelding, medtælles. Opsigelsen har herefter ikke fundet sted i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 sygedage.

Man kan modsætningsvis konkludere, at en medarbejder, der har været sygemeldt uafbrudt i over 129 dage, ikke vil kunne opsiges med henvisning til bestemmelsen. Det medfører, at en længere uafbrudt sygdomsperiode på eksempelvis 10 måneder, giver arbejdsgiveren ret til at opsiges en gang for dette sygefravær, selv om det samlede fravær kan overstige 240 dage. Her må det erindres, at opsigelsen skal ske i umiddelbar tilknytning til det tidspunkt, hvor medarbejderen opnår 120 sygedage.

5.4. Søn- og helligdage

De 120 sygedage omfatter såvel arbejdsdage som søn- og helligdage. Skal søn- og helligdage (herunder en arbejdsfri lørdag) medregnes, forudsætter dette, at man kan lægge til grund, at funktionæren var syg på disse dage. Det vil være tilfældet, hvor funktionæren er syg på begge sider af disse fridage. Er medarbejderen gået hjem pga. sygdom, er det i retspraksis anerkendt, at dette sygefravær ligeledes kan medtælles med den faktiske fraværstid, jf. U.1990.611H.

Såfremt en funktionær møde op på arbejde dagen efter weekenden (dvs. sygemelding senest fredag og raskmelding mandag) eller første dage efter helligdage, anses funktionæren for ikke at være syg i disse dage.

Rødovre Byretten og senere Østre Landsretten tog stilling hertil henholdsvis den 6. maj 1998 og den 15. oktober 1998. Sagen angik spørgsmålet om, hvorvidt dagene lørdag og søndag skal medregnes som sygefravær i de tilfælde, hvor medarbejderen er sygemeldt torsdag og fredag og raskmelder sig igen mandag, samt om hvorvidt påsken kan regnes som sygefravær, når medarbejderen møde på arbejde første dag efter påske.

Påske

Retten lagde til grund, at funktionæren mødte på arbejde første arbejdsdag efter påske, og at hun var på arbejde hele dagen.

Selvom hun har selv forklaret, at hun var syg i påsken, og at hun brugte påsken til at slappe af og komme sig, fandt retten ikke, at hun var syg i påsken. Den omstændighed, at funktionæren ansøgte om refusion af dagpenge kunne ikke føre til andet resultat.

Lørdag og søndag

Retten lagde til grund, at funktionæren efter lægebesøget mandag mødte på arbejde fra kl. 08:35 til 15:30. Under disse omstændigheder fandt retten det ikke bevidst, at funktionæren var syg i weekenden.

Retten fandt ikke, at begæringen om dagpengerefusion, som er udarbejdet af funktionæren og underskrevet af arbejdsgiveren, var afgørende bevis for, at funktionæren rent faktisk har været syg den weekend, hvortil kommer, at opgørelsen ikke har relation til reglerne i funktionærlovens § 5, stk. 2, men til reglerne om dagpengerefusion.

I en ny dom af 18. marts 2014 tog Vestre Landsret stilling til en tilsvarende spørgsmål. Sagen handlede om en ingeniør, der torsdag den 26. august 2010 var hos lægen, og fik en lægeerklæring. Fredag den 27. august 2010 mødte medarbejderen på arbejde med det formål at drøfte håndtering af sygdommen med den nærmeste leder. Medarbejderen kunne ikke komme til det, og forlod arbejdspladsen kl. 12.30. Han meldte sig syg telefonisk først om lørdagen, som ikke var en normal arbejdsdag for medarbejderen.

I sagen skulle Landsretten tage stilling til, om medarbejderens sygemelding lørdag den 28. august 2010 kunne aktualisere medtælling af sygedage i henhold til funktionærlovens § 5, stk. 2.

Såfremt sygefraværet skulle tælles fra og med lørdag den 28. august 2013, var opsigelsen modtaget på 130. sygedag. Opsigelsen var modtaget på 128. dag, hvis sygefraværet skulle tælles fra og med mandag.

Landsretten lagde til grund, at medarbejderen meldte sig syg lørdag den 28. august 2010, samt anså det for bevidst, at medarbejderen faktisk var syg på det pågældende tidspunkt. Landsretten udtalte herefter følgende:

“Efter retspraksis medregnes også lørdage og søndage i opgørelsen af de 120 sygedage efter funktionærlovens §

5, stk. 2, 1. pkt. I hvert fald i en situation som den foreliggende finder landsretten det efter en samlet vurdering overvejende betænkeligt at statuere, at [medarbejderen] skal have været sygemeldt om fredagen, for at lørdag den 28. august og søndag den 29. august 2010, hvor han var syg og meddelte dette til arbejdsgiveren, kan indgå i opgørelsen af de 120 sygedage. Det gælder også, selvom [medarbejderen] efter det oplyste normalt ikke var på arbejdspladsen lørdag og søndag. [...]

Landsretten lægger herefter til grund, at [medarbejderen] på tidspunktet for opsigelsen havde været syg i hvert fald i 130 dage inden for de sidste 12 måneder. [...]

5.5. Delvis fravær

Både fuld og delvis fravær medregnes ved beregning af 120-sygedages reglen. Når funktionæren er delvist fraværende en dag på grund af sygdom, skal sygefraværet medregnes med den faktiske fraværstid. Som udgangspunkt er det den tid, hvor funktionæren modtager løn under sygdom, som kan medtælles i de 120 dage.

Arbejdsgiveren har som et klart udgangspunkt ikke pligt til at oplyse medarbejderen om, at dennes delvise fravær medtælles i de 120 dage. Vestre Landsret fandt i en dom af 23. juni 2008 ikke, at arbejdsgiveren var afskåret fra at anvende 120 dages reglen, blot fordi medarbejderen ikke var gjort opmærksom på, at det delvise fravær ville blive medtalt i opgørelsen.

Der er imidlertid ikke noget til hinder for, at arbejdsgiveren og funktionæren i forbindelse med eksempelvis en sygefraværssamtale aftaler, at delvis genoptagelse af arbejdet under sygeperioden ikke skal indgå i opgørelsen af de 120 dage, jf. funktionærlovens § 21. Vestre Landsret bemærkede dog i en dom af 15. januar 2013, at en aftale om, at delvise sygedage ikke skal medregnes, ikke vil kunne indgås på et tidspunkt, hvor arbejdsgiveren allerede har forpasset sin ret til at opsiges funktionæren med forkortet varsel, såfremt de delvise sygedage medregnes ved optællingen.

5.5.1. Optælling

Højesteret har i U.1990.611H fastslået, at delvist fravær på grund af sygdom skal medregnes i de 120 sygedage med den faktiske fraværstid, og ikke som hele dages sygefravær. Er medarbejderen for eksempel deltidssygemeldt i

3 timer, tæller 3 timer med i sygefraværet.

Dette synspunkt blev bekræftet i en højeseterets dom af den 19. april 2010 (U.2010.1922H). Højesteret bemærkede, at en funktionær, som alene er delvist uarbejdsdygtig som følge af sygdom, og som genoptager sit arbejde på deltid, kun oppebærer løn under sygdom for den af sygdommen udløste fraværestid; lønnen for den præsterede arbejdstid er løn for arbejde.

I en dom af 21. september 2011 tog Vestre Landsret stilling til et tilsvarende spørgsmål. Sagen handlede om en delvissygemeldte medarbejder, som efter aftale med sin arbejdsgiver mødte 1/2 time senere og gik 1 time tidligere. Der blev i sagen lagt til grund, at medarbejderen i de perioder, hvor hun var delvis sygemeldt, arbejde 6 timer og ikke 7,5 timer, som påstået af arbejdsgiveren. Landsretten antog, at hun var hverken mere eller mindre syg på de dage, hvor hun holdt fri.

Landsretten henviste til U.1990.611H og fandt det bedst stemmende med denne dom, at der ved delvis sygemelding for fridage medregnes et delvist fravær svarende til de dage, hvor medarbejderen var på arbejde. Man skal imidlertid være opmærksom på, at i denne konkrete sag har det været tale om et fast fraværs mønster, som landsretten lagde vægt på. Situationen kan være anderledes, hvis et tilsvarende mønstre ikke kan konstateres. I givet fald vil man formentligt lægge vægt på, om funktionæren har været syg på begge sider af disse fridage og weekender.

Det må formodes, at det vil være mest nærliggende at tælle weekenderne med i samme forhold, som hverdagene ud fra den betragtning, at hvis lørdag/ søndag havde været en hverdag, ville medarbejderen også have været deltids syg disse dage.

5.5.2. Deltidssygemelding eller "behandlingsforsøg"

Der kan forekomme situationer, hvor en medarbejder ved fremmødet rent faktisk ikke udføre nogen arbejdsopgaver for virksomheden. Tilfældet var behandlet ved Odense Byret og senere Østre Landsret henholdsvis den 16. juni 2004 og den 18. februar 2005.

Sagen drejede sig om en sygemeldt medarbejder, der efter aftale med sin læge ønskede at møde på arbejdspladsen nogle timer om dagen på dage, hvor hun følte sig

i stand til det, med det formål at forberede en egentlig genoptagelse af arbejdet. Arbejdsgiveren havde accepteret en sådan ordning, der blev indgået på medarbejderens initiativ og uforpligtende for hende.

Medarbejderen mødte på arbejdspladsen og dels hjemme hos sig selv beskæftigede sig med virksomhedens forhold. Det blev dog lagt til grund, at hun alene udførte begrænsede opgaver, og at hun ikke i de enkelte tilfælde traf aftale med eller gav meddelelse til virksomhedens ledelse.

Under de anførte omstændigheder fandt byretten ikke, at medarbejderen kunne anses for at have genoptaget arbejdet delvist på enkelt dage med den virkning, at der i opgørelsen af sygedage skulle ske fradrag for arbejdstimer. Retten har endvidere lagt til grund, at hun oplyste til kommunen, at hun havde været syg i hele perioden. Hendes tilstedeværelse på virksomheden har ikke godtgjort i sig selv, at hun havde udført arbejdsopgaver. Fremmødet fandt sted som led i et behandlingsforsøg aftalt med hendes læge.

5.5.3 "stadig syg"

Det er en betingelse for anvendelsen af 120-sygedages reglen, at funktionæren er stadig syg på tidspunktet for afgivelsen af opsigelsen. Når funktionæren genoptager arbejdet, inden opsigelsen er afgivet, bliver bestemmelsen tidligst aktuel ved en ny sygemelding.

Højesteret har i ovennævnte dom af 19. april 2010 (U.2010.1922H) taget stilling til, hvorledes begrebet "stadig syg" skal forstås i forhold til en medarbejder, der er delvist fraværende på grund af sygdom. Sagen handlede om en medarbejder, der var raskmeldt to dage om ugen. Højesteret fastslog, at 120-dages reglen kunne anvendes, uanset om den sygemeldte delvist havde genoptaget arbejdet. I sagen var medarbejderen blevet opsagt en af de dage, hvor medarbejderen var på arbejde. Højesteret udtalte, at medarbejderen på opsigelsestidspunktet fortsat var delvist uarbejdsdygtig som følge af sygdom, og at kravet i funktionærlovens § 5, stk. 2 om, at opsigelse skal ske, mens funktionæren stadig er syg, derfor var opfyldt.

På baggrund af Højesterets dom kan en delvist fraværende medarbejder således opsiges, både de dage, hvor medarbejderen er fraværende helt eller delvist, og de

dage, hvor medarbejderen er på arbejde.

5.5.4. Verserende sag om delvis fravær

På nuværende tidspunkt verserer der en principiel sag om beregning af 120 sygedage og deltids sygefravær. Sagen handler om en funktionær, der blev opsagt efter 121,5 sygedage. Funktionæren tilbød fire uger før opsigelsen at gentoptage arbejdet delvist "nogle timer, nogle dage om ugen". Arbejdsgiveren afslog tilbuddet om delvis genoptagelse af arbejdet. I sagen har HK har gjort gældende, at de timer, som funktionæren tilbød at arbejde i før opsigelsen, ikke kan medregnes, hvorefter funktionæren på opsigelsestidspunktet ikke havde været syg i 120 dage inden for de sidste 12 måneder.

Det følger af fast praksis, at det er arbejdsgiveren, der beslutter, om medarbejderen skal genoptage arbejdet på deltid, eller om medarbejderen først skal komme tilbage, når vedkommende er fuldt raskmeldt, selvom kommunen på baggrund af en lægelig vurdering træffer beslutning om en deltidssygemelding. Arbejdsgiveren har fortsat ret til fuld refusion, også for de timer, hvor medarbejderen kunne have været på arbejde.

Spørgsmålet om, hvorvidt arbejdsgiverens afslag om delvis gentoptagelse af arbejdet kan have konsekvens for beregning af sygedage i henhold til funktionærlovens § 5, stk. 2, har ikke været prøvet i praksis før.

Sagen skal hovedforhandles i Vestre Landsret den 8. oktober 2014.

6. Graviditet

Som udgangspunkt medregnes alt sygefravær, herunder sygdom under graviditet. Er der imidlertid tale om graviditetsbetinget sygdom, er det i strid med ligebehandlingsloven at medtælle disse sygedage.

Efter § 9 i lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v., må en arbejdsgiver "ikke afskedige en lønmodtager, fordi denne har fremsat krav om udnyttelse af retten til fravær eller har været fraværende efter § 7, eller i øvrigt på grund af graviditet, barsel eller adoption". Såfremt graviditet nødvendiggør en kortere eller længere sygemelding, er den gravide beskyttet mod opsigelse på grund af sygdom på nøjagtig samme måde som i øvrigt under sin graviditet.

Som udgangspunkt kan en opsigelse ikke anses for begrundet i graviditet, hvis det ligger helt fast, at arbejdsgiveren ikke kendte til graviditeten. Der gælder således ikke et objektivt eller ubetinget ansvar for arbejdsgiveren. Det påhviler dog i mange tilfælde arbejdsgiveren at bevise sit ukendskab. Det er ikke en betingelse for at blive tilkendt en godtgørelse for forskelsbehandling på grund af køn, at arbejdsgiveren på tidspunktet for afskedigelsen kendte til den afskedigede graviditet, når andre betingelser, der var afgørende for afskedigelsen rent faktisk udsprang af den afskedigedes graviditet. Det blev bekræftet af EF-domstolen i Draehmpaehl-sagen (C-180/95), hvor der blev taget stilling til spørgsmålet om en arbejdsgivers viden om graviditet i forbindelse med ansættelsen. Det fremgår af denne dom, at arbejdsgiverens skyld (culpa) ikke er afgørende for tilkendelse af godtgørelse som følge af overtrædelse af ligebehandlingsdirektivet.

Dette udgangspunkt har været udfordret og modificeret i relation til spørgsmålet om graviditetsbetinget sygdom. Højesteret har den 20. februar 2012 afsagt en ganske opsigtsvækkende dom. Sagen handlede om en social- og sundhedshjælper, der blev ansat i et privat plejefirma med virkning fra 1. marts 2008 med tre måneders prøvetid. Fra den 24. marts 2008 var hun syg i to dage med kvalme, og få dage senere konstaterede hun, at hun var gravid. Den 3. april 2008 havde hun barns første syge, og dagen efter, fredag den 4. april 2008, tog hun tidligt hjem fra arbejde på grund af kvalme. Hun var syg hele weekenden. Mandag den 7. april fik hun en sms fra sin arbejdsgiver, som bad hende møde tidligt. Hun svarede via sms, at hun var syg. Ved middagstid samme dag gentog hun sygemeldingen telefonisk og oplyste, at hun var gravid.

Med et brev af 7. april 2008 blev hun opsagt med henvisning til hendes ustabile fremmøde. Arbejdsgiveren påstod, at opsigelsen var besluttet og udfærdiget om morgenen og formiddagen den 7. april 2008 og dermed før den telefonsamtale, hvorunder han fik oplyst, at medarbejderen var gravid.

Højesteret fandt, at § 9 i lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v. efter sit formål må forstås således, at den omfatter afskedigelse på grund af sygefravær, der skyldes graviditet, selv om arbejdsgiveren på afskedigelsestidspunktet hverken var eller burde være bekendt med graviditeten. En pligt for arbejdsgiveren at betale

godtgørelse efter lovens § 16, stk. 2, måtte dog i den særlige situation være betinget af, at arbejdsgiveren ikke omgør sin beslutning om afskedigelse efter at være blevet bekendt med graviditeten.

Højesteret kom frem til, at det var medarbejderens fravær, der begrundede opsigelse, og at fraværet skyldtes i det væsentlige graviditetsbetinget sygdom. Da arbejdsgiveren ikke omgjorde beslutningen om afskedigelse efter at være blevet bekendt med medarbejderens graviditet, har han handlet i strid med ligebehandlingslovens § 9. Medarbejderen havde herefter krav på en godtgørelse, der blev fastsat til 6 måneders løn.

Det afgørende var således en objektiv vurdering af, hvorvidt sygemeldingen skyldtes graviditetsbetinget sygdom, og ikke en afgørelse af, hvorvidt arbejdsgiveren subjektivt kendte til graviditeten.

Højesterets dom betyder for arbejdsgivere, at en opsigelse i henhold til funktionærlovens § 5, stk. 2, som følge af meget sygefravær kan være farlig, hvis det viser sig, at den pågældende er gravid, og at dette er grunden til sygefraværet. Det kan på den baggrund anbefales at indhente en friattest, samt anmode lægen at oplyse, om sygdommen er graviditetsbetinget, inden opsigelsen finder sted.

7. Handicap

EU-Domstolen har i en dom af 11. april 2013 i de forenede sager C-335/11 og C-337/11, Ring og Werge, haft lejlighed til at stilling til, hvorvidt funktionærlovens § 5, stk. 2, er forenelig med direktiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. Det af Sø- og Handelsretten stillede spørgsmål var formuleret således:

“Er direktiv 2000/78/EF er til hinder for at anvende en national lovbestemmelse, hvorefter en arbejdsgiver har ret til opsigelse af en medarbejder med et forkortet varsel, når medarbejderen har oppebåret løn under sygdom i alt 120 dage inden for 12 på hinanden følgende måneder, over for en medarbejder, der må anses for handicappet i direktivets forstand, når

a. *fraværet er forårsaget af handicappet?*

eller

b. fraværet skyldes, at arbejdsgiveren ikke har iværksat de foranstaltninger, der under hensyn til de konkrete behov er hensigtsmæssige for at give en person med handicap adgang til at udøve sin beskæftigelse?”

EU-Domstolen konstaterede i forhold til spørgsmålets litra b, at det er i strid med direktivet at anvende det forkortede opsigelsesvarsel i henhold til funktionærlovens § 5, stk. 2, når sygdom kan tilskrives den omstændighed, at arbejdsgiveren har undladt at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger i overensstemmelse med forpligtelsen efter direktivet (præmis 66-67):

“Det skal fastslås, at den omstændighed, at en arbejdsgiver har undladt at træffe nævnte foranstaltninger, kan indebære, henset til den forpligtelse, der følger af artikel 5 i direktiv 2000/78, at en handicappet arbejdstagers fravær skal tilskrives en forsømmelse fra arbejdsgiverens side og ikke arbejdstagerens handicap.

I tilfælde af, at den nationale ret konstaterer, at arbejdstagernes fravær i de foreliggende tilfælde kan tilskrives den omstændighed, at arbejdsgiveren ikke har truffet hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger, er direktiv 2000/78 til hinder for anvendelsen af en national bestemmelse som den i hovedsagerne omhandlede.”

Dernæst skulle EU-Domstolen besvare spørgsmålets litra a, om, hvorvidt en arbejdsgiver kan opsigelse en medarbejder med forkortet varsel, når sygefraværet skyldes medarbejderens handicap. EU-Domstolen fastslog, at funktionærlovens § 5, stk. 2, ikke er udtryk for direkte forskelsbehandling. Det blev dog samtidig lagt til grund, at bestemmelsen kan være udtryk for indirekte forskelsbehandling, da en handicappet medarbejder er udsat for en højere risiko for, at det forkortede opsigelsesvarsel anvendes over for den pågældende end en ikke-handicappet medarbejder. En handicappet medarbejder har nemlig særlig risiko for at blive syg af en sygdom, der har sammenhæng med den pågældendes handicap.

EU-Domstolen foretog en proportionalitetsvurdering i overensstemmelse med direktivets artikel 2, stk. 2, litra b, nr. i, og fandt, at bestemmelsen i funktionærlovens § 5, stk. 2, er objektivt begrundet i de legitime mål om på den ene side at fremme ansættelse af de syge personer og på den anden side at foretage en rimelig afvejning af arbejds-

giveres og medarbejderes modsatrettede interesser for så vidt angår sygefravær.

Det blev overladt det til Sø- og Handelsretten til at efterprøve, om funktionærlovens § 5, stk. 2, er hensigtsmæssig og nødvendig, og om bestemmelsen går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå sine mål (præmis 89-91):

“For at undersøge, om 120-dages reglen i FL's § 5, stk. 2, går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå de forfulgte mål, skal denne bestemmelse ses i den sammenhæng, hvori den indgår, og den skade, som den kan forårsage for de berørte personer, skal tages i betragtning (jf. i denne retning Odar-dommen, præmis 65).

Det tilkommer i denne forbindelse den forelæggende ret at undersøge, om den danske lovgiver ved at forfølge de legitime mål om på den ene side at fremme ansættelse af syge personer og på den anden side at foretage en rimelig afvejning af arbejdsgivers og arbejdstagers modsatrettede interesser for så vidt angår sygefravær har undladt at tage hensyn til relevante forhold, som særligt vedrører handicappede arbejdstagere.


Der bør i denne forbindelse ikke bortses fra den risiko, som handicappede personer er udsat for, idet de generelt oplever større vanskeligheder end ikke-handicappede arbejdstagere ved en tilbagevenden til arbejdsmarkedet og har specifikke behov, der er knyttet til den beskyttelse, som deres tilstand kræver (jf. i denne retning Odar-dommen, præmis 68 og 69).”

Sø- og Handelsretten har den 31. januar 2014 afsagt domme i begge sager F-13-06 og F-19-06. I to meget ens afgørelser fandt Sø- og Handelsretten, at de to funktionær var omfattet af handicapbegrebet, samt at i hvert fald en del af sygefraværet måtte tilskrives den omstændighed, at arbejdsgiverne har undladt at træffe de hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger.

Under disse omstændigheder forelå der ved opsigelserne i henhold til funktionærlovens § 5, stk. 2, en direkte forskelsbehandling efter forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 2. I begge sager blev godtgørelsen fastsat til 12 måneders løn med henvisning til henholdsvis 7 og 10 års ancienintet. Medarbejderne fik samtidig medhold i påstanden om det fulde opsigelsesvarsel.

Sø- og Handelsretten har således ikke taget stilling til, hvorvidt funktionærlovens § 5, stk. 2, i det hele taget kan finde anvendelse på handicaprelateret sygefravær ud fra den betragtning om, at bestemmelsen er udtryk for indirekte forskelsbehandling.

En af sagerne skulle angiveligt være indbragt for Højesteret.



Funktionær, en. [fon(g)- so'næ'ʁ] flt. **-er** (fra fr. fonctionnaire, afl. af fonction; < S&B., endnu i Meyer.⁶(1884). 333 behandlet som fransk glose) person, som udfører en vis tjeneste; især: person, der beklæder en fast, ofte mere underordnet stilling i statens ell. kommunernes tjeneste (stats-, kommunefunktionær); (underordnet) **tjenestemand**; ogs. om personer (uden for den egl. arbejderklasse) i tilsvarende stillinger i privat tjeneste (privatfunktionærer). Følget bestod kun af Hendes gamle Naade og Godsets Funktionærer. Wied. S.343. Boligerne for Funktionærene (ved et gasværk) er udstyrede som Lejligheder i gode borgerlige Huse. *Architekten*. XI.(1909).183. Sal.²IX. 158.

fra den trykte Ordbog over det Danske Sprog, bind 6,1924.

En lillefinger eller en langefinger? - om umiddelbar virkning og dansk ret

MORTEN BACH EISENSEE
ADVOKAT (H)



EU-retten fylder mere og mere på det ansættelsesretlige område. Først og fremmest i form af stigende regulering, for eksempel på diskriminationsområdet. I de senere år er der dog sket et skifte i fokus. Det er blevet udvidet fra primært at være på indholdssiden af reguleringen, til også mere og mere at være på betingelserne for at anvende EU-retten i Danmark. Selvom den måtte være i strid med lovgivningen i Danmark. Artiklen ser nærmere på forskellige måder, EU-retten kan anvendes på.

Siden fyrrerne har der mellem arbejdsgivere og arbejdstagere været en fælles forståelse af, at medarbejdere, der blev syge før de begyndte deres ferie kunne udskyde den. Blev de derimod syge efter de begyndte deres ferie, var det bare ærgerligt. Den enighed hørte op, da EU-domstolen slog fast, at en næsten tilsvarende spansk ordning var i strid med arbejdstidsdirektivet¹. Men hvilken konsekvens skal det have for de arbejdsgivere, der indrettede sig i overensstemmelse med den danske regel?

Siden halvfjerdserne har Højesteret ved flere lejligheder slået fast, at funktionærloven skulle forstås sådan, at medarbejdere der på det tidspunkt, de fratrådte kunne oppebære en pension fra en arbejdsgiverbetalt ordning, ikke havde krav på fratrædelsesgodtgørelse i henhold til lovens § 2a². I 2010 udtalte EU-domstolen, at denne ordning er et udtryk for aldersforskelsbehandling i strid med

beskæftigelsesdirektivet³. Men hvilken konsekvens skal det have for de arbejdsgivere, der har betalt i overensstemmelse med Højesterets praksis?

Begge eksempler er hentet i virkeligheden, og kan henføres til udviklingen i forholdet mellem dansk ret og EU-retten.

Fokus har flyttet sig

I Danmark har både lovgiver og arbejdsmarkedets parter haft betydeligt fokus på sikre at EU-direktiver bliver indarbejdet i love og overenskomster. Det betyder, at der i mange år kun har mindre konflikter i forhold til anvendelsen af EU-retten i Danmark.

De diskussioner der har været, har primært vedrørt indholdet af EU-reguleringen og spørgsmålet om, hvorvidt dansk ret er forenelig med den.

Som en følge af stigende regulering, et øget antal sager vedrørende lovgivning, der indarbejder EU-direktiver, og et voldsomt fokus EU-domstolens praksis, er det dog pludselig langt mere presserende at tage stilling til, hvornår EU-retten kan påberåbes direkte af borgere i Danmark.

Og hvornår den må placeres et andet sted.

Vejne fra EU til Danmark

EU-domstolen har ved en række lejligheder forholdt sig til, hvordan de nationale domstole skal håndtere de konflikter, der kan opstå mellem EU-retten og reglerne i de enkelte medlemsstater.

Senest har EU-domstolen opsummeret fremgangsmåden i den såkaldte Dominguez-sag⁴, der vedrørte arbejdstidsdirektivet.

Her forklarer EU-domstolen, hvordan der er forskellige instrumenter, de nationale domstole kan bruge. Og også hvilken rækkefølge, det bør ske i.

Først og fremmest bør de forsøge at løse konflikter ved den såkaldte EU-konforme fortolkning. Herved forstås man, at den nationale domstol strækker sig så langt som overhovedet muligt, for at bringe overensstemmelse mellem den nationale regel EU-retten ved fortolkning. Hvis der altså overhovedet er rum til at fortolke retsstillingen med de fortolkningsmetoder, der er til rådighed, skal den nationale domstol gøre det. I almindelighed har de danske domstole kunnet klare sig med denne strategi, og løst regelsammenstød ved fortolkning. I eksemplet vedrørende ferie ovenfor, fandt Højesteret dog, at retsstillingen var så klar, at der ikke var grundlag for at foretage en EU-konform fortolkning⁵.

Det næste instrument, domstolene skal afklare er spørgsmålet om umiddelbar anvendelighed. Det er med andre ord spørgsmålet om, hvorvidt et EU-direktiv kan påberåbes direkte af en borger. Uafhængigt af den nationale lovgivning. Her har EU-domstolen helt konsekvent udtalt, at direktiver aldrig kan pålægge private forpligtelser, men at de efter omstændighederne kan påberåbes af private over for offentlige myndigheder.

De grundlæggende betingelser for dette er, at fristen for at indarbejde direktivet i den nationale lovgivning skal være udløbet, og at direktivbestemmelsen skal indeholde en klar og ubetinget forpligtelse for medlemsstaten. Netop denne metode benyttede Højesteret sig af i de første sager om funktionærlovens § 2a. Eftersom der var tale om offentlig arbejdsgivere, og beskæftigelsesdirektivets forbud mod aldersforskelsbehandling er klart og ubetinget, var det ret uproblematisk at lade direktivet finde umiddelbar anvendelse⁶. Derfor kunne arbejdsgiverne dømmes til at betale fratrædelsesgodtgørelse.

I de tilfælde hvor der ikke kan fortolkes EU-konformt, og hvor direktivet ikke kan anvendes umiddelbart, foreskriver EU-domstolen, at de nationale domstole må henvise borgeren til at rejse et erstatningskrav mod staten for mangelfuld eller manglende indarbejdelse af EU-retten. Dette er for eksempel tilfældet i situationen vedrørende ferieloven.

Umiddelbart havde det været naturligt, at noget tilsvarende ville være tilfældet i de sager om funktionærlovens § 2a, der vedrører private arbejdsgivere.

Her har EU-domstolen dog anvist en yderligere mulighed, der eventuelt vil kunne benyttes.

En hemmelig smutvej

I Küçükdeveci-sagen⁷, der vedrørte netop aldersforskelsbehandling, stod EU-domstolen over for samme udfordring som i de danske § 2a-sager mod private arbejdsgivere: Det var ikke muligt at foretage en EU-konform fortolkning, og i overensstemmelse med EU-domstolens faste praksis, kunne direktivet ikke anvendes til at pålægge private forpligtelser.

I stedet for blot at henvise borgeren til at rejse et erstatningskrav, valgte EU-domstolen en mere ambitiøs strategi, som dog ikke er ganske ukontroversiel.

Domstolens argumentation var nemlig den, at forbuddet mod aldersforskelsbehandling ikke er skabt ved beskæftigelsesdirektivet. Direktivet er blot et instrument, der giver et konkret udtryk til et almindeligt ligebehandlingsprincip, der er meget ældre. Et princip, der igen kan udledes af medlemsstaternes fælles forfatningsretlige traditioner og forskellige internationale konventioner.

Domstolen fastslår herefter, at dette princip er på 'traktatniveau', og dermed, i overensstemmelse med Domstolens faste praksis, er umiddelbart anvendeligt i medlemsstaterne. Også i en sådan udstrækning, at det er egnet til at pålægge private forpligtelser.

Herved kommer Domstolen uden om den udfordring, at det nogle vil kalde en formalitet, indebærer at et direktiv, der, efter sit indhold og sin ordlyd, er egnet til at sikre en borgers rettigheder, ender med ikke at gøre det alligevel.

Andre vil kalde det et helt nødvendigt hensyn til retssikkerheden.

Denne Küçükdeveci-doktrin er da også blevet kritiseret i brede kredse. Herunder også af Domstolens generaladvokater⁸.

Uanset denne kritik er doktrinen blevet adopteret af begge landsretter og af Sø- og Handelsretten⁹. Om det holder hele vejen vil formentlig blive afklaret i juni 2014, hvor doktrinen for første gang bliver udfordret i Højesteret¹⁰.

Princippet findes – men i hvilken form?

Grundlæggende er der ikke noget mystisk i det almindelige ligebehandlingsprincip, Domstolen vælger at anvende i Küçükdeveci-sagen.

Der er for så vidt ikke noget nyt i en antagelse om et almindeligt EU-retligt princip om ikke-forskelsbehandling. Heller ikke som argument for at EU-retten skulle have umiddelbar virkning i medlemsstaterne. EU-domstolen har nemlig i en lang årrække anvendt et princip om ikke-forskelsbehandling i sine afgørelser¹¹.

Det er dog vigtigt at bemærke, at Domstolen hidtil alene har anvendt princippet, når det har fundet et skriftligt udtryk i traktaten. For eksempel ved ligelønsbestemmelsen i traktatens art. 157 (tidligere art. 119). Domstolen har endda afvist, at princippet om ligeløn kan udvides til et almindeligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af køn i andre sammenhænge. Her er der altså tale om en direkte fortolkning af traktatgrundlaget.

Küçükdeveci-doktrinen er således meget nyskabende i den forstand, at Domstolen udvider ligebehandlingsprincippet til et område, der ikke er medtaget i traktaten. Domstolen henviser til, at det tillige genfindes i Chartret om grundlæggende rettigheder art. 21¹², men det er under ingen omstændigheder det samme.

Det er ikke så vanskeligt at acceptere, at Domstolen finder, at et princip på traktatniveau kan finde umiddelbar anvendelse. Det svære er at se, præcis hvordan Domstolen når frem til, at princippet er på traktatniveau.

Hertil kommer, at princippet i Küçükdeveci-doktrinen finder en helt ny udmøntning. Allerede i Mangold-sagen¹³ benyttede Domstolen sig af ligebehandlingsprincippet,

men primært på den måde, at medlemsstaten (Tyskland) skulle have respekteret princippet i forbindelse med udarbejdelsen af den lov, der var omdrejningspunktet i sagen, og som skulle implementere et EU-direktiv. På den måde respekterede Domstolen i den mindste den helt grundlæggende præmis, at principperne i EU-retten alene kan være relevante i forbindelse med de bestræbelser medlemsstaterne gør sig for at indarbejde den i deres nationale retsordener.

I Küçükdeveci-sagen var der ikke denne tilknytning. Den lovgivning, medarbejderen anfægtede var nemlig ikke en udrulning af EU-regulering, men derimod rent national lovgivning. Det problem fandt EU-domstolen imidlertid også en løsning på. Den slog nemlig fast, at det forhold, at der var tale om aldersforskelsbehandling på arbejdsmarkedet, bragte situationen inden for beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde, og at der dermed automatisk var den nødvendige tilknytning til EU-retten. Denne konstruktion forekommer noget skrøbelig.

Det er altså vigtigt at være opmærksom på, at når man anvender Küçükdeveci-doktrinen, er der tale om en ganske vidtgående udlægning af EU-retten.

To syn på samme sag?

Man kan godt diskutere rækkevidden af Küçükdeveci-doktrinen, og også holdbarheden af den. Men det korte af det lange er indtil videre, at afgørelsen er, som den er, og at man ikke bare kan se bort fra den.

Noget andet er imidlertid, at der er to perspektiver på spørgsmålet om umiddelbar anvendelighed: Nemlig på den ene side den måde, man må betragte det på fra en EU-retlig synsvinkel, og på den anden side den måde, man må anskue situationen på fra en rent national synsvinkel.

Pointen er, at det nok kan være EU-domstolens holdning, at ligebehandlingsprincippet under visse omstændigheder finder umiddelbar anvendelse i medlemsstaterne. Men det betyder ikke nødvendigvis, at det kan lade sig gøre efter medlemsstatens forfatning.

Når man læser afgørelserne fra Østre og Vestre Landsret, og også den fra Sø- og Handelsretten, er det tydeligt, at retterne ikke har forhold sig til den nationale synsvinkel, og heller ikke til, hvor usikkert et grundlag det princip, man

importerer, egentlig hviler på.

Det er derfor helt essentielt, at netop disse spørgsmål bliver prøvet ved Højesteret. Således at der kan blive taget stilling til, om vi har rakt EU en lillefinger, og det har taget hele armen.

Det er i sagens natur umuligt at give et kvalificeret bud på udfaldet af en sådan sag.

Konklusion

EU-retten fylder mere og mere i dansk ansættelsesret.

Gennem de senere år er spørgsmålet om håndteringen af konflikter mellem dansk ret og EU-retten derfor blevet stigende relevant.

EU-domstolen har traditionelt anvist tre forskellige modeller til at håndtere disse konflikter, nemlig konform fortolkning, umiddelbar anvendelighed og erstatningskrav mod staten.

I Küçükdeveci-afgørelsen viser Domstolen en fjerde vej i sager om forskelsbehandling på grund af alder: Et almindeligt ligebehandlingsprincip på traktatniveau, der finder umiddelbar anvendelse.

Denne doktrin er blevet kritiseret i brede kredse, men nyder på trods heraf anerkendelse på landsrets niveau.

I juni 2014 vil Højesteret tage stilling til, om det er foreneligt med dansk, national ret at anvende ligebehandlingsprincippet til at pålægge private forpligtelser.

- ¹ C-277/08 – Perada
- ² UfR 1973.898 H, UfR 1989.123 H, UfR 1989.126 H, UfR 1991.317 H, UfR 1997.1144 H, UfR 2008.1892 H
- ³ C-411/10 – Ole Andersen
- ⁴ C-282/10 – Dominguez
- ⁵ UfR 2014.914 H
- ⁶ UfR 2014.1119 H
- ⁷ C-555/07 – Küçükdeveci
- ⁸ Generaladvokat V. Trstenjak i C-282/10, generaladvokat Mázak i C-441/05, generaladvokat Sharpston i C-427/06 og generaladvokat Bot i C-555/07
- ⁹ UfR 2012.2247 Ø, ØLD af 9. april 2013 og SHD af 14. januar 2014
- ¹⁰ Højesteretssag 15/2014
- ¹¹ F.eks. i afgørelserne Defrenne II (C-43/75) og Angonese (C-218/98)
- ¹² Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder (C 364/01)
- ¹³ C-144/04 – Mangold

Uddannelsesaftaler i arbejdsretligt perspektiv

JAKOB COHR ARFFMANN
ADVOKAT



Indledning

Formålet med denne artikel er kort at beskrive de retlige rammer for medarbejdernes ret til efter- og videreuddannelse og de tvister, der kan opstå i den forbindelse. Ved "uddannelsesaftale" forstås i det følgende en aftale, som en medarbejder indgår med sin arbejdsgiver om hel eller delvis betaling af et uddannelsesforløb. Artiklen omfatter ikke elevaftaler, dvs. aftaler omfattet af erhvervsuddannelsesloven.

Artiklen vil i den forbindelse se på muligheden for at aftale tilbagebetalingsklausuler, hvorefter arbejdsgiveren kan kræve uddannelsesudgifterne helt eller delvist tilbage. Endvidere vil den skattemæssige behandling kort blive beskrevet.

Baggrund

Efter- og videreuddannelse har i de senere år fået en stor betydning på arbejdsmarkedet. Det har bl.a. givet sig udslag i forskellige tiltag aftalt som led i overenskomstfornyelserne på både det offentlige og private arbejdsmarked. Eksempelvis er der på DA/LO-området oprettet kompetencefonde, og på finanssektorens område har virksomhederne i flere år betalt uddannelsesbidrag, ligesom pengeinstitutoverenskomsten¹ giver ret til orlov (uden løn) til uddannelse.

Sådanne tiltag er bl.a. etableret for at skabe incitament til medarbejderne til at søge efter- og videreuddannelse, således at arbejdsstyrken bliver opkvalificeret for at imødekomme de krav, som stilles i et stadigt mere globaliseret marked.

I den juridiske litteratur synes emnet at være relativt sparsomt beskrevet.²

Den skattemæssige behandling

Som ovenfor nævnt er denne artikels fokus på den arbejds- og ansættelsesretlige vurdering af uddannelsesaftaler. Det bør dog nævnes, at der findes en særlig beskatningsregel for erhvervsrelateret uddannelse, som ofte vil være relevant for uddannelsesaftaler.

Reglen findes i ligningslovens § 31, der kort fortalt giver skattefrihed for alle typer af arbejdsgiverbetalte uddannelser og kurser, som er erhvervsrelaterede. Der skelnes i den forbindelse ikke mellem, om der er tale om grund-/videreuddannelse, eller om der er tale om efteruddannelse.

Arbejdsgiveren får omvendt ikke fradrag for udgifter til grund- og videreuddannelse. Hvis der derimod er tale om udgifter afholdt som led i efteruddannelse, kan udgiften være fradragsberettiget.

Skattefriheden gælder også alle slags kurser. SKAT betragter kurser som korterevarende undervisningsforløb, jf. den juridiske vejledning 2014.³

Der vil typisk være skattefrihed for kurser, som gives til afskedigede medarbejdere, fx i form af ekstern konsulentbistand, der går ud på at hjælpe de pågældende til at finde nyt arbejde (såkaldt outplacement). Det er således ikke en betingelse, at medarbejderen er ansat hos arbejdsgiveren på det tidspunkt, hvor kurset/uddannelsen afholdes. Aftalen om afholdelse af kurset skal dog være indgået før fratræden og kan derfor eksempelvis indgå i en fratrædelsesaftale.

Der er dog ikke skattefrihed for uddannelser og kurser, som udelukkende har et privat formål for modtageren, jf. ligningslovens § 31, stk. 2. Det er tilstrækkeligt, at kurset har en vis erhvervmæssig relevans for modtageren, dvs. medarbejderen, men den erhvervmæssige relevans behøver ikke nødvendigvis at være i relation til det konkrete arbejde hos den betalende arbejdsgiver.

I SKM2012.430.SR⁴ var coaching til idrætsudøvere i den konkrete sag kompetencegivende og af erhvervmæssig relevans. Den var derfor omfattet af ligningslovens § 31. Coachingen havde til formål at optimere den enkelte idrætsudøvers præstationer og give redskaber til at opnå bedst mulig karriereudvikling. I afgørelsen henvises til, at forarbejderne til ligningslovens § 31 viser, at lovgiver har ønsket en bred forståelse af uddannelses- og kursusbegrebet. "Uddannelse" og "kurser" skal opfattes som dynamiske begreber, der kan omfatte andet end traditionel undervisning.

Endelig kan nævnes, at også udbetalinger til uddannelse, der sker via kompetencefonde og lignende konstruktioner, kan være skattefri efter samme bestemmelse.

Ligningslovens § 31 dækker de tilfælde, hvor arbejdsgiveren betaler udgifter relateret til en uddannelse omfattet af bestemmelsen. Det kan dog efter omstændighederne også aftales, at medarbejderen er med til at finansiere udgiften helt eller delvist i form af en bruttotrækordning. Betingelserne herfor fremgår bl.a. af et nyligt bindende svar fra Skatterådet i sag SKM2014.175.SR⁵.

Såfremt medarbejderen i medfør af en tilbagebetalingsklausul, jf. herom nedenfor, skal tilbagebetale arbejds-

giverens udgifter helt eller delvist i tilfælde af fratræden, vil en ny arbejdsgiver ikke skattefrit for medarbejderen kunne betale et sådant krav. Dette følger af en bindende forhåndsbesked 6. september 2005 fra det daværende Ligningsråd, SKM2005.417.LR⁶.

Ligningsrådet fandt, at den nye arbejdsgivers betaling ikke faldt ind under kravet om udgifter til uddannelse, som er afholdt før ansættelsesforholdets påbegyndelse. Udgiften var derfor ikke omfattet af ligningsloven § 31. Det gjaldt både, hvor udgifterne var afholdt af den ansatte selv, og hvor udgifterne var afholdt af en tidligere arbejdsgiver, der kan kræve disse udgifter godtgjort helt eller delvist som følge af ansættelsesforholdets ophør. Det havde heller ikke betydning, om uddannelsen var afsluttet eller ej.

Kollektive aftaler om uddannelse

I de senere år er det som ovenfor nævnt blevet meget almindeligt, at der i kollektive overenskomster aftales forskellige former for uddannelsesordninger⁷. Den typiske ordning er, at arbejdsgiveren forpligter sig til at betale et beløb pr. medarbejder til en kompetencefond, som enten arbejdsgiver eller medarbejderen kan søge om refusion fra. Medarbejderne vil så i et nærmere bestemt omfang have fri til at deltage i de uddannelsesforløb, som omfattes af ordningen.

Det er en naturlig konsekvens af dette, at arbejdsgiverens manglende overholdelse af sådanne pligter ikke alene kan medføre krav fra de enkelte medarbejdere, men tillige krav om betaling af bod for brud på overenskomsten. Et nyligt eksempel sås i Arbejdsrettens dom af 10. februar 2014 i sag AR 2012.0634:

Her blev en vvs-virksomhed idømt en bod på 200.000 kr. for ikke *"i tilstrækkeligt omfang at have taget stilling til og imødekommet medarbejdernes reelle kursusønsker for kalenderåret 2011"*. Der var i sagen tale om 44 medarbejders kursusønsker, som den lokale tillidsrepræsentant havde indsamlet og videreformidlet til ledelsen. Virksomheden fik dog aldrig reelt besvaret de indsamlede ønsker, og sagen blev derfor indbragt for Arbejdsretten.

En stor del af sagerne om de uddannelsesordninger, der er etableret i de kollektive overenskomster, har drejet sig om niveauet for betaling – herunder særligt på de områder, hvor der traditionelt er lagt stor vægt på de såkaldte AMU-kurser.

Det drejer sig eksempelvis om faglig voldgifts kendelse af 5. juli 2010 mellem 3F og DI vedrørende forståelsen af Emballageoverenskomsten. Opmanden fandt, at markedet for korte kurser på det pågældende overenskomstområde var så domineret af AMU-kurser, at udgiftsniveauet for arbejdsgiveren skulle ligge på niveau med tilsvarende AMU-kurser.⁸

Sagerne er opstået, fordi der i de overenskomstbestemmelser, der var baseret på Forligsmandens mæglingsforslag fra 2004, findes en passus om, at medarbejdere der afskediges, er berettigede til at deltage i et "relevant kursus", og at udgifterne "dækkes af arbejdsgiveren i det omfang, udgifterne ikke dækkes af det offentlige eller fra anden side". I en række afgørelser er det slået fast, at der hermed som udgangspunkt skal ses på, hvad udgifterne til tilsvarende AMU-kurser ville være.

Det drejer sig foruden ovennævnte voldgiftskendelse om faglig voldgifts kendelse af 16. maj 2011 mellem CO-Industri for Dansk Metal mod DI CO-Industri for Dansk Metal mod DI (FV 2010.0155) og faglig voldgifts kendelse af 29. november 2013 mellem CO-Industri for Dansk Metal mod DI (FV 2013.0084)⁹.

På disse områder bør der således skeles til, hvilke kurser der udbydes i AMU-regi, og hvad prisen for disse kurser er. Arbejdsgiverne har således en vis forventning om, at kursernes pris skal afspejle tilsvarende priser på tilsvarende AMU-kurser, og det bør medarbejderne og deres fagforbund tage højde for.

Tilbagebetalingsklausuler

En del af de kurser eller uddannelser, som medarbejderne indgår uddannelsesaftaler om, er relativt bekostelige. Det indebærer, at arbejdsgiveren kan have en interesse i at indføre en klausul i uddannelsesaftalen om, at medarbejderen skal tilbagebetale hele eller dele af udgiften, såfremt medarbejderen fratræder. I fraværet af særlig (ansættelsesretlig) regulering på området, og idet der i udgangspunktet er aftalefrihed mellem medarbejder og arbejdsgiver, vil rækkevidden af sådan en klausul skulle afgøres ud fra en fortolkning af klausulens ordlyd og omstændighederne omkring dens tilblivelse, de almindelige fortolkningsregler samt aftalelovens § 36¹⁰.

Ansættelsesbevislovens krav om, at de væsentlige vilkår for ansættelsesforholdet er meddelt medarbejderen

skriftligt på en eller flere af de i loven angivne måder, vil dog medføre, at en tilbagebetalingsklausul meget vanskeligt vil kunne håndhæves, hvis den ikke fremgår med en vis tydelighed af det skriftlige grundlag.

Retspraksis har i hvert fald i ét tilfælde beskæftiget sig med en tilbagebetalingsklausul på det private arbejdsmarked. I sagen, der blev afgjort af Østre Landsret den 18. marts 2013¹¹, gav landsretten arbejdsgiveren medhold i et tilbagebetalingskrav på 20.000 kr. mod en fratrådt medarbejder. Baggrunden var, at medarbejderen var blevet ansat som "arbejdsmand" med henblik på oplæring som tv-operatør. I et senere tillæg til ansættelseskontrakten forpligtede medarbejderen sig til at deltage i uddannelsen som DTVK-operatør¹². Tillægget specificerede, at arbejdsgiveren skulle afholde udgifterne til de kurser, der indgik i uddannelsen, ligesom der var en tilbagebetalingsklausul med følgende ordlyd:

"Hvis arbejdstageren fratræder inden for de første 24 måneder fra ansættelsesforholdets begyndelsestidspunkt, skal arbejdstageren erstatte arbejdsgiveren dennes udgifter som anført ovenfor i pkt. C, efter følgende regler:"

Herefter var det angivet, i hvilket omfang medarbejderen ved fratrædelse i nogle nærmere angivne 6-måneders perioder skulle erstatte arbejdsgiverens udgifter. Medarbejderen opsagde sin stilling efter 12 måneders ansættelse og blev derefter opkrævet et beløb på 20.000 kr. i medfør af aftalen.

Landsretten, der stadfæstede byrettens dom, gav arbejdsgiveren medhold med bl.a. følgende begrundelse:

"Landsretten lægger efter det fremkomne til grund, at parterne havde en gensidig interesse i uddannelsesklausulen. Aftalen om uddannelse kom i stand på [medarbejderen]s foranledning, og uddannelsen, der var kompetencegivende, skete i arbejdstiden. Kravet, der afskrives i henhold til aftalen, er ikke urimeligt i forhold til de opnåede kompetencer."

Klausulen skulle derfor ikke tilsidesættes efter aftalelovens § 36, og landsretten godkendte også opgørelsen af kravet.

Resultatet forekommer ikke overraskende henset til, at uddannelsesaftalen var relativt afbalanceret, og at kravet

både absolut og relativt set var af begrænset størrelse. Det kan dog diskuteres, om domstolene generelt vil stille krav om, at uddannelsen skal komme i stand på medarbejderens eget initiativ. I visse tilfælde kan initiativet til et bestemt uddannelsesforløb komme fra både medarbejder og arbejdsgiver, og det forekommer ikke oplagt, at en arbejdsgiver, der selv tager (med)initiativ, ikke skulle kunne håndhæve en (rimelig) tilbagebetalingsklausul, som i øvrigt opfylder de oven for nævnte krav til klarhed.

Et lidt mere særpregt tilfælde findes i dommen trykt i UfR 2005.1186 H. Her havde en pilot i Forsvaret som 19-årig underskrevet en såkaldt tjenesteplichterklæring, hvorefter han skulle gennemgå pilotuddannelsen og udføre sin tjeneste i Forsvaret, indtil han fyldte 33 år. Han ønskede imidlertid at fratræde i utide for at søge ansættelse hos et privat luftfartselskab. Forsvaret fremsatte derfor et erstatningskrav mod ham på 507.340,26 kr. baseret primært på udgifterne til uddannelsen¹³.

Højesteret godkendte grundlæggende, at piloten var erstatningsansvarlig, og fastsatte kravet til 440.000 kr. Det er dog interessant, at tjenesteplichterklæringen ikke klart specificerede, hvilket krav der kunne blive tale om, idet det alene fremgik, at myndighederne kunne "bestemme, at en fastsat tjenesteplichtsperiode nedsættes eller helt bortfalder under forudsætning af, at den, der er pålagt tjenesteplicht, udreder et af myndigheden fastsat erstatningsbeløb."

Af den erklæring, som piloten i sagen underskrev, fremgik bl.a.: "Såfremt jeg afgår fra uddannelsen af årsager, der skyldes eget forhold, er jeg indforstået med at forrette tjeneste i forsvaret i en periode, hvis længde maksimalt svarer til forannævnte periode af 13/6 år/måneder, eller selv afholde de med uddannelsen forbundne udgifter."

Afgørelsen kan dog i mine øjne ikke bruges som præjudikat for, at det ikke er nødvendigt at specificere tilbagebetalingskravet, hvis det ellers er kendt på det tidspunkt, hvor aftalen indgås. Derimod kan dommen bruges til at vise, at tilbagebetalingskravet kan opgøres ud fra arbejdsgiverens omkostninger, og idet der tages højde for, hvor længe medarbejderen har arbejdet efter færdiggjort uddannelse.

Tilfælde hvor der ikke er aftalt en tilbagebetalingsklausul

Det kan selvsagt tænkes, at der ikke er aftalt en tilbage-

betalingsklausul, eksempelvis fordi der er tale om et kursus eller uddannelsesforløb af kortere varighed.

En nyere dom fra Østre Landsret¹⁴ har beskæftiget sig med, hvad der skal ske i det tilfælde, hvor medarbejderen er tilmeldt et kursus, men efterfølgende opsiger sin stilling, før kurset skal holdes.

Medarbejderen havde i sin ansættelseskontrakt en særlig passus om uddannelse, hvorefter *"Medarbejderen er berettiget og forpligtet til at gennemføre uddannelsesmæssige aktiviteter i samråd med selskabet, i størrelsesordenen 10 arbejdsdage pr. år."*

Medarbejderen tilmeldte sig et 5-dages kursus i USA, og der var enighed mellem parterne om, at selve kursusudgiften udgjorde 14.000 kr., og at udgifter til transport og forplejning udgjorde 18.000 kr. Kurset blev afholdt i slutningen af maj 2008, men den 30. april 2008 opsagde medarbejderen sin stilling til fratræden 31. maj 2008. Arbejdsgiveren aflyste samme dag medarbejderens deltagelse i kurset.

Landsretten nåede frem til, at der forelå bristede forudsætninger, idet:

"Det må have stået F klart, at det var en afgørende forudsætning for [virksomhedens] godkendelse af hans deltagelse i 5-dages kurset i Boston i maj 2008, at han ikke forinden opsagde sin stilling i selskabet. Da F i april 2008 opsagde ansættelsesforholdet, bristede [virksomhedens] forudsætninger for at godkende hans deltagelse i kurset, og risikoen herfor må påhvile F. Herefter og da F ikke ifølge sin ansættelseskontrakt havde krav på at deltage i det pågældende kursus, er [virksomheden] ikke bundet af godkendelsen af Fs deltagelse i kurset."

Byretten havde ligeledes frifundet arbejdsgiveren, men havde i sine præmisser lagt vægt på arbejdsgiverens ledelsesret og på, at arbejdsgiveren havde et sagligt og relevant behov for at kunne disponere over arbejdskraften i en opsigelsesperiode, herunder til at færdiggøre opgaver og evt. overdrage arbejdet til sin efterfølger. Landsretten afgjorde i stedet sagen ud fra mere almindelige, aftaleretlige principper om bristede forudsætninger.

Det bemærkes, at landsretten lagde vægt på, at det var medarbejderen selv, der opsagde sin stilling. Såfremt

virksomheden havde opsagt medarbejderen, kan det bestemt overvejes, om sagen ville have fået samme udfald – i hvert fald såfremt opsigelsen var begrundet i virksomhedens forhold. Hvis opsigelsen var begrundet i medarbejderens egne forhold, fx manglende performance eller uhensigtsmæssig adfærd, må forudsætningssynspunktet også kunne gøres gældende.

Hvad bør en uddannelsesklausul indeholde?

Baseret på ovenstående gennemgang vil jeg til sidst forsøge at opridse de elementer, som efter min opfattelse bør indgå i en uddannelsesklausul¹⁵.

Betaling af selve uddannelsesafgiften: herunder eventuel fordeling mellem medarbejder og arbejdsgiver. Det bør også indgå, hvem der i forhold til uddannelsesinstitutionen er den formelle debitor, hvilket bl.a. kan have betydning, såfremt beløbet ikke betales (rettidigt), eksempelvis på grund af en tvist mellem medarbejder og arbejdsgiver.

Betaling af undervisningsmateriale samt øvrige udgifter i den forbindelse, eksempelvis transport og forplejning: I den forbindelse bør der tages stilling til, om medarbejderen kan anvende arbejdsgiverens pc og lignende udstyr, fx printere til at udskrive opgaver til brug for studiet.

Selve fraværet til uddannelsen: Dels selve perioden, herunder eventuelle læse-/eksamensperioder¹⁶, dels om der er ret til hel eller delvis løn under dette fravær og i så fald, hvorledes lønnen beregnes.

Endelig bør parterne overveje de skattemæssige implikationer af aftalen: Herunder om medarbejderen skal betale udgifterne (delvist), og om der i den forbindelse kan indgås en såkaldt bruttolønsaftale, hvorefter udgifterne dækkes helt eller delvist af, at medarbejderen går ned i løn.

Ud fra de foreliggende afgørelser er der ikke tvivl om, at det i udgangspunktet vil være lovligt at aftale en tilbagebetalingsklausul, hvorefter medarbejderen skal tilbagebetale arbejdsgiverens udgifter, såfremt medarbejderen fratræder. Det primære retlige værn for medarbejderen vil være aftalelovens § 36, og det er derfor vigtigt, at en sådan klausul har et afbalanceret indhold, fx således at udgifterne "afskrives" over en periode. Dette bør sikre, at medarbejderen ikke reelt stavnsbindes til virksomheden i lang tid efter, at uddannelsen er gennemført.

Tilbagebetalingskravet vil – som andre pengekrav – skulle inddrives ved de civile domstole. Hvis medarbejderen har et langt opsigelsesvarsel, vil det efter omstændighederne være muligt at foretage delvis modregning ud fra de almindelige principper herom i retsplejelovens § 509. Det er dog arbejdsgiverens risiko, at modregning i lønnen er berettiget. På overenskomstdækkede områder kræves selvsagt, at lønnen efter eventuel modregning ikke ligger under overenskomstens minimums-/mindstebetalingssats.

- ¹ Den aktuelle overenskomst er tilgængelig på FA's hjemmeside.
- ² Se dog bl.a. Langer, Morten; Rekrutteringsbegrænsninger – herunder jobklausuler, Thomson Reuters, 1.udg. 2009, s. 165ff.
- ³ http://www.skat.dk/SKAT.aspx?old=124#SKAT.aspx?old=1920475&chk=209219&_suid=140081991475201650085752943824
- ⁴ <http://www.skat.dk/SKAT.aspx?old=2063175&chk=209219>
- ⁵ <http://www.skat.dk/SKAT.aspx?old=2154511&vld=0>
- ⁶ <http://www.skat.dk/SKAT.aspx?old=349165&vld=0&lang=DA>
- ⁷ På www.kompetencefonde.dk kan arbejdsgiver eller medarbejdere omfattet af visse DA/LO-overenskomster fx søge refusion.
- ⁸ Afgørelsen kan findes på Arbejdsrettens hjemmeside.
- ⁹ Ibid.
- ¹⁰ For visse medarbejdergrupper kan der selvsagt gælde særlige regler, eksempelvis for ansatte i flyvevåbnet, hvilket sagen gengivet i U 2005.1186H illustrerer.
- ¹¹ Sag nr. 11. afd., B-2646-12.
- ¹² En særlig uddannelse, som giver medarbejdere i kloakvirksomheder muligheder for at udføre tv-inspektion af kloakker.
- ¹³ Han havde bl.a. deltaget i træning hos det amerikanske luftvåben.
- ¹⁴ Dom af 6. juni 2011, 18. afd. B-1525-10.
- ¹⁵ Der tages her udgangspunkt i, at ansættelsesforholdet ikke er undergivet en kollektiv overenskomst, der regulerer spørgsmålet.
- ¹⁶ I praksis vil mange medarbejdere nok anvende optjent ferie og/eller lignende frihed, fx afspadsring.

Overenskomst-, i ssgr.

spec. (og især) om skriftlig aftale mellem arbejdsmarkedets parter. Overenskomst-brud (Staar de seks Overklasse-Ministre bag Arbejdsgivernes Overenskomstbrud? *Arbejderbladet*.9/5 1940.1.sp.3. Arbejderne havde begaaet Overenskomstbrud ved kollektiv Overarbejdsvægning. *Arbejdsretten*.⁵(1948).49), **-forhandling** (Bryggeriarbejderne i København genoptager Arbejdet og indleder Overenskomstforhandlinger. *DAvis*.1919.140. *Clarté*.1926.87. *FynsTidende*.3/12 1953.1.sp.1. jf. Arbejdsforhandling S), **-periode** (Overenskomstperioden er hyppigt et Par Aar. *ØkonPolit*.1928.92), **-reguleret** (Loven har .. betydet, at store Arbejdsomraader i Danmark, der ikke hidtil var overenskomstreguleret .. er blevet det. *Rigsdagst. F*. 1945.1726), **-situation** (Vi vil sikkert til Foraaret – naar Overenskomst-Situationen kulminerer – opleve en reaktionær Alliance. *Information*.7/12 1945.5.sp.4. de i 1951 vedtagne nye forhandlingsregler, der første gang skal stå deres prøve i den kommende overenskomstsituation. *PolHvhvhv*. 1952.209), **-stridig** (overenskomststridig Adfærd. *LovNr*.81 2/4 1910.§5. overenskomststridige Arbejdsstandsninger. *Arbejdsretten*.⁵(1948).56).

fra supplement Ordbog over det Danske Sprog, der udkom 1992-2005.

Whistleblowing - less talk, more action!

ANNE KATHRINE SCHØN
PARTNER OG ADVOKAT (L)

BIRGITTE HAGELSKJÆER
ADVOKATFULDMÆGTIG



Baggrund

De fleste af os hørte vel første gang om whistleblowing i forbindelse med Enron-skandalen i 2001. Siden er der løbet meget vand i åen og senest på internationalt plan står Edward Snowden nok som den mest kompromisløse whistleblower.

Herhjemme har whistleblower-ordninger længe været at finde i erhvervslivet, mens de kun langsomt og stadig i begrænset omfang har fundet vej til kommunerne. Men området er stadig omgærdet med en vis mystik, mistillid og afstandtagen. Er whistleblowing i virkeligheden blevet teoretiseret for meget, og er der gået for meget akademisk øvelse og "USA" i området?

Dybest set er der tale om et ledelsesværktøj, om en struktureret og dermed styret kanal for information om forhold, som ikke er, som de burde være, og som nogen bør kigge nærmere på.

Hvad siger loven?

Der er ikke nogen generel lovgivning i Danmark, der regulerer whistleblowing¹. Reglerne for whistleblowing er fragmenteret, og det kan måske tilskrives, at vi stadig i Danmark - trods alt - kun er i første halvleg, hvad whistleblowing angår. Det seneste år er der dog fra offentlig side gjort nogle tiltag, der kan forandre eller være med til at udvikle området.

Komiteen for god selskabsledelse tager i Anbefalinger for god selskabsledelse stilling til whistleblowing. Komiteen anbefaler, "at bestyrelsen beslutter, hvorvidt der skal etableres en whistleblower-ordning med henblik på at give mulighed for en hensigtsmæssig og fortrolig rapportering af alvorlige forseelser eller mistanke herom." At whistleblower-ordninger bliver mere og mere udbredt tydeliggøres af, at komiteen i de seneste anbefalinger har udeladt kommentaren "primært relevant i internationalt arbejdende koncerner". Anbefalingen om whistleblower-ordning gælder dermed nu for alle børsnoterede selskaber².

Persondataloven gælder for whistleblower-ordningerne, da ordningerne kan indebære indsamling af personfølsomme oplysninger. En whistleblower-ordning skal derfor indrettes på en sådan måde, at den overholder persondatalovens krav til behandling og sikkerhed, ligesom ordningen som hovedregel skal anmeldes til og godkendes af Datatilsynet³.

I juli 2009 udstedte Datatilsynet de første retningslinjer for whistleblower-ordninger⁴. Det fremgår af retningslinjerne, at whistleblower-ordningerne kun må anvendes i relation til alvorlige forseelser, og Datatilsynet har samtidig defineret, hvilke områder der er omfattet af ordningen, og hvilke områder der efter tilsynets opfattelse bør behandles via de såkaldte almindelige kommunikationsveje i organisationen.

På det offentlige område blev der den 1. januar 2014 med Lov om socialtilsyn indført en whistleblower-ordning inden for det offentlige sociale område⁵. Loven vedrører tilsyn med sociale tilbud som blandt andet plejefamilier, døgntilbud og stofmisbrugsbehandlingstilbud.

Efter loven skal de 5 socialtilsyn have en særlig indberetningskanal i form af et telefonnummer og en e-mailadresse, som personale, beboere, pårørende og andre kan benytte til henvendelser om bekymrende forhold i tilbuddet. Hvis socialtilsynet bliver opmærksom på bekymrende forhold i et tilbud, skal tilsynet underrette de ansvarlige kommuner herom.

Der er krav om, at whistlebloweren skal sikres total anonymitet, og der er taget højde for de særlige krav om blandt andet tavshedspligt, der skal iagttages indenfor forvaltningen.

Sigende er det dog, at meddelelsesordningen ikke kaldes en "whistleblower-ordning", men alene er beskrevet i generelle vendinger som "... en mulighed for, at et tilbuds personale, pårørende og andre kan henvende sig anonymt til socialtilsynet om bekymrende forhold i tilbuddet."⁶

I den finansielle sektor er der ligeledes nyt på området, idet ny (direktivbaseret) lovgivning træder i kraft den 1. september 2014. Herefter er det et lovkrav, at virksomheder i den finansielle sektor skal have en intern whistleblower-ordning.⁷

Lovkravet suppleres med en indberetningskanal direkte under Finanstilsynet⁸. Herefter kan ansatte i landets finansielle virksomheder henvende sig anonymt til Finanstilsynet via en særlig tjeneste, hvis de har mistanke eller konkrete oplysninger om lovovertrædelser på deres arbejdsplads.

I henhold til loven kan både alvorlige og mindre alvorlige forseelser indberettes. Der kan således i overensstemmelse med Kapitalkravsdirektivet CRD IV⁹ også indberettes overtrædelser, der ikke er af afgørende betydning for koncernen eller virksomheden.

Indberetningerne skal tilmed kunne indgives anonymt. Whistlebloweren er beskyttet, da den finansielle virksomhed ikke må udsætte whistlebloweren for "ufordelagtig behandling eller ufordelagtige følger". Den

ufordelagtige behandling kan bl.a. være afskedigelse, degradering, forflyttelse og chikane, og overtrædelse kan resultere i, at medarbejderen tilkendes en godtgørelse.

Sideløbende med, at der via lovgivningen er etableret whistleblower-ordninger på enkelte områder, har regeringen nedsat et udvalg om offentligt ansattes ytringsfrihed og whistleblower-ordninger. Udvalget, der blev nedsat i oktober 2013, skal undersøge, om der er behov for nye tiltag for at styrke ansattes ytringsfrihed, og samtidig skal udvalget se på behovet for at indføre generelle regler for whistleblowers i Danmark. Udvalget forventer at afslutte sit arbejde i efteråret 2014.

Anbefalinger om implementering – den korte version

Når whistleblower-ordninger skal indføres er implementeringsprocessen selvsagt vigtig. En whistleblower-ordning er ikke bare noget man indfører. Dertil er formålet for vigtigt, ligesom den mistro og modvilje, som en ordning kan blive mødt med, ikke bør undervurderes.

Derfor er der nogle helt basale overvejelser, der bør gøres. Virker ordningen ikke, eller er formålet med den ikke tydelig for medarbejderne, så er der basalt set ikke nogen ordning. Man kan måske sætte kryds på "to do listen" over tiltag, men ordningen er ligegyldig, og det har været spild af arbejde.

Det kan ikke udelukkes, at implementeringsprocessen og de vejledninger der især fra rådgiverside har været om de overvejelser, der bør gøres, har været med til på brugersiden at skabe visse forbehold i forhold til whistleblowing.

Processen kan synes lang, tung og kostbar. Imidlertid bør selve forarbejdet og implementeringen af ordningen ikke være meget anderledes end implementering af andre nye processer eller tiltag, der i øvrigt foretages i organisationen.

I grove træk bør en implementeringsproces indeholde tre følgende elementer:

1. Struktur: Overvejelser om indhold og etablering herunder beslutning om ordningens omfang, hvad skal kunne anmeldes, hvem skal kunne anmelde, organisering af meddelelses-kanal, udarbejdelse af whistleblower-manual (procesbeskrivelse for hele set-uppet).

2. Proces: Implementering af ordningen herunder tilladelse fra Datatilsynet, databehandlingsaftale med evt. ekstern udbyder, kommunikation internt i organisationen, krav til databeskyttelse, personalepolitik om whistleblowing.
3. Drift: Opfølgning på krav fra Datatilsynet, løbende orientering og træning af medarbejdere, compliance med databehandlingsregler, håndtering af anmeldelser herunder sikring af ansættelsesretlige krav.

Helt overordnet skal der være tillid til ordningen. Ellers virker den ikke. Tillid er uden tvivl nøgleordet for succes.

Budskabet i forhold til implementering er, at det ikke skal kompliceres unødigt efter devisen "hvor svært kan det være?". Indførelse af en whistleblower-ordning skal afmystificeres, og indsats og proces skal tilpasses organisationens størrelse og behov. Vær åben om, hvorfor whistleblowing indføres i virksomheden, og gør det ikke til et unødigt stort og kompliceret set-up.

Beskyttelse af whistlebloweren

"The minute you speak truth to power and you're not heard, your career is never the same again." (*Citat, Sherron Watkins*¹⁰).

En whistleblower-ordning vil kun fungere, hvis den sikrer tilstrækkelig beskyttelse af whistlebloweren. Typisk er der mest fokus på sikkerhed og beskyttelse, mens sagen kører. Men den egentlige udfordring kommer, når sagen er slut, og hverdagen indtræder. Hvordan er retssikkerheden så for whistlebloweren?

Debatten om anonymitet er vigtig. På den ene side besværliggør anonymitet sagsbehandlingen - ligesom den rejser helt særlige problemstillinger på det offentlige område - og på den anden side medfører anonymitet måske, at whistlebloweren i højere grad kommer frem med oplysninger uden frygt for repressalier mv.

De fleste virksomheder giver mulighed for anonyme meddelelser. Datatilsynet anbefaler imidlertid, at i hvert fald eksterne parter opfordres til at identificere sig i forbindelse med indberetning. Ombudsmanden har ligeledes udtalt, at der ikke må opfordres til, at der sker anonym anmeldelse.

De almindelige ansættelsesretlige regler om beskyttelse af medarbejdere mod usaglig afskedigelse indebærer et vist værn om afskedigelse, men spørgsmålet er, om det er tilstrækkeligt.

I en rapport om whistleblower-beskyttelse¹¹ i Europa konkluderer Transparency International, at Danmark ikke har en tilstrækkelig lovgivning til beskyttelse af whistleblowere.

Transparency International mener, at en utilstrækkelig lovgivning på området ikke bare skader whistleblowere, der kan blive fyret og udsættes for chikane, men også økonomien og borgerne. Organisationen mener også, at uden tilstrækkelig beskyttelse til whistleblowere er der mindre sandsynlighed for, at ulovlige forhold, eksempelvis korrupsion, bliver offentliggjort og forhindret.

Overfor hensynet til whistlebloweren, der tilsiger mulighed for at indberette anonymt, står hensynet til den eller de kolleger, der kommer i fedtefadet som følge af whistleblowing. Hvordan forvaltes hensynet til anonymitet overfor hensynet til kollegers retmæssige behov for at kunne forsvare sig? Det er jo ikke nødvendigvis sikkert, at der er hold i de anklager, som der whistles om, eller at anklagerne er rettet mod den eller de relevante kolleger.

Opsummering

Der er endnu ikke en generel lovgivning om whistleblowing i Danmark. Området er reguleret fragmenteret, og beskyttelsen af de implicerede parter beror i meget høj grad på de tilsagn om beskyttelse, den enkelte arbejdsgiver vælger at indlægge i whistleblower-ordningen.

Ikke mindst derfor bliver det meget interessant at se Regeringsudvalgets konklusioner, som alt andet lige kommer lidt på bagkant af hele udviklingen.

-
- ¹ Dette afsnit vedrører alene lovgivning i Danmark. Virksomheder med international berøring eller forretning i udlandet kan også være omfattet af andre landes lovgivning eller best practice, fx SOX-reglerne, Dodd-Frank Act, og UK Bribery Act. Whistleblowerordninger er også centrale for de virksomheder, der har underskrevet den frivillige FN Global Compact.
 - ² Komitéen for god selskabsledelse udsendte den 6. maj 2013 nye Anbefalinger for god selskabsledelse. Anbefalingerne afløser komitéens Anbefalinger af 16. august 2011. Anbefalingerne er godkendt af NASDAQ OMX Copenhagen og er en del af regelsættet for børsnoterede virksomheder.
 - ³ Der gælder forskellige regler afhængigt af, om det danske selskab er moderselskab, datterselskab med moderselskab inden for EU eller datterselskab med moderselskab uden for EU.
 - ⁴ Retningslinjerne blev efter pres fra erhvervslivet senere revideret og personkredsen i forhold til hvem, der kan indberette hændelser blev ændret og udvidet.
 - ⁵ Lov nr. 608 af 12. juni 2013 - Socialtilsynsloven.
 - ⁶ Jf. bemærkninger til § 11 i lovforslaget
 - ⁷ Lov nr. 268 af 25. marts 2014 om ændring af lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love.
 - ⁸ Tjenesten blev etableret den 3. april 2014.
 - ⁹ Kapitalkravsdirektivet: EU's økonomi- og finansministre og Europa-Parlamentet blev i marts 2013 enige om at styrke reguleringen af den finansielle sektor med et nyt kapitalkravsdirektiv (CRD4).
 - ¹⁰ Jf. foredrag 2013 på National Character and Leadership Symposium at the U.S. Air Force Academy in Colorado Springs. Sherron Watkins var whistleblower i Enron-skandalen.
 - ¹¹ Rapport: Whistleblowing in Europe, Legal Protection for Whistleblowers in the EU, November 2013.

Fratrædelsesaftaler - Er Ligebehandlingsnævnet appelinstant?

HENRIK KARL NIELSEN
ADVOKAT (H)



Ligebehandlingsnævnet har i 2013 og 2014 truffet flere afgørelser i sager, hvor der før klagen var indgået en fratrædelsesaftale. Der er ikke tale om en helt fast praksis. Men da der ved flere afgørelser er tillagt klager betydelige godtgørelser, viser sagerne, at parterne ved udarbejdelsen af fratrædelsesaftaler skal være påpasselige med deres forventningsniveau, hvis sigtet er, at fratrædelsesaftalen også endeligt skal gøre op med alle krav.

Forskelsbehandlingslovene er præceptive

En ansættelsesaftale er starten på et ansættelsesforhold. Ansættelsesforhold kan opsiges. Men ansættelsesforhold kan lige så vel afsluttes ved aftale. Det er almindeligt kendt, at præceptivetsbestemmelser som funktionærlovens § 21, stk. 1, og ferielovens § 4, stk. 1, sætter grænser for, hvilke vilkår, der kan aftales ved fratræden. Det er udførligt gennemgået af Anne Marie Abrahamson og Maria Bukdahl Rukjær i artiklen *Fratrædelsesaftaler – overvejelser om gyldighed* i HR JURA Magasinets 4. nummer 2013. Ligebehandlings- og forskelsbehandlingslovgivningen indeholder ikke tilsvarende præceptivetsbestemmelser. Lovenes grundlæggende forbud mod forskelsbehandling af nærmere opregnede grunde ville naturligvis ikke give mening, hvis lovene var deklaratoriske. Ligebehandlingsnævnet har da i en afgørelse af 13. november 2013 (Sag nr. 233/2013) mere generelt og principielt udtalt, at forskelsbehandlingslovens regler om godtgørelse som følge

af forskelsbehandling på grund af alder ikke kan fraviges til ugunst for arbejdstageren.

Fratrædelsesaftaler på arbejdsgivers initiativ

Det må ligge fast, at ligebehandlings- og forskelsbehandlingslovgivningens regler om beskyttelse mod forskelsbehandling i forbindelse med afskedigelse, også vil gælde i en situation, hvor en fratrædelsesaftale bliver til på arbejdsgivers initiativ som alternativ til en opsigelse. I den nævnte sag, der blev afgjort af Ligebehandlingsnævnet den 13. november 2013, var den ansatte blevet præsenteret for en fratrædelsesaftale som alternativ til en opsigelse. Arbejdsgiveren havde bekræftet, at den ansatte var blevet opsagt, hvis ikke han havde taget mod fratrædelsesaftalen. Fratrædelsesaftalen indebar forlængelse af opsigelsesvarslet med 2 måneder og et vilkår om fritstilling uden modregningsadgang i dele af opsigelsesperioden. Ligebehandlingsnævnet udtalte, at de i sagen beskrevne omstændigheder måtte "sidestilles med en afskedigelse af klager".

Kan fratrædelsesaftaler forhindre sager om forskelsbehandlingsloven?

I Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 13. november 2013 (Sag nr. 233/2013) var der indgået en fratrædelsesaftale med vilkår bl.a. om, at den var til fuld og endelig afgørelse af ethvert krav i forbindelse med ansættelsen og dens

ophør. Ligebehandlingsnævnet foretog en fuld prøvelse af den ansattes klage over overtrædelse af forbuddet mod afskedigelse på grund af alder. Men Ligebehandlingsnævnet fandt ikke, at der var påvist faktiske omstændigheder for, at der var sket forskelsbehandling, og at der ikke var noget, der tydede på, at arbejdsgiveren havde lagt vægt på den ansattes alder.

I Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 8. januar 2014 (sag nr. 1/2004) blev der imidlertid tillagt den ansatte en godtgørelse på DKK 320.000 svarende til ca. 9 måneders løn. Der var tale om en medarbejder i en forsikrings- og pensionsvirksomhed, der var blevet opsagt. Efter opsigelsen blev der fremsat tilbud om at indgå en fratrædelsesaftale i henhold til virksomhedens eget jobbortfaldskatalog. Som man må forstå det, var der tale om en generel ordning og ikke blot en specifik fratrædelsesaftale, der blev tilbudt i den konkrete sag. Også i denne sag var fratrædelsesaftalen indgået med vilkår om, at den var til fuld og endelig afgørelse af ethvert krav mellem parterne. Den ansatte havde tiltrådt fratrædelsesaftalen. Men efterfølgende havde tillidsrepræsentanten bedt den ansatte om at "holde aftalen tilbage lidt endnu", idet opsigelsen var afgivet godt en måned efter at den ansatte havde haft kontaktet virksomhedens HR-afdeling for at høre nærmere om barselsreglerne. Ligebehandlingsnævnet fandt efter en "samlet vurdering" af aftalens indhold og tilblivelse, herunder mail korrespondancen mellem den ansatte og hans tillidsrepræsentant, der var blevet fortsat med virksomhedens ledelse, at fratrædelsesaftalen ikke afskar den ansatte fra at rejse krav om godtgørelse efter ligebehandlingsloven. Det havde været ønskeligt med en langt mere udførlig begrundelse. Aftalen var blevet til på vilkår om "fuld og endelig afgørelse", og så vidt man må læse afgørelsen, var spørgsmålet om forskelsbehandling først bragt frem 3 dage efter underskrivelsen – og endda i forholdet mellem den ansatte og dennes tillidsrepræsentant og angiveligt på sidstnævntes initiativ. Resultatet forekommer meget vidtgående.

Faglige organisationers medvirken

Der er flere nyere afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet, hvor klager er behandlet og der er givet medhold på trods af sagsforløb og fratrædelsesaftaler, hvor den ansattes faglige organisation har været involveret forudgående.

I *UfR 2003.90 H* opstillede Højesteret en formodningsregel, når den overenskomstbærende faglige organisation var involveret i forhandlingerne om en generel fratrædelsesordning. Højesteret udtalte, at det havde "formodningen for sig", at fratrædelsesordningen ud fra en helhedsbedømmelse havde stillet den ansatte mindst lige så godt som ved en afskedigelse med ret til fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2a. Formodningsreglen fra Højesterets dom var møntet på en generel aftalt fratrædelsesordning for en flæthed af ansatte. Ligebehandlingsnævnet har i sin hidtidige praksis ikke ladet meget rum til overs for en ændret vurdering af sager om aftalt fratræden, blot fordi den ansattes faglige organisation har medvirket ved aftalen. Ligebehandlingsnævnets praksis synes dog i de seneste år at have udviklet sig i retning af et meget lille rum for fratrædelsesaftaler, der vil kunne influere på Ligebehandlingsnævnets afgørelse af en efterfølgende sag.

I sin afgørelse af 9. januar 2013 (sag nr. 5/2013) udtalte Ligebehandlingsnævnet ret bastant:

"Klager har sammen med sit fagforbund indgået forlig til fuld og endelig afgørelse. Der er ikke oplysninger i sagen, der begrundet, at klager herefter kan rejse yderligere krav".

I den få måneder forinden truffe afgørelse af 5. september 2012 (sag nr. 336/2012) behandlede Ligebehandlingsnævnet en klagesag på trods af et forlig, der var indgået mellem arbejdsgiver og arbejdstager. Forliget var indgået inden for rammerne af overenskomstsyste­met ved et organisationsmøde med klagers organisation. Ligebehandlingsnævnet bemærkede, at det indgåede forlig omhandlede spørgsmålet om opsigelsens saglighed i relation til funktionærloven og overenskomsten. I "den foreliggende situation" fandt Ligebehandlingsnævnet således at kunne behandle sagen.

Begge afgørelser synes at holde muligheden åben for, at fratrædelsesaftaler, der er tiltrækkeligt klare og præcise, vil kunne afskære i hvert fald visse krav fra efterfølgende realitetsbehandling ved Ligebehandlingsnævnet. Men der kan ikke af Ligebehandlingsnævnets afgørelser udledes nogen præcis formodningsregel for, at Ligebehandlingsnævnet holder sig tilbage i videregående omfang over for fratrædelsesaftaler, hvor en faglig organisation har været involveret.

Hvis en aftalt ordning direkte indeholder vilkår om forskelsbehandling i strid med loven, kan sagen naturligvis behandles og sanktioneres af Ligebehandlingsnævnet, uanset hvilken faglig organisation, der har medvirket. Ligebehandlingsnævnet tilkendte ved sin afgørelse af 18. maj 2011 (sag nr. 61/2011) en opsagt pilot en godtgørelse på DKK 560.000. Der var tale om en opsigelse med henvisning til arbejdsmangel. Kort efter opsigelsen var der indgået en aftale om, at opsigelsen skete til fuld og endelig afgørelse af "ethvert tilgodehavende, herunder eventuelle godtgørelser". Luftfartsselskabet havde forud for opsigelsen, der var led i en større sparerunde, aftalt med personaleorganisationerne, at pensionsberettigede piloter skulle opsiges forud for øvrige piloter. Piloterne var efter overenskomsten berettiget til pension, når de var fyldt 60 år. Ligebehandlingsnævnet kunne derfor konkludere, at klageren var blevet afskediget alene fordi han havde opnået den overenskomstaftalte pensionsberettigede alder. Da forskelsbehandlingsloven ikke kan fraviges til skade for lønmodtageren, fandt Ligebehandlingsnævnet, at fratrædelsesaftalen var "uden betydning for, om opsigelsen" var i strid med forskelsbehandlingsloven.

Senest har Ligebehandlingsnævnet truffet en afgørelse af 19. februar 2014 (sag nr. 34/2014) i en sag, der var forliget med den ansattes faglige organisations mellemkomst. Fratrædelsesaftalen var indgået med den ansatte og med vedkommendes forbund, men arbejdsgiveren havde forud herfor tilkendegivet, at hvis aftalen ikke var blevet indgået, ville der være blevet rejst afskedigelsessag. Fratrædelsesaftalen indebar bl.a. betaling af en godtgørelse svarende til 3 måneders løn og fritstilling uden modregningsadgang. Den ansattes handicap havde været kendt for parterne forud for fratrædelsesaftalen. Ligebehandlingsnævnet udtalte, at det ikke fremgik, hvorledes parterne havde forholdt sig til den ansattes handicap. Og "under disse omstændigheder" fandt nævnet sig kompetent til at behandle sagen. Ligebehandlingsnævnets behandling af sagen resulterede i en afgørelse, der fandt forskelsbehandlingsloven overtrådt. Der blev tilkendt den ansatte en godtgørelse på DKK 270.000 svarende til omkring 9 måneders løn.

Opsummering

Som Ligebehandlingsnævnets praksis ligger nu, er der ingen tvivl om, at Ligebehandlingsnævnet virker ud fra lovens selvfølgeligelige ordning, hvorefter lovens bestemmelser er præceptive. Udgangspunktet er derfor

klart, at ulovlig forskelsbehandling ikke bliver lovlig, fordi parterne aftaler vilkår om det ene eller det andet i en fratrædelsesaftale. Og Ligebehandlingsnævnets kompetence til at behandle sagerne vil som udgangspunkt heller ikke blive påvirket af parternes fratrædelsesaftaler. Men som praksis ligger, er det ikke slået fast, at fratrædelsesaftaler aldrig vil kunne føre til, at en sag vitterlig er afgjort, og at arbejdsgiveren ikke kan risikere at blive mødt med uventede efterfølgende klager ved Ligebehandlingsnævnet.

Hvis en fratrædelsesaftale indgås, uden at parterne har rejst spørgsmål om forskelsbehandling i strid med lovgivningen, må praksis læses således, at fratrædelsesaftaler og forlig til fuld og endelig afgørelse, ikke indebærer, at arbejdsgiver kan have vished for, at Ligebehandlingsnævnet ikke efterfølgende vil realitetsbehandle den ansattes klage. Læst på denne måde vil en fratrædelsesaftale – hvis den kommer i stand på arbejdsgiverens initiativ – blive vurderet af Ligebehandlingsnævnet på samme måde som en opsigelse.

Hvis man forestiller sig, at et krav om godtgørelse efter ligebehandlings- eller forskelsbehandlingsloven er rejst, og hvis dette forliges ud fra parternes vurdering af procesrisikoen, er det næppe forventeligt, at Ligebehandlingsnævnet efterfølgende vil tilsidesætte det skøn, som parterne har i en forligsforhandling til at agere ud fra deres opfattelse af procesrisikoen. Hvis ikke man indrømmer parterne en sådan skønsmargin, vil enhver fratrædelsesaftale risikere at være indgået under en form for appelmulighed til Ligebehandlingsnævnet – en appelmulighed, der vel at mærke kun er anvendelig for den ansatte.

bort-vise, v. [-vi'sə] vbs. **-ning**. befale (en) at fjerne sig fra et sted. vAph. (1759). Paa et bortvisende Vink af Generalen . . forføjede Kammertjeneren sig ud af Stuen.Schand. UM.90. Naar Husbonden uden lovlig Grund bortviser Tyendet fra sin Tjeneste før Tjenestetidens Udløb. Lassen. SO. 645. Uvedkommende Personer bortvises; det efterses, om Afviserne ere paa Plads (dvs.: ved fægtnings skydning).Skyderegl.52. at blive bortvist fra Examen, ikke faa lov til at komme op til eksamen. S&B. at bortvise en Examinand, (nu næppe br.) lade ham falde igennem; rejicere. smst. (nu næppe br.) forvise. Kongen (havde) ladet bortskikke Anna Bollen . . Nogle Skribentere foregive, at Anna Bollen var bleven vreed over denne Bortvisning, og derfor ikke meere vilde lade sig see til Hove.Holb. Heltind. I.239. (overf.; nu næppe br.) afvise; imødegaa. en anden Indvending (er) lettere at bortvise.Oehl. Svar.39. at bortvise et Angreb.S&B. at bortvise noget fra sig, ikke ville have dermed at gøre. smst.

fra den trykte Ordbog over det Danske Sprog, bind 2,1920.

Passivitet i forbindelse med bortvisning

SØREN NARV PEDERSEN
PARTNER OG ADVOKAT (H)



Indledning

Hvem har ikke prøvet at sidde som rådgiver med et tilsyneladende oplagt bortvisningsgrundlag, for blot at konstatere, at det formentlig ikke længere er muligt at bortvise fordi der er gået for lang tid? Men hvor lang tid er "for lang tid" egentlig? Det prøver denne artikel at hjælpe med svar på.

Baggrunden for kravet om hurtig reaktion

En lønmodtager, der måtte have optrådt på en måde der kan begrunde en bortvisning må med Lars Svenning Andersens¹ ord "...straks reagere over for funktionæren...", og hvor forholdet umiddelbart kan konstateres, "...vil selv få dages passivitet kunne tages som udtryk for, at arbejdsgiveren ikke har fundet forholdet så belastende, at det kunne begrunde en bortvisning", jf. urtepottdommen (UfR 1985.101H).

Baggrunden for kravet om hurtig reaktion er naturligvis, at lønmodtageren relativt hurtigt må kunne indrette sig på, om ansættelsesforholdet kan risikere at blive bragt til ophør straks ved en bortvisning. På samme måde må kravet om reaktion ligeledes udspringe af, at en arbejdsgiver ikke skal kunne gemme et forhold og så – måske lang tid senere – anvende dette til at bringe ansættelsesforholdet til ophør straks, uden at skulle afgive varsel, og uden at skulle kunne begrunde opsigelsen sagligt.

...I know that you know that I know...

Man kan herefter spørge, hvor lang tid arbejdsgiver egentlig har til at reagere – og om reaktionsfristen er den samme i alle situationer. Det korte svar er selvfølgelig, at det er den

ikke. Der er situationer, hvor reaktionsfristen er ganske kort, og andre hvor den er betydeligt længere, og længden afhænger i al væsentlighed af netop hensynet til lønmodtageren. Man kan sige det således, at lønmodtagerens subjektive forhold – hans/hendes opfattelse af situationen og dermed forventningen til arbejdsgivers reaktion – i ganske væsentlig udstrækning dikterer længden af arbejdsgiveres reaktionsfrist.

Eksempel: I Vestre Landsrets dom af 17. december 2004 (3. afd. B-0347-04) havde arbejdsgiver bedt lønmodtageren om at udarbejde udkast til sin egen ansættelsesaftale (!), og i forbindelse med den efterfølgende diskussion af indholdet, meddelte direktøren at han ikke kunne godkende udkastet. Lønmodtageren meddelte herefter direktøren at hun så forlod arbejdspladsen, og direktøren spurgte i den forbindelse lønmodtageren om hun så ville møde dagen efter, hvilket lønmodtageren svarede at hun ikke vidste. Senere samme dag sendte arbejdsgiver en bortvisning. Da direktøren imidlertid ikke under mødet havde indskærpet at det ville blive anset for ulovlig bortgang i tjenesten hvis lønmodtageren under de foreliggende omstændigheder forlod arbejdspladsen, blev bortvisningen tilsidesat.

Sagen viser, at der efter omstændighederne eksisterer en pligt for arbejdsgiver til at advare lønmodtageren om en forestående adfærd, der kan udgøre en væsentlig, bortvisningsbegrundende misligholdelse, og undlader man dette er adgangen til at bortvise mistet. Afgørelsen illustrerer betydningen af lønmodtagerens subjektive forventning².

I samme retning er Østre Landsrets dom af 23. februar 2014 (12. afd. B-1563-13), hvor en sygehjælper på et bosted for psykiatripatienter den 8. januar havde forladt arbejdspladsen, og hvor bortvisning først fandt sted den 31. januar. Her var adgangen til at bortvise ligeledes fortabt.

For misligholdelse, der straks kan konstateres – men hvor arbejdsgiver dog ikke kan nå at advare mod adfærden – er reaktionsfristen ligeledes ganske kort. I urtepottedommen kendte jo såvel lønmodtageren som direktøren begge til misligholdelsen. Lønmodtageren vidste med andre ord at direktøren kendte til forholdet, og her var 10 dage for lang tid.

Men hvad med situationer, hvor arbejdsgiveren – uden lønmodtagerens kundskab – er blevet bekendt med forholdet?

I disse situationer er arbejdsgivers reaktionsfrist oplagt længere. Lønmodtageren har i denne situation ikke samme forventning om, at der hurtigt bliver gjort op med misligholdelsen, og der vil i disse situationer ikke kunne stilles helt samme krav til hurtig reaktion, som hvor misligholdelsen er åbenbar for begge parter. Men også her kan der stilles krav til relativ hurtig reaktion. Set med lønmodtagerøjne er disse sager sværere at afdække, idet det kan være vanskeligt for lønmodtageren efterfølgende³ at finde ud af, præcis hvornår arbejdsgivers kundskab opstod. Arbejdsgiver skal imidlertid heller ikke i disse sager forvente, at reaktionstiden er særlig lang – i særdeleshed hvis der ikke i tidsrummet fra kundskab til reaktion er foregået noget egentlig opklaringsarbejde omkring misligholdelsens art og omfang fra arbejdsgivers side. Men har arbejdsgiver rent faktisk i denne fase foretaget relevante undersøgelser, vil bortvisning efter 10-11 dage eller måske endog længere tid fortsat kunne ske⁴.

Hensynet til lønmodtageren mindskes i væsentlig udstrækning, hvis eksempelvis lønmodtageren ikke har sin daglige gang på arbejdspladsen. I så fald konfronteres lønmodtageren jo ikke dagligt med arbejdsgiver, og lønmodtageren kan derfor ikke på samme måde forvente meget hurtigt at blive konfronteret med sin misligholdelse. Eksempel: Østre Landsrets dom af 7. juni 2010 (14. afd. B-2044-09), hvor en opsagt og pr. 31. januar fritstillet daglig leder af et rengøringssselskab under sin fritstilling primo februar havde afholdt møde med to ledende

medarbejdere i rengøringssselskabet med henblik på at få disse til at opsiges deres stillinger og deltage i den daglige leders planlagte konkurrerende virksomhed. Arbejdsgiver blev bekendt med forholdet omkring medio marts, og rejste ultimo april krav om tilbagebetaling af løn (bortvisning med tilbagevirkende kraft). Landsretten fandt ikke, at kravet – der således var fremsat 1½ måned efter arbejdsgivers kundskab – var bortfaldet ved passivitet og lagde i den forbindelse eksplicit vægt på, at den daglige leder var fritstillet.

Man kan også forestille sig, at lønmodtageren rent faktisk antager, at arbejdsgiveren kendte til forholdet, uden at gribe ind. Når bortvisningen så finder sted, vil dette typisk komme som et chok for lønmodtageren, der regnede med at adfærden var accepteret. I de sager, hvor bortvisning alligevel accepteres, skyldes dette formentlig, at domstolene sidder tilbage med en fornemmelse af, at lønmodtageren rent faktisk godt vidste, at arbejdsgiver ikke var på det rene med forholdet, og – hvis oplyst herom – ikke på nogen måde ville tolerere forholdet. Disse situationer er ofte forekommende inden for illoyalitet/konkurrencehændelser, samt uretmæssig berigelse på arbejdsgivers bekostning.

Eksempel: I Østre Landsrets dom af 3. september 2012 (10. afd. B-256-10) havde en halinspektør, der ligeledes forpagtede hallens cafeteria sygemeldt den 12. april 2010. Den 12. august 2010 bortvistest han med den begrundelse, at bestyrelsen for den forening der drev hallen havde konstateret, at han dels løbende havde udbetalt en højere løn til sig selv end aftalt, og dels ladet foreningen betale løn til visse af medarbejderne i kafeteriet, uagtet at halinspektøren som forpagter selv skulle have afholdt disse omkostninger. Selvom lønforhøjelsen havde figureret på bilag, der havde været medtaget i revisionen, og formentlig tillige havde figureret af foreningens anmodning til kommunen om sygedagpengerefusion, som formanden havde underskrevet, fandtes forholdet ikke meddelt arbejdsgiver på en sådan måde, at halinspektøren herved kunne forvente at der blev gjort op med forholdet, og adgangen til at bortvise – da sammenhængen gik op for arbejdsgiver – var derfor ikke fortabt ved passivitet. Landsretten udtalte i den forbindelse, at det ved passivitetsbedømmelsen ingen betydning havde at bestyrelsen reelt ikke var en professionel bestyrelse, og også "fritidsbestyrelser" må derfor skulle bedømmes efter samme målestok⁵.

Det kan selvsagt også forekomme, at arbejdsgiver er blevet bekendt med misligholdelsen, men – fejlagtigt – tror, at lønmodtageren er ubekendt med arbejdsgivers kundskab. Umiddelbart burde dette scenarie derfor stille krav om en kortere reaktionsfrist; lønmodtageren ER jo vidende om arbejdsgivers kundskab. Situationen kan eksempelvis forekomme, hvis kolleger til den ansatte har opsnapet arbejdsgiverens viden og kundskab, og – uden arbejdsgivers viden - har videregivet denne oplysning til medarbejderen. Udgangspunktet i denne situation må formentlig imidlertid være, at den arbejdsgiver, der – fejlagtigt – tror at lønmodtageren er ubekendt med sin kendskab til misligholdelsen, må kunne reagere med samme hastighed som hvis lønmodtageren rent faktisk var uvidende om arbejdsgiverens kendskab. Dette synes bedst stemmende med det generelle princip om, at arbejdsgivers reaktion først opstår når han bliver (eller burde være blevet) bekendt med det reaktionskrævende forhold.

Arbejdsgivers undersøgelser

Hvis arbejdsgiver – hvad normalt må anbefales – rent faktisk tidligt i fasen konfronterer lønmodtageren om de forhold, om arbejdsgiver mener udgør væsentlig misligholdelse, er det afgørende, at arbejdsgiver samtidig gør det fuldstændigt klart for lønmodtageren, at det sidste ord ikke er sagt, og at der nu vil blive iværksat en nærmere undersøgelse (som lønmodtageren som klart udgangspunkt ligeledes bør opfordres til at medvirke til en afdækning af, ved at komme med en forklaring på sin adfærd), der i yderste konsekvens kan føre til en bortvisning. Efter retspraksis vil der ikke i disse situationer skulle foreligge meget uklarhed omkring sanktionsvalget, før arbejdsgivers adgang til at bortvise er mistet.

Eksempel: I Faglig Voldgiftskendelse af 9. maj 2011 havde arbejdsgiver, efter at have konstateret mulig svindel begået af en lønmodtager, i en e-mail til lønmodtageren skrevet, at "...jeg kunne vælge at bortvise dig blandt andet for bevidst svindel med din timeseddel i uge 12, så du er nok længere ude end du selv er klar over. Jeg vælger at fritstille dig, som du selv foreslår, således at...." hvorefter fulgte en beskrivelse af de praktiske konsekvenser af fritstillingen. Opmanden fandt, at adgangen til at bortvise herefter var bortfaldet.

Efter arbejdsgivers reaktion over for lønmodtageren med oplysning om, at misligholdelsens omfang nu vil blive

undersøgt nærmere, må arbejdsgiver rent faktisk også foretage en sådan undersøgelse – ellers bortfalder bortvisningsadgangen ligeledes. Som eksempel herpå kan henvises til afgørelsen UfR 2005.3471S, hvor en fodboldtræner, der i juni 2002 var opsagt og fritstillet til og med december 2003, den 17. november 2002 oplyste arbejdsgiver, at han havde taget ansættelse som træner i en konkurrerende fodboldklub. Først 9 dage senere – og uden at der havde været iværksat nogen form for undersøgelse – bortvistes fodboldtræneren, og selvom arbejdsgiver ikke ved sin modtagelse af fodboldtrænerens brev havde taget noget forbehold, vidste fodboldtræneren dog at arbejdsgiver selvfølgelig nu kendte til forholdet; for det havde han jo skrevet om den 17. november.

Kan parterne aftale suspension af reaktionsfristen?

Meget lig spørgsmålet om suspension af reaktionsfristen i forbindelse med arbejdsgivers undersøgelse er spørgsmålet om, i hvilken udstrækning reaktionsfristen må kunne suspenderes hvis der pågår "forligsforhandlinger" i anledning af misligholdelsen. Mangt en bortvisning er foretaget med den begrundelse, at der jo skal reageres inden en vis frist, og synspunktet om, at arbejdsgiver må kunne tvinges til at gøre sin holdning op, således at disse forhandlinger i så fald må ske med afsæt i et af arbejdsgiver taget standpunkt med deraf følgende standpunktsrisiko, har da også visse argumenter for sig.

Imidlertid bør muligheden for at kunne sætte sagen på pause mens sådanne forhandlinger pågår tale med styrke for at acceptere, at en sådan mulighed består i mindst samme omfang og med samme varighed, som hvis arbejdsgiver ensidigt iværksætter undersøgelser af det mulige bortvisningsgrundlag efter at have konfronteret lønmodtageren med forholdet (og forbeholdet om bortvisning).

Også lønmodtageren må alt andet lige have interesse i mulighederne for en sådan mindelig løsning bliver afsøgt, og dette gælder særligt hvor initiativet udgår fra lønmodtageren. Fører disse forhandlinger ikke til en løsning, og skrider arbejdsgiver herefter til en bortvisning, er det vanskeligt at se, at lønmodtageren skulle være bibragt nogen form for berettiget forventning om at bortvisning ikke ville finde sted, ligesom lønmodtageren reelt ikke stilles ringere heraf. Dertil kommer, at lønmodtageren til ethvert tidspunkt kan meddele arbejdsgiver at han ikke længere ønsker at forhandle, eller at han ikke længere vil

acceptere en suspension af reaktionsfristen. Dette taler med stor styrke for at acceptere en sådan berostillelse.

Absolut "reaktionsfrist"?

Man kan dernæst spørge, om der gælder en (ulovbestemt) absolut "reaktionsfrist" – en absolut tidsfrist hvor i hvor lang tid efter en misligholdelse arbejdsgiver kan påberåbe sig denne. Lars Svenning Andersen m.fl.⁶ anfører, at det ikke kan kræves af arbejdsgiver at han reagerer førend kundskab opnås (hvilket vel reelt er det samme som at afvise en absolut reaktionsfrist), men anfører samtidig at gamle tilfælde af misligholdelse kan miste deres grad af væsentlighed, hvis de først opdages meget sent, og henviser herefter til afgørelsen UfR 1973.44H, hvor en ulovlig returkommission 2 år tidligere ikke kunne begrunde en bortvisning.

Uberettiget berigelse anses som klart udgangspunkt altid for væsentlig misligholdelse, forudsat at berigelseshensigt kan konstateres, og i den situation hvor et klart bortvisningsberettigende forhold har fundet sted måske flere år tidligere, taler reale hensyn for at arbejdsgiver ikke kan sanktionere dette med en bortvisning, men må skride frem med en almindelig opsigelse. Om dette bortfald af adgangen til at bortvise begrundes i oversiddelse af en absolut reklamationsfrist, eller i at forholdet – nu – ikke længere er væsentlig misligholdelse er formentlig ikke så afgørende, men hensynet til at kunne signalere forholdets uacceptabelhed taler formentlig for den første begrundelse, der umiddelbart også bedst synes at stemme med præmisserne i UfR 1973.44H.

Opsummering

Som det fremgår af det ovenfor anførte, er det ved bedømmelsen af arbejdsgivers reaktionsfrist væsentligt, om lønmodtageren er bekendt med, at (om) arbejdsgiveren kender til forholdet. Er lønmodtageren ubekendt hermed, vil arbejdsgiver – alt andet lige – have længere tid at reagere i, men denne periode skal dog rent faktisk anvendes til at skaffe sig yderligere viden om misligholdelsens omfang.

Er lønmodtageren rent faktisk bekendt med, at arbejdsgiver kender til forholdet i en situation, hvor arbejdsgiver tror at det ikke er tilfældet, taler hensynet til lønmodtageren ikke med samme styrke. Lønmodtageren kan næppe i denne situation tillade sig at gå ud fra, at arbejdsgiveren ved at han bør reagere hurtigt. Da udgangspunktet ved

bedømmelsen af arbejdsgivers reaktionsfrist er arbejdsgiverens kundskab, ændrer det formentlig ikke herpå, at lønmodtageren fejlagtigt tror at arbejdsgiveren er bekendt med lønmodtagerens kundskab.

Har lønmodtageren ikke sin daglige gang i virksomheden (af andre grunde end en suspension begrundet i netop det omstridte forhold), vil arbejdsgiveren alt andet lige have (betydelig) længere tid til at reagere i, jf. Østre Landsrets dom af 7. juni 2010 (14. afd. B-2044-09), forudsat, at lønmodtageren ikke er bekendt med, at arbejdsgiver kender til forholdet, jf. UfR 2005.3471S.

Udover den ganske korte frist på formentlig ikke mere end 2-3 dage til at reagere i de åbenlyse tilfælde af væsentlig misligholdelse, er det i øvrigt vanskeligt at give et sikkert fingerpeg om reaktionsfristernes længde, udover at reaktion indenfor 10-11 dage formentlig er tilstrækkeligt hvis lønmodtageren er ubekendt med arbejdsgiverens kundskab om misligholdelsen. Den eksakte længde afhænger selvsagt af misligholdelsens art og forholdene i øvrigt, og er formentlig ligeledes i nogen udstrækning påvirket af domstolenes samlede rimelighedsvurdering af forholdet.

Indleder parterne – i forlængelse af en klart tilkendegivet mulig bortvisning fra arbejdsgivers side – drøftelser om en mindelig løsning, må kravet til reaktion fra arbejdsgivers side som udgangspunkt være gyldigt suspenderet i hvert fald så længe, som forhandlingerne reelt kan siges fortsat at pågå, medmindre lønmodtageren måtte meddele andet.

¹ Lars Svenning Andersen m.fl. "Funktionærret", 4. udg. s. 828

² I Østre Landsrets dom af 28. januar 2010 (sag 3. afd. B-1672-09) blev resultatet det modsatte, da lønmodtageren rent faktisk havde fået en mundlig advarsel mod at forlade arbejdspladsen.

³ Disse sager er sager, hvor lønmodtagers misligholdelse indledningsvis er skjult for arbejdsgiver.

⁴ Jf. UfR 1969.171H og UfR 1973.569H

⁵ Samme vurdering er gjort i Retten i Lyngbys sag BS 150-2944/2010

⁶ Lars Svenning Andersen m.fl. "Funktionærret", 4. udg. s. 832

Konsulentaftaler

- ansat eller selvstændig?

JANIE C. NIELSEN
PARTNER OG ADVOKAT (L), LL.M.



Indledning

Konsulentaftaler bruges i flæng som betegnelse for både ansættelsesaftaler omfattet af dansk ansættelseslovgivning, aftaler med ansatte med en løseret tilknytning, fx freelancere og aftaler, der indgås mellem en virksomhed (hvervgiver) og en selvstændig erhvervsdrivende (konsulenten). I denne artikel er begrebet konsulentaftale brugt i den sidstnævnte betydning.

Fra rådgiverens stol er erfaringen, at aftaleparterne ofte ikke er klar over betydningen af at få klassificeret en sådan aftale korrekt. Det klassiske eksempel er, at parterne har indgået en konsulentaftale, hvor der i deres optik er tale om en aftale mellem en virksomhed og en konsulent uden for det ansættelsesretlige univers. Ved nærmere granskning af aftalerelationen viser det sig, at konsulenten på en række punkter optræder som lønmodtager i aftaleforholdet, og måske er der reelt tale om et ansættelsesforhold. En forkert klassificering kan få utilsigtede konsekvenser og kan blive en dyr og besværlig fornøjelse for parterne.

Formålet med artiklen er at give et indblik i brugen af konsulentaftaler, hvorfor det er væsentligt at få klassificeret aftalerne rigtigt, og hvilke forhold der skal inddrages i klassificeringen.

Konsulentaftalers udbredelse i Danmark

Konsulentaftaler bruges i brede dele af dansk erhvervsliv og ses ikke at være hverken fag- eller brancheafhængig.

Som hvervgiver ses både start-up virksomheder, virksomheder i SMV-segmentet og de helt store, fx C20 virksomheder. Konsulenten er typisk indehaver af en enkeltmandsvirksomhed eller eneejer af et anpartsselskab. Al den stund, at erhvervslivet i Danmark består af flere hundredetusinde enkeltmandsvirksomheder og enmandsejede anpartsselskaber¹, er der et stort "marked" for disse aftaler.

Hvorfor vælge konsulentaftalen? - fordele og ulemper

Da ansættelsesforholdet er reguleret af en omfattende lovgivning, der oftest er ufravigelig til ugunst for den ansatte, kan det motivere virksomheder til at søge mod den større grad af aftalefrihed, som er gældende for aftaler mellem erhvervsdrivende. Brugen af selvstændige konsulenter giver færre bindinger økonomisk og administrativt. Virksomheder kan opleve det som en lettelse at "slippe" for det ansvar også ledelsesmæssigt, der følger med som arbejdsgiver. Derudover er det attraktivt for en del virksomheder, at brug af konsulenter er en mere fleksibel arbejdskraft i virksomhedsdriften. Konsulenten kan lettere tilknyttes på ad hoc basis, når der er brug for arbejdskraft til at løse en afgrænset opgave eller et konkret projekt. Brugen af arbejdskraft kan nemmere reguleres i forhold til virksomhedens aktuelle aktivitetsniveau. Virksomheden binder sig først til omkostningen til arbejdskraft, når ordren er landet på bordet.

Det er for nogle virksomheder afgørende i den indledende fase af dens eksistens at kunne købe sig til arbejdskraft på denne mere fleksible måde. Det gælder i særlig grad iværksættervirksomheder og andre virksomheder i opbygningsfasen. Senere når der er opbygget et mere solidt fundament, og virksomheden har fået en større volumen, er der økonomisk grundlag for at "binde sig" ved ansættelse af medarbejdere.

Som nævnt tidligere anvendes konsulentaftaler også i de store virksomheder. De såkaldte head-counts (antallet af "hoveder") bliver ofte brugt som et styringsredskab og har stor bevågenhed fra den øverste og måske udenlandske ledelse. For at kunne efterleve ledelsens beslutninger om antal medarbejdere, forekommer det, at den lokale ledelse eller afdelingsledelsen entrerer med konsulenter for at kunne få opgaver løst og projekter gennemført. Indimellem er konsulenterne tidligere ansatte i virksomheden, se eksempel nedenfor under afsnittet "Hvilke kriterier er afgørende i vurderingen?".

Ulempen for virksomheden ved at bruge eksterne konsulenter kan være, at der alt andet lige er en løsere relation mellem parterne. Det kan betyde noget for indlevelsen og engagementet i virksomheden. Konsulenten er som udgangspunkt ikke bundet af den loyalitetsforpligtelse, som eksisterer i et ansættelsesforhold. Medmindre parterne aftaler andet, kan konsulenten i princippet sideløbende med arbejdet for virksomheden udføre opgaver for konkurrenterne på markedet. Virksomheden kan have sværere ved at holde snor i konsulentens andre aktiviteter. Fordi konsulenten ikke er ansat hos virksomheden, er der ikke et tjenesteforhold mellem parterne. Det betyder, at virksomheden er afskåret fra at fastsætte generelle eller konkrete instrukser for arbejdets udførelse, og har heller ikke samme mulighed for tilsyn og kontrol af konsulenten.

For konsulentens side kan bevæggrundene være mange for at ønske sig ude af det almindelige ansættelsesforhold. For nogle er det realiseringen af en iværksætterdrøm - det at kunne opbygge egen virksomhed og blive "herre i eget hus". Mange giver udtryk for et behov for at kunne tilrettelægge arbejdet selv og ikke være underlagt instruktionsbeføjelser fra en arbejdsgiver. Et yderligere incitament kan være et ønske om at arbejde for flere forskellige virksomheder, opbygge en kundeportefølje og en større berøringsflade ud i erhvervslivet. Det kan tillige være

motiveret af et ønske om at udnytte et potentiale for større indtjeningsmuligheder. Det er også indtrykket, at de skattemæssige fordele og fradragmuligheder for den selvstændige erhvervsdrivende spiller en rolle. Endelig og muligvis tydeligst i de forgangne kriseår har det for nogle været måden, hvorpå arbejdsopgaver kunne opnås.

Hvad er problemet og konsekvenserne?

I praksis viser de mulige udfordringer med konsulentaftalerne sig ofte, hvis der opstår en konflikt mellem parterne, eller hvis skattemyndighederne af den ene eller anden grund begynder at interessere sig for aftaleforholdet.

Mange af de konsulentaftaler befinder sig i en gråzone. Der vil være faktorer, som peger både i den ene og den anden retning. Det kan være svært at se et entydigt billede, oftest fordi parterne ikke selv har været bevidste om de juridiske forskelle mellem de forskellige aftaler. Dertil kommer, at mange ikke er opmærksomme på eller vidende om, hvilke konsekvenser et forkert set-up kan få.

Det afgørende for den juridiske klassifikation af aftaleforholdet er, hvordan aftaleforholdet bliver praktiseret i realiteten og ikke, hvordan parterne selv i aftalen har beskrevet samarbejdsrelationen.

Hvis en konsulentaftale bliver tilsidesat af en domstol fx i forbindelse med en tvist eller af skattemyndighederne, kan det have en række økonomiske og forretningskritiske konsekvenser. Tre eksempler nedenfor illustrerer mulige konsekvenser.

Eksempel 1

Konsulenten har ofte måtte påtage sig konkurrence- og/eller kundeklausuler uden kompensation, som træder i kraft efter aftalens ophør. I aftaler mellem erhvervsdrivende (B2B), er der ikke lovkrav om fx økonomisk kompensation for at være underlagt denne erhvervsbegrænsning. Det modsatte gælder i ansættelsesforholdet, hvor der er lovkrav om minimumskompensation på 50 % af lønnen i klausulperioden, jf. funktionærlovens §§ 18 og 18a. I forbindelse med alvorlige uoverensstemmelser mellem parterne vil konsulenten ofte argumentere for, at der reelt har været tale om et ansættelsesforhold. Hvis den argumentation holder, vil erhvervsbegrænsningen være ugyldig, fordi klausulerne ikke opfylder gyldigheds-

betingelserne bl.a. om minimumskompensation i funktionærloven.

Det kan være ganske alvorligt og forretningskritisk for en virksomhed at måtte sande ikke at kunne opretholde en erhvervsbegrænsende klausul som forventet.

Eksempel 2

Hvis konsulenten i virkeligheden er lønmodtager, kan virksomheden blive mødt med en række krav i forbindelse med fx virksomhedens opsigelse af konsulentaftalen. Eksempler på krav, der typisk vil blive rejst², er:

- længere opsigelsesvarsel end det aftalte i konsulentaftalen, der typisk er gensidigt mellem 1-3 måneder,
- betaling af feriepenge
- godtgørelse for usaglig opsigelse, jf. funktionærlovens § 2b eller godtgørelse efter diskriminationslovene
- evt. fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2a afhængig af aftalens varighed
- godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis

Det er ikke usædvanligt, at timeprisen i et konsulentforhold vil være højere end den tilsvarende timepris i et ansættelsesforhold. Hvis det selvstændige aftaleforhold bliver tilsidesat, ville alle godtgørelser, feriepenge etc. blive beregnet på baggrund af den (højere) "løn", der faktisk er udbetalt.

Det kan potentielt blive et stort økonomisk krav for en virksomhed at skulle honorere helt utilsigtet.

Eksempel 3

Der kan blive et skattemæssigt efterspil for både virksomhed og konsulent, hvis en konsulentaftale viser sig reelt at være en ansættelsesaftale. Det er væsentligt at være opmærksom på, at parternes skattemæssige håndtering ikke er afgørende. Derfor vil det ikke i sig selv have afgørende betydning, at arbejdet i henhold til konsulentaftalen faktureres med moms, og at konsulenten er moms- og CVR-registreret.

Da arbejdsgiver skal indberette og indeholde A-skat og AM-bidrag, risikerer virksomheden at hæfte for manglende indbetaling af skat. Den manglende indberetning og

indeholdelse er i dag tillige sanktioneret med bødestraf. For konsulenten kan der blive tale om, at tidligere udnyttede fradrag for driftsudgifter må tilsidesættes. Der kan blive konsekvenser i forhold til brug af virksomhedsskatteordningen og momskorrekationer såsom tilbagebetaling af (købs)moms, da momsen kun kan fratrækkes, hvis konsulenten er selvstændig erhvervsdrivende³.

Hvilke kriterier er afgørende i vurderingen?

Vurderingen af en konsulentaftale og dens juridiske holdbarhed som en aftale mellem to erhvervsdrivende er ikke altid en let opgave. Det afhænger af et konkret skøn, hvor en række faktorer vil blive inddraget og vurderet. Der er ofte argumenter i begge retninger. Af den grund kan det være vanskeligt præcist at forudsige klassificeringen af en aftale. Udover efterhånden en del retspraksis finder der god hjælp til vurderingen i et cirkulære fra SKAT fra 1994⁴, som indeholder retningslinjer for afgrænsningen mellem lønmodtagere og selvstændig erhvervsdrivende (se side 58). Cirkulæret har opregnet en række kriterier, der henholdsvis taler for ansættelses-forhold og selvstændig erhvervsvirksomhed. Det fremgår af cirkulæret, at ingen af kriterierne i sig selv er afgørende, og kriterierne har heller ikke lige stor betydning i alle situationer.

Følgende eksempel bruger udvalgte kriterier i cirkulæret til illustration af grænsedragningerne:

En virksomhed har haft en it-medarbejder ansat gennem en årrække, og nu har parterne aftalt at ændre denne samarbejdsrelation. It-medarbejderen fratræder stillingen og tilknyttes virksomheden som selvstændigt erhvervsdrivende. Herved skifter begge parter formelt juridisk status; virksomheden fra arbejdsgiver til hvergiver og it-medarbejderen fra lønmodtager til selvstændig.

Hvis it-konsulenten i det nye set-up fortsætter med at lave nogenlunde de samme arbejdsopgaver, med en arbejdstid, der ikke har forandret sig meget, arbejder på virksomhedens adresse, bruger dens udstyr og materiel, vil realitetsændringen i aftalereationen være lille, og den vil let kunne anfægtes både ansættelses- og skatteretligt. Det gælder endnu mere, hvis it-konsulenten kun arbejder for virksomheden og ikke har eller arbejder for at få yderligere kunder til sin forretning, og hvis it-konsulenten fortsat modtager instrukser og er underlagt tilsyn og kontrol fra sin tidligere overordnede. Det vil ikke ændre på billedet, at

it-konsulenten har sørget for at blive moms- og CVR-registreret og sender fakturaer med moms til virksomheden samt betaler skat af virksomhedens overskud.

It-konsulenten har ikke i eksemplet påtaget sig den nødvendige økonomiske risiko, og han er fortsat underkastet virksomhedens ledelsesbeføjelser. Hvis den nye aftalekonstruktion skal kunne opretholdes, skal der laves et meget skarper "clean cut" mellem parterne.

It-konsulenten skal naturligvis registreres i CVR-registreret, momsregistreres og skal fakturere virksomheden med tillæg af moms for de ydelser, han leverer i henhold til aftalen. Derudover - og i særlig grad fordi han tidligere har været ansat i virksomheden - skal han betjene andre kunder end den tidligere arbejdsgiver. Der skal være eller gøres anstrengelser for at få andre kunder i porteføljen. Konsulenten skal markedsføre sig som selvstændig og gøre noget aktivt, fx ved at have en hjemmeside, hvor han reklamerer for sine ydelser med kontakinfo. For at drive en it-konsulentvirksomhed kræves ikke mange driftsmidler. Dog vil det være væsentligt, at det nødvendige udstyr, fx computer, software, mobil, scanningsudstyr, printer mv. er anskaffet for it-konsulentens egen regning, og at han ikke bare får stillet udstyret til rådighed af virksomheden. Det vil være væsentligt, at opgaverne/projekterne, som it-konsulenten udfører for den gamle arbejdsgiver, bliver rammet ind og defineret, således at han ikke bare glider ind i virksomheden på linje med de tidligere kolleger, fx i de løbende driftsopgaver.

Det kan ikke anbefales, at it-konsulenten fortsætter med nogenlunde samme arbejdsmængde som tidligere, fx en arbejdsuge på 37 timer. Det vil tillige være afgørende, at den tidligere chef eller andre i virksomheden ikke længere har instruktionsbeføjelser i forhold til it-konsulenten. Det bevirker, at han ikke skal have en arbejdsforpligtelse over for virksomheden, udover det helt konkrete der aftales i konsulentaftalen, og at han derfor skal kunne takke nej til andre opgaver og projekter.

Til sidst ses det ikke sjældent, at konsulenter driver forretning dels fra hjemmearbejdsplads, idet en række opgaver kan løses virtuelt, og dels på virksomhedens adresse. At opgaverne i eksemplet ovenfor løses på virksomhedens adresse ligesom under ansættelsesforholdet behøver ikke afgørende at tale for et ansættelsesforhold, hvis fx it-

konsulenten har andre kunder, og ydelserne naturligt leveres hos virksomheden, samt at ydelserne også leveres på de andre kunders adresse.

Afsluttende bemærkninger og anbefalinger

Som det fremgår af artiklen, spiller mange forhold ind i vurderingen af, om en konsulentaftale er en aftale mellem to erhvervsdrivende parter, eller der reelt er tale om et ansættelsesforhold. De økonomiske følger ved en forkert klassificering kan være store.

En klar anbefaling er derfor til alle, der er i berøring med aftaler af denne karakter - enten som intern eller ekstern rådgiver eller som aftalepart - at igangværende aftaler bliver gennemgået og vurderet med henblik på at få rettet op på evt. forkert klassificerede aftaler. For kommende aftalereationer, er det anbefalingen, at aftalekonstruktionen nøje overvejes forinden formel etablering.

-
- ¹ Se seneste opgørelse (2011) fra Danmarks Statistik (<http://www.statistikbanken.dk/GF5>)
 - ² Se til illustration af de forskellige krav UfR. 2007.2251SH
 - ³ Se også kildeskattelovens §§ 69 og 74 samt Selvstændige erhvervsdrivende og lønmodtagere – i skatteretligt og ansættelsesretligt perspektiv af Anne Marie Abrahamson og Jan Storgaard Hove, 2014, side 237-241 og 243.
 - ⁴ Cirkulære fra SKAT nr. 129 af 4. juli 1994 om personskatteloven (som ændret ved cirkulære nr. 14 af 15. januar 1997), afsnit 3.1.1 om afgrænsning mellem lønmodtagere og selvstændige erhvervsdrivende. Se kriterierne på side 58.

Uddrag fra cirkulære fra SKAT nr. 129 af 4. juli 1994 om personskatteloven afsnit 3.1.1. retningslinjer for afgrænsningen mellem lønmodtagere og selvstændig erhvervsdrivende.

3.1.1.1 Tjenesteforhold – kriterier

Ved vurdering af, om der er tale om tjenesteforhold, kan der lægges vægt på, hvorvidt

- a. hvervgiveren har en almindelig adgang til at fastsætte generelle eller konkrete instrukser for arbejdets udførelse, herunder tilsyn og kontrol,
- b. lønmodtageren udelukkende eller i overvejende grad har samme hvervgiver
- c. der mellem hvervgiveren og lønmodtageren er indgået aftale om løbende arbejdsydelse
- d. lønmodtageren har arbejdstid fastsat af hvervgiveren
- e. lønmodtageren har ret til opsigelsesvarsel
- f. vederlaget er beregnet, som det er almindeligt i tjenesteforhold (timeløn, ugeløn, månedsløn, provision, akkord mv.)
- g. vederlaget udbetales periodisk
- h. hvervgiveren afholder udgifterne i forbindelse med udførelsen af arbejdet
- i. vederlaget i overvejende grad er nettoindkomst for lønmodtageren
- j. lønmodtageren anses for lønmodtager ved praktisering af ferieloven, love om arbejdsløshedsforsikring, funktionærloven, lov om arbejdsskadeforsikring og lov om arbejdsmiljø
- c. indkomstmodtageren ikke på grund af ordren er begrænset i sin adgang til at samtidig at udføre arbejde for andre
- d. indkomstmodtageren er økonomisk ansvarlig over for hvervgiveren for arbejdets udførelse eller i øvrigt påtager sig en selvstændig økonomisk risiko
- e. indkomstmodtageren har ansat personale og er frit stillet med hensyn til antagelse af medhjælp
- f. vederlaget erlægges efter regning, og betaling først ydes fuldt ud, når arbejdet er udført som aftalt og eventuelle mangler afhjulpet
- g. indkomsten oppebæres fra en ubestemt kreds af hvervgivere
- h. indkomsten afhænger af et eventuelt overskud
- i. indkomstmodtageren ejer de anvendte redskaber, maskiner og værktøj eller lign.
- j. indkomstmodtageren helt eller delvis leverer de materialer, der medgår til arbejdets udførelse
- k. indkomstmodtageren har etableret sig i egne lokaler, fx forretning, værksted, kontor, klinik, tegnestue mv., og arbejdet helt eller delvist udføres herfra
- l. indkomstmodtagerens erhvervsudøvelse kræver særskilt autorisation, bevilling o.l. og indkomstmodtageren er i besiddelse af en sådan tilladelse

3.1.1.2 Selvstændig erhvervsvirksomhed – kriterier

Ved vurdering af, hvorvidt der er tale om selvstændig erhvervsvirksomhed, kan der lægges vægt på, hvorvidt

- a. indkomstmodtageren tilrettelægger, leder, fordeler og fører tilsyn med arbejdet uden anden instruktion fra hvervgiveren end den, der eventuelt følger af den afgivne ordre,
- b. hvervgiverens forpligtelse over for indkomstmodtageren er begrænset til det enkelte ordreforhold
- m. indkomstmodtageren ved annoncering, skiltning eller lignende tilkendegiver, at han eller hun er fagkyndig og påtager sig at udføre arbejde af en nærmere bestemt art
- n. indkomstmodtageren i henhold til lov om merværdiafgift er momsregistreret, og ydelsen er faktureret med tillæg af moms
- o. ansvaret for en eventuel ulykke under arbejdets udførelse påhviler indkomstmodtageren

Tjeneste-forhold, et. (nu sj. Tjenst-. MR.1842.229. MilConv. VII.511).

1) forhold, der angaar en tjenestemand's virksomhed, tjenestetid m. m., ell. tjenstligt forhold ml. to (højere og lavere) embedsmænd, militærpersoner olgn. de andre Tjenesteforhold imellem Brigadens forskellige Officerer og Afdelinger. MR.1842.367. vi havde aftalt at træffe sammen i Albanerbjergene, saafremt hans (dvs.: en officers) Tjenesteforhold tillode det. Bergs. PP.635. tjenesteforholdene paa stationen var gode

2) forholdet ml. en person og den, i hvis tjeneste han er ansat; næsten kun: det paa kontrakt, aftale hvilende forhold ml. et tyende og husbonden; det, at en person har plads hos en som tyende. De er altsaa i Tjenesteforhold her paa Gaarden? Hostr. FG. 3sc. Valgret til Folkethinget har enhver uberygtet Mand, som har Indfødsret, naar han har fyldt sit 30te Aar, medmindre han: a) uden at have egen Huusstand staaer i privat Tjenesteforhold. Grundl. (1849).§35. JurFormularbog.⁵511. billedl. Kierk. X.86. Antikstudiet begynder at løsrives fra sit Tjenesteforhold til Teologien. OFriis. Litt.201.

fra den trykte Ordbog over det Danske Sprog, bind 24,1948.

Storskalaloven og Grønlands råstofpotentialer - i krydsfeltet mellem storpolitik og national selvfølelse

HALT SERT
STUD.JUR.

JØREN ULLITS OLAI NIELSEN
STUD.JUR.

1. Introduktion

Den grønlandske storskalalov blev vedtaget under stor international bevågenhed den 7. december 2012 af det grønlandske Landsting (Inatsisartut).¹ Det daværende regeringsparti, Inuit Ataqatigiit, stemte i koalition med fire ud af fem partier i Landstinget for lovens vedtagelse, som var et resultat af en mangeårig såvel hjemlig som international debat om Grønlands økonomiske og politiske fremtid, herunder fremtidige forhold til Danmark.

Storskalalovens vedtagelse i december 2012 hvilede på og var drevet af forslag fra den arbejdsgruppe, der blev nedsat i 2011. Arbejdsgruppen blev udstyret med mandat til at undersøge mulighederne for opstillingen af et regelregime, der kunne skabe international interesse for og tillid til udviklingen af storskalaprojekter i Grønland. Arbejdsgruppen afleverede en rapport i foråret 2012, men det daværende oppositionsparti, Siumut, fandt rapporten mangelfuld og uunderbygget på afgørende områder, herunder særligt i forhold til skatte- og arbejdsmarkeds-spørgsmål. Argumentet for vedtagelsen af loven var, at loven ville promovere Grønland som et investeringssikkert land samt incitere til etableringen af storskalaprojekter til gavn for den økonomiske udvikling, men Siumut betonedes stedse hensynet til social dumping og til de indenlandske beskæftigelsespolitiske udfordringer.

Loven udgør et vigtigt skridt på vejen for at sikre en

grønlandsk økonomi uafhængig af Danmark, men de grønlandske politikere nærer samtidig et udtalt ønske om, at loven skal bidrage til den grønlandske økonomi på en sund måde, herunder under rimelige industrielle forhold samt under reel hensynstagen til Grønlands økonomi, historie og kulturarv.

Netop disse hensyn er søgt varetaget og præciseret med lovændringen, der blev vedtaget den 29. november 2013 af en denne gang Siumut-ledet regering.² Siumut var navnlig bekymret for lovens indvirkning på områder som arbejdstid, lønvilkår, arbejdstilladelser og kollektive arbejdsaftaler og pointerede med løftet pegefingre, at muligheden for ansættelse af udenlandsk arbejdskraft under det grønlandske lønniveau ville skabe grobund for social dumping.

Ifølge lovens forarbejder er det kun de storskalaprojekter, der bidrager til den grønlandske økonomi, der vil kunne ansøge om tilladelse. Heri ligger bl.a. kravet om, at det ansøgende projektselskab først og fremmest skal anvende grønlandsk arbejdskraft, hvilket følgelig kun er muligt, hvor en egnet og ledig arbejdsstyrke står til rådighed.

Fra officiel dansk side har indstillingen til storskalaloven været holdningsneutral, og Justitsministeriet har meldt ud, at vedtagelsen af loven blot kræver en mindre revision af reglerne om arbejdstilladelse i den danske udlændingelov,

idet immigrationsrelaterede emner fortsat er forbeholdt den danske regering og således henhører under dansk kompetence.³

2. De juridiske forudsætninger for storskalaprojekter

Det er den grønlandske regering (Naalakkersuisut), der på baggrund af udøvelsen af et skøn udsteder de tilladelser, der giver mulighed for at etablere storskalaprojekter i henhold til lovens vilkår, jf. § 20, stk. 3 jf. § 7. De juridiske forudsætninger for at opnå en tilladelse kan i øvrigt inddeles i tre grupper, der uddybes nærmere i det følgende.

2.1 Hensynet til Grønland

Lovens § 1 angiver hovedformålet som værende 'fremme af investeringer i anlæg af storskalaprojekter af særlig interesse for den økonomiske udvikling på Grønland'. Dette betyder, at loven blandt andet skal smidiggøre forvaltningsprocessen i forbindelse med udstedelsen af tilladelser ved at fjerne – eller i hvert fald minimere – eventuelle administrative og lovgivningsmæssige barrierer. Etableringen af et storskalaprojekt skal ikke alene være kommercielt, men også miljømæssigt bæredygtig under hele anlægsfasen.

Det er en grundlæggende betingelse for opnåelse af en tilladelse, at de talrige tekniske og økonomiske ressourcer, som etableringen og gennemførelsen af storskalaprojektet fordrer, ikke kan opfyldes af den hjemlige, grønlandske arbejdsstyrke. Lovens systematik er derfor sådan, at et projektselskab, så vidt det er muligt, skal anvende grønlandske virksomheder og grønlandsk arbejdskraft under storskalaprojektet. Pligten til at anvende grønlandsk arbejdskraft afhænger som nævnt af, om der findes en egnet arbejdsstyrke, hvilket skal undersøges i forbindelse med vurderingen af den samfundsmæssige bæredygtighed, jf. pkt. 2.3, der skal foretages som led i ansøgningsproceduren, jf. §§ 8-9.

Formålsbestemmelsen i § 1 udgør således en materielt vigtig bestemmelse, om end de foreskrevne hensyn, som Naalakkersuisut er forpligtet til at inddrage i sit skøn, er vage og antageligvis vanskeligt operationaliserbare. I henhold til lovens § 17 er Naalakkersuisut forpligtet til løbende at sikre bæredygtigheden af et storskalaprojekt i overensstemmelse tilladelsens vilkår og de bærende hensyn bag loven.

2.2 Lovbestemte mindstekrav til storskalaprojekter

Det er ikke alle anlægsprojekter, der omfattes af storskalaloven. Kun anlægsprojekter, der opfylder nærmere angivne mindstekrav, og som vedrører nærmere opregnede aktiviteter, kan opnå tilladelse i henhold til loven.

I lovens § 4, stk. 1, nr. 1-3 er tre tilfældegrupper udtømmende opregnet. Herefter skal et anlægsprojekt være omfattet af én af de nævnte artsbaserede kategorier:

- Ansøger skal enten være i besiddelse af en tilladelse meddelt i henhold til råstoflovens § 4, stk. 1, eller,
- Ansøgers selskab skal vedrøre anvendelse af elektricitet produceret af et eller flere vandkraftsanlæg i henhold til en tilladelse meddelt i henhold til vandkraftlovens § 4, stk. 1, eller,
- Ansøgers selskab skal vedrøre udnyttelse af vandkraft til produktion af elektricitet i henhold til en tilladelse meddelt i henhold til vandkraftlovens § 4, stk. 1.

Hertil kommer, at anlægget af et storskalaprojekt skal have en anlægskapital på mindst DKK 5 milliarder, hvortil kommer, at kravene, projektet stiller til arbejdsstyrke samt tekniske og økonomiske krav, skal overstige det tilgængelige niveau på Grønland, jf. § 6.

2.3. EIA og SIA

I medfør af storskalalovens §§ 8-9 skal der – inden tilladelse kan meddeles - redegøres for henholdsvis projektets indvirkning på miljøet og projektets samfundsmæssige bæredygtighed. Redegørelserne skal godkendes af Naalakkersuisut, før tilladelse kan meddeles.

Lovens § 8 foregriber de miljømæssige konsekvenser af etablering af et anlægsprojekt ved at stille krav om VVM-redegørelse (vurdering af virkningerne på miljøet). Vurderingen skal udføres i overensstemmelse med kravene i råstofloven og miljølovgivningen og skal sendes i høring, hvorved myndigheder, handels-, fag- og lokalforeninger berørt af et forestående anlægsprojekt har mulighed for at udtrykke kritik, der så kan indgå i et samlet skøn over, om tilladelse kan og bør meddeles.

Endvidere stiller lovens § 9 krav om, at projektselskabet foretage en VSB-vurdering (vurdering af samfundsmæssig bæredygtighed). Vurderingen skal foretages i overensstemmelse med anerkendt international praksis på området. Tilsvarende gælder det her, at vurderingen skal sendes i høring, således at de berørte interessenter har mulighed for at påvirke afgørelsens udfald. Bestemmelsen er, som tidligere anført, af særlig vigtighed for Naalakkersuisuts vurdering af, hvorvidt de tekniske og finansielle krav til storskalaprojektet overstiger kapaciteten allerede indeholdt i den grønlandske økonomi og arbejdsstyrke.

I henhold til § 9, stk. 3 skal vurderingen af den samfundsmæssige bæredygtighed danne grundlag for indgåelse af trepartsaftaler mellem selvstyret, andre offentlige myndigheder og projektselskabet.

3. Ansættelsesrelaterede forhold

Storskalalovens §§ 10 – 10 h regulerer udenlandske arbejdstageres løn- og ansættelsesvilkår, og reguleringen i afsnittet kredser blandt andet om fastsættelsen af et mindstelønsniveau for udenlandske arbejdere for derved at undgå risikoen for social dumping. Bestemmelserne skal administreres og fortolkes i overensstemmelse med formålsbestemmelsen i § 1 og de bagvedliggende lovbemærkninger, og § 10 h foreskriver, at Retten i Grønland udgør det rette værneting i 1. instans.

Lovens § 10, stk. 1-3 indeholder definitioner på de begreber, der anvendt i loven. Det er defineret, hvad der skal forstås ved begreberne 'udenlandsk arbejdstager', 'projektselskabets aftalepart' og 'projektselskabets aftaleparts aftalepart'.

3.1 § 10 a – krav om acceptable arbejds- og ansættelsesvilkår

I henhold til lovens § 10 a, stk. 1 har projektselskabet, dets leverandører og entreprenører, jf. § 10, stk. 2 og 3, ansvaret for at sikre acceptable, objektive og sagligt begrundede løn-, ansættelsesvilkår og arbejdsforhold.

Bemærkningerne til loven siger ikke meget om det nærmere indhold i disse betingelser. På det generelle plan må ansættelses- og arbejdsforhold vurderes i forhold til de vilkår, der fastsættes i projektselskabets tilladelse, hvis udstedelse som bekendt forestås af den grønlandske regering. Det betyder, at betingelserne og den praktiske anvendelse af § 10 a, stk. 1 afhænger af de konkrete

omstændigheder og af det konkrete skøn, som den Naalakkersuisut udøver i forbindelse med behandlingen af hver konkret ansøgning.

Betingelsernes spændvidde er dog begrænset af den grundtanke bag regelregimet, at projektselskabets udenlandske arbejdstagere skal tilbydes samme eller lignende løn- og ansættelsesvilkår, som er fastsat i kollektive overenskomster mellem de mest repræsentative grønlandske arbejdsmarkedsparter. Eksempelvis betyder § 10 a, stk. 1, at et projektselskabs udenlandske arbejdstagere ikke må aflønnes med en lavere timeløn end den sats, der er aftalt mellem de grønlandske arbejdsmarkedsparter. Modsat den oprindelige storskalalov fra 2012, levner ændringsloven fra 2013 ikke mulighed for, at projektselskabets afholdelse af udgifter til kost og logi, beklædning, frirejser og forsikring kan medregnes i den ydede løn.

Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår det, at ansættelsesaftalerne skal være i overensstemmelse med principperne i dansk kontraktret. Således vil ansættelsesaftaler, ofte kendetegnet ved arbejdstagerpartens præsumptivt svagere forhandlingsposition, der indeholder urimelige vilkår, være ugyldige. Endvidere skal det projektselskab, der søger om tilladelse, sikre, at dets entreprenører og leverandører (aftalepart, jf. § 10, stk. 2 og 3) overholder anbefalingerne i OECD's »Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises«. ⁴ Anbefalingerne regulerer på en lang række punkter ansvarlig forretningsmæssig adfærd for multinationale selskaber, herunder også arbejds- og ansættelsesmæssige forhold.

Som et nybrud indfører loven et kædeansvar, hvilket betyder, at projektselskabet har ansvaret for, at dets underleverandører lever op til lovens mindstekrav. Lovbemærkningerne siger ikke noget om, hvorledes kædeansvaret og den konkrete hæftelse vil udmønte sig i praksis.

3.2 § 10 b – kollektivarbejdsretlige forhold

Storskalalovens § 10 b indeholder en række bestemmelser, der kodificerer grundlæggende kollektivarbejdsretlige og foreningsretlige principper kendt fra dansk ret, herunder og fra Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Dansk kollektiv arbejdsret har ifølge lovforarbejderne vejledende betydning ved forvaltningen af

bestemmelserne i storskalaloven.

Lovens § 10 b, stk. 1-3 slår fast, at projektselskabets udenlandske arbejdstagere har ret til at organisere sig i såvel en grønlandsk som en udenlandsk arbejdstagerorganisation, som følgelig har forhandlings- og konfliktretten på vegne af medlemmet. Det følger endvidere af § 10 b, stk. 4, at en grønlandsk arbejdstagerorganisation kan foretage kollektive kampskridt overfor både grønlandske og udenlandske arbejdsgivere, hvad enten de udenlandske arbejdstagere er medlem af den grønlandske arbejdstagerorganisation eller ej. Denne bestemmelse er baseret på den danske udstationeringslovs § 6 a, og anvendelsen af kollektive kampskridt i overensstemmelse med § 10 b, stk. 4 fordrer, at betingelserne i henhold til almindelige grønlandske kollektivarbejdsretlige principper er opfyldt, ligesom også betingelserne i § 10 b, stk. 5 skal være opfyldt. Lovens § 10, stk. 7 udgør ligeledes en kodificering af gældende, dansk kollektiv arbejdsret, hvoraf følger, at en kollektiv udmeldelse af en arbejdstagerorganisation ikke frigør de udenlandske arbejdstagere fra deres overenskomstmæssige forpligtelser, herunder eksempelvis fredspligten.

3.3. § 10 c – rimelig aflønning

Den største grønlandske fagforening, SIK, og den grønlandske arbejdsgiverforening, GA, er blevet enige om en mindsteløn på DKK 80,41 per time i Grønland. For at sikre rimelige lønforhold og forebygge udviklingen af social dumping, hvor udenlandske arbejdsgivere på bekostning af værtslandets arbejdsstyrke benytter sig af billig arbejdskraft ved ansættelse af vandrende arbejdstagere, fremhæves det i lovens § 10 c, at den nationale mindsteløn er beskyttelsespræceptiv, hvad enten lønnen aftales i udenlandske kollektive overenskomster eller individuelle ansættelseskontrakter. Efter denne bestemmelse kan der derfor ikke fastsættes en lavere timeløn end den grundlønstakst, der er fastsat i kollektive overenskomster indgået mellem de grønlandske faglige organisationer.

Akkordafsavnstillæg medregnes ved beregningen af de udenlandske arbejdstageres timeløn. Værdien af kost og logi, beklædningsudgifter, frirejser og forsikring medregnes derimod ikke ved beregningen af mindstelønnen.

Bemærkningerne til loven angiver det selvfølgelig, at overenskomstforhandlinger fortsat vil være op til arbejdsmarkedets parter at foranstalte og gennemføre, hvorfor

lønfastsættelsen, herunder fastsættelsen af diverse tillæg, stadig kan være forhandlingstemaer for fremtidens overenskomstforhandlinger.

3.4 § 10 d - ferie

Storskalalovens § 10 d slår på beskyttelsespræceptiv basis fast, at udenlandske arbejdstagere har ret til løn under ferie i forbindelse med deres ansættelse ved et projektselskab. Bestemmelsen gælder særligt for udenlandske arbejdstagere, eftersom disse ikke er omfattet af den grønlandske ferielovgivning.

Optjeningen af ferie følger kalenderåret og begynder fra og med påbegyndelsen af arbejdet i Grønland. Afholdelsen af ferie sker i ferieåret, som omfatter en periode på 12 måneder efter optjeningsåret. Projektselskabet kan ikke kræve, at den udenlandske arbejdstager afholder sin ferie efter ansættelsesforholdets afslutning. Ferien skal derimod placeres efter forhandling med den udenlandske arbejdstager under skyldig hensynstagen til arbejdsgiverens ledelsesret.

Ferien udgør 0,096 time per erlagt arbejdstime. En arbejdsuge på 40 timer vil derfor give den udenlandske arbejdstager et retskrav per år på 200 timers lønnet ferie svarende til 25 dage, jf. § 10 d, stk. 2. Feriegodtgørelsen skal beregnes på baggrund af den udenlandske arbejdstagers gennemsnitlige løn, herunder på baggrund af eventuelt overarbejde, natarbejde og lignende, jf. § 10 d, stk. 4.

Den udenlandske arbejdstager skal levnes muligheden for at afholde ferien sammenhængende og i sit hjemland, jf. § 10 d, stk. 5.

3.5 Arbejdstilladelser

Den grønlandske regulering af arbejdstilladelser er ikke gearret til at håndtere det administrative pres, som det forventede antal af vandrende arbejdstagere vil medføre. Derfor har den danske regering udarbejdet et ændringsforslag til den danske udlændingelov, der skal tilvejebringe den nødvendige udlændingeretlige ramme for, at storskalaloven kan forvaltes effektivt.

De nye regler skal skabe en større grad af fleksibilitet i forbindelse med ansøgning om arbejdstilladelse ved storskalaprojekter. Da udlændingekområdet fortsat er underlagt dansk kompetence og administration, betyder

det også, at arbejdstilladelsen behandles af Udlændingestyrelsen i Danmark efter høring af Grønlands Selvstyre. Rent praktisk foregår det således, at Udlændingestyrelsen modtager ansøgningen om arbejdstilladelse, som videregives til Grønlands selvstyre, der udtaler sig om, hvorvidt en arbejdstilladelse kan anbefales eller ej.

Grønland og Danmark er adskilte rejseområder, hvilket betyder, at en arbejdstilladelse i Danmark ikke giver ret til arbejde i Grønland. Muligheden for arbejdstilladelse i Grønland afhænger af udlændingens nationalitet og kvalifikationer.

Nordiske statsborgere – Danmark, Sverige, Norge, Finland og Island – skal ikke ansøge om arbejdstilladelse, idet disse frit kan tage arbejde i Grønland, mens andre nationaliteter vurderes på baggrund af det beskæftigelses- og erhvervsmæssige klima i Grønland. I vurderingen indgår som bekendt også hensynet til den egnede og ledige grønlandske arbejdsstyrkes fortrinsret, jf. lovens § 1.

Udvalgte arbejdstagerkategorier er fritaget fra kravet om arbejdstilladelse, hvis opholdet har en varighed af max. 3 måneder at regne fra indrejsen. Herunder omfattes bl.a. videnskabsmænd og foredragsholdere i undervisningsøjemed eller lignende virksomhed, hvortil de er indbudt, samt kunstnere og forretningsrejsende, der repræsenterer udenlandske selskaber, og endelig montører indrejst for at montere, efterse eller reparere maskiner, udstyr eller lignende eller for at informere om brugen heraf.

For at få en arbejdstilladelse er det tillige et krav, at ansøgeren kan fremvise en ansættelseskontrakt eller et konkret jobtilbud, og at betingelserne i lovens § 10 er opfyldt. Den udenlandske arbejdstager skal være fuldtidsbeskæftiget, hvilket normalt vil sige 40 timer om ugen.

4. Tvistløsning i en arbejds- og ansættelsesretlig kontekst

Rom-konventionen 80/934/EØS om hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser blev en del af det danske retssystem i 1984 og for Grønlands vedkommende ved kongelig anordning nr. 413 af 13. december 1984.

I henhold til artikel 6, stk. 2, litra a skal man i mangel af lovvalg i arbejdsaftaler anvende loven i det land, hvor

arbejdstageren ved opfyldelsen af aftalen sædvanligvis udfører sit arbejde. Det betyder, at arbejdsretlige konflikter vedrørende storskalaprojekt i mangel af lovvalg i arbejdsaftalen skal afgøres i henhold til den lov, hvor arbejdet udføres, in casu Grønland.

Grønland har sin egen retsplejelov,⁵ hvoraf det fremgår, at de kompetente retter i Grønland er kredsretterne, Retten i Grønland og Landsretten, hvortil kommer den danske Højesteret. Det er derfor de grønlandske retter, der er kompetente i spørgsmål om gyldigheden og fortolkningen af individuelle og kollektive ansættelsesaftaler. Som ovenfor nævnt under pkt. 3 er dette spørgsmål – samt spørgsmålet om lovvalg - nu reguleret i storskalalovens § 10 h, stk. 1 og 2, som derfor er lex specialis i denne henseende.

Ved kongelig anordning nr. 461 af 9. september 1975 fik den danske voldgiftslov virkning i Grønland.

5. Fremtidsudsigterne for minedrift på Grønland

Den grønlandske undergrund rummer et stort potentiale, og øen har gennem de sidste par år fået stor opmærksomhed fra forskellige internationale minedrifts-selskaber. Et af de vigtigste skridt på vejen for indfrielse af den grønlandske ambition om at tiltrække, udvikle og fastholde minedrift på Grønland er politisk stabilitet og administrativ transparens.

Interessen for minedrift forventes øget betydeligt fra 2015-2020. Den 1. januar 2014 besluttede Naalakkersuisut sig for at åbne kontor i Washington, D.C. med det formål at styrke de økonomiske bånd mellem Grønland og USA, navnlig i relation til udvinding af naturgas, og hvis denne politisk-diplomatiske charme-offensiv fortsættes og udbygges, er udsigterne lyse.

I modsætning til mange andre lande, hvor forekomsten af olie, gas og mineraler er stor, er Grønland ikke korruptionsplaget. Grønland frembyder et stabilt retligt klima – om end svagt bemandet - med effektive retsmidler og forudsigelighed. Selvom den grønlandske natur er barsk, og de klimatiske forhold er ekstreme, er det et faktum, at store dele af Grønlands kystlinje er blevet fri for is, hvilket gør det lettere for udenlandske selskaber at facilitere transporten af udstyr og arbejdskraft til og fra en række attraktive lokationer.

Det er således ikke overraskende, at antallet af udvindingstilladelser på Grønland fortsætter med at stige, og med voksende kinesiske investeringer i den grønlandske minesektor er det nok ikke utænkeligt, at minedrift påbegyndes inden for de kommende år.

Det lader med lovændringen fra 2013 til, at politikerne i Grønland har fundet en passende og klar juridisk ramme for visionen om et Grønland med en økonomi, der er baseret på de betydelige rigdomme, der findes i undergrunden. En klar lovregulering er ikke alene fordelagtigt i kampen for at tillokke nye investorer, men også en forudsætning for at modgå eventuel udefrakommende kritik af lovens nuværende udformning.

Den iboende frygt i den grønlandske befolkning for misbrug af Grønlands rigdomme i undergrunden stikker dybt, idet den grønlandske natur er uløseligt forbundet med grønlandsk selvopfattelse, kultur og Grønland som brand. Denne frygt kan afbødes ved retlig transparens og klar kommunikation, således at befolkningen får retlige garantier for, at salget af Grønlands naturreserver ikke løber løbsk.

Storskalaloven er dog i sin nuværende udformning konstrueret på en sådan måde, at de retlige garantier kun i begrænset omfang er lovfæstet, mens en stor del af kompetencen ligger hos den til enhver tid siddende grønlandske regering, der som garant for de bag ved loven liggende hensyn skal udøve det konkrete skøn over, om tilladelse kan og bør meddeles. Derfor er det også vigtigt, at der skabes en bred politisk konsensus om praksis for udstedelse af tilladelser, idet transparens og forudsigelighed forudsætter, at skiftende regeringer forvalter lovens uddelegerede skøn nogenlunde ens.

-
- 1 Inatsisartutlov nr. 25 af 18. december 2012 om bygge- og anlægsarbejder ved storskalaprojekter med senere ændringer.
 - 2 Inatsisartutlov nr. 13 af 29. november 2013 om ændring af inatsisartutlov om bygge- og anlægsarbejder ved storskalaprojekter.
 - 3 Reglerne i Lissabon-traktaten om tjenesteydelsernes fri bevægelighed finder ikke anvendelse på Grønland.
 - 4 http://www.oecd.org/daf/inv/investment_policy/oecddeclarationoninternationalinvestmentandmultinationalenterprises.htm
 - 5 Lov nr. 305 af 30. april 2008.



FORFATTERLISTE

5. nummer 2014



ANTON KRAEV
Cand.merc.jur
Redaktør, HR JURA Magasinet
Juridisk konsulent, TDC A/S

Stærk personalejurist som brænder for at arbejde med alle aspekter af ansættelses- og arbejdsret. Jeg har erfaring fra arbejdsgiverforening, to advokatkontorer, offentlig myndighed, international kreditforsikringsvirksomhed og teleselskab.

Mine kompetencer og interesser ligger primært indenfor ansættelsesret og arbejdsret, såvel kollektiv som individuel, herunder EU-arbejdsret.

Jeg har stor erfaring med forhandling med lønmodtagerrepræsentanter om alle ansættelsesretlige spørgsmål, herunder blandt andet opsigelser og bortvisninger, lige- og forskelsbehandlingsager, løn og incitamentsordninger, kollektive overenskomster, overenskomstfortolkning og lokale aftalereationer.

Jeg har desuden siddet som sidderdommer i Tvistighedsnævnet og Afskedigelsesnævnet, procederet småsager, sager i Afskedigelsesnævnet og Faglig Voldgift.

I 2014 har jeg deltaget i overenskomstforhandlingerne, hvor jeg var ansvarlig for bl.a. to landsdækkende overenskomster.

I min rådgivning har jeg stor fokus på at forstå den forretningsmæssige baggrund for de enkelte personalejuridiske udfordringer samt på at levere præcis rådgivning med en klar anbefaling med hensyn til valget mellem flere mulige løsninger.

FINN SCHWARZ
Partner og advokat (H)
HORTEN Advokatpartnerskab

Finn Schwarz er specialiseret i ansættelsesret, generel erhvervsret samt forsikrings- og erstatningsret og har mange års erfaring som rådgiver for danske og internationale virksomheder inden for en lang række brancher og sektorer.

Finn Schwarz er en erfaren procesadvokat og har ført et betydeligt antal retssager ved landsretterne og Højesteret og fungerer ofte som voldgiftsdommer og mediator. Finn Schwarz har udgivet en lang række bøger og underviser i ansættelsesret, erstatningsret og andre emner.

Siden 1987 har Finn Schwarz som advokat beskæftiget sig med udformning og forhandling af direktørkontrakter, spørgsmål vedrørende forståelsen af indgåede direktørkontrakter mens kontrakterne fortsat er gældende og rådgivet i forbindelse med udformning af fratrædelsesaftaler.

KRISTINE FRIIS NOLSØ
Advokat
HORTEN Advokatpartnerskab

Kristine Friis Nolsø er specialiseret i ansættelsesret og beskæftiger sig med generel ansættelsesretlig rådgivning af danske og internationale virksomheder, offentlige myndigheder og organisationer, udarbejdelse af aftaler i forbindelse med ansættelser og fratrædelser samt tvisteløsning inden for en række felter, herunder forskels- og ligebehandling.

Kristine rådgiver herudover også om udlændingeret, herunder ansøgninger om opholds- og arbejdstilladelser, samt erhvervsretlige forhold i bred forstand.

KATJA BRUNBJERG MUFF
Advokat
LETT Advokatpartnerskab

Katja Brunbjerg Muff beskæftiger sig med arbejds- og ansættelsesret, herunder med ansættelses- og direktørkontrakter, erhvervsbegrænsende klausuler og incitamentsprogrammer, ind- og udstationeringer, lønmodtageres retsstilling i tilfælde af virksomhedsoverdragelse og/eller konkurs, opsigelser og fratrædelsesaftaler samt retssagsbehandling. Katja underviser ligeledes i ansættelsesret.

ANDREAS EMDAL SØRENSEN
Advokatfuldmægtig
LETT Advokatpartnerskab

Andreas Emdal Sørensen beskæftiger sig primært med erhvervsretlige forhold, herunder særligt forsikrings- og erstatningsret, arbejds- og ansættelsesret samt rets- og voldgiftssager.

MORTEN BACH EISENSEE
Chefkonsulent og advokat (H)
DI

Morten Bach Eisensee har i en årrække udelukkende beskæftiget sig med ansættelsesret, og i forbindelse hermed ført en række principielle sager ved både landsretterne og Højesteret.

JAKOB COHR ARFFMANN
Advokat
Finanssektorens Arbejdsgiverforening

Jakob Cohr Arffmann er advokat og har siden 2005 beskæftiget sig med arbejds- og ansættelsesret – næsten udelukkende på arbejdsgiverside. I dag arbejder Jakob Cohr Arffmann hos Finanssektorens Arbejdsgiverforening, hvor han bl.a. rådgiver om arbejds- og ansættelsesret og fører sager ved domstolene, Arbejdsretten og faglig voldgift. Jakob Cohr Arffmann har tidligere været ansat hos Norrbom Vinding og Dansk Erhverv.

Jakob Cohr Arffmann har desuden undervisningserfaring fra Dansk Erhverv, Danske Advokater og Probana.

ANNE KATHRINE SCHØN
Partner og advokat (L)
Labora Legal

Anne Kathrine har gennem mere end 20 år rådgivet som advokat med speciale indenfor ansættelsesret. Anne Kathrine er medlem af Ligebehandlingsnævnet, udpeget af Beskæftigelsesministeriet.

BIRGITTE HAGELSKJÆR
Advokatfuldmægtig
Labora Legal

Birgitte Hagelskjær har gennem en årrække beskæftiget sig med persondata herunder whistleblowing, og har rådgivet såvel private som offentlige virksomheder om persondataretlige forhold. Birgitte har tidligere været ansat i Videnskabsministeriet og KPMG.

HENRIK KARL NIELSEN
Advokat (H)
Koch / Christensen Advokatfirma

Henrik Karl Nielsen beskæftiger sig primært med ansættelsesret, arbejdsret og foreningsret. Som advokat for danske og internationale virksomheder, fag- og brancheforeninger beskæftiger Henrik sig med rådgivning, ret- og voldgiftssager.

Henrik har undervist som manuduktør og kursuslektor i formueret og arbejdsret ved bl.a. Københavns Universitet og CBS. Henrik er forfatter til en række bøger og artikler inden for områderne arbejds- og ansættelsesret, grønlandske retsforhold og internationale menneskerettigheder.

SØREN NARV PEDERSEN
Partner og advokat (H)
Bird & Bird Advokatpartnerselskab

Søren Narv Pedersen, advokat (H) er partner hos Bird & Bird advokatpartnerselskab og er specialist i arbejds- og ansættelsesret med blandt andet særlig erfaring med job-, kunde- og konkurrence-klausuler, lige- og forskelsbehandling, samt masseafskedigelser og virksomhedsoverdragelser.

Søren Narv Pedersen har tidligere være konstitueret landsdommer, har undervist på Københavns Universitet og er i dag en hyppigt anvendt foredrags- og kursusholder om ansættelsesretlige spørgsmål.

Søren Narv Pedersen er forfatter til "Jobklausuloven med kommentarer", Karnovs forlag 2012, medforfatter til "Ansatte, alt i en bog – funktionær og andre", ligeledes Karnovs forlag 2007, samt til en række artikler om arbejds- og ansættelsesretlige spørgsmål.

JANIE C. NIELSEN
Partner og advokat (L), LL.M.
NORDIA Law

Janie C. Nielsen er specialist i ansættelses- og arbejdsret og har mere end 15 år erfaring fra advokatbranchen. Janie rådgiver danske og internationale virksomheder, deres ledelsesorganer (bestyrelse og direktion) og andre ledende medarbejdere inden for alle aspekter af ansættelses- og arbejdsretten.

Janie er bl.a. en hyppigt anvendt forhandler ved vanskelige fratrædelser ofte på toplederniveau samt i andre konfliktsituationer. Janie beskæftiger sig tillige med incitamentsstrukturer, herunder aktiebaserede ordninger, og med rets- og voldgiftssager.

Janie har derudover erfaring som chefjurist i en international industrivirksomhed, stor ledelseserfaring og har tillige i en årrække arbejdet med strategi og forretningsudvikling.

HALIT SERT
Stud.jur
LO

Halit Sert studerer jura på kandidatniveau med speciale i og erfaring indenfor arbejds- og ansættelsesret. Halit har i en årrække i regi af sine studiejob på diverse advokatkontorer beskæftiget sig med arbejds- og ansættelsesret i alt lige fra generel doms- og litteratursøgning til udarbejdelse af udkast til direktørkontrakter.

For tiden er Halit ansat ved LO som stud.jur. i afdelingen for arbejdsret og arbejdsmiljø, hvor han bistår med løsningen af kollektivarbejdsretlige opgaver.

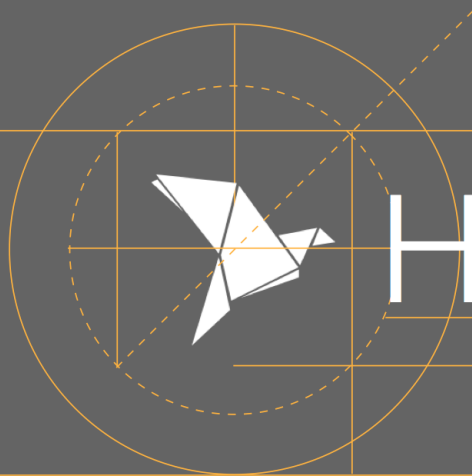
Halit er tillige medforfatter til Kompendium i Specialiseret Erstatningsret.

JØREN ULLITS OLAI NIELSEN
Stud.jur
Det Juridiske Fakultet, KU

Jøren Ullits Olai Nielsen studerer jura på kandidatniveau med stor interesse for det arbejdsretlige fagområde. Udover at have undervist i EU-ret for KU og CBS-studerende, har han også skrevet kompendie i EU-ret om b.la. friheden til at arbejde i andre EU-lande. Hertil kommer en række andre juridiske forfatterskaber ved bl.a. forlaget Karnov Group.

For tiden er Jøren ansat ved Center for Informations- og Innovationsret ved Det Juridiske Fakultet i København, hvor han også skriver speciale om den arbejdsretlige diskretionspligt.

HRJURA
RELANCERER
HJEMMESIDEN
HRJURA.IN
TIL AUGUST '14



HRJURA

ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET

Redaktion

Anton Kraev
cand.merc.jur

telefon: 31 18 11 38
e-mail: anton.kraev@hrjura.in

Udgiver

HR JURA Magasinet
Rosenvængets Hovedvej 18, 2. th.
2100 København Ø

e-mail: contact@hrjura.in
web: www.hrjura.in