

HRJURA  
MAGASINET  
7. NUMMER  
EFTERÅR 2015  
WWW.HRJURA.IN  
KØBENHAVN Ø





# HR JURA Magasinet

7. nummer 2015



---

## Redaktion og layout



Anton Kraev  
cand.merc.jur

telefon: 31181138  
e-mail: [anton.kraev@hrjura.in](mailto:anton.kraev@hrjura.in)

---

ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET  
**HR JURA**

ISSN

2245-3989

Udgiver

HR JURA Magasinet udgives af

HR JURA v/Anton Kraev  
Æbeløgade 25, 2. tv.  
2100 København Ø

telefon: 31181138  
e-mail: [contact@hrjura.in](mailto:contact@hrjura.in)  
web: [www.hrjura.in](http://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 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.



# INDHOLD

7. nummer 2015



- 10 Tjenstlige forhør i tjenestemandssager  
i kommuner og regioner  
- udvalgte problemstillinger

Helle Groth Christensen  
Cand.jur.



- 24 Er markedsføringslovens §1 uden relevans i  
ansættelsesforhold?

Finn Schwarz  
Advokat (H)



- 30 Lovforslaget om "ansættelsesklausuler"  
kan blive bedre af at ligge

Henrik Karl Nielsen  
Advokat (H)



- 36 Godtgørelsesniveauet ved afskedigelse  
i strid med forskelsbehandlingsloven

Bo Enevold Uhrenfeldt  
Advokat



- 54 HR-jura som ledelsesværktøj  
- om grænseflader mellem HR-jura og ledelse

Nilgün Aydin  
Advokat



## 42 Seneste nyt om beskyttelsen af gravide ved stillingsnedlæggelse

Maria Helbo Holck  
Advokat (L)

Tommy Angermair  
Advokat



## 50 Reglerne inden for psykisk arbejdsmiljø bliver stadig mere komplekse

Anders Etgen Reitz  
Partner, advokat

Søren Hessellund Klausen  
Ass. partner, advokat

---

6 NYE BØGER

62 KURSUS OG  
ARRANGEMENTER

66 FORFATTERLISTE



# NYE BØGER

7. nummer 2015



## Arbejdsretsloven

af Niels Waage

Forlag: DJØF Forlag  
Udgave: 3. udgave, 2015  
Pris: kr. 1.375,00  
Antal sider: 481

I denne tredje udgave af *Arbejdsretsloven med kommentarer* er medtaget referater af langt de fleste domme afsagt af Arbejdsretten, siden anden udgave udkom i 1997 og frem til 1. juli 2015. En betydelig del af de domme, der er refereret eller henvist til i de tidligere udgaver, er også medtaget.

Endvidere bygger fremstillingen på de såkaldte retsformandsafgørelser. Et antal af disse er refereret fortrinsvis efter gengivelsen i Arbejdsretligt Tidsskrift, der ophørte med at udkomme med udgangen af 2013.

## Ansatte. Ansættelsesretten for funktionærer og ikke-funktionærer

af Søren Narv Pedersen

Udgave: 4. udgave 2015  
Forlag: Karnov Group

Denne bog giver en forståelig vejledning og indføring i arbejdsrettens love og regler således, at læseren får et billede over regelkomplekset. Alle har brug for at kende regler om ansættelse, opsigelse, sygdom, ferie, ligebehandling, orlov mm. såvel for funktionærer som for dem, der ikke er omfattet af funktionærloven.

## Incentives og bonusordninger

af Morten Langer og Nicole Offendal

Udgave: 2. udgave 2015  
Forlag: Karnov Group

I såvel opgangs- som nedgangstider er incitamentsordninger en helt central del af mange virksomheders lønstruktur. Men virksomhederne bør nøje overveje indholdet af og formålet med ordningerne, hvis de skal opnå optimalt udbytte af deres incentives og bonusordninger.

Bogen indeholder adskillige eksempler på forskellige incitaments- og bonusordninger, og forfatterne gennemgår relevante spørgsmål inden for HR, ansættelsesret, selskabsret og skatteret.



## Udstationeringsloven

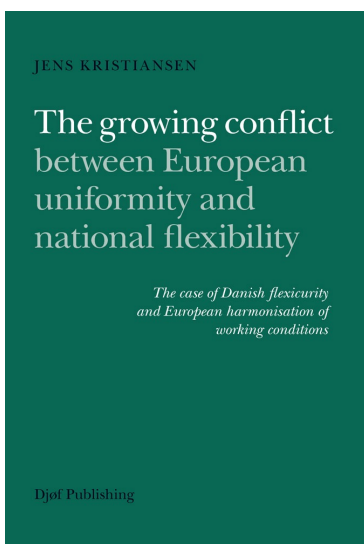
af Christian Andersen-Mølgaard,  
Martin Gräs Lind mf.

Pris: 925,00 kr.

Antal sider: 383

Forlag: DJØF Forlag

Udstationeringsloven er i de senere år blevet tilføjet nye regler af særegen og selvstændig national dansk karakter, herunder regler som indeholder rettigheder og pligter for andre kategorier af personer og virksomheder end tidligere. I dag regulerer udstationeringsloven både fagforeningers rettigheder og forpligtelser i forbindelse med kollektive kampskridt overfor udenlandske tjenesteydere, tjenestemodtageres subsidiære rapporteringsforpligtelser og regler for registrering i forbindelse med udenlandske enkeltmandsvirksomheders tjenesteydelser i Danmark.



## The growing conflict between European uniformity and national flexibility

af Jens Kristiansen

Pris: 800,00 kr.

Antal sider: 291

Forlag: DJØF Forlag

This book *The growing conflict between European uniformity and national flexibility* examines the pressure put on the flexible Danish labour law system by EU labour law directives and the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU). The analysis highlights the increasing tension between, on the one hand, the flexibility that the directives aim to allow individual Member States and, on the other hand, the uniform interpretation and application of the principles of which the CJEU is an exponent.



## Ledelse af interesse- organisationer

af Jørgen Hansen mf.

Pris: 385,00 kr.

Antal sider: 364

Forlag: DJØF Forlag

Fire forhenværende direktører fra indflydelsesrige interesseorganisationer giver deres fremstilling af, hvordan interesseorganisationer ledes, hvad deres opgaver er og hvordan de agerer i forhold til staten, andre myndigheder, internationale organer og ikke mindst medierne. Det er den konkrete selvoplevede virkelighed gennem en lang periode.

De fire direktører har alle været tilknyttet deres respektive organisationer i over 30 år, så det er et gevaldigt tidsrum, de øser erfaringer fra.

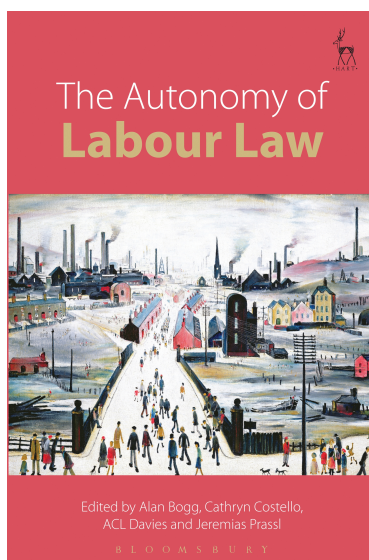


## The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe

Pris: ca. 55 GBP.  
Antal sider: 384  
Forlag: Hart Publishing

af Niklas Bruun mf.

The current economic and financial crisis erupted several years ago. Its effects impacted deeply upon society, in which legal rules and social patterns have developed to enable the establishment of civilisation, justice and peace. Over time it has become more and more obvious that policy, financial and economic actors have adopted austerity measures as a main tool to solve the ensuing problems, and that these measures have hit social policy standards sometimes dramatically. Recent analyses have dealt with several aspects of this issue.

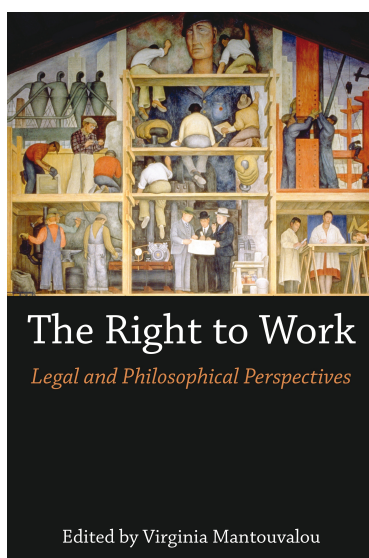


## The Autonomy of Labour Law

Pris: ca. 60 GBP  
Antal sider: 442  
Forlag: Hart Publishing

af Alan Bogg mf.

To what extent is labour law an autonomous field of study? This book is based upon the papers written by a group of leading international scholars on this theme, delivered at a conference to mark Professor Mark Freedland's retirement from his teaching fellowship in Oxford. The chapters explore the boundaries and connections between labour law and other legal disciplines such as company law, competition law, contract law and public law; labour law and legal methodologies such as reflexive governance and comparative law and labour law and other disciplines such as ethics, economics and political philosophy. In so doing, it represents a cross-section of the most sophisticated current work at the cutting edge of labour law theory.



## The Right to Work

Pris: ca. 60 GBP  
Antal sider: 366  
Forlag: Hart Publishing

af Virginia Mantouvalou

The value of work cannot be underestimated in today's world. It is valuable because productive labour generates goods needed for survival, like food and housing; goods needed for self-development, like education and culture; and other material goods that people wish to have in order to live a fulfilling life. A job also generally inspires a sense of achievement, self-esteem and the esteem of others. But the question remains, do we have a human right to work? If so, what is the content of the right? Does it impose a duty on governments to promote full employment? Does it entail an obligation to protect decent work? Do migrants have a right to work?



# Arbejdsretsportalen

## Find nemt svar på juridiske spørgsmål om HR

Arbejdsretsportalen - online lovportal, der støtter dig i arbejds- og ansættelsesretlige problemstillinger.

Indeholder bl.a.:

- Arbejds- og ansættelsesretlig lovgivning
- Centrale domme og kendelser
- Grundlæggende og speciallitteratur fra Djøf Forlag

### Søg på tværs af indhold

Søg på tværs af al faglitteratur, lovgivning, kendelser og domme i portalen.

### Altid opdateret

Love, bekendtgørelser, cirkulærer og vejledninger i portalen er altid opdateret med seneste ændringer.

Læs mere på [schultz.dk/arbejdsretsportalen](http://schultz.dk/arbejdsretsportalen).

Bestil gratis prøveabonnement på [schultz.dk/proev](http://schultz.dk/proev).

**NYT**  
Sidetal på  
faglitteratur  
i portalen, så du  
nemt kan dokumen-  
tere juridiske sager

## Tjenstlige forhør i tjenestemandssager i kommuner og regioner - udvalgte problemstillinger

---

HELLE GROTH CHRISTENSEN  
CAND.JUR



Med afsæt i den retlige ramme redegøres for, hvordan et tjenstligt forhør afvikles i kommunerne. På baggrund af kommunal praksis diskuteres udvalgte problemstillinger som forhørslederens rolle, bevisførelse, bevisbedømmelse samt domstolsprøvelse af forhørslederberetninger. Endelig fremsættes et forslag om et fast forhørslederkorps.

### 1. Indledning

Antallet af tjenstemænd i stat og kommuner er stadig betydeligt, selvom det har været faldende siden 1990'erne<sup>1</sup>. I kommuner og regioner er der i dag ansat 18.157 tjenstemænd, hvoraf langt de fleste er folkeskolelærere, ledere og chefer inden for undervisnings- og administrationsområdet samt læger og sundhedspersonale på ledelsesniveau<sup>2</sup>. I staten er der ansat 32.304 tjenstemænd (årsværk) primært inden for folkekirken, politiet, kriminalforsorgen og forsvaret<sup>3</sup>.

Antallet af disciplinære sager er også faldende. Ikke desto mindre har der i de senere år været ført en række højtprofilerede tjenestemandssager – især inden for statens område – hvor der i flere af sagerne er afholdt tjenstlige forhør af departementschefer og andre topchefer, eller er

foretaget tjenstlige undersøgelser. Der kan nævnes Justitsministeriets sag om hindring af Pia Kjærsgaards besøg på Christiania, Skatteministeriets sager om borgere, der mente sig udsat for magtmisbrug, Udviklingsministeriets sag om Lars Løkke Rasmussen og GGGI samt socialminister Annette Vilhelmsens millionpulje til Lisbeth Zornig.

Også på det kommunale/regionale område har der været gennemført en række tjenstlige forhør, knapt så højtprofilerede, men i nogle tilfælde med stor eksponering i pressen. Bl.a. har det regionale trafikelskab Midttrafik gennemført tjenstlige forhør og undersøgelser af en række billetkontrollører med disciplinære sanktioner til følge. Disse sager har været betydeligt eksponeret især i lokalpressen, ligesom man har valgt at få prøvet nogle af sagerne ved domstolene.

Jeg har i en årrække været ansat som chefkonsulent i KL, Jura og EU, hvor jeg har repræsenteret kommunerne ved tjenstlige forhør. I den forbindelse har jeg erfaret, at tjenstlige forhør i kommunerne i praksis gennemføres på meget forskellig vis alt efter, hvem der udpeges som forhørsleder<sup>4</sup>. Det er min erfaring, at såvel forhørsleder

som repræsentanter for henholdsvis tjenestemand og kommune har for lidt fokus på, at det tjenstlige forhør ikke er en retssag, men derimod en administrativ kortlægning af faktum. Tjenstlige forhør tager således mere og mere form som en domstolsproces. Konsekvensen er dels, at det tjenstlige forhør kan blive en meget lang og tung proces - dette har ikke været hensigten med reglerne - dels, at der gives tjenestemanden mulighed for en form for dobbelt prøvelse af hans sag, idet han opnår noget, der minder om en domstolsprøvelse af sagen allerede ved det tjenstlige forhør foruden muligheden for efterfølgende prøvelse af sanktionen ved de ordinære domstole. Nok giver reglerne tjenestemanden mulighed for at få prøvet sanktionen, men denne "dobbelte domstolsprøvelse" har ikke været hensigten med reglerne.

Med artiklen vil jeg redegøre for, hvordan et tjenstligt forhør gennemføres i kommuner og regioner. Da forhørslederberetninger ikke må offentliggøres, jf. det kommunale tjenestemandregulativs § 19, stk. 6, har det ikke været muligt at gengive indhold fra disse beretninger. Praksis er således beskrevet i overordnede formuleringer.

Artiklen er stilet til dommere, der fungerer som forhørsledere, og advokater/jurister og andre, der repræsenterer henholdsvis arbejdsgiver og tjenestemanden ved tjenstlige forhør i kommuner, regioner og stat.

## 2. Den retlige ramme

### *Indledning af en disciplinærsag*

Tjenstlige forhør i kommunerne gennemføres inden for rammerne af tjenestemandregulativ af 2008 for kommuner inden for KL's forhandlingsområde<sup>5</sup>. Inden for Danske Regioners forhandlingsområde gælder et fuldstændig identisk tjenestemandregulativ af 2008.

Reglerne om disciplinærfølgning findes i tjenestemandregulativets kapitel 4<sup>6</sup>. Reglerne er materielt identiske med reglerne om disciplinærfølgning i tjenestemandsløven<sup>7</sup>.

Regulativet er udstedt med hjemmel i kommunestyrelseslovens § 17, stk. 7, og finder anvendelse i alle kommuner, idet samtlige kommuner i Danmark har bemyndiget KL til at indgå aftaler med de forhandlingsberettigede organisationer om personalets løn- og ansættelsesvilkår. Tjenestemandregulativet godkendes af Kommunernes Lønningsnævn<sup>8</sup>.

For Københavns Kommunes vedkommende er reglerne

om disciplinærfølgning i Vedtægt af 1970 for Københavns Kommunes tjenestemænd opretholdt og finder fortsat anvendelse for disciplinærsager i Københavns Kommune. Reglerne er optrykt som bilag 6 til tjenestemandregulativet af 2008 og er stort set identiske med kap. 4 i tjenestemandregulativet. De adskiller sig primært derved, at Københavns kommune, som den eneste kommune i Danmark, har en fast forhørsleder.

Niels Nørby Pedersen og Steen Ballegaard konkluderer i deres kommentarer til tjenestemandregulativet<sup>9</sup>, at selvom regulativet har en anden retlig status end tjenestemandsløven, må det antages, at der eksisterer så høj grad af retsenhed mellem de to regelsæt, at fortolkninger af en lang række af bestemmelserne i tjenestemandsløven kan lægges til grund ved fortolkninger af de tilsvarende bestemmelser i tjenestemandregulativet. Dette er således tilfældet for bestemmelserne om disciplinærfølgning<sup>10</sup>. Derfor vil der i det følgende i vidt omfang blive henvist til forarbejderne til tjenestemandsløven.

Fokus i denne artikel er kommunerne, men fremgangsmåder, praksis og eksempler mv. vil være de samme i regionerne - og i langt de fleste tilfælde også i staten.

En forudsætning for at indlede en disciplinærsag er, at kommunen vurderer, at den pågældende tjenestemand har gjort sig skyldig i en tjenesteforseelse under ansættelsen og dermed har overtrådt tjenestemandregulativets § 10. Bestemmelsen foreskriver for det første, at tjenestemanden skal overholde de regler og pligter, der gælder i ansættelsesforholdet. Bryder tjenestemanden fx kommunens alkoholpolitik, udebliver ulovligt fra arbejdet eller modarbejder ledelsen, vil der kunne være tale om tjenesteforseelser. For det andet skal tjenestemanden vise sig værdig til den agtelse og tillid, som stillingen kræver (decorum). Det vil sige, at tjenestemanden skal udvise en adfærd både i og uden for arbejdet, som efter tidens normer og den almindelige opfattelse i samfundet anses for acceptabel for en tjenestemand i den pågældende stilling<sup>11</sup>.

En disciplinærsag udløses som regel af en hændelse, en konkret episode eller ved, at tjenestemandens overordnede får kendskab til eller mistanke om en tjenesteforseelse - fx ved en anonym henvendelse, en klage fra en borger eller en henvendelse fra en kollega. Ofte er der tale om en kombination af overtrædelse af regler og tilside-

sættelse af decorum. Tjenestestedet indberetter tjenesteforseelsen til kommunens forvaltning (i praksis personaleafdelingen, som her forudsættes at være omdrejningspunktet for processen)<sup>12</sup>.

Det følger af tjenestemandensregulativets § 18, stk. 1, at en tjenestemand, der tjenstligt indberettes for en tjenesteforseelse eller et strafbart forhold, skal have udleveret en fremstilling af sagens faktiske omstændigheder. Det følger videre af bestemmelsen, at tjenestemanden skal have adgang til at afgive en skriftlig udtalelse til sagsfremstillingen. Samtidig skal tjenestemanden gøres bekendt med, at pågældende ikke har pligt til at udtale sig om sagsfremstillingen. Den skriftlige fremstilling af sagens faktiske omstændigheder skal ledsages af den tjenstlige indberetning fra tjenestestedet.

I forhold til partshøringen af tjenestemanden har der igennem tiden udviklet sig en administrativ praksis om en høringsfrist på ikke mindre end 3 uger, jf. en række ombudsmandsudtalelser<sup>13</sup>.

#### *Strafferetlige elementer/politianmeldelse*

Gør forvaltningen i den skriftlige sagsfremstilling gældende, at den mistænker tjenestemanden for et strafbart forhold, kan tjenestemanden i medfør af tjenestemandensregulativets § 20, stk. 3, forlange sagen behandlet som straffesag med de særlige retsgarantier, der følger af retsplejeloven, herunder den skærpede bevisbyrde.

Det betyder, at det tjenstlige forhør sættes i bero, indtil straffedom foreligger, eller politiet eller anklagemyndigheden har opgivet eller frafaldet sigtelsen. Først derefter kan forvaltningen genoptage forhøret og træffe afgørelse om en eventuel afsked af tjenestemanden. Såfremt forholdet fastslås ved straffedom, følger det af regulativets § 22, sidste led, at forvaltningen (kommunalbestyrelsen) kan afskedige tjenestemanden uden afholdelse af tjenstligt forhør.

Erfaringsmæssigt kan et forløb med straffesag og efterfølgende tjenstligt forhør samlet set tage op til 2-3 år. Det er byrdefuldt for ansættelsesmyndigheden og for tjenestemanden. I nogle tilfælde vil der være disciplinære forhold, som ikke har noget at gøre med den strafferetlige sag. Fx kan en tjenestemand være ulovligt udeblevet fra arbejdet eller have overtrådt internt fastsatte regler, uden at det har noget at gøre med straffesagen. Her vil der principielt ikke

være noget til hinder for at indlede tjenstligt forhør under straffesagen for så vidt angår de forhold, som kan udskilles som rent disciplinære.

I andre tilfælde kan grænsen mellem, om der er tale om et disciplinært forhold eller et forhold med mulige strafferetlige elementer være mindre skarp. Står forvaltningen i et sådant tvivlstilfælde over for en beslutning om, hvorvidt den skal politianmelde en tjenestemand, har forvaltningen under alle omstændigheder pligt til i den enkelte sag at forholde sig konkret til, om politianmeldelse er påkrævet. Forvaltningen må overordnet se på, i hvilken retning forholdet eller forholdene overvejende peger. Finder forvaltningen, at der overvejende er tale om noget disciplinært, og at politianmeldelse derfor ikke på det foreliggende grundlag er påkrævet, kan forvaltningen meddele tjenestemanden dette med henblik på iværksættelse af tjenstligt forhør og samtidig meddele tjenestemanden, at muligheden for tjenestemanden for at kræve forholdet politianmeldt og undersøgt af politiet, jf. tjenestemandensregulativets § 20, stk. 3., foreligger. Det er næppe sandsynligt, at tjenestemanden ønsker dette, men hermed er de særlige retsgarantier for tjenestemanden iagttaget<sup>14</sup>.

Politianmeldelse af tjenestemanden kan også ske fra anden side, fx fra en borger eller en virksomhed. Den strafferetlige forfølgning vurderes at indtræde fra det tidspunkt, hvor politiet rejser sigtelse mod tjenestemanden. Principielt vil forvaltningen således kunne indlede en disciplinær undersøgelse og tage skridt til at indlede tjenstligt forhør, så længe der ikke er rejst sigtelse. I praksis vil en forhørsleder dog næppe iværksætte tjenstligt forhør, hvis vedkommende har kendskab til en politianmeldelse.

Når forvaltningen har afklaret, at forholdet er af rent disciplinær karakter, og der ikke er indledt strafferetlig forfølgning, er den disciplinære sag formelt indledt.

#### *Suspension*

En tjenestemand kan suspenderes eller overføres midlertidigt til andet arbejde, når pågældende har pådraget sig grundet mistanke om et forhold, der betager tjenestemanden den tillid, som bestridelsen af stillingen kræver, eller som i øvrigt gør det betænkeligt, at pågældende vedblivende udfører sit arbejde, jf. tjenestemandensregulativets § 17, stk. 1. Efter § 17, stk. 2, er det en betingelse for suspension, at forvaltningen efterfølgende indleder tjenstligt forhør (eller der indledes strafferetlig

forfølgning af tjenestemanden). Med andre ord vurderer forvaltningen, at tjenesteforseelsen er så alvorlig, at den skal føre til afsked af tjenestemanden, er grundlaget for iværksættelse af suspension til stede. Der synes at være sammenfald mellem betingelserne for suspension og betingelserne for disciplinær afsked (og andre strenge disciplinære sanktioner som fx overførsel til andet arbejde).

I kommunal praksis anvendes midlertidig overførsel til andet arbejde som foreløbigt retsskridt stort set aldrig, idet det yderst sjældent er praktisk muligt og foreneligt med driften<sup>15</sup>. Derimod anvendes suspension i langt de fleste tilfælde. Hvis det retlige grundlag for suspension endnu ikke vurderes at være til stede, fx i parthøringsperioden, kan tjenestemanden fritages for tjeneste i medfør af den almindelige ledelsesret.

En beslutning om iværksættelse af suspension er en afgørelse i forvaltningslovens forstand, og forvaltningen skal derfor parthøre tjenestemanden i medfør af forvaltningslovens § 19, inden den træffer endelig beslutning. Hvis det er muligt, vil det være hensigtsmæssigt at foretage høringsen om suspension samtidig med høringsen over den skriftlige sagsfremstilling, da grundlaget for suspension og disciplinær undersøgelse som nævnt som regel vil være det samme. Det bemærkes, at suspension kan ske, så snart der er et retligt grundlag for dette foreløbige retsskridt. Det er således ikke en betingelse for suspension, at den skriftlige sagsfremstilling er udleveret til tjenestemanden.

Under suspension oppebærer tjenestemanden kun 2/3 af sin løn, jf. § 3, stk. 1, i Aftale om kommunale tjenestemænds løn under ulovlig udeblivelse og suspension mv. Som udgangspunkt er tjenestemanden suspenderet under hele afviklingen af det tjenstlige forhør, og suspensionen ophæves først i forbindelse med, at sagen finder sin afgørelse. Afsluttes sagen uden ikendelse af disciplinær afsked som sanktion, skal der som udgangspunkt – men ikke i alle tilfælde – ske efterbetaling af den under suspensionen tilbageholdte løn, jf. suspensionsaftalens § 6, stk. 2<sup>16</sup>.

#### *Særligt om procedurefordrejning*

Ud fra den forvaltningsretlige grundsætning om forbud mod procedurefordrejning må ansættelsesmyndigheden ikke vælge diskretionær afskedigelse for at undgå den besværlige, domstolslignende proces, der er knyttet til

disciplinære afgørelser om afsked. Spørgsmålet om forbud mod procedurefordrejning er grundigt beskrevet i litteraturen, ligesom Folketingets Ombudsmand har udtalt sig indgående om spørgsmålet<sup>17</sup>. Endvidere foreligger der en række principielle domme<sup>18</sup>, og jeg vil derfor ikke komme nærmere ind på emnet i denne artikel.

#### *Kompetenceregler og proces*

Kompetencen til at afskedige en tjenestemand ligger i kommunalbestyrelsen, jf. tjenestemandensregulativets § 24, stk. 1. Kommunalbestyrelsen har mulighed for at delegerer kompetencen til økonomiudvalget, som varetager den umiddelbare forvaltning af anliggender vedrørende kommunens løn- og personaleforhold generelt, jf. kommune-styrelseslovens § 18, stk. 3. Økonomiudvalget kan herefter med hjemmel i styrelsesvedtægten for kommunerne vælge at udøve afskedigelseskompetencen eller videre-delegere den til borgmesteren eller administrationen. Dog er det udelukkende kommunalbestyrelsen, som kan træffe beslutning om afskedigelse af kommunaldirektører og forvaltningsdirektører. I praksis har mange kommuner delegeret kompetencen til afskedigelse af tjenestemænd til økonomiudvalget eller sågar længere ud. Det vil fremgå af kompetencefordelingsplanen for den enkelte kommune<sup>19</sup>.

Samtidig med, at kommunalbestyrelsen beslutter at indlede tjenstligt forhør, anmoder den præsidenten for vedkommende landsret om at udpege en forhørsleder, jf. tjenestemandensregulativets § 18, stk. 2. Inden for det kommunale og regionale område er praksis, at øst for Storebælt udpeges forhørslederen blandt byretsdommere og vest for Storebælt blandt landsretsdommere. Undtagelsen er Københavns kommune, der som tidligere nævnt benytter sig af en fast forhørsleder, som vælges for 3 år ad gangen og udpeges blandt dommerne ved Københavns Byret<sup>20</sup>. Der er tradition for, at disse faste forhørsledere genvælges og derfor hver især har siddet i mange år.

Kommunalbestyrelsen kan uden forudgående tjenstligt forhør beslutte, at tjenestemanden skal pålægges en mild sanktion efter tjenestemandensregulativets § 22, stk. 1. Det vil i praksis betyde advarsel eller irettesættelse men kan også være bøde på 1/25 af månedslønnen eller derunder. I så fald skal tjenstligt forhør kun afholdes, hvis tjenestemanden og dennes forhandlingsberettigede organisation anmoder om det, jf. regulativets § 20, stk. 4. I denne artikel vil det være afsked som sanktionsform og dermed

det tjenstlige forhør, der er omdrejningspunktet.

### 3. Afvikling af tjenstligt forhør – udvalgte problemstillinger

De processuelle regler for afvikling af tjenstligt forhør fremgår af tjenstemandsregulativets § 19. Reglerne er, ligesom de tilsvarende regler i tjenstemandslovens § 21, meget rummelige og efterlader stor handlefrihed til forhørslederen i forhold til, hvordan vedkommende vil gribe forhøret an. Ligesom på statens område<sup>21</sup> kan meget lade sig gøre i kommunale tjenstemandsager, så længe det er sagligt, og hensynet til tjenstemandens kontradiktion tilgodeses<sup>22</sup>.

#### *Forhørets karakter og forhørslederens rolle*

Det tjenstlige forhør er en speciel størrelse uden side-stykke inden for ansættelsesretten, som har rødder tilbage til gamle bestemmelser om disciplinærregler fra begyndelsen af det forrige århundrede<sup>23</sup>.

Ofte karakteriseres det tjenstlige forhør som en domstols-lignende proces. Spørgsmålet er imidlertid, om det har været hensigten fra lovgivers side. I forarbejderne til den gældende tjenstemandslov af 1969 beskrives disciplinær-reglerne som et regelsæt, der "har bevaret et særpræg derved, at der fremdeles er tale om en administrativ jurisdiktion i sager om rent tjenstlige forseelser." I forbindelse med de ændringsforslag, som det udvalg, der var nedsat til at kigge på de hidtil gældende disciplinærregler, fremsatte, udtalte udvalget, at "forslagene er udtryk for et ønske om at forene de bestående principper i den administrative behandling af tjensteforseelsessager med nugældende retningslinjer i den almindelige retspleje- og straffelovgivning."<sup>24</sup>

Ændringerne i tjenstemandslovens disciplinærregler bestod bl.a. i at styrke tjenstemandens rettigheder samt at give mulighed for, at ansættelsesmyndigheden kunne være repræsenteret af en person under det tjenstlige forhør. Dette med det formål at aflaste forhørslederen i "omfangsrige og vanskelige sager" i forhold til sags-oplysningen. Tilsvarende gælder det efter det kommunale tjenstemandsregulativs § 18, stk. 3, at kommunen kan lade sig repræsentere af en særligt udpeget person, enten en intern eller en ekstern repræsentant. Tjenstemanden har i medfør af regulativets § 19, stk. 1, ret til at møde med en bisidder.

Det har nok fra lovgivers side været tanken at lægge nogle genkendelige principper fra den almindelige retspleje- og straffelovgivning ind i det tjenstlige forhør, men det har ikke været hensigten at ændre eller indskrænke forhørslederens rolle som undersøger, udspørger og ansvarlig for undersøgelsesprocessen. Det forhold, at lovgiver beskriver processen som en "administrativ jurisdiktion" understreger, at der ikke er tale om en civil- eller straffeprocessuel handling. Normalt er en dommer undergivet forhandlings-princippet og skal træffe sin afgørelse på grundlag af de af parterne fremsatte krav og tilvejebragte oplysninger, og dommeren har i almindelighed ikke adgang til selv at inddrage yderligere processtof i sagen<sup>25</sup>. Specielt for civilretten gælder det, at den i dispositive sager i almindelighed træffer afgørelse på det grundlag, der fremtræder som resultat af parternes procesførelse<sup>26</sup>. Parterne disponerer med andre ord over sagsgenstanden.

Ved tjenstlige forhør er det forhørslederen, der råder over processen. Det følger således af tjenstemandsregulativets § 19, stk. 2, at forhørslederen træffer beslutning om vidneførelse og om tilvejebringelse af andre bevisligheder. Det vil sige, at det er forhørslederen, som tilrettelægger afviklingen af forhøret og vurderer, hvilket bevismateriale der skal fremlægges, og hvilke vidner der skal føres. Forhørslederen har således en selvstændig undersøgelseskompetence, hvilket indebærer, at forhørslederen kan kræve yderligere processtof inddraget i forbindelse med den disciplinære undersøgelse, dersom forhørslederen finder dette afgørende for oplysningen af sagen.

I praksis foregår tilvejebringelsen af bevismateriale og beslutning om vidneførelse i tæt samarbejde med sagens parter og typisk med oplæg fra disse.

Selvom tjenstlige forhør på en række punkter også adskiller sig fra undersøgelseskommissioner, kan principperne om undersøgelsesretternes natur beskrevet i forarbejderne til den noget yngre lov om undersøgelseskommissioner<sup>27</sup> være ganske retningsgivende for, hvordan et tjenstligt forhør bør gribes an:

"Den vigtigste opgave for en undersøgelseskommission vil i almindelighed være at undersøge og klarlægge et bestemt hændelsesforløb. Det forudsættes, at kommissionen ikke blot registrerer fakta vedrørende begivenhedsforløbet, herunder registrerer forskellige

eventuelt modstridende forklaringer, men også foretager en bevisvurdering af de konstaterede fakta. Bevisvurderingen må foretages med den forsigtighed, der må følge af, at beviserne ikke er tilvejebragt ved en kontradiktorisk proces under en almindelig retssag.”

Netop det forhold, at der ikke gælder et egentligt kontradiktorisk princip, er også kendetegnende for tjenstlige forhør.

For at udfylde sin rolle som undersøger i et tjenstligt forhør må forhørslederen således ikke uden videre vælge at lægge resultatet af parternes ”procesførelse” til grund for sin beretning uden samtidig at have forholdt sig selvstændigt til, om han/hun vurderer, at sagen er tilstrækkeligt oplyst. Omvendt har forhørslederen både ret og pligt til at afskære parterne fra at inddrage vidner og bevisligheder i sagen, som forhørslederen ikke finder relevant for sagens oplysning, se mere herom nedenfor.

Det er forhørslederens primære opgave at styre processen og være initiativtagende i forhold til at søge sagen oplyst. Forhørslederen er hverken repræsentant for forvaltningen eller for tjenstemanden. Med andre ord skal forhørslederen hverken agere anklager eller dommer i et tjenstligt forhør, men være et sted midt imellem med bevarelse af sin upartiskhed.

Spørgsmålet er, om det forhold, at det er blevet mere almindeligt, at der deltager partsrepræsentanter – ofte i form af advokater – i de tjenstlige forhør, og at en række principper fra den almindelige retspleje finder anvendelse, gør, at praksis vedrørende afvikling af tjenstlige forhør bevæger sig i en retning, hvor forhørslederen indtager en mere tilbagetrukket, passiv rolle, og parternes repræsentanter får mere indflydelse på og ansvar for processen. Som repræsentant for kommuner ved tjenstlige forhør har jeg oplevet, at udviklingen går i den retning, og at forhørslederen forventer, at det er kommunens repræsentant, som har udspørgerrollen. Det har næppe været hensigten.

#### *Udvidelse af afhøringstemaer*

Grundlaget for det tjenstlige forhør er den skriftlige sagsfremstilling, som forvaltningen har udarbejdet, og som tjenstemanden har haft mulighed for at forholde sig til skriftligt. Ud fra sagsfremstillingen vil forvaltningen typisk formulere en række afhøringstemaer, som den ønsker at afhøre tjenstemanden og vidner om.

Det skal understreges, at afhøringstemaerne *ikke* har karakter af påstande og anbringender i retsplejelovens forstand, således at et udvidet eller nyt afhøringstema ikke kan gøres til genstand for undersøgelse under forhøret, hvis det ikke er gjort gældende fra start.

Forvaltningens undersøgelser af en disciplinærsag stopper typisk ikke ved udleveringen af den skriftlige sagsfremstilling, og det er ikke ualmindeligt, at nye oplysninger i relation til en verserende disciplinærsag dukker op undervejs i sagens forløb. Disse oplysninger er forvaltningen forpligtet til at inddrage i det tjenstlige forhør i medfør af undersøgelsesprincippet i den offentlige forvaltning. Det må således antages, at forvaltningen uden videre kan udvide *eksisterende* afhøringstemaer, såfremt der måtte komme nye oplysninger frem, i hvert fald så længe de relaterer sig til/grænser op til de påståede tjensteforseelser, som er indeholdt i sagsfremstillingen.

Er der tale om, at forvaltningen efter forhørets start får mistanke om *andre* forseelser begået af tjenstemanden end de, der er omfattet af den foreliggende sagsfremstilling, og ønsker forvaltningen disse forhold inddraget i forhøret, skal forvaltningen i medfør af tjenstemandsregulativets § 18, stk. 1, som udgangspunkt fremsende en supplerende skriftlig sagsfremstilling til tjenstemanden, som vedkommende har adgang til at udtale sig skriftligt om. Herefter – og såfremt tjensteforseelserne fastholdes af forvaltningen – skal forhørslederen inddrage dem i forhøret.

Begrundelsen for denne ubetingede adgang for forvaltningen til at få ”vendt hver en sten” er, at tjenstemanden er i et bestående ansættelsesforhold i kommunen med de deraf følgende forpligtelser for såvel arbejdsgiver som tjenestemand, mens den tjenstlige undersøgelse gennemføres. I modsætning til andre ansatte, har kommunen ikke mulighed for at bringe ansættelsesforholdet til ophør før tidligst efter, at det tjenstlige forhør er afsluttet. Dette fordrer til gengæld, at forvaltningen gør mest muligt for at gennemføre den tjenstlige undersøgelse så hurtigt som muligt af hensyn først og fremmest til tjenstemandens situation, men også til det procesøkonomiske aspekt i sagen.

Det afgørende er, at forhørslederen ikke må afskære stof, som er relevant for sagens samlede oplysning. Er forhørslederen i tvivl, bør forhørslederen spørge forvaltningen, om

forvaltningen ønsker at inddrage de pågældende oplysninger.

#### *Parternes generelle bevisførelse – nova*

Lige såvel som forvaltningen kan have et ønske om at inddrage nye oplysninger i forhøret, kan tjenestemanden have et ønske om, at der fremlægges yderligere oplysninger. Under hensyntagen til princippet om tjenestemandens kontradiktion bør forhørslederen forholde sig aktivt til relevansen af de nye oplysninger.

Forhørslederen kan generelt ikke afskære parternes oplysninger, men det må antages, at forhørslederen til hver en tid kan afskære nova i overensstemmelse med principperne i retsplejelovens § 341 om irrelevant bevisførelse. I praksis vil forhørslederen formentlig være tilbageholdende med at afskære nogen form for bevisførelse, men forhørslederen kan vælge at undlade at lægge vægt på de pågældende oplysninger i sin beretning.

Der er ikke regler i tjenestemandensregulativet for, hvornår parternes adgang til at fremlægge nyt procesmateriale eventuelt prækluderes. I princippet kan nye bilag fremlægges også efter, at forhøret er afsluttet. Dette må dog være undtagelsen. I praksis vil forhørslederen, når vidneafhøringen og afhøringen af tjenestemanden er afsluttet, fremsende protokol over afhøringerne til parternes eventuelle bemærkninger samt spørge parterne, om de har yderligere til bevisførelsen. Er dette tilfældet, vil forhørslederen typisk sætte en kort frist for fremlæggelse af nyt materiale, hvorefter forhøret afsluttes og ”optages til beretning”. Eventuelt afgiver forhørslederen også en indstilling. Dermed må forhøret betragtes som endeligt afsluttet, og der kan i princippet ikke fremlægges nyt materiale eller afhøres nye vidner.

Hverken tjenestemandensloven eller tjenestemandensregulativet hjemler mulighed for egentlig genoptagelse af et afsluttet tjenstligt forhør. I praksis vil forhørslederen formentlig skele til princippet i retsplejelovens § 346 om, at en sag kan reassumeres, når det findes betænkeligt at træffe afgørelse på det foreliggende grundlag. Man kan forestille sig den situation, at forvaltningen efter forhørets afslutning får kendskab til nye tjenesteforseelser, som kan have afgørende betydning for den verserende sags udfald. Her må gælde en pligt for forvaltningen til at inddrage disse forhold i bedømmelsen og afgørelsen om sanktion, og forvaltningen må derfor som udgangspunkt være

nødsaget til at begære det tjenstlige forhør genoptaget, således at de forhold, som forvaltningen vil basere sin sanktionsafgørelse på, har været behandlet ved forhøret<sup>28</sup>.

Et andet muligt scenarie for genoptagelse af et forhør kan være, at forvaltningen efter forhørets afholdelse får kendskab til, at vidner ikke har talt sandt, og at disse vidners udsagn kan have afgørende betydning for sagens udfald. Normalt vil forhørslederen, hvis denne har mistanke om, at et vidne ikke taler sandt, anføre i sin beretning, at dette vidnes udsagn ikke tillægges nogen vægt<sup>29</sup>.

Det forekommer også, at det er tjenestemanden, som begærer det tjenstlige forhør genoptaget, fx fordi tjenestemanden mener at have afgørende oplysninger, der kan modbevise de oplysninger, som ansættelsesmyndigheden er fremkommet med under forhøret, og som dermed vil kunne føre til en anden bevismæssig vurdering af sagen. Som nævnt ovenfor må forudsætningen være, at tjenestemanden har haft mulighed for og dermed er fremkommet med alle relevante oplysninger under det tjenstlige forhør. Derfor bør et tjenstligt forhør kun helt undtagelsesvist kunne genoptages på den baggrund. I den sammenhæng vil det være naturligt, at forhørslederen tager i betragtning, hvor omfattende forhøret har været, hvor længe processen har strakt sig, hvor stor mængden af bilagsmateriale samt vidneafhøringer har været, og om der har været skriftveksling mellem parterne undervejs og efter forhøret – forhold, som i givet fald kan siges at have givet tjenestemanden rig mulighed for at varetage sine interesser undervejs i forhøret.

#### *Skriftlige indlæg*

Fremlæggelse af nyt bevismateriale skal ikke forveksles med den adgang, som tjenestemanden har i medfør af tjenestemandensregulativets § 19, stk. 4, til at afgive skriftlige indlæg også efter forhørets afslutning. Denne bestemmelse er rettet mod bisidderens adgang til at afgive skriftlige ”procesindlæg” på vegne af tjenestemanden. Det skal dog understreges, at lovgiver i forarbejderne ikke har forudsat, at der skulle gives parterne adgang til en egentlig procedure ved tjenstlige forhør<sup>30</sup>.

I praksis tillader nogle forhørsledere dog også forvaltningens repræsentant at afgive skriftlige ”procesindlæg” under forhøret, således at der sker en form for skriftveksling på linje med den, der finder sted ved de almindelige domstole. Omfanget af skriftlige indlæg fra

parterne bør afhænge af sagens omfang og kompleksitet<sup>31</sup>. Det skal understreges, at udvekslingen af skriftlige indlæg ikke må "misbruges" til at fremlægge nye oplysninger, som parterne som udgangspunkt må antages at have haft rig mulighed for at fremlægge undervejs i forhørsprocessen.

Det er vigtigt at holde fast i, at det tjenstlige forhør basalt set er en proces, hvor forvaltningen gør sin stilling klart gennem den skriftlige sagsfremstilling og fremlæggelse af yderligere bevismateriale, eventuelt vidneførsel, tjenestemanden forklarer sig gennem afhøring og eventuelle skriftlige indlæg, og forvaltningen i sidste ende på baggrund af forhørslederens beretning træffer en afgørelse.

#### *Bevisbedømmelsen*

Det er i teori og praksis antaget, at to betingelser skal være opfyldt, for at en tjenestemand kan ifalde et disciplinært ansvar. Der skal objektivt foreligge en tjenesteforseelse, og forholdet skal subjektivt kunne tilregnes tjenestemanden som forsætligt eller uagtsomt.

Bevisbedømmelsen i tjenstlige forhør er fri ligesom i straffesager og civile sager. I straffesager er beviskravet som bekendt højt. I civile sager er beviskravet normalt lavere – det kalder man almindelige bevisvurderingsregler. Spørgsmålet er, hvor på skalaen beviskravet i tjenstlige forhør ligger.

Som nævnt i forarbejderne til tjenestemandsløven er der tale om en administrativ proces. Der er tale om en intern undersøgelse af en ansat i et eksisterende ansættelsesforhold og ikke en vurdering af, hvorvidt der foreligger et strafferetligt skyldsspørgsmål. Forhøret har således på ingen måde karakter af en straffeprocessuel handling. Såfremt sagen rummer strafferetlige elementer, giver disciplinærreglerne udtrykkeligt tjenestemanden adgang til at få sagen behandlet ved de almindelige domstole som straffesag med de dertil knyttede særlige retsgarantier, herunder den skærpede bevisbyrde. Endvidere er det udtrykkeligt forudsat i forarbejderne, at forhørslederen ikke må agere anklager i det tjenstlige forhør. Endelig følger det klart af disciplinærreglerne, at en forhørsleder ikke skal "afgøre" en disciplinærsag, men alene skal kvalificere det grundlag, hvorpå kommunen kan træffe sin afgørelse om sanktion.

Samtlige disse forhold peger i retning af, at det kan

lægges til grund, at der i hvert fald ikke gælder et skærpet beviskrav som i straffesager, men at det som udgangspunkt er de almindelige bevisvurderingsregler, som gælder ved tjenstlige forhør.

I Skattesagskommissionens beretning fra september 2014 skulle undersøgelseskommissionen på tilsvarende vis som ved et tjenstligt forhør kvalificere et grundlag for at vurdere, om nogen kunne drages til ansvar i sagen. Sagen omhandlede bl.a. departementschefens rolle i forbindelse med SKAT Københavns behandling af forhenværende statsminister Helle Thorning-Schmidts og Stephen Kinnocks skatteforhold. Undersøgelseskommissionen beskæftigede sig også med spørgsmålet om bevisbedømmelsen i undersøgelsen og henviste i den forbindelse til, at *Skattefradragskommissionen* i sin beretning fra 2006<sup>32</sup> med følgende udtalelse kom frem til, at der gælder almindelige bevisvurderingsregler:

*"Kommissionen har derfor fundet kun at kunne lægge et forhold til grund som tilstrækkelig bevist, som kan være belastende for en enkeltperson, hvis det er væsentligt mere sandsynligt, at forholdet foreligger, end at det ikke foreligger."*

Det må antages, at en forhørsleder ud fra en tilsvarende bevisvurdering må vurdere, om der foreligger en tjenesteforseelse. Såfremt forhørslederen finder det nødvendigt at stille skærpede beviskrav, skal der være tale om helt særlige situationer, hvor forhørslederen finder at burde udvise særlig stor forsigtighed i sin vurdering.

På det kommunale område er det i en sag kommet til udtryk på den måde, at der ikke er tale om, at beviset skal være 100 % sikkert, men at kravet til bevisets sikkerhed øges, når det, som i det foreliggende tilfælde, af en arbejdsgiver først lang tid efter de påståede forseelsestidspunkter blev gjort gældende, at der var udvist tjenstlige forseelser, idet tjenestemændene så ville have svært ved at huske det passerede og give en præcis forklaring.

#### *Forhørslederens beretning og eventuelle indstilling*

Forhørslederen skal som afslutning på det tjenstlige forhør aflevere en beretning til kommunalbestyrelsen, jf. tjenestemandregulativets § 19, stk. 5. Beretningen vil være det grundlag, som kommunalbestyrelsen i givet fald skal anvende til at tildele tjenestemanden en disciplinær sanktion.

Kommunalbestyrelsen og/eller den forhandlingsberettigede organisation kan anmode forhørslederen om også at komme med en indstilling til sagens afgørelse. Reglen baserer sig på en tilsvarende bestemmelse i tjenestemandenslovens § 21, stk. 6, hvorefter det dog alene er ansættelsesmyndigheden, der har mulighed for at anmode om en indstilling<sup>33</sup>.

I kommunal praksis er det mere undtagelsen end hovedreglen, at kommunalbestyrelsen anmoder om en indstilling til disciplinærsagens afgørelse – bortset dog fra Københavns Kommune, hvor forvaltningen sædvanligvis beder forhørslederen om en indstilling i sagerne. De fleste kommuner ønsker at stå frit i deres vurdering af, hvilken sanktion det er passende at tildele tjenestemanden på baggrund af forhørslederens beretning. I ganske få sager kan der være behov for af principielle eller politiske grunde, at kommunen beder forhørslederen om en indstilling om sanktion, som kommunalbestyrelsen alt andet lige kan basere sin beslutning på. Mere almindeligt er det derimod, at den forhandlingsberettigede organisation anmoder om en indstilling. Er det tilfældet, kommer der en indstilling, uanset om kommunen ikke måtte finde behov for det. Det forhold, at kommunalbestyrelsen typisk ikke vil anmode forhørslederen om at afgive indstilling om sagens afgørelse, er ikke ensbetydende med, at kommunen ikke ønsker forhørslederens *kvalificering* af de faktiske omstændigheder i sagen.

Man kan sætte spørgsmålstegn ved, hvad en forhørsleders beretning skal indeholde, og om den skal indeholde det samme afhængig af, om der er anmodet om en indstilling om sanktion eller ej. Det fremgår ikke af tjenestemandensregulativets § 19, stk. 5, ej heller af den tilsvarende bestemmelse i tjenestemandenslovens § 19, stk. 6, hvad en beretning skal indeholde. Forhørslederens opgave er at beskrive de faktiske omstændigheder i sagen, herunder gengive vidneforklaringer fra forhørsprotokollen. Hvis der er anmodet om en indstilling om sanktion, skal forhørslederen naturligvis også i sin beretning foretage en retlig vurdering af, hvorvidt der på baggrund af de faktiske omstændigheder er begået en tjenesteforseelse af tjenestemanden, det vil sige, at forhørslederen skal *kvalificere* faktum. Men hvis der ikke er anmodet om en indstilling, er forhørslederen da alene forpligtet til at afdække faktum?

Niels Nørby Pedersen og Steen Ballegaard anfører i Det kommenterede tjenestemandensregulativ på side 178 om

forståelsen af regulativets § 19, stk. 5: *"Formålet med afviklingen af det tjenstlige forhør er at få belyst det hændelsesforløb, som af kommunen er vurderet til at være tjenstlige forseelser fra tjenestemandens side. Forhørslederen skal således afveje sagens faktiske omstændigheder, vurdere de fremkomne beviser og på den baggrund vurdere, om der foreligger tjenstlige forseelser, som kan tilregnes tjenestemanden.*

*Forhørslederen skal som afslutning på det tjenstlige forhør aflevere en beretning til kommunalbestyrelsen. Beretningen vil være det grundlag, som kommunalbestyrelsen i givet fald skal anvende til at tildele tjenestemanden en disciplinær sanktion.*

*Kommunalbestyrelsen og/eller den forhandlingsberettigede organisation kan imidlertid anmode forhørslederen om også at komme med en indstilling til sagens afgørelse. (...)"<sup>34</sup>*

Forfatterne lægger således til grund, at forhørslederens opgave også er at kvalificere faktum – vurdere om der foreligger tjenstlige forseelser. Forfatterne anfører videre, at der kan være "taktik" i, at man (i praksis tjenestemandens organisation, *min fremhævnning*) afventer beretningen for at se, hvilken vej vinden blæser, det vil sige, om forhørslederen kvalificerer faktum til at udgøre tjensteforseelser, inden man evt. anmoder om en indstilling.

I kommunal praksis fra tjenstlige forhør hersker der da heller ingen tvivl om, at formålet med det tjenstlige forhør og forhørslederens beretning er både at afdække de faktiske omstændigheder og at kvalificere faktum i forhold til, om der er begået tjensteforseelser – uanset om forhørslederen er blevet anmodet om en indstilling til sagens afgørelse eller ej. Dette afspejler forhørslederberetninger således også.

Spørgsmålet er, hvad der har været forudsat i tjenestemandensloven. Afgrænsningen mellem beretning og indstilling er kort berørt i forarbejderne til tjenestemandensloven af 1969 i forbindelse med spørgsmålet om tjenestemandens adgang til i medfør af den i 1964 gennemførte lov om partsoffentlighed at få udleveret forhørslederens beretning og eventuelle indstilling<sup>35</sup>. Man er dog ikke direkte inde på, hvad beretningen nærmere indeholder. I forarbejderne til de ældre lønnings- og pensionslove<sup>36</sup> gøres der flere steder bemærkninger om

"protokollen" over forhøret, som tjenestemanden har adgang til at få udleveret. Det bemærkes, at forhørslederens opgave alene er at søge sagen bedst muligt oplyst, og at det herefter er op til styrelsen at træffe afgørelse. Det tyder på, at det oprindeligt har været hensigten, at forhørslederen i sin beretning alene skulle afdække faktum men ikke vurdere, om der forelå tjenesteforseelser.

Bemærkningerne skal ses i sammenhæng med, at man på daværende tidspunkt, før partsoffentlighedsloven, diskuterede, hvor meget tjenestemanden skulle have adgang til at se af forhørslederens/styrelsens vurderinger af sagen, og hvilke rettigheder bisidderen skulle have, herunder ret til at udtale sig i sagen, inden endelig afgørelse blev truffet. Endvidere var det dengang styrelsens egne embedsmænd, der agerede forhørsleder, og udgangspunktet var formentlig, at embedsmanden alene skulle afdække faktum, og at styrelsen selv foretog den retlige vurdering med henblik på en afgørelse om sanktion. Forudsætningerne har væsentligt ændret sig. Forhørslederen er i dag en ekstern, juridisk uddannet person (en dommer), og staten har på samme måde som kommunerne lagt kvalificeringen af faktum fuldt og helt over til forhørslederen. Det kan således ikke antages at give nogen mening i en nutidig kontekst, hvis en forhørsleder efter at have afdækket faktum og vurderet de forskellige oplysningers validitet i en sag ikke også giver sin vurdering af, hvorvidt der er tale om en tjenesteforseelse. Det må være et af de væsentlige formål med at lade en dommer foretage den disciplinære undersøgelse.

Det er vigtigt at understrege, at forvaltningen ikke er juridisk bundet af forhørslederens indstilling om sanktion<sup>37</sup>. Forvaltningen er principielt heller ikke bundet af forhørslederens bevisvurdering. Valget af sanktion efter tjenestemandensregulativets § 22, stk. 1, er kommunens suverænt, og kommunen vil således principielt kunne træffe beslutning om at skærpe (eller lempe) forhørslederens indstilling, dersom den ikke er enig heri. Skønnet over sanktionsvalg skal naturligvis ske under iagttagelse af det almindelige forvaltningsretlige proportionalitetsprincip<sup>38</sup>.

I kommunal praksis anno 2015 er det typisk sanktionsformerne irettesættelse/advarsel henholdsvis afsked, der bringes i anvendelse. I langt de fleste kommunale tjenestemandssager, der kommer så langt som til en disciplinærsag, finder forvaltningen, at de tjeneste-

forseelser, som tjenestemanden vurderes at have gjort sig skyldig i, skal sanktioneres med afsked. Indstiller forhørslederen, at sanktionen skal være irettesættelse, er der et stort spænd derfra til en afsked. Her må det antages at være afgørende for forvaltningen i forhold til en eventuel skærpelse af sanktionen, om det er forhørslederens bedømmelse af tjenesteforseelsens alvorlighed eller forhørslederens vurdering af beviserne, som forvaltningen er uenig i. Er det et spørgsmål om bevisvurdering, vil forvaltningen – til trods for, at den ikke er bundet af forhørslederens indstilling, og som nævnt ej heller bevisbedømmelsen – som udgangspunkt være yderst tilbageholdende med at hæve sanktionen til en afskedigelse.

I nogle tilfælde vil afskedigelse her alligevel kunne komme på tale, men som en diskretionær afskedigelse (med aktuel egenpension). Dette var tilfældet i højesteretsdommen U1986.791H, som er nævnt i note 17 i forbindelse med spørgsmålet om procedurefordrejning, og som må betegnes som den ledende afgørelse på området. Her tildelte Søllerød kommune en tjenestemand en disciplinær advarsel på baggrund af afholdt tjenstligt forhør. I umiddelbar forlængelse heraf afskedigede kommunen tjenestemanden på diskretionært grundlag med begrundelsen samarbejdsvanskeligheder. Højesteret fandt, at der også før iværksættelse af disciplinærundersøgelsen havde været samarbejdsproblemer, og at det forhold, at kommunen havde gennemført en disciplinærundersøgelse, ikke medførte, at kommunen gav afkald på eller på anden måde havde afskåret sig fra at afskedige tjenestemanden med den anførte begrundelse.

#### *Udtaleret*

Må det antages, at sagen slutter med afsked (eller overførsel til andet arbejdssted, anden stilling eller degradering), skal der gives den forhandlingsberettigede organisation adgang til at udtale sig i sagen, forinden endelig afgørelse træffes, jf. tjenestemandensregulativets § 20, stk. 1. Hvis der foreligger en indstilling fra forhørslederen, som forvaltningen vælger at følge, vil det udgøre et tilstrækkeligt grundlag (sammen med selve forhørslederberetningen) for at foretage høring af organisationen. Det bemærkes, at tjenestemanden ikke har nogen selvstændig ret i medfør af regulativet til at udtale sig om sanktionen. Tjenestemandens retssikkerhed anses principielt for varetaget i forbindelse med dennes adgang til kontradiktion bl.a. gennem skriftlige indlæg under det tjenstlige forhør efter § 19, stk. 4<sup>39</sup>.

Når forvaltningen har truffet afgørelse om disciplinær sanktion, skal den ikke af egen drift gøre organisationen bekendt med afgørelsen, men kun i det tilfælde, hvor organisationen anmoder om det, jf. § 20, stk. 2. I praksis er tjenestemandens organisation som oftest involveret i disciplinærsagen fra start til slut og kender sagen til bunds.

#### 4. Domstolsprøvelse

Forvaltningens afgørelse om sanktionsvalg kan efterfølgende indbringes af den ansatte for domstolene, jf. Grundlovens § 63<sup>40</sup>. Domstolsprøvelsen vil først og fremmest være koncentreret om, hvorvidt betingelserne for at ikende en tjenestemand disciplinærstraf er opfyldt – har tjenestemanden begået en tjenesteforseelse, og kan den tilregnes ham som forsættelig eller uagtsom.

Det er almindeligt antaget i forvaltningsretlig litteratur<sup>41</sup>, at domstolene også kan efterprøve grundlaget, som afgørelsen hviler på, det vil sige forhørslederens konklusion og indstilling. Den relativt begrænsede retspraksis viser, at domstolene generelt i disse sager foretager en fuld prøvelse, det vil sige også mere eller mindre af det faktiske grundlag. Fra nyere tid foreligger der to sager – begge fra det kommunale område – som indikerer dette, dog, som følgende dom klart viser, med respekt for de oplysninger, som forhørslederen har tilvejebragt:

Østre Landsrets dom af 6. maj 2002 (B-2603-00) omhandlede en tjenstemandsansat ungdomsskoleleder i Københavns Kommune, som blev afskediget disciplinært efter afholdt tjenstligt forhør, hvor forhørslederen fandt, at tjenestemanden havde gjort sig skyldig i en alvorlig tjenesteforseelse og derfor indstillede vedkommende til afsked. Ungdomsskolelederen fandtes i betydeligt omfang at have anvendt sin arbejdstid til privat virksomhed og at have prioriteret dette arbejde på bekostning af opgaverne som distriktsleder i ungdomsskolen. Tjenestemanden anlagde sag ved de almindelige domstole med krav om en godtgørelse på 500.000 kr. samt aktuel egenpension.

Retten optog supplerende parts- og vidneforklaringer og afhørte derudover både tjenstemandens bisidder og forhørslederen. Baggrunden for afhøringen af bisidderen var, at bisidderen efter forhøret over for sagsøgte, kommunen, havde gjort opmærksom på, at han under forhøret havde fået det indtryk, at forhørslederen ikke ville tillægge det betydning, hvis der blot en gang imellem blev

arbejdet privat i arbejdstiden. Dette tvivsspørgsmål fik såvel bisidderen som forhørslederen lejlighed til at udtale sig om over for retten. Endvidere redegjorde forhørslederen over for retten for sin indstilling til kommunen og baggrunden herfor, herunder hans vurdering af vidnernes forklaringer.

Landsretten udtalte: *"Landsrettens efterprøvelse af sagsøgtes afgørelse ikke er begrænset af den omstændighed, at afgørelsen er baseret på de oplysninger, som forhørslederen har tilvejebragt, og på den vurdering, som forhørslederen har foretaget. Dette gælder såvel med hensyn til vurderingen af, om sagsøgtes (...) kritikpunkt er bevist, som med hensyn til valget af disciplinær sanktion"*. Landsretten kom herefter frem til, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte kommunens skøn og frifandt kommunen.

Højesteretsdommen U 2004.845 omhandlede en tjenstemandsansat tandlæge, som var leder af en filial af tandplejen i daværende Ejby Kommune, og som var langtidssygemeldt. Tandlægen blev under sin sygeperiode afskediget disciplinært efter gennemførelse af tjenstligt forhør, hvor forhørslederen konkluderede, at tjenestemanden i perioden efter sin sygemelding havde gjort sig skyldig i en række tjenesteforseelser, der såvel hver for sig som samlet betragtedes som alvorlige forseelser. Forseelserne bestod i ikke rettidigt at have fremsendt en speciallægeerklæring til kommunen om varigheden af uarbejdsdygtigheden, ikke over for kommunen at have givet oplysninger om sin bibeskæftigelse med kranio-sakralbehandlinger, at have fortsat disse behandlinger over for en patient i strid med et udstedt forbud og endelig at have arbejdet med bibeskæftigelsen under sygemeldingen.

Landsretten foretog en fuld prøvelse af det faktiske og det retlige grundlag for kommunens afskedigelse – og suspension - af tjenestemanden, hvori resultatet af det tjenstlige forhør (forhørslederens beretning og indstilling) havde udgjort en væsentlig del af grundlaget. Landsretten kom således frem til, at kommunens afskedigelse af tjenestemanden var uberettiget. Højesteret tiltrådte landsrettens afgørelse, dog med dissens fra to dommere, som udtalte, at tjenestemandens undladelse af at oplyse kommunen tilstrækkeligt om sin bibeskæftigelse udgjorde en tjenesteforseelse af en sådan grovhed, at suspension og afskedigelse med opsat pension efter disse to

dissenterende dommers opfattelse var berettiget. Tandlægen fik således tilkendt aktuel egenpension samt tilbagebetaling af tilbageholdt løn under suspensionen.

Man kan diskutere, om det er nødvendigt, at retten foretager så intensiv en prøvelse, at der i realiteten er tale om en fuldstændig ny behandling af sagen. Et tjenstligt forhør er en lovgivnings-/regelbaseret, uvildig proces, som typisk bygger på en meget grundig og omfattende sagsoplysning – i mange tilfælde grundigere end ved de almindelige domstole, som ressourcemæssigt ikke råder over den samme mængde tid. Der optages som regel omfattende parts- og vidneforklaringer, som ofte tilvejebringes i snæver tidsmæssig tilknytning til de begivenheder og forhold, der udgjorde afskedigelsesgrundlaget. Forhøret ledes af en dommer, og i mange tilfælde er det en advokat, som er bisidder for tjenestemanden. Det vil sige, at tjenestemanden gennemgår en meget grundig proces, som retssikkerhedsmæssigt på mange punkter minder om en domstolsproces.

Udregives faktum/forhørslederens beretning endnu en gang ved domstolsbehandlingen en intensiv prøvelse, er der reelt tale om, at tjenestemanden gives adgang til en dobbeltprøvelse af dennes sag. Dermed stilles tjenestemænd bedre end andre ansatte (overenskomstansatte mv.), som ikke har adgang til den samme form for dobbeltprøvelse i forbindelse med afsked. En overenskomstansat har adgang til at få sin sag prøvet ved et afskedigelsesnævn hjemlet i den pågældende overenskomst. Denne afgørelse er endelig. Andre ansatte og overenskomstansatte, der ikke er medlem af en organisation, har mulighed for at få deres sag prøvet ved de almindelige domstole. Det har aldrig været hensigten med de disciplinære tjenstemandsregler, at tjenestemænd skulle have en bedre retsstilling end andre ansatte i forhold til prøvelsen af en afskedssag.

Der er endvidere et procesøkonomisk aspekt i problematikken om dobbeltprøvelse, idet ansættelsesmyndigheden meget nemt risikerer at blive belastet uforholdsmæssigt mere af sagsomkostninger i forhold til tjenestemænd end til andre ansatte.

Endelig er risikoen ved en så intensiv domstolsprøvelse, at forhørslederberetningerne reelt ikke kan bruges til det, de er tænkt som; et administrativt retligt og ved en dommer kvalificeret grundlag for forvaltningen til at kunne træffe en

forvaltningsafgørelse, idet forhørslederen kan tænkes at ville være tilbageholdende med at foretage en bevisvurdering og eventuel indstilling til skade for tjenestemanden.

Domstolene bør efter min opfattelse som udgangspunkt vise tilbageholdenhed med at efterprøve det *faktum*, som én gang er tilvejebragt og lagt til grund af forhørslederen under det tjenstlige forhør. Der bør være meget tungtvejende grunde til at gøre det alligevel. Når det kommer til forhørslederens *bevisbedømmelse*, som er en del af forhørslederberetningens konklusion, må det derimod antages, at det vil være mere berettiget, at domstolene efterprøver denne.

## 5. Afslutning

Afvikling af tjenstlige forhør i tjenstemandsager er et "nicheområde". Der er relativt få sager; men når de opstår, kan de, som den seneste tids sager har vist især inden for statens område, være af betydeligt omfang og kræve mange ressourcer. Hvad der oprindeligt fra lovgivers side (og i en helt anden tid) var tænkt som en enkel og relativ hurtig administrativ kortlægning af et givent disciplinært forhold, har i dag udviklet sig i retning af en i mange tilfælde langstrakt og noget tungere proces, som tager form som en domstolsproces. Det er vigtigt at holde fast i, at det tjenstlige forhør er en proces, der skal tjene til forvaltningens afklaring af dens stilling i disciplinærsagen således at forvaltningen på baggrund af forhørslederens beretning kan træffe en afgørelse.

Mange af principperne fra den almindelige retspleje finder i nogen grad anvendelse i forbindelse med tjenstlige forhør – såsom principperne om kontradiktion, bevisførelse og bevisbedømmelse. Forhørslederens rolle er dog helt særegen og kan ikke uden videre sammenlignes med en dommers. Forhørslederen skal være langt mere styrende og initiativtagende i forhold til at søge sagen oplyst i tjenstlige forhør. Forhørslederens opgave er både at afdække faktum og at vurdere, hvorvidt der er tale om en tjensteforseelse. Endvidere kan forhørslederen blive anmodet om at afgive en indstilling om sagens afgørelse. Forvaltningens afgørelse om sanktion kan efterprøves ved de almindelige domstole. Retspraksis viser, at domstolene som udgangspunkt foretager fuld prøvelse, herunder også af forhørslederens beretning.

På det kommunale område opleves ligesom på statens

område en stor forskellighed i afviklingen af tjenstlige forhør, hvilket regelsættet også giver mulighed for. På statens område har man tidligere inden for de store etater haft egne auditørfunktioner. Inden for forsvaret har man eget auditørkorps. Enkelte ansættelsesmyndigheder inden for staten benytter sig af faste forhørsledere. Københavns Kommune har fastholdt en ordning med fast forhørsleder. Dermed har man opbygget erfaring og ensartethed i måden at gennemføre processen på, foruden at sagsbehandlingstiden for et tjenstligt forhør alt andet lige kortes væsentligt ned.

På overenskomstområdet er der med hjemmel i arbejdsretsloven udarbejdet en opmandsliste med en række dommere og andre, som fast fungerer som opmænd i faglige voldgifter. Listen er udarbejdet efter forslag fra de organisationer og myndigheder på det danske arbejdsmarked, der afgiver indstilling til

beskæftigelsesministeren om beskikkelse af faglige dommere til Arbejdsretten, af de ordinære dommere i samarbejde med rettens formandskab. På samme måde kunne man overveje på det offentlige område at udarbejde en forhørslederliste til tjenstlige forhør i tjenstemandsager. Det er min opfattelse, at brugen af et fast forhørslederkorps vil skabe en større ensartethed og smidighed i gennemførelsen af tjenstlige forhør og ikke mindst være en betydelig tidsmæssig gevinst.

Initiativet skal komme fra de offentlige arbejdsgiverorganisationer, som i princippet suverænt vil kunne stå for udvælgelsen af dommere i samarbejde med landsretterne. Det ville dog være naturligt at forelægge en sådan forhørslederliste for de relevante arbejdstagerorganisationer. En sådan ordning vil formentlig indebære ændringer af teknisk karakter af det kommunale tjenstemandsregulativs kap. 4.

#### Referencer:

- Niels Nørby Pedersen og Steen Ballegaard, Det kommenterede tjenstemandsregulativ, 1. udg., 2011  
Gammeltoft Hansen mfl., Forvaltningsret, 2. udg., 2002  
Jørgen Mathiassen, Forvaltningspersonellet, 2. udg., 2000  
Karsten Revsbech, Forvaltningspersonalet, 3. udg., 2012  
Juristen nr. 5/2010 - Lene Damkjær Christensen og Niels Banke, Tjenstlige forhør i tjenstemandsager status 2010.

---

<sup>1</sup> Omkring 1995 ophørte kommunerne med at ansætte tjenstemænd. Der ansættes dog stadig i meget begrænset omfang tjenstemænd, fx på skolelederområdet.  
<sup>2</sup> Oplysninger pr. marts 2015 fra SIRKA, Kommunernes og Regionernes Løndatakontor (KRL).  
<sup>3</sup> Oplysninger pr. 2. kvartal 2015 fra Finansministeriets forhandlingsdatabase. Det fulde antal ansatte tjenstemænd i staten pr. 2. kvartal 2015 kendes ved artiklens indlevering ikke, men pr. 1. kvartal 2015 var det 32.719.  
<sup>4</sup> En tilsvarende praksis er tilfældet på statens område. Dette fremgår af Lene Damkjær Christensens og Niels Bankes artikel i Juristen nr. 5/2010 - Tjenstlige forhør i tjenstemandsager - status 2010.  
<sup>5</sup> Regulativet er ændret en række gange siden 1970, hvor det første kommunale tjenstemandsregulativ blev skrevet på baggrund af den overordnede reform af tjenstemandsområdet og sammenskrivningen af tjenstemandslovene til én tjenstemandslov af 1. juli 1969. De tidligere FKKA-kommuner (kommuner i Københavns Amt samt Birkerød, Farum og Hørsholm kommuner i Frederiksborg Amt) fulgte frem til 1991 Tjenstemandsvedtægten af 1970. I forbindelse

med sammenlægningen af FKKA og KL i 1990 blev Tjenstemandsvedtægten af 1970 og Tjenstemandsregulativet af 1986 for kommuner uden for hovedstadsområdet skrevet sammen.

<sup>6</sup> Se endvidere KL's vejledning "Vedrørende fremgangsmåden ved behandling af sager om tjenstlig forseelse og om anvendelse af disciplinærmidler over for tjenstemænd, jf. kap. 4 i tjenstemandsregulativet".  
<sup>7</sup> Der er nogle enkelte forskelle i forbindelse med vidneførelse under det tjenstlige forhør, se Niels Nørby Pedersen og Steen Ballegaard, Det kommenterede tjenstemandsregulativ, 1. udg., 2011, s. 176-177.  
<sup>8</sup> Jf. kommunestyrelseslovens § 67.  
<sup>9</sup> Niels Nørby Pedersen og Steen Ballegaard, Det kommenterede tjenstemandsregulativ, 1. udg., 2011, s. 42-49.  
<sup>10</sup> Jf. kap. 4 i tjenstemandsloven.  
<sup>11</sup> Se nærmere Niels Nørby Pedersen og Steen Ballegaard, s. 86.  
<sup>12</sup> Grundlaget kan også være en indberetning fra Rigsadvokaten om en straffedom, jf. Justitsministeriets cirkulære nr. 64 af 29.

- juli 2005 om indberetning om straffesager mod offentligt ansatte samt indberetning om straffesager vedr. seksuelt misbrug af børn mv. begået af personer, der er ansat eller beskæftiget med børn med tilhørende ændringscirkulære nr. 81 af 5. oktober 2005.
- <sup>13</sup> Se nærmere Karsten Revsbech, Forvaltningspersonalet, 3. udg., 2012, s. 103, Jørgen Mathiassen, Forvaltningspersonellet, 2. udg., 2000, s. 209 samt FOB 1991.207 og FOB 1993.144.
- <sup>14</sup> Forholdene omkring disciplinærsager med strafferetligt indhold er yderligere behandlet af Damkjær Christensen og Banke i Juristen nr. 5/2010. Se endvidere om processen Niels Nørby Pedersen og Steen Ballegaard, "Det kommenterede tjenestemandregulativ", 1. udg., 2011, s. 163-165.
- <sup>15</sup> Se dog U2007.1764H.
- <sup>16</sup> Se nærmere om suspension, herunder efterbetaling, Niels Nørby Pedersen og Steen Ballegaard, Det kommenterede tjenestemandregulativ, 1. udg., 2011, s. 147-156.
- <sup>17</sup> Se bl.a. Jørgen Mathiassen, Forvaltningspersonellet, 2. udg., 2000, s. 228, samt FOB 1996.347.
- <sup>18</sup> Se den ledende højesteretsdom U1986.791H samt bl.a. U1993.434V og Vestre Landsrets dom af 5. marts 2002 (B-0946-01).
- <sup>19</sup> Se Niels Nørby Pedersen og Steen Ballegaard, Det kommenterede tjenestemandregulativ, 1. udg., 2011, s. 217ff.
- <sup>20</sup> Jf. bilag 6 til Tjenestemandregulativ af 2008 Opretholdt bestemmelser fra vedtægt for Københavns Kommunes tjenestemænd § 20, stk. 2.
- <sup>21</sup> Se Damkjær Christensen og Banke i Juristen nr. 5/2010.
- <sup>22</sup> De fysiske rammer, hvorunder tjenstligt forhør afvikles i kommunerne kan være forskellige fra kommune til kommune. Da det er kommunen, der råder over sagen, kan kommunen vælge, hvor forhøret skal holdes, herunder om kommunen skal anmode den pågældende forhørsleder om at låne rettens lokaler.
- <sup>23</sup> På forsvarsministeriets område findes disciplinarloven for militært personel, som på nogle punkter har samme indhold som disciplinærreglerne i det kommunale tjenestemandregulativ og tjenestemandloven. Indtil 1. januar 2014 havde Transportministeriet egen auditørfunktion. Tidligere havde de store etater som statsbanerne og postvæsenet egne auditørfunktioner.
- <sup>24</sup> Jf. betænkning nr. 483/1969 afgivet af Tjenestemandskommissionen af 1965 (1. del), s. 31 om disciplinærregler. I nogle af de første Lønningskommissioner, jf. betænkning afgivet i 1929, sammenlignede man det tjenstlige forhør med det dagældende forundersøgelsessystem i straffesager efter retsplejeloven. Bemærkningerne blev gjort i forbindelse med overvejelser om bisidderens rolle.
- <sup>25</sup> Jf. retsplejelovens §§ 338 og 344.
- <sup>26</sup> Jf. B. Gomard og M. Kistrup, Civilprocessen, 7. udg., 2013, s. 26-30.
- <sup>27</sup> Jf. Lov nr. 357 af 2. juni 1999.
- <sup>28</sup> Jf. FOB 1994.365, hvortil der er henvist i Damkjær Christensens og Bankes artikel i Juristen 5/2010. Forfatterne indtager det synspunkt, at genoptagelse formentlig kun vil være påkrævet, hvis ansættelsesmyndigheden ønsker at bringe de strenge sanktionsbestemmelser i anvendelse. Ellers vil en parthøring om nye oplysninger være tilstrækkelig. Se endvidere Karsten Revsbech, Forvaltningspersonalet, 3. udg., s.106-107, Jørgen Mathiassen, Forvaltningspersonellet, 2. udg., 2000, s. 214, samt FOB 1984.92.
- <sup>29</sup> Om vidneforklaring og vidneansvar i tjenstlige forhør, se Niels Nørby Pedersen og Steen Ballegaard, Det kommenterede tjenestemandregulativ, 1. udg., 2011, s. 176-177.
- <sup>30</sup> Se forarbejderne til de ældre lønnings- og pensionslove, 2. betænkning fra Lønningskommissionen af 1943, s. 32.
- <sup>31</sup> Se også Niels Nørby Pedersen og Steen Ballegaard, Det kommenterede tjenestemandregulativ, 1. udg., 2011, s. 178.
- <sup>32</sup> Beretning af 16. juni 2006, del 1, s. 64.
- <sup>33</sup> Se Damkjær Christensen og Banke i Juristen nr. 5/2010 om praksis på statens område.
- <sup>34</sup> Jf. også Jørgen Mathiassen, Forvaltningspersonellet, 2. udg., 2000, s. 213.
- <sup>35</sup> Se betænkning nr. 483/1969 afgivet af Tjenestemandskommissionen af 1965 (1. del), s. 124.
- <sup>36</sup> Se Lønningskommissionens betænkninger af 1917, 1929, 1943 og 1954.
- <sup>37</sup> Jf. betænkning nr. 483/1969 afgivet af Tjenestemandskommissionen af 1965 (1. del), s. 208-209 om forhørslederens indstilling samt Jørgen Mathiassen, Forvaltningspersonellet, 2. udg., 2000, s. 214.
- <sup>38</sup> Jf. bl.a. U1969.693H.
- <sup>39</sup> Se yderligere Niels Nørby Pedersen og Steen Ballegaard, Det kommenterede tjenestemandregulativ, 1. udg., 2011, s. 186.
- <sup>40</sup> Disciplinære afgørelser er også omfattet af de kommunale tilsynsmyndigheders kompetence, og når rekurs er udnyttet, kan afgørelserne prøves af Folketingets Ombudsmand.
- <sup>41</sup> Jf. bl.a. Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2. udg., 2002, s. 846 ff samt Jørgen Mathiassen, Forvaltningspersonellet, 2. udg., 2000, s. 218 ff.

## Er markedsføringslovens § 1 uden relevans i ansættelsesforhold?

FINN SCHWARZ  
ADVOKAT (H)



Højesteret har i dommen U2012.1215H anført, at markedsføringslovens § 1, ikke kan anvendes i relation til ansatte, således at denne gruppe ikke *selvstændigt* kan overtræde bestemmelsen. I denne artikel drøftes konsekvenserne af højesterets dom nærmere, og artiklen afsluttes med et konkret forslag til en ny bestemmelse.

### Lidt om markedsføringslovens § 1

Markedsføringslovens (MFL) § 1 fastslår, at erhvervsdrivende omfattet af markedsføringsloven *skal udvise god markedsføringsskik*.

Et hurtigt vue henover de sidste 25 års retspraksis i relation til anvendelse af MFL § 1 i forhold til "ansættelsesforhold", viser først og fremmest, at bestemmelsen ofte anvendes i sammenhæng med samme lovs § 19 om beskyttelse af uberettiget anvendelse af *erhvervshemmeligheder*.<sup>1</sup>

Da denne sammenhæng ligger uden for emnet for denne artikel, skal der (navnlig) fokuseres på sager, hvor MFL § 1 er anvendt som begrundelse for en domfældelse.

Den foreliggende praksis kan helt overordnet deles op i følgende situationer:

1. Situationer, hvor en ny arbejdsgiver gør brug af bistand fra en kommende medarbejder, og hvor denne medarbejder hermed overskrider sin loyalitetsforpligtelse over for sin nuværende arbejdsgiver.<sup>2</sup> Bistanden kan omfatte medvirken til en konkurrencefordel over for en kunde<sup>3</sup>, sikring af at en række medarbejdere overgår til den nye virksomhed med tilhørende relevante kontakter<sup>4</sup>. Det er et krav, at der skal være tale om en illoyalitet, som *faktisk* har resulteret i, at fx en kunde flyttes<sup>5</sup>.
2. Situationer, hvor en tidligere ansat etablerer egen virksomhed og retter (illoyal) henvendelse til den tidligere arbejdsgivers kunder<sup>6</sup> eller etablerer ny virksomhed *på ryggen af anden virksomhed*, fx ved at lave "nærgående efterligninger"<sup>7</sup>.
3. Medarbejderes "kollektive" opsigelser med henblik på ansættelse hos en konkurrent. Det må dog kræves, at opsigelserne sker efter en *fælles* aftale, og at der er "*særlige omstændigheder*" fx anvendelse af forretningshemmeligheder eller særlig knowhow eller specialviden om kunde-forhold vedrørende den tidligere arbejdsgiver<sup>8</sup>.

4. "Nedgøring" af en tidligere arbejdsgiver med henblik på fx at påvirke kunder til overgang til ny arbejdsgiver<sup>9</sup>.
5. Bevidst medvirken til en overtrædelse af en konkurrenceklausul med henblik på at den konkurrencebegrænsede kunne gavne den nye virksomheds produktion<sup>10</sup>.

Retspraksis om MFL § 1 (alene) synes ikke overvældende omfattende. Om dette skyldes ukendskab til bestemmelsens rækkevidde, herunder en ofte gentaget myte om bestemmelsens manglende "virkning" er vanskeligt at afgøre.

Som det ligeledes fremgår af retspraksis, er det sjældent, at sager om MFL §1 "når" Højesteret, der er U2012.1215 H interessant, idet dommen indeholder spændende fortolkningsbidrag til forståelsen af bestemmelsen.

#### Bistand til ny arbejdsgiver - U2012.1215H

U2012.1215H omhandler en klassisk situation (pkt. 1 ovenfor), hvor en arbejdstager opsig sin stilling med henblik på at tage ansættelse hos konkurrenten.

I opsigelsesperioden - i en sygeperiode – hjalp den opsigende arbejdstager sin (kommende) nye arbejdsgiver med at udarbejde et tilbud, som angik én af den hidtidige arbejdsgivers kunder. Efterfølgende skiftede kunden over til arbejdstagerens nye arbejdsgiver.

Det fandtes bevist, at den opsigende arbejdstageren aktivt havde hjulpet til ved tilbuddets udformning, men at arbejdstageren ikke havde videregivet erhvervshemmeligheder (MFL § 19) til den nye (kommende) arbejdsgiver.

Højesteret dømte den nye arbejdsgiver og den opsigende arbejdstager solidarisk erstatningsansvarlige med følgende begrundelse:

*[Den nye arbejdsgiver] gjorde i forbindelse med tilbudsafgivelsen til og forhandlingerne med [kunden] brug af den beskrevne bistand fra [arbejdstageren], selv om [den nye arbejdsgiver] må have indset, at [arbejdstageren] tilsidesatte sine forpligtelser over for [sin arbejdsgiver]. Højesteret finder, at [den nye arbejdsgiver] derved har overtrådt markedsføringslovens § 1. ...*

*[Arbejdstageren] var i januar 2005 ansat og ikke erhvervsdrivende og kan derfor ikke anses for selvstændigt at have overtrådt markedsføringslovens § 1. Spørgsmålet om, hvorvidt en ansat efter omstændighederne ifalder erstatningsansvar for medvirken til overtrædelse af markedsføringslovens § 1, opstår ikke i denne sag, allerede fordi [den nye arbejdsgivers] overtrædelse beror på selskabets udnyttelse af [arbejdstagerens] tilsidesættelse af sine ansættelsesretlige forpligtelser over for [arbejdstageren], der som anført i sig selv er ansvarspådragende for [arbejdstageren].*

Dommen er således – i relation til arbejdstageren – et eksempel på, (1) at loyalitetsforpligtelsen i et ansættelsesforhold er en omfattende forpligtelse til på ingen måde at udsætte sin arbejdsgiver for konkurrence (eller risiko for konkurrence)<sup>11</sup> og (2) at denne loyalitetsforpligtelse er gældende til og med udløbet af en opsigelsesperiode<sup>12</sup> – medmindre der naturligvis er indgået en konkret aftale om det modsatte.

Dommen er tillige et eksempel på, at overvejelser vedrørende anvendelse af MFL § 1 ofte først vil være relevant i situationer, som beskrevet nedenfor, hvor arbejdstageren har handlet illoyalt i forhold til den tidligere arbejdsgiveren efter ansættelsesforholdets ophør.

Med Højesterets understregning af, at den konkrete medarbejder var *ansat* og ikke *erhvervsdrivende*, må det endvidere lægges til grund, at MFL § 1, ligeledes ikke kan finde anvendelse for en direktør i én med U2012.1215H sammenlignelig situation, dvs. hvor den tidligere direktør bliver ansat i en ny virksomhed – se dog nedenfor<sup>13, 14</sup>.

#### Stiftelse af egen konkurrerende virksomhed

Mens Højesteret med U2012.1215H fastslår, at en ansat, der ikke er erhvervsdrivende, ikke selvstændigt kan overtræde MFL § 1, er det derimod klart, at MFL § 1 tillige finder anvendelse, såfremt den tidligere ansatte etablerer selvstændig virksomhed enten i selskabsform eller i form af personligt drevet virksomhed – og foretager handlinger i strid med *god markedsføringssskik* (pkt. 2 ovenfor).

Begrebet erhvervsdrivende i MFL § 1 skal efter forarbejderne og praksis forstås bredt og dækker såvel juridiske som fysiske personer, der foretager handlinger i erhvervsøjemed.<sup>15</sup>

Retspraksis<sup>16</sup> har taget stilling til, hvorvidt en ansat selvstændigt overtræder MFL § 1, hvis denne under sin ansættelse – eventuelt i en opsigelsesperiode – foretager handlinger i strid med *god markedsføringsskik* med henblik på opstart af selvstændig virksomhed. Det udgør en selvstændig overtrædelse - men uanset dette synes loyalitetspligten på tilstrækkelig måde at værne arbejdsgiverens interesser, hvorfor markedsføringslovsproblematikken nok ikke er relevant.

Tilknytning til en konkurrent - medindehaver, selvstændig konsulent e.lign.

I de situationer, hvor arbejdstageren ophører med ansættelse hos en arbejdsgiver og herefter bliver tilknyttet en konkurrerende virksomhed, som medindehaver, selvstændig konsulent, leverandør, agent el. lign., dvs. ikke indgår i et egentlig ansættelsesforhold hos den konkurrerende virksomhed, men reelt – både faktisk og retligt - optræder som selvstændig, vil "arbejdstageren" blive omfattet af MFL § 1's forbud mod handlinger i strid med *god markedsføringsskik*.

Ansæt i ny virksomhed og overtrædelse af MFL § 1

Hvis en medarbejder under sin ansættelse i en ny virksomhed foretager handlinger i strid med *god markedsføringsskik* på vegne den nye virksomhed, er det i første omgang spørgsmålet om medarbejderen (selvstændigt) overtræder MFL §1, og – såfremt dette ikke er tilfældet – om der kan statueres et erstatningsansvar som følge af medarbejderens *medvirken* til overtrædelsen af MFL § 1.

I relation til spørgsmålet om, hvorvidt en medarbejder selvstændigt kan overtræde MFL § 1 ved på vegne den nye virksomhed at foretage handlinger i strid med *god markedsføringsskik*, må Højesterets sondring i U2012.1215H mellem *ansat* og *erhvervsdrivende* som altovervejende udgangspunkt medføre, at en (almindelig) ansat ikke selvstændigt kan overtræde MFL § 1.

I det omfang medarbejderens personlige indflydelse og kontrol over den ansættende virksomhed afgørende adskiller sig fra en "normal" ansat, kan meget tale for, at den pågældende selvstændigt kan overtræde MFL §1.<sup>17</sup> Dette er dog uafklaret i retspraksis.

Hvis fx en administrerende direktør sammen med virksomhedens nye salgsdirektør tilrettelægger en salgskampagne mod salgsdirektørens tidligere

virksomheds agenturer i strid med god markedsføringsskik, synes det kunstigt, hvis alene virksomheden kan gøres erstatningsansvarlig for en overtrædelse af MFL § 1 og ikke de faktiske og reelle beslutningstagere – den administrerende direktør og salgsdirektøren.

Højesteret åbner i U2012.1215H op for et "medvirkensansvar" for ansatte, idet Højesteret anfører: *Spørgsmålet om, hvorvidt en ansat efter omstændighederne ifalder erstatningsansvar for medvirken til overtrædelse af markedsføringslovens § 1, opstår ikke i denne sag...*

Det er evident, at et sådant medvirkensansvar vil overflødiggøre diskussionen om, hvorvidt faktiske og reelle beslutningstagere kan ifalde et selvstændigt ansvar for overtrædelse af MFL § 1.

Af betydning for et sådant medvirkensansvar kan der peges på følgende:

Et medvirkensansvar for en ansat må kræve, at den ansatte har særlig *kundskab* om eller *tilhørsforhold* til de forhold, som anvendes af den nye virksomhed i relation til illoyalitet over for en konkurrerende virksomhed. Denne kundskab eller tilhørsforholdet skal typisk være opstået på *baggrund af et ansættelsesforhold*.

Den ansattes kundskab må *aktivt have haft betydning* for den nye virksomheds tilsidesættelse af markedsføringslovens § 1, hvilket typisk må være ensbetydende med et krav om, at den ansatte har udvist en særlig aktivitet – egne handlinger – i forbindelse med virksomhedens overtrædelse af MFL §1.

Endelig må det antages, at den udviste uagtsomhed fra den ansattes side mindst må kunne karakteriseres som (meget) grov. Denne antagelse hænger tillige sammen med de begrænsninger, der findes i erstatningsansvarsloven vedrørende ansattes erstatningsansvar.<sup>18</sup>

Med udgangspunkt i U2012.1215H's faktum (ændret), kunne medvirkensansvaret drøftes, såfremt den pågældende ophørende ansatte, ikke i opsigelsesperioden havde handlet i strid med loyalitetspligten, men havde afventet opsigelsesperiodens udløb, og derefter udarbejdet tilbud, som angik alle den tidligere arbejdsgivers kunder uden herved at have videregivet erhvervshemmeligheder til den nye arbejdsgiver. Såfremt

der konkret foreligger en overtrædelse af MFL § 1 fra den nye arbejdsgivers side overfor den ansattes tidligere arbejdsgiver, taler meget for, at der tillige vil være et medvirkensansvar for medarbejderen.

Dette er dog, som anført, uafklaret i retspraksis.

### Behov for en fremtidig regulering?

Overskriften på denne artikel er en "teaser" – for at bruge et moderne udtryk.

Uanset at retspraksis vedrørende MFL § 1 er begrænset, viser den dog, at MFL § 1 er en relevant begrænsning for "markedsføringskrænkelser" – også krænkelser, som ikke alene knytter sig til MFL § 19, om erhvervshemmeligheder.

Markedsføringsloven og (formentlig) også reglerne om ansættelsesklausuler er under ændring, og måske burde det give anledning til, at der enten i markedsføringsloven eller i en kommende lov om ansættelsesklausuler indgår en "skræddersyet" bestemmelse om ansattes "markedsføringskrænkelser".

Jeg har forsøgt mig med en ændring og præcisering af den nuværende MFL § 19 og tilføjet (stk. 5 og 6) en bestemmelse om handlinger i strid med god markedsføringsskik:

#### *Forslag til bestemmelse om erhvervshemmeligheder og god markedsføringsskik*

*Stk. 1. Den, der er ansat i en virksomhed må ikke på utilbørlig måde skaffe sig eller forsøge at skaffe sig kendskab til eller rådighed over virksomhedens erhvervshemmeligheder (forretnings- og driftshemmeligheder), herunder tekniske tegninger, beskrivelser, opskrifter, modeller el.lign..*

*Stk. 2. Har den pågældende fået kendskab til eller fået rådighed over virksomhedens erhvervshemmeligheder, herunder tekniske tegninger, beskrivelser, opskrifter, modeller el.lign., må den pågældende ikke ubeføjet viderebringe disse med henblik på andres benyttelse eller egen benyttelse heraf.*

*Stk. 3. Forbuddet er gældende, så længe virksomhedens erhvervshemmelighed udgør en erhvervshemmelighed.*

*Stk. 4. Ingen må ubeføjet udnytte en erhvervshemmelighed, såfremt kendskab til eller rådighed over den er opnået i strid med de ovenfor nævnte bestemmelser.*

*Stk. 5. Den, der er ansat i en virksomhed, må ikke under, i forbindelse med ophøret af sin ansættelse eller efter sin ansættelse i virksomheden, selv eller i fællesskab med andre foretage utilbørlige handlinger, der strider mod god markedsføringsskik eller medvirke til andres overtrædelse af god markedsføringsskik i forhold til virksomheden.*

*Stk. 6. Ingen må udnytte en ansats utilbørlige handlinger, der strider mod god markedsføringsskik, jf. stk. 5, såfremt den pågældende har kendskab til, at der foreligger utilbørlige handlinger, der strider mod god markedsføringsskik.*

*Stk. 7. Overtrædelse af stik 1-4 kan straffes ...*

Som det fremgår af forslaget, er stk. 1, 2 og 4 en omskrivning af den gældende MFL § 19, mens det i stk. 3 er præciseret, at det indeholdte forbud er gældende, så længe virksomhedens erhvervshemmelighed udgør en erhvervshemmeligheder.

Herved skabes der klarhed over en typisk misforståelse, der knytter til straffebestemmelsen til den nugældende MFL § 19, der indeholder en tidsmæssig begrænsning på 3 år – hvilket misforstås til også skulle gælde den civilretlige beskyttelse. Med præciseringen i stk. 3 og med tilføjelsen i stk. 7, kunne der opnås samme tidsmæssige begrænsning for den civil- og strafferetlige beskyttelse.<sup>19</sup>

Stk. 5 og 6 angår handlinger i strid med god markedsføringsskik, og er således "ansattes" pendant til den nuværende MFL § 1.

De forslåede bestemmelser indeholder en udvidelse (eller præcisering) i forhold til den nuværende retstilstand, således at ansatte ikke under, i forbindelse med ophøret af sin ansættelse eller efter sin ansættelse må foretage utilbørlige handlinger, der strider mod god markedsføringsskik eller medvirke til andres overtrædelse af god markedsføringsskik.

En ansat kan således gøres erstatningsansvarlig for egne eller andres handlinger, der strider mod god markeds-

føringsskik både under og efter sin ansættelse i en virksomhed. Beskyttelsen af den "menige" ansatte ligger i udtrykket *utilbørlige handlinger* i sammenhæng med den anførte beskyttelse i EAL, således at det alene er groft uagtsomme eller forsætlige handlinger, der rammes.

Målet med udvidelsen/præciseringen af den nuværende MFL §1 i det anførte forslag er at skabe en retstilstand, hvor beskyttelsen efter MFL § 1 er og opleves som reel, hvilket – alt andet lige – vil betyde et mindre incitament i

relation til anvendelse af konkurrencebegrænsningsaftaler (konkurrence- og kundeklausuler). Det falder i god tråd med samfundets overgang fra et mere udpræget produktionssamfund til et mere udpræget videnssamfund, hvor vi ønsker reel og fair konkurrence i vores erhvervsliv, men fortsat også stiller visse krav om etik og moral i erhvervslivet.

Hermed er bolden givet op – jeg skal foreløbigt inkludere sagen.

---

<sup>1</sup> Se fx U1983.105H og U1982.1149S

<sup>2</sup> Som eksempel se: U2012.1215H, U2014.1596S (også mfl. § 19), U2006.1209H (frifindelse).

<sup>3</sup> U2012.1215H

<sup>4</sup> U2014.1596S

<sup>5</sup> U2012.1206H – hvor dette ikke var tilfældet.

<sup>6</sup> Sø- og Handelsrettens dom af 27. juli 2000 (V-0012-99) – henvendelsen skete under ansættelsen. Sø- og Handelsrettens dom af 11. april 2000 (V-0060-98) (frifindelse). Sø- og Handelsrettens dom af 21. marts 1997 (H-0167-93) (frifindelse).

<sup>7</sup> U1968.576H.

<sup>8</sup> U2008.1696S – hvor betingelserne ikke ansås at være tilstede. Se også U2006.2835Ø og Sø- og Handelsrettens dom af 28. januar 1991.

<sup>9</sup> Sø- og Handelsrettens dom af 9. november 2005 (V-2-03).

<sup>10</sup> Sø- og Handelsrettens dom af 10. marts 2003 (V-31-99).

<sup>11</sup> Loyalitetspligten i ansættelsesforholdet gælder uden nærmere aftale og udgør en relativ bred og vidtrækkende forpligtelse, som rækker videre end bestemmelsen i MFL § 1. Se fx Jeppe Høyer Jørgensen, *Ansattes konkurrencehandling*, 2010, s. 59.

<sup>12</sup> Det ligger uden for denne artikel at beskrive situationen ved en berettiget bortvisning. Se fx Erik Wendelboe Christiansen

og Finn Schwarz, *Konkurrencebegrænsningsaftaler i ansættelsesretten*, 1999, s. 29f.

<sup>13</sup> Se nedenfor om en eventuel sondring mellem "beslutningstagere" og almindelig ansatte.

<sup>14</sup> I det i 2015 fremsatte forslag til lov om ansættelsesklausuler, antages det, at MFL § 1, finder anvendelse også i ansættelsesforhold.

<sup>15</sup> Jeppe Høyer Jørgensen, *Ansattes konkurrencehandling*, 2010, s. 142f.

<sup>16</sup> Sø- og Handelsrettens dom af 27. juli 2000 (V-0012-99) – henvendelsen skete under ansættelsen.

<sup>17</sup> Jeppe Høyer Jørgensen, *Ansattes konkurrencehandling*, 2010, s. 146, her anføres det, at udgangspunktet må være at personer, der indgår i et ansættelsesforhold, herunder direktører må anses for ansatte og ikke erhvervsdrivende i relation til MFL § 1, men uden at det på forhånd bør udelukkes, at direktør- el. virksomhedsstatus i konkrete tilfælde kan berettige at sidstille eller identificere personer med en sådan status med virksomheden.

<sup>18</sup> Erstatningsansvarslovens (EAL) § 23, og den generelle lempelsesregel i EAL § 24.

<sup>19</sup> Det er forventeligt, at der snart bliver vedtaget et (minimums)direktiv fra EU med definitioner af "erhvervshemmeligheder".

**u-tilbørlig**, adj. adv. **-t** ell. **d. s. ell. (†) -en** (DL.6-5-10. Moth.B525).

(ænyd. d. s. og utilburlig; jf. ubørlig) ikke tilbørlig (1); upassende; urigtig; især: stridende mod god tone, pligt ell. moral; usømmelig. Synd og Utilbørlig Gierning. DL.2-9-23. det er alle tiider uanstændigt, ja utilbørligt, for en Bisp at føre Sværdet. Holb.DH.II.40. der hører jo allerede Mangel af Kjærlighed til at agte Andre utilbørligt ringe. Ørst.II.147. Israeliterne udtænkte utilbørlige Ting mod Herren . . og byggede sig Offerhøje i alle deres Byer. 2Kg.17.9(1931). Han sigtes for Krænkelser af Blufærdigheden under Udøvelsen af Lægegeringen. Politiet mener . . at Lægen . . har optraadt utilbørligt over for en kvindelig Patient. BerlTid.10/12 1948. M. 9.sp.1. især om ytring: upassende; anstødelig. Ere Ordene ikke nogens Ære og Lempe for nær, og dog kiendis af Dommeren at være Utilbørlige, da maa de med Pengestraf forsonis. DL.6-21-4. Menneskene skulle gjøre Regnskab paa Dommens Dag for hvert utilbørligt (Chr.VI: unyttigt) Ord, som de have talet. Matth.12.36. Finder Formanden et Medlems Ytringer utilbørlige, kan han kalde vedkommende til Orden. Forr Folketing.§31. † om noget konkr. Findis nogen Baadsmand . . om Nattetide paa Gaden, eller og i Utilbørlige Huse og Herberge. DL.4-1-7.

## Lovforslaget om "ansættelsesklausuler" kan blive bedre af at ligge

HENRIK KARL NIELSEN  
ADVOKAT (H)



Som bekendt nåede Beskæftigelsesministeren kort inden valget at fremsætte Lovforslag L 196 om "ansættelsesklausuler". Det indeholdt meget nyt – både indholdsmæssigt og lovteknisk. Det var et forslag om en samlet lov om aftalte vilkår, der stadig er reguleret i en flerhed af love, herunder Lov om arbejdsgivers brug af jobklausuler, funktionærlovens §§ 18 og 18a og aftalelovens § 38. Den nye lov skulle omfatte alle lønmodtagere også uden for funktionærområdet. Fremsættelsen i Folketinget den 29. april 2015 lagde op til en hurtig behandling op til Folketingets sommerferie. Der er dog næppe noget kvalitativt tabt ved valget og dermed lovforslagets bortfald. Flere elementer af lovforslaget kan tåle en grundigere udredning og debat - ikke kun om retspolitik, men også om grundlæggende jura.

### Klausuler og lovforslag

Lovforslag L 196 opererede grundlæggende med 4 forskellige former for klausuler, nemlig "jobklausuler", "konkurrenceklausuler", "kundeklausuler" og "kombinerede klausuler". Der blev lagt op til, at "jobklausuler" som hovedregel skulle være forbudt. For øvrige klausuler blev der lagt op til en videreførelse af eksisterende regler, dog med ændringer. Blandt disse var en skærpelse af reguleringen af arbejdsgivers pligt til at betale den såkaldte

"kompensation" (vederlag) for en fratrådt lønmodtagers efterlevelse af en klausul. Men hvis man sammenholder lovforslaget med diskussioner og problemstillinger, der har været rejst i forhold til de gældende regler, kan man se, at lovforslaget ville lade flere huller forblive åbne.

### Hvornår er en jobklausul lovlig på grund af virksomhedsoverdragelse ?

Den eneste undtagelse fra lovforslagets forbud mod jobklausuler fandtes i § 4, der ville videreføre Lov om arbejdsgivers brug af jobklausuler § 8. Bestemmelsen skulle fortsat muliggøre jobklausuler i forbindelse med forhandlinger om virksomhedsoverdragelser.<sup>1</sup> Lovforslagets L 196 undtog dog fra undtagelsen lønmodtagere, der havde været beskæftiget hos den overdragende virksomhed i 3 måneder eller derunder. Efter lovforslagets § 4, stk. 2, kunne en sådan lovlig jobklausul opretholdes indtil 6 måneder efter forhandlingernes afslutning. Undtagelsen i Lov om arbejdsgivers brug af jobklausuler § 8 regner en tilsvarende 6 måneders frist fra tidspunktet for indgåelsen af jobklausulen. Hvis forhandlingerne resulterer i en aftale om virksomhedsoverdragelse, kunne aftalen (jobklausulen) efter Lovforslag L 196 § 4, stk. 3, opretholdes indtil 6 måneder efter tidspunktet for virksomhedsoverdragelsen. Bestemmelsen ville svare til Lov om arbejdsgivers brug af

jobklausuler § 8, stk. 3.

Det er dog problematisk, at Lovforslag L 196 ligesom Lov om arbejdsgivers brug af jobklausuler ikke nærmere definerede "virksomhedsoverdragelser". Virksomhedsoverdragelsesloven definerer heller ikke begrebet. Men virksomhedsoverdragelseslovens bestemmelser om erhververes indtræden i overdragerens forpligtelser indebærer nødvendigvis, at arbejdsgivers identitet udskiftes og der gennemføres kreditor- og/eller debitorskifte. Ved overdragelse af selskabets aktier eller anparter, er der ikke tale om en virksomhedsoverdragelse i virksomhedsoverdragelseslovens forstand. Bemærkningerne til lovforslaget efterlod ikke tvivl om, at hensynet bag undtagelsen var den sårbare situation, der gør sig gældende, når virksomheder indleder forhandlinger om en virksomhedsoverdragelse. Det hensyn kan med lige så stor rette fremføres ved forhandlinger om overdragelse af aktier eller anparter. Det har tidligere været fremført, at domstolene kunne forventes at ville se bort fra en formentlig utilsigtet snæver definition af jobklausuler.<sup>2</sup> Synspunktet er draget i tvivl, da det ved overdragelse af aktier m.v. ikke er arbejdsgiveren (selskabet), der er overdrager, men derimod selskabets aktionær(er) m.v.<sup>3</sup> Det har ligeledes været fremført, at lovgiver burde tage stilling til denne problemstilling og overveje en præcisering af lovteksten.<sup>4</sup> Det er en mangel, at dette ikke skete forud for fremsættelsen af Lovforslag L 196.

#### Jobklausuler, der udgår fra foreninger

Hvis man bevæger sig uden for Lov om arbejdsgivers brug af jobklausuler kan man se, at Folketinget i andre sammenhænge har reguleret andre erhvervsbegrænsende klausuler, også i de tilfælde, hvor de håndhæves af organisationer. Indsatsen mod virkningerne for den enkelte lønmodtager af eksklusiv- og fortrinsklausuler blev ved ændringen i 2006 af foreningsfrihedsloven styrket ved en lovmæssig ugyldighedsvirkning (foreningsfrihedslovens § 4c, stk. 1) af klausulerne. Jobklausuler, der ikke følger af en aftale mellem en virksomhed og en anden virksomhed eller med en lønmodtager, var ikke omfattet af definitionen af begrebet "jobklausul" i Lovforslag L 196 § 1, stk. 2, nr. 4. Det svarer til retstilstanden efter den gældende lov. Hvis erhvervsbegrænsningen heller ikke er begrundet i medlemskab eller manglende medlemskab af en forening eller en bestemt forening, vil erhvervsbegrænsningen heller ikke være omfattet af beskyttelsen efter foreningsfrihedsloven.

Søren Narv Pedersen anfører i *Jobklausuloven med kommentarer* med henvisning til forarbejderne, at jobklausuler, der er indeholdt i brancheforeningers vedtægter, "givetvis" ikke omfattes af loven.<sup>5</sup> Beskæftigelsesministeriet tilkendegav som svar af 21. april 2008 på spørgsmål nr. 7 fra Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg, at "ensidigt fastsatte bestemmelser i branche- og arbejdsgiverforeninger" ikke ville falde ind under definitionen af jobklausuler efter lovforslagets § 1. Det er ikke indlysende logisk, at foreningsvedtægter m.v. betragtes som ensidige bestemmelser. De kan have samme virkning som aftaler mellem to eller flere virksomheder. Søren Narv Pedersen berører argumentationen om, at bestemmelser i foreningsvedtægter er "ensidigt fastsatte" uden dog at tage en diskussion op.<sup>6</sup>

Spørgsmålet om foreningsvedtægter, der har samme virkning som de jobklausuler, der ville blive ugyldige efter Lovforslag L 196 § 3, har ikke givet Beskæftigelsesministeriet anledning til at gøre Folketinget opmærksom på problemstillingen eller i øvrigt rejse diskussionen. Beskæftigelsesministeriet er bekendt med problemstillingen og med det forhold, at denne form for foreningsvedtægter forekommer. I det nævnte svar af 21. april 2008 på spørgsmål 7 henviste Beskæftigelsesministeriet til, at Konkurrencestyrelsen kort forinden i en afgørelse havde slået fast, at denne form for rekrutteringsforbud var ulovlige efter konkurrenceloven. Afgørelsen blev truffet af Konkurrencerådet den 30. januar 2008<sup>7</sup> i en sag om konkurrencebegrænsninger inden for Brancheforeningen Lokale Pengeinstitutter. Det må undre, at foreningsvedtægter, der er udtryk for erhvervsbegrænsninger svarende til jobklausulers ikke var medtaget i definitionen af jobklausuler i Lovforslag L 196 § 1, stk. 2, nr. 4, eller at det i det mindste var tilkendegivet i lovbemærkningerne, hvorfor de ikke skulle reguleres af den nye lov.

#### Nye regler om vederlag ("kompensation")

Efter funktionærlovens § 18, stk. 1, 4. pkt., skal arbejdsgiveren udbetale en "kompensation" for en konkurrenceklausul på 50 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet. Denne "kompensation" skal udbetales for de første 3 måneder som et engangsbetrag ved fratrædelsen og derefter månedsvi i den periode, som forpligtelsen gælder. En "kundeforsikring", der er omfattet af funktionærlovens § 18a, skal efter § 18a, stk. 2, 2. pkt., ledsages af en udbetaling af en "kompensation" på 50 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet, der skal udbetales månedsvi i

den periode, som forpligtelsen gælder. Funktionærlovens § 18a, stk. 2, 3. pkt., indeholder en form for mængderabat, idet funktionærens ret til kompensation bortfalder, hvis funktionæren også modtager kompensation efter funktionærlovens § 18. En yderligere mængderabat følger af Lov om arbejdsgivers brug af jobklausuler § 5, nr. 2. Efter denne bestemmelse bortfalder retten til "kompensation" for en jobklausul, hvis funktionæren modtager "kompensation" efter funktionærlovens §§ 18 og 18a.

Lovforslag L 196 foreslog, at arbejdsgivers betalingsforpligtelse i forhold til konkurrenceklausuler og "kunde-klausuler" blev skærpet. Lovforslaget var ganske logisk bygget op således, at brug af klausulerne ville blive mere omkostningstunge for arbejdsgiveren, jo længere de skulle gælde. Den vederlagsfri brug af dobbeltklausuler ville med lovforslaget blive afskaffet. Efter lovforslagets § 8, stk. 1, skulle arbejdsgiveren for aftaler om konkurrenceklausuler og "kunde-klausuler" med en varighed på op til 6 måneder udbetale en kompensation på mindst 40 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet. For aftaler om konkurrenceklausuler eller "kunde-klausuler" med en varighed på op til 12 måneder skulle denne "kompensation" efter § 8, stk. 2, udgøre mindst 60 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet. Hvis lønmodtageren fik andet passende arbejde, ville denne "kompensation" blive reduceret til 16 % af lønnen henholdsvis 24 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet. Kompensation efter § 8, stk. 1, og stk. 2, skulle efter § 8, stk. 3, udbetales for de første to måneder som et engangsbeløb ved fratrædelsen, uanset om lønmodtageren fik andet passende arbejde. For aftaler om kombinerede klausuler med en varighed på op til 6 måneder skulle "kompensationen" efter lovforslagets § 9, stk. 1, udgøre mindst 60 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet. Den kunne reduceres til 24 % af lønnen fra den 3. til den 6. måned, hvis lønmodtageren fik andet passende arbejde.

Kan man overhovedet tale om "tabsbegrænsningspligt" ?

Lovforslag L 196 fulgte et beklagelig juridisk vildspor i forhold til lønmodtagerens "tabsbegrænsningspligt" ved efterlevelse af en konkurrenceklausul eller "kunde-klausul".

Parternes forpligtelser i et ansættelsesforhold ophører ved ansættelsesforholdets ophør. Lønmodtagerens pligt til at præstere det aftalte arbejde ophører. Arbejdsgivers pligt til at vederlægge dette ophører. Optjente ferierettigheder skal

afregnes af arbejdsgiveren ved fratrædelsen. Efter fratrædelsen kan lønmodtageren umiddelbart tage ansættelse i en konkurrerende virksomhed. Ved fratrædelsen frigøres lønmodtagerne fra loyalitetspligten, men er naturligvis bundet i en efterfølgende erhvervsudøvelse af markedsføringslovens § 1 om god markedsføringsskik (erhvervsdrivende) og § 19 om forbud mod misbrug af erhvervshemmeligheder (lønmodtagere og erhvervsdrivende). Konkurrenceklausuler og "kunde-klausuler" er aftalte fravigelser af og afkald på denne erhvervsfrihed. Ved disse klausuler indskrænker lønmodtageren sin handlefrihed, selvom ansættelsesforholdet er ophørt. Den "kompensation", der tilkommer funktionærer efter funktionærlovens §§ 18 og 18a, er arbejdsgivers vederlag for lønmodtagerens fortsatte begrænsninger i hans eller hendes handlefrihed.

Begrebet "kompensation" leder desværre tanken hen på erstatningsretlige betragtninger og væk fra kontraktretlige vederlagsbetragtninger. Funktionærlovens §§ 18 og 18a understøtter denne uheldige terminologi. Arbejdsgiveren kan efter funktionærlovens § 18, stk. 3, 1. pkt., og § 18a, stk. 3, modregne funktionærens lønindtægt fra andet "passende arbejde", der ikke strider mod en aftalt klausul. Bestemmelsen/bestemmelserne gælder dog, uanset at den funktionær, der opnår andet "passende arbejde", opnår dette i respekt for en klausul. Og ydelsen skal så efter omstændighederne leveres til reduceret betaling eller vederlagsfrit. Denne retstilstand er naturligvis et resultat af lovgivers valg. Det er blot ikke logisk stemmende med et princip om ydelse mod ydelse.

Selvom Lovforslag L 196 og de nye regler om "kompensation" i § 8, stk. 1, 2. pkt., og § 9, stk. 1, 2. pkt., ville bringe muligheden for vederlagsfri efterlevelse af konkurrenceklausuler og "kunde-klausuler" til ophør, videreførte lovforslaget reduktionen af arbejdsgivers ydelse ved lønmodtagerens levering af den aftalte modydelse (efterlevelse af klausulen ved at påtage sig andet "passende" arbejde). Den erstatningsretlige tilgang blev i Lovforslag L 196 § 8, stk. 5, lovfæstet yderligere. Efter denne bestemmelse ville lønmodtagerens ret til "kompensation" bortfalde, såfremt lønmodtageren ikke aktivt søgte at finde andet passende arbejde og ikke opfyldte sin "tabsbegrænsningspligt" (lovforslagets udtryk). Det ville svare til det, der ville gælde efter en uberettiget bortvisning og dermed ved arbejdsgivers misligholdelse. Der ses næppe mange andre steder i lovgivningen, at en

vederlagsforpligtelse på denne måde kan reduceres ved medkontrahentens efterlevelse af forpligtelsen til at præstere realdyden. Det er åbenlyst, at denne konstruktion bør genovervejes. Og opretholdes reglerne, kunne man ønske en mere rammende og velvalgt terminologi. Begrebet "kompensation" kunne erstattes med "vederlag", sådan som det kendes i anden sammenhæng f.eks. fra ophavsretslovens § 68, stk. 2.

### Pønale betragtninger og "kompensation"

Begrebet "bortvisning" er en betegnelse for den situation, at arbejdsiveren hæver en ansættelsesaftale som følge af lønmodtagerens væsentlige misligholdelse. Fratrædelsen sker øjeblikkeligt, og arbejdsgivers vederlagsforpligtelse ophører ved bortvisningen. Arbejdsivers ophævelse af ansættelsesforholdet indebærer dog ikke samtidig en ophævelse af en konkurrenceklausul eller "kunde-klausul". Dette fulgte af Lovforslag L 196 § 11, stk. 4. Lønmodtageren skulle dermed også efter en berettiget bortvisning efterleve en konkurrenceklausul eller "kunde-klausul". Derimod foreskrev samme bestemmelse, at lønmodtagerens ret til "kompensation" efter lovforslagets §§ 8 og 9 bortfaldt. Bestemmelsen ville videreføre den gældende retstilstand efter funktionærlovens § 18, stk. 1, sidste pkt., og § 18a, stk. 2, sidste pkt. De specielle lov-bemærkninger til Lovforslag L 196 § 11 forholdt sig slet ikke til det rimelige i, at lovgivningsmagten pålægger en lønmodtager efter ansættelsesforholdets ophør at efterleve en erhvervsmæssig begrænsning vederlagsfrit, fordi vedkommende har misligholdt selve ansættelsesforholdet.

Hvis en bortvisning er sket med rette, ifalder lønmodtageren erstatningsansvar. En berettiget bortvisning vil i forhold til en arbejdsløshedskasse medføre karantæne for selvforskyldt ledighed efter Bkg. nr. 62 af 25. januar 2012 om selvforskyldt ledighed § 9. Arbejdsgivers forpligtelse til at betale "g-dage" bortfalder ved berettiget bortvisning, jf. Bkg. nr. 674 af 30. juni 2009 om dagpengegodtgørelse for 1., 2. og 3. ledighedsdag (G-dage) § 6, stk. 1, nr. 3. Retten til fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2a fortabes ved bortvisning, jf. funktionærlovens § 2a, stk. 2, jf. *UfR 1981.291 H*. Bortvisningen er dermed ikke blot forbundet med sædvanligt erstatningsansvar i kontrakt. Den medfører også tab af allerede optjente rettigheder. Det yderligere retstab i forhold til "kompensationen" efter Lovforslag L 196 § 11, stk. 4, lå på linje med denne pønale linje i lovgivning og retspraksis. Det er dog ret oplagt, at denne retsstilling i forhold til krav på

"kompensation" kan diskuteres, da den forpligtelse for lønmodtageren (konkurrenceklausulen eller "kunde-klausulen"), som "kompensationen" skal kompensere, fortsat består efter en berettiget bortvisning. Der er tale om en meget uheldig retlig sammenblanding af konsekvenserne af det ansættelsesforhold, der ophører ved en berettiget bortvisning, med vederlæggelsen af den forpligtelse (konkurrenceklausulen og/eller "kunde-klausulen"), der efter bortvisningen fortsat består. Retsstillingen kalder på en diskussion inden en eventuel genfremsættelse af lovforslaget.

### Fravigelse af ved kollektiv overenskomst

Lovforslag L 196 § 2 opretholdt adgangen til delvis fravigelse af reglerne om konkurrenceklausuler og "kunde-klausuler" ved kollektiv overenskomst. Mens funktionærlovens § 18, stk. 5, og § 18a, stk. 6, blot kræver eksistensen af en "kollektiv overenskomst", krævede lovforslag L 196 – som noget helt nyt – at denne kollektive overenskomst var indgået af de "mest repræsentative arbejdsmarkedsparter". Det er sædvanligt i dansk ret, at der knyttes retsvirkninger til objektive forhold og ikke til de konkrete parter, de vedrører. Lovforslag L 196 § 2 ville indebære, at en kollektiv overenskomst, der efter kollektiv arbejdsret og aftaleret er gyldig, ikke længere ville være tilstrækkelig til, at lovens regler om konkurrenceklausuler og "kunde-klausuler" kunne fraviges. Fremover skulle der stilles det krav, at den kollektive overenskomsts parter var "repræsentative". Hverken lovtæst eller lov-bemærkninger gav nogen brugbar uddybning af begrebet.

En kollektiv overenskomst forudsætter, at der er forhandlet og indgået aftale med en kollektivitet af lønmodtagere. Parten på arbejdsgiverside kan være enten den enkelte virksomhed eller en arbejdsgiverforening. En retsvirkning af eksistensen af en kollektiv overenskomst er, at Arbejdsretten automatisk bliver kompetent til at behandle sager om brud på den kollektive overenskomst, jf. Lov om Arbejdsretten og faste voldgiftsretter § 9, nr. 2. Sager om fortolkning af den kollektive overenskomst vil henhøre under faglig voldgift efter lovens § 21, nr. 1.

Der er i dansk arbejdsret naturligvis intet til hinder for, at en arbejdsiver er forpligtet af en kollektiv overenskomst i forhold til en samlet medarbejderstab, der ikke er organiseret i den overenskomstbærende faglige organisation eller enhed. Lovforslag 196 § 2 rejste dog spørgsmålet, om repræsentativiteten af en kollektiv

overenskomst skulle vurderes i modstrid hermed. En kollektiv overenskomst på en virksomhed, hvis ansatte i overvejende grad ikke er medlem af den overenskomstbærende organisation, kan vanskeligt siges at være repræsentativ (for medarbejderstaben), hvis begrebet vurderes for den enkelte virksomhed. Har den pågældende virksomhed kollektiv overenskomst med en lokal faglig klub, hvor alle ansatte er medlemmer, er denne overenskomst selvsagt ikke indgået med en repræsentativ part, hvis repræsentativiteten skal vurderes på landsplan. Lovforslag L 196 § 2 skabte en meget uheldig usikkerhed. Det er ønskeligt, at lovgiver giver langt klarere regler.

### Afslutning

Det må det hilses velkomment, at der søges lovgivet samlet om de væsentligste erhvervsbegrænsende klausuler, der begrænser mobiliteten på arbejdsmarkedet. Da reglerne har været velkendt gennem en årrække, er tiden dog nok moden til en grundigere udredning og debat om både den eksisterende retstilstand og den nye. Sidstnævnte er op til Lovgiver. Men det er ikke urimeligt, at vi ser dokumentation for, at Lovgiver overvejer alle aspekter af klausulerne. Der skal træffes retspolitiske valg i en lovgivningsproces. Men disse valg skal træffes på et sagligt, gennearbejdet og oplyst grundlag.

- 
- <sup>1</sup> Se nærmere herom Nicolai Hesgaard og Pernille Nørkær: Brug af jobklausuler i M & A-transaktioner, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2013, s. 231ff.
  - <sup>2</sup> Anne Kathrine Schön: Jobklausuler og virksomhedsoverdragelse, Revision og Regnskabsvæsen, R & R Online 2009.03.0062.
  - <sup>3</sup> Nicolai Hesgaard og Pernille Nørkær: Brug af jobklausuler i M & A-transaktioner, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2013, s. 231ff. (a.st. s. 233).
  - <sup>4</sup> Henrik Karl Nielsen: Jobklausuler i kontekst, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2009, s. 233ff. (a.st. s. 245).
  - <sup>5</sup> Søren Narv Pedersen: Jobklausuloven med kommentarer, Kbh. 2012, s. 47.
  - <sup>6</sup> Søren Narv Pedersen: Jobklausuloven med kommentarer, Kbh. 2012, s. 48.
  - <sup>7</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 30. januar 2008, j.nr. nr. 4/0120-0204-0078/TIF/KLC, JKM, SWE.

**klausul**, en. [k̥l̥ɔu-, k̥l̥au'su?l; ogs. (især jur., nu l. br.) 'k̥l̥ɔu-, 'k̥l̥ausul (jf. TBruun.I.273)] (nu næppe br. **Klausel**. Heib. Pros.VI.447. Gylb.II.203. † m. lat. form: **Clausula**. Holb.DH.II.12). flt. **-er**. (ænyd. d. s. (Rævebog), ty. klausel († klausul), jf. eng. fr. clause; fra lat. clausula, f., slutning, til claudere, lukke; jf. Klaver, Kloster; jur. ell. †) særlig bestemmelse (tillæg), især af indskrænkende art, i kontrakt, testamente, bevilling olgn.; betingelse; vilkaar. Holb.DH.II.12. Stampe.I.11. Dette Testament indeholder først adskillige Clausuler angaaende hans Begravelse. Hrz.VII.137. (adoptions-) Bevillingen indeholder altid den Klausul, at Barnet skal anses som Adoptantens eget Barn. JurFormularbog.5 108. spec. om de i krigsaarene (1914-18) til forsk. varer knyttede salgsbetingelser; ofte i forb. som æde klausuler, (jarg.) begaa brud paa disse betingelser. ChrReventlow. Krigen og vi.(1916).64. hertil ssg. som: en Bøde paa 15,000 Kr. for at have uds muglet klavsulbehæftede Medicinalvarer. Pol. 23/7 1919.4.sp.6. Klavsulbrud skulde anses for en vanærende Handling. smst.27/10 1916. 8.sp.4. Jagten paa "Klausulæderne". Chr Reventlow. Krigen og vi.(1916).64. den meste Eksport er Klavsulæderi. Pol.31/7 1917.6.sp.3.

# Godtgørelsesniveauet ved afskedigelse i strid med forskelsbehandlingsloven

BO ENEVOLD UHRENFELDT  
ADVOKAT



## 1. Baggrund

Et af de mest aktuelle emner inden for ansættelsesretten er afskedigelser i strid med forskelsbehandlingsloven. Der har hersket og hersker fortsat en betydelig uvished om retstilstanden i forhold til rækkevidden af forskelsbehandlingslovens anvendelsesområde, hvilket blandt andet skyldes, at forskelsbehandlingsloven er en implementering af beskæftigelsesdirektivet<sup>1</sup> og skal fortolkes i overensstemmelse hermed.

Derfor er der i den seneste tid blevet ført en række principielle sager ved domstolene om lovens anvendelsesområde, herunder om diskriminationsforbuddet i forbindelse med afskedigelser. Eksempelvis verserer *Kaltoft-sagen*, der vedrører rækkevidden af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb i forhold til fedme, på nuværende tidspunkt ved byretten i Kolding efter at have været forelagt EU-Domstolen<sup>2</sup> til præjudiciel afgørelse. Højesteret ligeledes haft mulighed for at tage stilling til spørgsmål om forskelsbehandlingsloven, herunder lovens handicapbegreb i forhold til sygdom, i *Werge-sagen*<sup>3</sup>.

I tilknytning til spørgsmål om forskelsbehandlingslovens anvendelsesområde rejser der sig et praktisk spørgsmål om størrelsen af den kompensation, som skal udmåles til krænkede medarbejdere. Nyere retspraksis fra Højesteret

og Sø- og Handelsretten har sået tvivl om de forholdsvis klare retningslinjer for godtgørelsesudmålingen, som havde manifesteret sig i retspraksis.

## 2. Forbuddet mod forskelsbehandling

Det følger af forskelsbehandlingslovens<sup>4</sup> § 1, at arbejdsgivere hverken direkte eller indirekte negativt må forskelsbehandle medarbejdere eller ansøgere til ledige stillinger på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse. Forbuddet mod negativ forskelsbehandling<sup>5</sup> gælder i forbindelse med ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse og med hensyn til løn- og arbejdsvilkår. Forskelsbehandling kan være direkte<sup>6</sup> eller indirekte<sup>7</sup>, hvor sidstnævnte kan være lovlig, hvis formålet er sagligt og proportionalt.

I praksis spiller særligt alders- og handicapdiskrimination en betydelig rolle, og der findes således en række afgørelser fra domstolene og ligebehandlingsnævnet, der behandler spørgsmålet om alders- og handicapdiskrimination, herunder lovligheden af anvendelse af faste aldersgrænser i forbindelse med afskedigelse samt spørgsmålet om arbejdsgiveres pligt til at foretage hensigtsmæssige tilpasninger i forhold til handicappede.

Såfremt en person udsættes for diskrimination i strid med forskelsbehandlingsloven, kan vedkommende efter lovens § 7 tilkendes en godtgørelse fra arbejdsgiveren. Der sondres imellem tilfælde, hvor diskriminationen ikke medfører en afskedigelse af en medarbejder, eksempelvis hvor en person grundet et af de oplyste ulovlige kriterier fravælges i forbindelse med besættelsen af en ledig stilling, eller hvor en medarbejder grundet et af de ulovlige kriterier ikke tildeles samme rettigheder som de øvrige medarbejdere<sup>8</sup> samt tilfælde, hvor diskriminationen medfører en afskedigelse af en medarbejder<sup>9</sup>. I det følgende skal der fokuseres på godtgørelsesniveauet i sager, hvor diskriminationen fører til en afskedigelse af en medarbejder.

### 3. "Gamle" retningslinjer

Det kan udledes af forarbejderne<sup>10</sup> til forskelsbehandlingsloven<sup>11</sup>, at det har været lovgivers intention, at godtgørelsen skal udmåles i overensstemmelse med retningslinjerne for udmåling af godtgørelse efter ligebehandlingslovens § 14. Højesteret har i tråd hermed fastslået, at der ved fastsættelse af godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7 bør tages udgangspunkt i de retningslinjer, der i praksis har udviklet sig ved afskedigelse på grund af graviditet i strid med ligebehandlingslovens § 9, jf. *ADHD-sagen*<sup>12</sup>.

Indtil for nyligt har udgangspunktet efter disse retningslinjer været, at godtgørelsesniveauet primært blev fastsat på grundlag af medarbejderens anciennitet. Som udgangspunkt medførte afskedigelse i strid med loven en godtgørelse svarende til 9 måneders løn<sup>13</sup>. Se eksempelvis *UfR 2014.990V*<sup>14</sup>. Ved meget kort anciennitet blev godtgørelsen fastsat til 6 måneders løn, jf. tidligere omtalte *ADHD-sag*<sup>15</sup>, og ved længere anciennitet udgjorde godtgørelsen 12 måneders løn, jf. *UfR 2014.1223S*<sup>16</sup>.

### 4. Ny retspraksis

Spørgsmålet er, om ovenstående retningslinjer kan oprettholdes efter den seneste retspraksis fra Højesteret og Sø- og Handelsretten. De fire afgørelser gennemgås grundigt nedenfor med henblik på at vurdere afgørelsernes effekt på udmålingen af godtgørelse i henhold til forskelsbehandlingsloven.

#### 4.1. Pilot-sagerne – Inddragelse af den faglige organisation

Højesteret har i to nylige afgørelser taget stilling til udmåling af godtgørelse for afskedigelse i strid med loven i

situationer, hvor den krænkede er afskediget på grund af arbejdsmangel, og hvor den faglige organisation har været inddraget i udvælgelsen af, hvilke medarbejdere, der skulle udvælges.

I **UfR 2015.1H**<sup>17</sup> blev seks SAS-piloter i alderen 60-65 år med anciennitet på mellem 18 og 35 år afskediget i forbindelse med nedskæringer som følge af arbejdsmangel. Udvalget af de piloter, der skulle afskediges skete i overensstemmelse med en kollektiv aftale mellem SAS og piloternes fagforening, hvorefter de pensionsberettigede – og dermed ældste – piloter skulle afskediges før øvrige piloter.

SAS og fagforeningen havde ved indgåelsen af aftalen om udvælgelseskriteriet vurderet, at afskedigelse af pensionsberettigede piloter frem for yngre piloter med familie ville være den mest skånsomme måde at reducere antallet af piloter på i en eventuel arbejdsmangelsituation. For Højesteret var parterne enige om, at afskedigelserne var i strid med forskelsbehandlingslovens forbud mod aldersdiskrimination.

Højesteret skulle således alene tage stilling til godtgørelsesniveauet. Højesteret udtalte i den forbindelse, at der ved udmålingen skal lægges vægt på grovheden af overtrædelsen og i forbindelse hermed baggrunden for overtrædelsen og den krænkelse, der påføres den afskedigede medarbejder.

På baggrund af piloternes lange anciennitet ville godtgørelsen efter de "gamle" retningslinjer normalt udgøre omkring 9 måneders løn, men Højesteret valgte at fravige retningslinjerne i nedadgående retning. Højesteret lagde således vægt på, at det var en formildende omstændighed, at afskedigelserne skyldtes en arbejdsmangelsituation, og at udvælgelseskriteriet for afskedigelserne var fastsat under forhandling mellem SAS og piloternes fagforening. Endvidere udtalte Højesteret, at det var en formildende omstændighed, at udvælgelseskriteriet var objektivt begrundet i sociale hensyn. På den baggrund udmålte Højesteret godtgørelserne til beløb svarende til 4 måneders løn.

SAS var også genstand for Højesterets vurdering i sagen **UfR 2015.2027H**<sup>18</sup>, om fire piloter, som blev afskediget i foråret 2010 på grund af generelle nedskæringer som følge af arbejdsmangel. Piloterne var alle ansat hos SAS i

året 1998/1999, og udvælgelsen af de piloter, der skulle afskediges skete på baggrund af en senioritetsliste, hvor piloterne stod oplistet efter rekrutteringsår. De piloter, der var ansat i samme rekrutteringsår, var placeret efter alder, således at de ældre stod før de yngre, hvilket betød, at de yngre piloter blev afskediget forud for de ældre.

Parterne var (på samme måde som i UfR 2015.1H) enige om, at afskedigelserne var i strid med forskelsbehandlingslovens forbud mod aldersdiskrimination. Højesteret skulle derfor også i denne sag alene tage stilling til spørgsmålet om størrelsen af godtgørelsen. Højesteret lagde vægt på, at valget efter senioritetslisten var aftalt med piloternes fagforening, og at afskedigelsen skyldtes nedskæringer, hvilket Højesteret anså for formildende omstændigheder. På den baggrund valgte Højesteret at fravige de hidtil anvendte retningslinjer for udmålingen af godtgørelsen ved at tilkende piloterne en godtgørelse svarende til 6 måneders løn. Landsretten havde fastsat godtgørelsen til 9 måneders løn. SAS havde under sagen anført, at godtgørelsen skulle fastsættes til et beløb svarende til 4 måneders løn som i UfR 2015.1H. Højesteret bemærkede, at det udvælgelseskriterium, der var valgt i denne sag, ikke var båret af sociale hensyn og derved adskilte UfR 2015.2027H sig fra UfR 2015.1H.

4.2. Undskyldende omstændigheder – retsuished  
Sø- og Handelsrettens dom af 29. april 2015 (SH2015.F-9-12)<sup>19</sup> angik en byplanlægger i Ikast-Brande Kommune, som kom til skade i et færdselsuheld. Efter ulykken fik byplanlæggeren stillet diagnosen refleksdystrofi, der gjorde, at hun oplevede en funktionsnedsættelse grundet stærke smerter i sin højre arm. Byplanlæggeren var delvist sygemeldt fra august 2009, og indtil hun blev opsagt i ultimo november 2010.

Sø- og Handelsretten fastslog, at kvinden led af et handicap omfattet af forskelsbehandlingsloven, og at Ikast-Brande Kommune ikke havde truffet hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger i forhold til kvinden, herunder at kommunen ikke havde tilbudt hende en deltidsstilling. På den baggrund fandt retten, at afskedigelsen af kvinden var i strid med forskelsbehandlingslovens forbud mod handicapdiskrimination. I forbindelse med udmålingen af godtgørelsen lagde Sø- og Handelsretten vægt på kvindens anciennitet på cirka 1½ år samt på det forhold, at handicapdefinitionen først blev fastlagt, efter at kvinden var blevet opsagt. Sø- og

Handelsretten anså det således for en formildende omstændighed, at der på tidspunktet for afskedigelsen herskede en betydelig uvished omkring definitionen af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb. På den baggrund blev godtgørelsen udmålt til et beløb svarende til 6 måneders løn. Afgørelsen er anket til Højesteret.

I en nyere afgørelse fra 11. august 2015 fastsatte Højesteret godtgørelsesniveauet for overtrædelse af forskelsbehandlingsloven til 9 måneders løn, da arbejdsgiveren ikke havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Medarbejderen havde 14 års anciennitet, og godtgørelsesniveauet ville efter "de gamle retningslinjer" derfor udgøre 12 måneders løn<sup>20</sup>. Højesteret lagde vægt på, at der var usikkerhed om pligten til at træffe tilpasningsforanstaltninger og muligheden for at anvende 120-dagesreglen ved handicapbetinget sygefravær.

## 5. Sammenfatning

Med den seneste tids praksis fra særligt Højesteret, er det fastslået, at godtgørelsesniveauet ved afskedigelse i strid med forskelsbehandlingsloven afhænger af grovheden af overtrædelsen. I den forbindelse vil domstolene lægge vægt på baggrunden for overtrædelsen og den krænkelse, der er påført medarbejderen. Medarbejderens anciennitet vil fortsat være af betydning for fastsættelsen af godtgørelsesniveauet, men den seneste retspraksis viser, at domstole vil gå ind i en nærmere prøvelse af, om der foreligger formildende omstændigheder.

På baggrund af UfR 2015.1H<sup>21</sup> og UfR 2015.2027H kan følgende udledes om formildende omstændigheder:

- Opsigelse som følge af arbejdsmangel er en formildende omstændighed, som kan tillægges betydning ved fastsættelse af godtgørelsen.
- Hvis udvælgelseskriterierne er kollektivt forhandlet og aftalt mellem en lønmodtagerorganisation og arbejdsgiveren, anses dette som en formildende omstændighed.
- I en situation, hvor udvælgelseskriterierne er kollektivt aftalt, kan baggrunden for kriterierne tillægges betydning. Hvis udvælgelseskriterierne er objektivt begrundet i sociale hensyn, er dette en formildende omstændighed, som indebærer, at godtgørelsen yderligere skal nedsættes<sup>22</sup>.

Sø- og Handelsretten tillagde det betydning i afgørelsen

SH2015.F-9-12, at handicapbegrebet først blev endeligt afklaret efter opsigelsestidspunktet, og derfor var der usikkerhed om definitionen af handicapbegrebet. Dette retsikkerhedskriterium var også fremme i den ene af pilot-sagerne, hvor landsretten tillagde det betydning for udmålingen af godtgørelsesniveauet, at *"der har hersket en vis retsikkerhed på området"*. Højesteret fandt derimod ikke, at "retsikkerhed" var en formildende omstændig-

hed<sup>23</sup>. I den seneste afgørelse fra Højesteret fra 11. august 2015 om spørgsmålet, vurderede Højesteret, at der var usikkerhed omkring tilpasningsforpligtelsen og 120-dages-reglens anvendelse ved handicapbetinget sygdom. Det er således fastslået, at også retsikkerhedskriteriet kan være en formildende omstændighed, der kan begrunde et reduceret godtgørelsesniveau<sup>24</sup>.

<sup>1</sup> Direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

<sup>2</sup> Sag C-354, Kaltoft

<sup>3</sup> Højesterets dom af 23. juni 2015, sag 25/2014, 2. afd.

<sup>4</sup> Lovbekendtgørelse nr. 1349 af 16. december 2008 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv.

<sup>5</sup> Forbuddet mod negativ forskelsbehandling kendes også som diskriminationsforbuddet.

<sup>6</sup> Ved direkte forskelsbehandling forstås, at en person på grund af et af de ovenfor oplyste kriterier behandles ringere end en anden person bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation. Direkte forskelsbehandling vil eksempelvis foreligge, hvor en medarbejder afskediges udelukkende på grund af vedkommendes race, alder eller handicap.

<sup>7</sup> Indirekte forskelsbehandling foreligger, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, er egnet til at stille personer af en bestemt race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse eller med en bestemt alder eller med handicap ringere end andre personer. Klassiske eksempler på tilsyneladende neutrale kriterier, der er egnede til indirekte at forskelsbehandle visse personer, er sprogkrav, der kan stille personer af en bestemt national oprindelse ringere end andre personer, eller særlige uniformskrav, der kan stille personer af en bestemt religion ringere end andre personer.

<sup>8</sup> Godtgørelsesniveauet for krænkelse uden for afskedigelsessituationen udgør efter praksis 25-50.000 kr.

<sup>9</sup> Schwarz, Finn og Jens Jakob Hartmann, Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet –

forskelsbehandlingsloven, Thomson Reuters, 1. udgave, 1. oplag, 2011, side 342 ff.

<sup>10</sup> LFF 1996-01-17 nr. 181 Forslag til Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.

<sup>11</sup> Lov nr. 459 af 12. juni 1996 - Forskelsbehandlingsloven

<sup>12</sup> Højesterets dom af 13. juni 2013, sag 250/2011, 1. afd., trykt i UfR 2013.2575H

<sup>13</sup> Andersen, Agnete L., Nielsen, Ruth, Precht, Kirsten og Tvarnø, Christina D., Ligestillingslovene med kommentarer Bind 1 – Forskelsbehandlingsloven, den etiske ligebehandlingslov, ligestillingsloven, kønsbalance i ledelse, særlige ligebehandlingsorganer og generelle spørgsmål, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 7. udgave, 1. oplag, 2015, side 170.

<sup>14</sup> Vestre Landsrets dom af 16. december 2013, sag B-1148-12, 1. afd., trykt i UfR 2014.990V, hvor en kvindelig medarbejder blev afskediget begrundet i længerevarende ordredgang, der nødvendiggjorde en indskrænkning i medarbejderstaben. Under henvisning til medarbejderens anciennitet på cirka 7 år på afskedigelsestidspunktet, tilkendte landsretten kvinden en godtgørelse svarende til 9 måneders løn.

<sup>15</sup> Højesterets dom af 13. juni 2013, sag 250/2011, 1. afd., trykt i UfR 2013.2575H, hvor en kvindelig advokatsekretær blev bortvist efter blot fire dages ansættelse med den begrundelse, at hun havde diagnosen ADHD, og at hun ikke havde oplyst herom i forbindelse med ansættelsessamtalen. Højesteret fandt, at kvinden på afskedigelsestidspunktet led af ADHD i en sådan grad, at hun var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, og at bortvisningen med henvisning til hendes diagnose var udtryk for direkte ulovlig forskelsbehandling på grund af handicap. Højesteret udmålte godtgørelsen til 6 måneders løn.

- <sup>16</sup> Sø- og Handelsrettens dom af 31. januar 2014, sag F-19-06, trykt i UfR 2014.1223S. Sø- og Handelsretten afgørelse vedrørte to selvstændige sager, nemlig Ring og Werge. Werge-sagen blev anket til Højesteret, der frifandt virksomheden, fordi virksomheden ikke havde været bekendt med, at medarbejderen var handicappet, jf. H2015.25-2014. I Ring-sagen blev en kvinde sygemeldt med rygproblemer som følge af en diskusprolaps. Kvinden var sygemeldt i ca. 5 ½ måned, hvorefter hun blev afskediget. Sø- og Handelsretten lagde til grund, at kvindens lidelse udgjorde et handicap efter forskelsbehandlingsloven og udmålte godtgørelsen til 12 måneders løn henset til kvindens lange anciennitet på mere end 9 år samt sagens øvrige omstændigheder.
- <sup>17</sup> Højesterets dom af 1. oktober 2014, sag 322/2012, 1. afd., trykt i UfR 2015.1H
- <sup>18</sup> Højesterets dom af 12. marts 2015, sag 180/2014, 1. afd., trykt i UfR 2015.2027H.
- <sup>19</sup> Sø- og Handelsrettens dom af 29. april 2015, sag F-9-12, trykt i UfR SH2015.F-9-12.
- <sup>20</sup> jf. fx Sø- og Handelsrettens dom af 31. januar 2014 (Ring-sagen)
- <sup>21</sup> Højesterets dom af 1. oktober 2014, sag 322/2012, 1. afd., trykt i UfR 2015.1H.
- <sup>22</sup> Det fremgår af Højesterets præmisser i UfR 2015.1H, at "*ved bedømmelsen af den krænkelse, der er påført den enkelte, bør der navnlig tages hensyn til, at udvælgelseskriteriet var tænkt som objektivt begrundet i sociale hensyn*", ligesom det fremgår af UfR 2015.2027H, at *udvælgelseskriteriet ikke var begrundet i sociale hensyn*".
- <sup>23</sup> Sammenhold præmisserne i Østre Landsrets dom af 13. juni 2012 med Højesterets præmisser i UfR 2015.1H.
- <sup>24</sup> Se også UfR 2011.417H, hvor Højesteret tillagde retsikkerhedskriteriet betydning i en sag om fortolkning af SAS' overenskomstmæssige pensionsforpligtelser.

**Godt-gørelse**, en. [-,gö?rəlsə] vbs. til -gøre.

**1)** (især Skriftsprog eller litterært påvirket talesprog) til -gøre 1(2), især m. konkr. bet. om det (pengebeløb), der ydes en for en udgift, en skade, sjældnere en ulejlighed (et arbejde), han har haft (og som det tilkommer en anden at betale) (jf. Befordrings-, Bolig-, Flytningsgodtgørelse osv.). vAph. (1759). (han) fordrede Godtgørelse for den Skade, de Danske . . havde lidt. *Molb.DH.II.180*. Krigsartiklerne bestemme en vis Godtgørelse for Arme, Been, Øine o. s. v., der i Krigen ere bortskudte eller gjorde ubrugelige. *Harboe.MarO.vorVert* . . tilbageviste den Godtgørelse, jeg tilbød ham for hans Gjæstfrihed. *Tolderl.F.II.117*. Godtgørelse for Repræsentationsudgifter. *Scheller.MarO*. Godtgørelse for Liggedage. Ludv.

**2)** (Skriftsprog eller litterært påvirket talesprog, l. br.) til -gøre 2(2). vAph. (1759). Godtgørelse af hans Udsagn vil blive ham umuelig. VSO. Godtgørelse af en vis Formue (dvs.: *paavisning af dens tilstedeværelse*). D&H.

## Seneste nyt om beskyttelsen af gravide ved stillingsnedlæggelse

MARIA HELBO HOLCK  
ADVOKAT (L)

TOMMY ANGERMAIR  
ADVOKAT



Reglerne om beskyttelse af gravide<sup>1</sup> medarbejdere efter ligebehandlingsloven er efterhånden velkendte for de fleste. Ikke desto mindre føres der fortsat en række tvister herom navnlig ved Ligebehandlingsnævnet og domstolene. Det er fortsat sager om opsigelse i forbindelse med stillingsnedlæggelse, der giver anledning til de fleste tvister. Denne artikel fokuserer på, hvad der skal til for, at en arbejdsgiver kan anses for at have løftet bevisbyrden for, at opsigelsen hverken helt eller delvist skyldes graviditet, men derimod en reel og nødvendig stillingsnedlæggelse. I den forbindelse har vi også foretaget en nærmere analyse af omplaceringspligtens rækkevidde.

### Generelle krav ved opsigelse af gravide pga. stillingsnedlæggelse

Ifølge ligebehandlingslovens § 9 må en arbejdsgiver ikke opsigte en medarbejder pga. graviditet. Den omvendte bevisbyrde i henhold til ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, indebærer endvidere, at arbejdsgiveren skal bevise, at en opsigelse af en gravid hverken helt eller delvist skyldes graviditeten. Denne omvendte bevisbyrde kan være vanskelig at løfte, men det er ikke umuligt. Der gælder således ikke noget absolut forbud mod at opsigte en gravid.

Disse regler giver dog den gravide medarbejder en "særlig beskyttelse" mod opsigelse. For medarbejdere, der blot nyder en almindelig beskyttelse mod usaglig opsigelse (fx

overenskomstansatte eller funktionærer), vil opsigelse begrundet i stillingsnedlæggelse ofte være saglige, forudsat at stillingen ikke umiddelbart genbesættes. Ved en sådan stillingsnedlæggelse skal arbejdsgiveren som klar hovedregel hverken legitimere valget mellem flere medarbejdere eller søge at omplacere den pågældende medarbejder.

Den særlige beskyttelse efter ligebehandlingsloven indebærer dog, at udgangspunktet er et andet, hvilket navnlig skyldes den omvendte bevisbyrde. Det er således arbejdsgiveren, der skal bevise, at en opsigelse af en gravid medarbejder *alene* er begrundet i arbejdsgiverens forhold, selvom der er tale om en stillingsnedlæggelse.

Afgørende for, om arbejdsgiverens bevisbyrde anses for løftet, er ifølge praksis, om arbejdsgiveren kan bevise, 1) at der var tale om en reel og nødvendig stillingsnedlæggelse, 2) at der var objektive og saglige grunde til, at netop den gravide måtte opsiges (hvis valg mellem flere medarbejdere), og 3) at den gravide ikke kunne omplaceres til en anden stilling i virksomheden, herunder efter evt. opkvalificering<sup>2</sup>. Kravene til, at denne bevisbyrde anses for løftet, afhænger af sagens omstændigheder.

### En reel og nødvendig stillingsnedlæggelse

Ved vurderingen af, om der er tale om en reel stillingsnedlæggelse, lægges der efter praksis først og fremmest

vægt på, om antallet af medarbejdere faktisk reduceres. I nogle tilfælde er det nemt at konstatere, fx hvis der nedlægges et antal stillinger – uden at andre oprettes – som led i en effektivisering af arbejdsgiverens forretningsgange eller i forbindelse med, at nogle aktiviteter ophører.

I andre tilfælde kan det være mere vanskeligt at fastslå, om der sker reelle stillingsnedlæggelser eller ej. Det kan fx være vanskeligt i tilfælde af omstruktureringer, hvor nogle stillinger nedlægges, men hvor der samtidig oprettes nye stillinger fx i andre afdelinger i selskabet. Hvis de opgaver, som den gravide hidtil har varetaget, fortsat eksisterer helt eller delvist i selskabet, kan det skabe tvivl om, hvorvidt der er sket en reel stillingsnedlæggelse. I sådanne situationer er det relevant at undersøge, hvor den gravidens opgaver fremover placeres i organisationen.

Sidstnævnte blev eksempelvis tillagt afgørende betydning i Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 18. juni 2014 (nr. 119/2014), som vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt en opsigelse af en undervisningsassistent på barselsorlov var i strid med ligebehandlingsloven. Opsigelsen var begrundet i en stillingsnedlæggelse, som fandt sted i forbindelse med en midlertidig flytning af museets aktiviteter pga. en omfattende ombygning.

Nævnet gav medarbejderen medhold i sit krav overfor museet. Nævnet lagde i den forbindelse vægt på, at en del af medarbejderens opgaver stadig blev varetaget på museet, og at de var blevet overtaget af andre medarbejdere. Nævnet lagde således mindre vægt på museets anbringende om, at medarbejderen var den, der bedst kunne undværes i den nye struktur målt på kompetencer.

Når det skal vurderes, om en stillingsnedlæggelse er *nødvendig*, foretages der typisk en ganske intensiv prøvelse af arbejdsgiverens beslutningsgrundlag. Hvis en stillingsnedlæggelse er begrundet i et behov for at spare på omkostningerne, bliver det i nogle sager nøje vurderet, om der er et reelt økonomisk behov for sådanne besparelser.

Dette var bl.a. tilfældet i Vestre Landsrets dom af 28. april 2015 (V.L. B-0198-14), hvor dommerne indledningsvist fandt, at arbejdsgiveren med rette havde vurderet, at det var nødvendigt at nedlægge stillingen af økonomiske årsager. Landsretten lagde i sin afgørelse vægt på: 1) de regnskabsmæssige oplysninger som viste en meget lav omsætning for virksomheden, 2) at overskuddet var så

beskedent, at arbejdsgiveren (personligt drevet virksomhed) ikke kunne hæve en almindelig løn til sig selv, 3) oplysninger fra arbejdsgiverens revisor (revisor havde anbefalet øjeblikkelig reduktion af personaleomkostninger), og 4) kontoudtogene fra kassekreditten (som viste overtræk på virksomhedens konto).

Tilsvarende situation forelå i en sag, der blev afgjort ved Højesterets dom af 4. februar 2015 (U.2015.1525H), hvor Højesteret lagde til grund, at opsigelsen af en gravid medarbejder skete i forbindelse med omlægning af arbejdsgiverens strategi og den samtidige afskedigelse af ca. 40 % af medarbejderne, *"hvilket var nødvendiggjort af en økonomisk kritisk situation for virksomheden, som betød, at dens eksistens var i fare"*.

I andre sager synes der ikke at blive foretaget samme grundige prøvelse af, om der er et sådant reelt økonomisk behov for besparelser. Således vil stillingsnedlæggelser i forbindelse med omstruktureringer begrundet i ændring i virksomhedens strategi ikke nødvendigvis skulle retfærdiggøres af et økonomisk behov. Eksempelvis synes Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 7. januar 2015 (nr. 1/2015) at være baseret på en sådan mere lempelig prøvelse. I denne sag blev en kommende far opsagt fra en stilling som divisionschef, da denne blev nedlagt i forbindelse med en omstrukturering i koncernen. Ifølge sagsfremstillingen i afgørelsen skete ændringerne, fordi koncernledelsen fandt det mere hensigtsmæssigt, at de forretningsenheder, som divisionschefen var leder for, blev samlet i et andet selskab ("D"), og under ledelsen i det selskab. Derimod synes det ikke at have været et tema i sagen, hvorvidt stillingsnedlæggelsen havde været påkrævet af økonomiske hensyn. Nævnet udtalte endvidere, at det ikke fandt grundlag for *"at tilsidesætte [selskabets] beslutning om, at der ikke var organisatorisk eller driftsmæssigt grundlag for at oprette en særskilt stilling for [medarbejderen] i selskabet D."*

På tilsvarende vis må det formodes, at en opsigelse af en gravid i forbindelse med en virksomhedslukning – og deraf afledt nedlæggelse af samtlige stillinger i virksomheden – kan foretages uden, at det nødvendigvis vil udgøre en krænkelse af ligebehandlingsloven, uanset om virksomheden konkret udviser økonomisk overskud eller ej. Det må på samme vis være muligt for en virksomhed at beslutte at nedlægge en del af sine aktiviteter med den begrundelse, at der ikke er et tilstrækkeligt stort overskud i

den del af virksomheden, selvom der rent faktisk er et (mindre) overskud. Det synes i hvert fald ikke at kunne uledes af den gældende praksis, at det vil være nødvendigt at kunne påvise, at den relevante del af virksomheden er decideret underskudsgivende, for at få medhold i at stillingsnedlæggelsen er nødvendig.

Selvom det kan konstateres, at det er nødvendigt at reducere personaleomkostninger, betyder det dog ikke, at arbejdsgiveren frit kan vælge at nedlægge den stilling, som den gravide varetager. I den førnævnte Vestre Landsrets dom af 28. april 2015 blev det således ligeledes vurderet, om arbejdsgiveren kunne have opnået samme formål ved i stedet at nedlægge en anden tilbageværende stilling i virksomheden. Vestre Landsret nåede dog frem til, at det var berettiget at nedlægge netop den gravides stilling, da hun havde samme kompetencer som virksomhedsejeren, hvorimod den anden medarbejder havde en anden uddannelse og varetog funktioner, som virksomhedsejeren ikke kunne udføre.

#### Valget mellem flere medarbejdere

Ifølge den hidtidige praksis<sup>3</sup> var det overordentligt vanskeligt for en arbejdsgiver at bevise, at en opsigelse af en gravid medarbejder som led i en eller flere stillingsnedlæggelser, hverken var helt eller delvist begrundet i graviditeten, medmindre samtlige stillinger inden for det pågældende arbejdsområde blev nedlagt. Denne retsstilling er i daglig tale blevet udlagt som værende udtryk for et princip om, at den gravide var den sidste (sammen med tillidsmanden, sikkerhedsrepræsentanten osv.), som skulle opsiges i forbindelse med en fyringsrunde, omend dette ikke var en fuldstændig korrekt beskrivelse heraf.

Ved en gennemgang af nyere praksis, ser man fortsat, at det klare udgangspunkt er, at bevisbyrden er vanskelig at løfte for arbejdsgiveren. Som eksempel kan nævnes, at Ligebehandlingsnævnet i sin afgørelse af 25. marts 2015 (nr. 41/2015) nåede frem til, at arbejdsgiveren ikke havde løftet bevisbyrden for, at medarbejderens graviditet hverken helt eller delvist var medvirkende til beslutningen om at opsiges hende. Ligebehandlingsnævnet lagde i den forbindelse vægt på, at selvom, nogle af de aktiviteter som den gravide varetog, ville ophøre, og at der i den forbindelse blev nedlagt en række stillinger, så ville den væsentligste del af den gravides arbejdsområde fortsætte.

Imidlertid findes der også flere afgørelser, hvor det er

blevet anerkendt, at arbejdsgiveren kan foretage en saglig vurdering af, hvem der bedst kan undværes, og på den måde løfte bevisbyrden for, at graviditeten ikke spiller en rolle. Praksis viser, at der i den forbindelse både kan lægges vægt på faglige kvalifikationer og kompetencer. I enkelte sager har det også været anerkendt, at medarbejderens manglende performance/kvalitet i opgaveløsningen kan være udslagsgivende for, at netop den beskyttede medarbejder må opsiges.

Region Midtjylland fik således medhold af Vestre Landsret i en sag, hvor regionen grundet politisk vedtagne besparelser skulle afskedige eller omplacere i alt 747 medarbejdere, herunder 14 i Center for Folkesundhed, hvor medarbejderen (F), der på opsigelsestidspunktet var på barsel, var ansat (U.2014.91V). Vestre Landsret fandt, at regionen havde løftet bevisbyrden for, at indstillingen til afskedigelse/omplacering af F var begrundet i en saglig vurdering af de enkelte medarbejders kvalifikationer. Det kan dog ikke udelukkes, at det i den forbindelse spillede en væsentlig rolle, at Vestre Landsret ikke fandt grundlag for at tilsidesætte lederens forklaring om, at hun ved sin vurdering ikke var opmærksom på, at F var på barsel.

Ved Afskedigelsesnævnets tilkendegivelse af 3. marts 2014 fik en klinikassistent på en tandlægeklinik ikke medhold i, at opsigelsen af hende under hendes barselsorlov var i strid med ligebehandlingsloven. Tandlægeklinikken skulle nedlægge 2 af 4 stillinger som klinikassistent i forbindelse med opsigelsen af interessentskabet mellem de to tidligere ejere. 2 af de 4 klinikassistenter var på barsel. Opmanden gav medhold i, at det ikke kunne kritiseres, at klinikken valgte at beholde den ene af de klinikassistenter, som ikke var på barsel, da hun varetog nogle bogholderifunktioner, som de andre ikke kunne varetage. Valget af, hvilke to der skulle afskediges, skulle derfor foretages blandt de øvrige 3. Da klinikken valgte at beholde den ene af de to, der var på orlov, fandtes det godtgjort, at afskedigelsen hverken helt eller delvist var begrundet i medarbejderens barselsorlov.

Selvom den beskyttede medarbejder på papiret har de samme kompetencer som de øvrige medarbejdere, vil det i nogle tilfælde være muligt for arbejdsgiveren at løfte bevisbyrden for, at opsigelsen ikke skyldes graviditeten, hvis arbejdsgiveren kan påvise, at der er foretaget en vurdering af medarbejdernes performance, og at den beskyttede medarbejder i den forbindelse er den med den

laveste score.

Dette var bl.a. tilfældet i en afgørelse truffet af Ligebehandlingsnævnet 2. april 2014 (nr. 70/2014). I denne sag blev en mandlig medarbejder opsagt grundet stillingsnedlæggelse på et tidspunkt, hvor han havde varslet afholdelse af forældreorlov. Ledelsen havde vurderet alle medarbejdere ud fra kriterierne produktivitet/effektivitet, kvalitet i opgaveløsningen og initiativ. Den beskyttede medarbejder havde den klart laveste score, hvilket fremgik af det skriftlige sammenligningsskema, som arbejdsgiveren havde fremlagt. Selvom medarbejderen ikke havde fået egentlige advarsler herfor, fandt nævnet, at arbejdsgiveren havde løftet bevisbyrden efter ligebehandlingsloven.

I en anden sag fandt Ligebehandlingsnævnet (afgørelse af 12. november 2014, nr. 193/2014) derimod ikke, at et revisionsfirma havde løftet bevisbyrden for, at opsigelsen af en sekretær ikke var begrundet i hendes barselsorlov. Revisionsfirmaet havde fremlagt et referat af forhandlinger med medarbejderrepræsentanter, hvoraf det fremgik, at udvælgelsen af medarbejderne ville ske på baggrund af 9 objektive kriterier, herunder bl.a. uddannelse, kompetencer, fleksibilitet, performance mv. Revisionsfirmaet havde imidlertid ikke fremlagt skriftlig dokumentation for deres vurdering af medarbejderne og kunne derfor ikke bevise på hvilket grundlag, firmaet var nået frem til, at den beskyttede medarbejder var den, der bedst kunne undværes. På den baggrund fandt nævnet ikke, at bevisbyrden var løftet.

De to sidstnævnte afgørelser for Ligebehandlingsnævnet illustrerer også, hvilken betydning det kan have, at arbejdsgiveren forud for opsigelsen af en gravid medarbejder har fået udarbejdet en skriftlig sammenfatning af sin vurdering. En sådan vurdering bør nøje beskrive, hvorledes arbejdsgiveren har vurderet de enkelte medarbejdere efter de valgte objektive kriterier. Hvis vurderingen er foretaget i henhold til en betryggende procedure, på et driftsmæssigt grundlag og i øvrigt klart viser, at den gravide medarbejder bedst kan undværes, f.eks. fordi medarbejderen har den laveste score, vil arbejdsgiveren normalt have en mere realistisk mulighed for at løfte bevisbyrden for, at graviditeten ikke har spillet nogen rolle.

### Omplacering eller opkvalificering af den gravide

Selvom arbejdsgiveren kan påvise saglige grunde for at

nedlægge netop den stilling, som den gravide medarbejder varetager, så indebærer det ikke nødvendigvis, at opsigelsen af den gravide vil være i overensstemmelse med ligebehandlingsloven. Det skyldes, at arbejdsgiver efter praksis også har en forpligtelse til at afsøge omplaceringsmuligheder af den gravide med henblik på så vidt muligt at undgå en afskedigelse. Omplaceringspligten er efter retspraksis meget vidtgående og omfatter således ikke alene omplacering til stillinger, som svarer til medarbejderens eksisterende stilling i virksomheden, men også andre typer af stillinger som medarbejderen vil være i stand til at varetage.

Omplaceringspligten indebærer også, at en arbejdsgiver er forpligtet til at afsøge mulighederne for omplacering til stillinger, som den beskyttede medarbejder ikke er fuldt ud kompetent til at varetage, men som alene vil kræve en rimelig opkvalificering. Ved vurderingen af, om der er tale om en "rimelig" opkvalificering, skal der både tages hensyn til den tidsmæssige udstrækning heraf, og de omkostninger der er forbundet hermed. Det vil endvidere kunne have en selvstændig betydning for sagens udfald, om arbejdsgiveren rent faktisk har undersøgt omplacerings-/opkvalificeringsmulighederne eller ej.

Et eksempel herpå kan findes i Østre Landsrets dom af 23. maj 2014 (Sag B-819-13), hvor arbejdsgiveren grundet virksomhedens økonomiske situation varslede nedgang i arbejdstiden overfor en administrativ medarbejder (Ressource Coordinator). Arbejdstiden blev ændret fra 37 timer om ugen til 20 timer om ugen. Medarbejderen valgte at betragte sig som opsagt og gjorde i samme forbindelse gældende, at opsigelsen var i strid med ligebehandlingsloven, da varslingen skete, mens hun var på forældreorlov. Samtidig med at medarbejderen blev opsagt, blev en anden medarbejder fastansat i en stilling som marketing/CRM administrator med 32 timer ugentligt. Den beskyttede medarbejder gjorde i den forbindelse gældende, at hun også kunne have varetaget de opgaver vedr. virksomhedens CRM-system, selvom hun ikke havde beskæftiget sig med dem under sin ansættelse i virksomheden.

Landsretten lagde bl.a. vægt på, at det hverken var blevet undersøgt – eller overvejet – om den beskyttede medarbejder kunne varetage CRM-opgaverne, og at det i øvrigt heller ikke var blevet undersøgt, om den beskyttede medarbejder kunne udføre andre opgaver i virksomheden

eller i andre dele af koncernen. På den baggrund fandt landsretten ikke, at virksomheden havde løftet bevisbyrden efter ligebehandlingsloven, og medarbejderen fik medhold.

En lignende sag finder man i Vestre Landsrets dom af 8. marts 2007 (Sag B-0465-06). En kontor- og salgsassistent var blevet opsagt under hendes barselsorlov pga. stillingsnedlæggelse. Virksomheden fastansatte dog samtidig herved barselsvikaren i en nyoprettet stilling, som dels bestod af opgaver der tidligere var varetaget af den beskyttede medarbejder og dels af opgaver i produktionen. Arbejdsgiveren gjorde gældende, at den beskyttede medarbejder ikke kunne varetage den nyoprettede stilling, da hun ikke havde kompetencerne til at bestride opgaverne i produktionen. Landsretten lagde i sin afgørelse bl.a. vægt på, at der var uoverensstemmende vidneforklaringer om oplæringsbehovet for den beskyttede medarbejder. Landsretten mente på den baggrund ikke, at det kunne afvises, at den beskyttede medarbejder kunne bestride den nyoprettede stilling. Arbejdsgiveren havde derfor ikke løftet bevisbyrden for, at opsigelsen ikke skyldtes medarbejderens orlov, og medarbejderen fik medhold.

En anden nyere sag har vist, at omplaceringsmulighederne skal undersøges i bred forstand. Østre Landsret tog således ved dom af 26. juni 2014 (Sag B-1606-13) stilling til en sag, hvor en regnskabschef på barselsorlov blev opsagt pga. en omstrukturering, der medførte, at stillingen blev nedlagt, og opgaverne fremadrettet blev fordelt mellem virksomhedens direktør og en regnskabsassistent. Landsretten fandt, at behovet for en lønbesparelse var velbegrunderet, men fandt imidlertid også, at arbejdsgiveren burde have undersøgt, om samme lønbesparelse kunne være opnået ved, at regnskabschefen gik ned i løn. Selvom dommen ikke udtrykker det direkte, må det reelt forstås sådan, at landsretten mente, at virksomheden skulle have tilbudt regnskabschefen en stilling på vilkår som regnskabsassistent.

Dommen kan tolkes som en bevægelse hen imod, at omplaceringspligten også gælder i forhold til stillinger på andre niveauer i virksomheden – altså at ledere, der er gravide, muligvis også skal søges omplaceret til ledige stillinger på et underordnet niveau. Om dommen ligefrem vil få konsekvenser for den generelle retstilling, synes dog ikke med sikkerhed at kunne udledes af dommen. Det har formentlig – med rette – spillet en rolle for landsrettens vurdering af sagen, at stillingen som regnskabsassistent

blev oprettet i forbindelse med, at regnskabschefen gik på orlov. Det var altså reelt barselsvikaren, som fik lov at beholde sin ansættelse. Det synes derfor nærliggende at antage, at sagen ville have fået et andet udfald, hvis der allerede havde eksisteret en stilling som regnskabsassistent, før regnskabschefen gik på barselsorlov.

Praksis har endvidere vist, at omplaceringsmulighederne skal afsøges indenfor et meget stort geografisk område. Tulip tabte således en sag om opsigelse i forbindelse med nedlukning af en afdeling i Ålborg, da en beskyttet medarbejder ikke blev tilbudt omplacering til stillinger i hhv. Vejle eller Randers (Vestre Landsrets dom af 11. april 2007). I en nyere afgørelse (U.2014.657V) fandtes en opsigelse af en rengøringsassistent at være i strid med ligebehandlingsloven. Rengøringsassistentens arbejde omfattede rengøring af posthusene i Ringkøbing, Skjern, Videbæk og Spjald, og rengøringsfirmaet mistede Post Danmark som kunde. Vestre Landsret tilkendte dog rengøringsassistenten en godtgørelse efter ligebehandlingsloven, da arbejdsgiveren ikke havde undersøgt mulighederne for, om hun ville acceptere en stilling i Viborg – hvilket hun under partsforklaringen oplyste, at hun ville have været interesseret i.

De krav, der stilles til omfanget af en rimelig opkvalificering/ oplæring, afhænger endvidere af, den opkvalificering/ oplæring virksomheden har accepteret at måtte tilbyde overfor andre medarbejdere. Således fandt Østre Landsret ikke, at arbejdsgiveren havde løftet bevisbyrden efter ligebehandlingsloven i en sag (U.2012.1388Ø), hvor en kvinde på barselsorlov blev opsagt pga. af stillingsnedlæggelser som følge af virksomhedens økonomiske krise. Landsretten lagde vægt på, at der samtidig blev ansat en ny medarbejder, og at virksomheden havde erkendt, at oplæringen af denne nye medarbejder også ville være ganske omfattende for, at vedkommende kunne varetage den fremadrettede funktion i virksomheden.

#### Omplacering i opsigelsesperioden

Det har været almindelig anerkendt, at det er forholdene på opsigelsestidspunktet, der er afgørende for, om en opsigelse er i overensstemmelse med den relevante lovgivning. Det gælder både, når en opsigelses saglighed skal vurderes (U.2002.2026H), men også når det skal vurderes, om en opsigelse af en medarbejder der nyder særlig beskyttelse mod opsigelse, er sket i overensstemmelse med de relevante regler. Se bl.a. Højesterets

dom af 6. december 2004 (U.2005.886/2H), hvor Højesteret slog fast, at opsigelse af hhv. tillidsrepræsentanten og sikkerhedsrepræsentanten alene skulle vurderes ud fra forholdene på opsigelsestidspunktet, og at et efterfølgende frasalg af den konkurstruede virksomhed ikke betød, at opsigelserne bortfaldt eller skulle tilbagekaldes.

En nylig dom afsagt af Vestre Landsret 3. juni 2014 (U. 2014.2949V) har imidlertid skabt tvivl om, hvorvidt dette fortsat er retsstillingen i forhold til opsigelser, der skal vurderes efter ligebehandlingsloven. I denne sag op sagde en uddannelsesinstitution en markedsføringskoordinator i forbindelse med en række stillingsnedlæggelser begrundet i besparelseskrav. Selve opsigelsen fandtes ikke at være i strid med ligebehandlingsloven, da uddannelsesinstitutionen ikke kendte til medarbejderens graviditet på det tidspunkt, hvor beslutningen om, hvem der skulle opsiges, reelt blev truffet. Uddannelsesinstitutionen havde forsøgt at omplacere medarbejderen frem til tidspunktet, hvor opsigelsen blev endeligt meddelt medarbejderen, men herefter blev der ikke foretaget yderligere bestræbelser fra uddannelsesinstitutionens side.

Landsretten fandt, at der var opstået i hvert fald en ledig stilling i opsigelsesperioden, som den beskyttede medarbejder fagligt var kompetent til at varetage. Landsretten udtalte endvidere, at institutionen, som følge af den omplaceringspligt, der gælder efter ligebehandlingsloven, burde have undersøgt muligheden for, at medarbejderen kunne blive omplaceret til den ledige stilling – også selvom den altså først blev ledig efter opsigelsen. Den omstændighed, at medarbejderen havde set opslaget og valgt ikke at søge stillingen, ændrede ikke ved landsrettens vurdering. Landsretten fandt, at den manglende omplacering var i strid med ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, og at medarbejderen derfor havde krav på en godtgørelse efter § 16, stk. 2, som henset til medarbejderens anciennitet blev fastsat til 9 måneders løn.

Dommen er overraskende, idet den bryder med det grundlæggende princip om, at opsigelser skal vurderes ud fra forholdene på tidspunktet, hvor opsigelsen meddeles medarbejderen. Det forekommer derfor ikke at være korrekt, når Vestre Landsret udstrækker omplaceringspligten til også at gælde i forhold til de eventuelle ledige stillinger, der måtte opstå efter opsigelsestidspunktet, og derved reelt udvider den tidsmæssige beskyttelse efter

ligebehandlingslovens §§ 9 og 16, stk. 4. Det ville derimod have været mere relevant, at vurdere spørgsmålet efter ligebehandlingslovens § 2, idet den manglende omplacering i opsigelsesperioden mere nærliggende synes at skulle vurderes som et afslag på ansættelse (§ 2) fremfor en opsigelse (§ 9) begrundet i graviditeten. Godtgørelse for en overtrædelse af ligebehandlingslovens § 2 udmåles efter lovens § 14. Det normale niveau herfor er ifølge praksis (U.2008.957H og U.2012.511H) 25.000 kr.

Dommen er efter 3. instansbevilling anket til Højesteret, og spørgsmålet vil derfor blive nærmere afklaret herved.

#### Afsluttende kommentarer

Den nyeste praksis bekræfter i høj grad den retstilstand, vi allerede kender. Det kan dog på baggrund af gennemgangen i denne artikel konstateres, at retspraksis er under stadig udvikling, når det skal vurderes, om en opsigelse begrundet i stillingsnedlæggelse kan foretages, når medarbejderen nyder særlig beskyttelse efter ligebehandlingsloven.

Navnlig synes det værd at bemærke, at der i nyeste praksis findes flere afgørelser, hvor en opsigelse af en beskyttet medarbejder pga. stillingsnedlæggelse er blevet anset for at være i overensstemmelse med ligebehandlingsloven, selvom arbejdsgiveren kunne have valgt at opsiges en anden ikke-beskyttet medarbejder, som indtog en tilsvarende eller nogenlunde tilsvarende stilling. Arbejdsgiverne er i disse sager blevet anerkendt en ret til at foretage en saglig vurdering af, hvem af medarbejderne der bedst kan undværes i virksomhedens fremadrettede set up. Hvis vurderingen viser, at den gravide medarbejder bedst kan undværes, kan det være tilstrækkeligt grundlag for, at arbejdsgiverens bevisbyrde anses for at være løftet.

Denne praksis bryder med den hidtidige opfattelse af, at det var stort set umuligt at opsiges en gravid medarbejder, hvis der var relevante alternative opsigelsesmuligheder. Den seneste praksis har også vist, at det kan få stor betydning, for en sags afgørelse, om arbejdsgiveren kan fremlægge skriftlig dokumentation for den vurdering, arbejdsgiveren har foretaget, hvilket arbejdsgivere naturligvis bør være opmærksomme på.

I udgangspunktet skal der dog fortsat ganske meget til, for at en opsigelse af en gravid findes i overensstemmelse med ligebehandlingsloven.

Det er i den forbindelse også vigtigt at notere sig, at uds-trækningen af omplaceringspligten pt. synes uafklaret, idet Vestre Landsret - som beskrevet ovenfor - i en konkret sag nåede frem til, at omplaceringspligten også kan ud-strækkes til at gælde i opsigelsesperioden – helt frem til fratrædelsesdagen. Dette synspunkt synes meget vidt-gående og umiddelbart uforeneligt med den eksisterende højesteretspraksis. Som nævnt er der givet 3. instans-bevilling i sagen, og det bliver derfor spændende at se, om Højesteret er enig i landsrettens vurdering af sagen.

- 
- <sup>1</sup> Vi har valgt at målrettet artiklen på beskyttelsen af den gravide medarbejder. Artiklen vil dog ligeledes indeholde omtale af praksis, der vedrører mænd og kvinder på barsels, mødre-, fædre- og forældreorlov, og mænd og kvinder, der har varslet orlov (eller givet oplysning om graviditet hos partner), idet denne praksis også er relevant. Af fremstillingsmæssige grunde har vi valgt at benytte betegnelsen "gravide" i forbindelse med vores generelle analyse af de berørte problemstillinger ved opsigelse af en medarbejder, som (potentielt) er beskyttet mod opsigelse i kraft af ligebehandlingsloven.
  - <sup>2</sup> Se bl.a. praksis beskrevet af Agnete Andersen m.fl. i "Ligestillingslovene, bind 2" side 101-105 og 114-117, samt Anja Bülow Jensen i "En status på (noget af) beskyttelsen af gravide", HR Jura Magasinet nr. 1, 2012.
  - <sup>3</sup> Se Agnete Andersen m.fl. i "Ligestillingslovene, bind 2", side 114.

**diskriminere**, v. -ede. vbs. -ing ell. **Diskrimination**. (jf. eng. *discriminate*; fra lat. *discriminare*, adskille, besl. m. *discernere*, se diskret og *discernere* S; næppe alm. før i 1940'erne)  
gøre forskel, især (fagl.) i handelsforhold og i samfundsforhold (jf. forskelsbehandle S, Flagdiskriminering S og Racediskrimination S).  
Discrimination, Evne til at opfatte Forskelle. Meyer.8(1924). Demosthenes .. omtaler denne Diskrimination (: *m.h.t. et særligt gymnasium for børn født uden for ægteskab*) som noget på hans Tid overstået. Frisch. *Athenernes Statsforfatning*.(1941).240. Diskriminering p. Gr. af Race, Tro eller politisk Anskuelse. *Sal.T.1945-46*.535. Skulde "Information" og Modstandsbevægelsen gøre Alvor af at diskriminere visse af Folketingskandidaterne, vil det rimeligvis virke i direkte modsat Retning. HalKoch.(*FrieOrd.1946*).23). Diskriminering. Forskelsbehandling (af Kunder). ØkonO. Diskriminering, Betegnelse for en Fremgangsmaade, f. eks. ved Lovgivning, hvorved en Befolkningsklasse eller Race stilles ringere end andre Dele af Befolkningen. *PolitLeks*.(1948).73. Diskrimination (folkeretligt), forskelsbehandling. Udtrykket anvendes i fremmedretten i forbindelse med statens forhold til fremmede statsborgere. Enhver stat har i almindelighed ret til at diskriminere (gøre forskel) mellem indlændinge og fremmede statsborgere. *VTLeks*.VI.389. Ved prisdifferentiering eller prisdiskrimination forstår man, at der for samme ydelse eller vare tages forskellige priser. *Hage*.71.396. Josephine Baker. Hvorfor jeg bekæmper diskrimination. *bogtitel*.1954. diskriminere imod. *DaEngO*.(1954-56).

## Reglerne inden for psykisk arbejdsmiljø bliver stadig mere komplekse

ANDERS ETGEN REITZ  
ADVOKAT

SØREN HESSELLUND KLAUSEN  
ADVOKAT



Problemerne med det psykiske arbejdsmiljø bliver stadig større på landets arbejdspladser. Hver dag er der sygemeldt 35.000 danskere på grund af stress, og Stressforeningen anslår, at stress og depression vil være de væsentligste årsager til sygdom i 2020. Samtidig viser analyser, at hver femte langvarige sygemelding hænger sammen med det psykiske arbejdsmiljø.

Fra et juridisk perspektiv er dette interessant i forhold til, at de fleste arbejdsskader tidligere skyldtes problemer med det fysiske arbejdsmiljø, mens vi i dag ser flere og flere eksempler på arbejdsskader, som skyldes mobning, sexchikane, trusler og vold på arbejdspladsen.

De stadigt stigende problemer med det psykiske arbejdsmiljø har medført, at vi igennem de seneste år har set en betydelig bevægelse i de regler og reguleringer, der omkranser arbejdsskader, og reglerne bliver stadig mere komplekse. Bevægelsen i reglerne skyldes blandt andet, at politikerne har sat ekstra fokus på det psykiske arbejdsmiljø, samtidig med at der bliver afsagt stadig flere principielle domme inden for området.

### Erstatning for psykiske arbejdsskader

I 2011 slog Højesteret fast, at en arbejdsgiver kan blive pålagt at betale personskadeerstatning og godtgørelse til en medarbejder, som er sygemeldt på grund af dårligt psykisk arbejdsmiljø, hvis arbejdsgiveren har overtrådt

Arbejdsmiljøloven. Den konkrete Højesteretssag drejede sig om en kvindelig pædagog, som pådrog sig en psykisk arbejdsskade i forbindelse med en personaleweekend, hvor hendes sygdomsbaserede fravær blev drøftet i plenum. Ifølge Højesteret var pædagogen "blevet påført en dokumenteret psykisk skade som følge af begivenhedsforløbet".

To år senere, i 2013, blev det ved en lovændring præciseret i Arbejdsmiljøloven, at denne også omfatter det psykiske arbejdsmiljø. Præciseringen skete som følge af et ønske fra beskæftigelsesministeren om at skaffe mere fokus på det psykiske arbejdsmiljø. Lovændringen betød også, at flere medarbejdere, der var sygemeldt på grund af dårligt psykisk arbejdsmiljø, blev opmærksomme på muligheden for at kræve erstatning og godtgørelse af deres arbejdsgivere for overtrædelse af Arbejdsmiljøloven<sup>1</sup>.

Det har vi allerede set flere eksempler på. I 2014 blev en kvindelig parkeringsvagt eksempelvis tilkendt en erstatning på tre millioner kroner, fordi hun igennem et halvt år blev udsat for seksuel chikane af en mandlig kollega, hvorefter hun brød sammen og endte på førtidspension. Ifølge Arbejdsskadestyrelsen var sexchikane årsag til kvindens psykiske lidelser.

Det er arbejdsgiverens pligt at sikre, at de fysiske og

psykiske arbejdsforhold er sikkerheds- og sundhedsmæssigt fuldt forsvarlige. Det vil eksempelvis sige, at arbejdsgiveren skal skride ind, hvis en medarbejder bliver mobbet eller udsat for sexchikane på arbejdspladsen, eller hvis en medarbejder arbejder så meget, at det har konsekvenser for medarbejderens helbred. Hvis arbejdsgiveren ikke skrider ind, kan det give en bødestraf og i værste fald langvarige retssager med sygemeldte medarbejdere, som kræver erstatning og godtgørelse.

### Sygdom kan være et handicap

I 2013 slog EU-domstolen i Ring og Werge-sagerne fast, at langvarig sygdom kan være et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Sagerne har i de senere år afstedkommet, at der i en række arbejdsskadesager er blevet rejst krav om godtgørelse i henhold til forskelsbehandlingsloven, hvilket ligger ud over de almindelige krav om erstatning og godtgørelse i henhold til erstatningsansvarsloven.

Sagerne stiller større krav til arbejdsgiverne end hidtil. Således bør arbejdsgivere fremover overveje forskelsbehandlingslovens krav om tilpasningsforanstaltninger, før de opsiges en medarbejder, som har været langvarigt sygemeldt som følge af en arbejdsskade. Hvis arbejdsgiveren ikke mener, det er muligt at iværksætte tilpasningsforanstaltninger – eksempelvis i form af nedsat arbejdstid eller særlige arbejdsredskaber – bør virksomheden lave en skriftlig redegørelse over de foranstaltninger, som de har overvejet, og hvorfor de ikke er blevet iværksat. Samtidig bør reglerne give anledning til, at arbejdsgiverne (gen)overvejer deres politikker om sygefravær.

### Handicap er omfattet af 120 dages-reglen

Efter EU-domstolens udtalelse i Ring og Werge-sagerne har det i en periode været uvist, om sygemeldte medarbejdere, som er omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingslovens forstand, kan opsiges efter 120 dages-reglen. Således afviste EU-domstolen, at fravær begrundet i et handicap kan tælles med i de 120 dage, når dette fravær er en konsekvens af, at arbejdsgiveren har undladt at træffe tilpasningsforanstaltninger. I juni i år præciserede Højesteret i Werge-sagen imidlertid, i hvilke situationer en arbejdsgiver skal iagttage forskelsbehandlingslovens regler om blandt andet tilpasningsforanstaltninger, når medarbejdere er langvarigt sygemeldt. Sagen drejede sig om en kvindelig medarbejder, som havde en del sygefravær på grund af gener, som hun havde pådraget sig i for-

bindelse med et færdselsuheld. Virksomheden valgte på den baggrund at afskedige medarbejderen efter 120 dages-reglen i funktionærloven.

Medarbejderen mente imidlertid, at hun var beskyttet mod opsigelse, fordi generne var omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven. Det var Højesteret dog ikke enig i. Højesteret afgjorde til trods for EU-domstolens udtalelse noget overraskende, at 120 dages-reglen også omfatter handicappede, og at det dermed var berettiget at afskedige medarbejderen. Højesterets afgørelse betyder, at fravær, som skyldes handicap, fremover kan tælles med i opgørelsen af de 120 dages fravær – dog kun under en række forudsætninger.

Således er det stadig et krav, at virksomheden træffer de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i forhold til medarbejderens konkrete behov, hvis medarbejderen er omfattet af handicapbegrebet. Lever virksomheden ikke op til dette krav, kan 120 dages-reglen ikke anvendes.

Tilpasningspligten gælder dog kun, hvis virksomheden ved eller bør vide, at medarbejderen er omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven. I den konkrete sag vurderede Højesteret ikke, at virksomheden vidste eller burde have vidst, at medarbejderen var omfattet af handicapbegrebet. Virksomheden havde derfor ikke tilsidesat sin tilpasningsforpligtigelse<sup>2</sup>.

En anden interessant ting ved dommen er, at den slog fast, at en sygdomsperiode på fem måneder ikke udgør et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Ifølge EU-domstolen er en medarbejder omfattet af handicapbegrebet, hvis vedkommende er i:

*”En tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed.”*

Når sygdommen ikke er af lang varighed, kan en prognose for sygdommen være afgørende for, om sygdommen kan anses for at være af lang varighed. I Werge-sagen forelå der en lægeerklæring, der prognosticerede sygdommen

som langvarig. Medarbejderen var derfor handicappet. Arbejdsgiveren var bare ikke bekendt hermed.

#### Arbejd proaktivt med det psykiske arbejdsmiljø

Som ovenstående gennemgang viser, har vi igennem de seneste år kunnet konstatere en betydelig og interessant bevægelse i de regler, der omkranser arbejdsskader. Det interessante bliver blandt andet at følge, om det fremover bliver sådan, at medarbejdere, der eksempelvis har været udsat for sexchikane og efterfølgende bliver sygemeldt, automatisk vil rejse krav om svie- og smertegodtgørelse. Tilsvarende bliver det interessant at følge, om forskelsbehandlingslovens regler, vil afstedkomme en bølge af krav på godtgørelse i henhold til forskelsbehandlingsloven i tillæg til kravene i henhold til erstatningsansvarsloven i de "almindelige" arbejdsskadesager. I så fald aktualiserer reglerne, at landets arbejdsgivere arbejder proaktivt med det psykiske arbejdsmiljø, ikke alene i forhold til APV, men også i forhold til politikker om omgangstoner, whistleblower-ordning, videreuddannelse af ledere, mv.

Vi har opstillet fem råd til, hvordan arbejdsgivere kan arbejde proaktivt med det psykiske arbejdsmiljø.

1. Udarbejd en politik for, hvordan der aktivt arbejdes med det psykiske arbejdsmiljø. Politikken bør eksplicitere, hvordan omgangstonen skal være på arbejdspladsen, og hvilke ansættelsesretslige konsekvenser det vil få at overtræde politikken. Derudover bør politikken indeholde en beskrivelse af, hvilke muligheder medarbejderne har for at gå til ledelsen med et problem relateret til det psykiske arbejdsmiljø, og hvordan ledelsen skal reagere på en given henvendelse.
2. Arbejd aktivt med sygereglerne. Virksomhederne bør lave en skriftlig arbejdsgang for, hvornår sygemeldte medarbejdere bliver indkaldt til sygefraværssamtale. Samtidig bør den skriftlige arbejdsgang beskrive, hvordan virksomheden arbejder målrettet med mulighedserklæringer og fastholdelsesplaner.
3. Overvej, om en sygemeldt medarbejder falder ind under handicapbegrebet. Hvis det er tilfældet, er virksomheden ifølge forskelsbehandlingsloven forpligtet til at iværksætte tilpasningsforanstaltninger, forinden der skrives til opsigelse – se dog mere herom

i artiklens afsnit om handicappede og 120 dagesreglen.

4. Overvej om virksomheden skal have en whistleblower-ordning, hvor medarbejderne kan gøre opmærksom på et problem med det psykiske arbejdsmiljø. Whistleblower-ordningen kan enten styres af virksomheden selv eller af en ekstern advokat.
5. Arbejd grundigt med virksomhedens arbejdsplads-vurdering (APV). Det indebærer blandt andet, at der bliver taget stilling til det psykiske arbejdsmiljø, så eventuelle problemer kan afdækkes.

#### Arbejdstilsynet sat på overarbejde

I 2013, samme år som det blev præciseret i Arbejds-miljøloven, at den også omfatter det psykiske arbejdsmiljø, valgte regeringen at lade Arbejdstilsynet gennemføre en række tilsynsbesøg hos landets virksomheder for at sikre, at de lever op til Arbejds miljølovens norm om, at arbejdsgivere er forpligtede til at sikre et sundt og sikkert psykisk arbejdsmiljø. Tilsynsbesøgene løber frem til 2016 og bliver foretaget hos virksomheder inden for særligt nedslidnings-truede brancher og nedslidningstruede jobgrupper, her i blandt fængsler, plejehjem, hjemmehjælp og dag-institutioner.

De foreløbige resultater viser, at det halter med det psykiske arbejdsmiljø på landets arbejdspladser, selvom der efterhånden har været massivt fokus på området i en længere årrække. I 2014 besøgte Arbejdstilsynet eksempelvis en række hospitaler (målrettet sygeplejersker og psykiatri), hvoraf 58 % af virksomhederne fik mindst én afgørelse om det psykiske arbejdsmiljø, og endnu værre så det ud hos p-vagterne, hvor 67 % af virksomhederne fik mindst én afgørelse om det psykiske arbejdsmiljø.

At det halter med det psykiske arbejdsmiljø bakkes op af, at 70 procent af de virksomheder, der har fået et påbud fra Arbejdstilsynet, ifølge 3F svarer i en undersøgelse, at de efter besøget fra Arbejdstilsynet fik en bedre forståelse for, hvorfor det er vigtigt, at arbejdsmiljøforholdene er i orden. I 2015 er det daginstitutioner, socialrådgivere og lærere, der får besøg af Arbejdstilsynet, og det kan koste dem dyrt i form af påbud, administrative bøder, forbud eller politianmeldelse, hvis de ikke er forberedt på besøget.

Den mest anvendte reaktionsmulighed fra Arbejdstilsynet er påbud. Det har vi allerede set flere eksempler på, blandt andre Rudersdals Kommunes Bevillingsenhed, som i 2014 fik et påbud om at bringe orden i sagerne, efter at to medarbejdere blev sygemeldt på grund af systematisk mobning. Ifølge Arbejdstilsynet var der "udbredt utryghed" i medarbejdergruppen, mens flere medarbejdere også kæmpede med fysiske symptomer som eksempelvis hovedpine og koncentrationsbesvær.

#### Hvis uheldet er ude

Det kan være økonomisk byrdefuldt, hvis virksomheden – på trods af et proaktivt arbejde med det psykiske arbejdsmiljø – modtager et påbud fra Arbejdstilsynet og bliver pålagt at ændre et eller flere forhold, som har stor betydning for driften. Virksomheden kan blandt andet blive påbudt at sikre, at arbejdspresset mindskes, hvilket kan indebære krav om tilførsel af personalemæssige ressourcer.

Hvis virksomheden modtager et påbud fra Arbejdstilsynet, som den er uenig i, er det muligt at klage til Arbejds miljøklagenævnet. Klagen skal dog indbringes senest fire uger efter, at Arbejdstilsynet har meddelt sin afgørelse til virksomheden. En klage til Arbejds miljøklagenævnet over en afgørelse fra Arbejdstilsynet kan medføre tre resultater:

- Nævnet kan være enig med Arbejdstilsynet
- Nævnet kan ændre Arbejdstilsynets afgørelse
- Nævnet kan beslutte, at Arbejdstilsynet skal behandle sagen igen, hvilket kan medføre en ny afgørelse for virksomheden.

En afgørelse fra Arbejds miljøklagenævnet kan indbringes for de almindelige domstole.

#### Sagen bliver overgivet til politiet

Det kan få store konsekvenser for virksomhedens drift og image, hvis Arbejdstilsynet overgiver en sag til politiet. En politianmeldelse kan blandt andet medføre, at sagen skal undersøges på ny af politiet, og at medarbejderne skal afhøres på ny.

Anklagemyndigheden kan vælge at give virksomheden et bødeforlæg i stedet for at rejse tiltale ved retten. I dette tilfælde kan virksomheden slippe med en bøde og undgå en straffesag, hvis virksomheden erkender sig skyldig og erklærer sig villig til at betale bøden. I marts 2015 indgik de

politiske partier en aftale om at forhøje bødeniveauet for overtrædelse af arbejdsmiljølovgivningen.

Hvis virksomheden ikke accepterer bødeforlægget, bliver der indledt en straffesag. En overtrædelse af Arbejds miljøloven bliver normalt straffet med bøde, men kan i særligt grove tilfælde medføre frihedsstraf.

Virksomheden kan bede om aktindsigt i det forhold, der ligger til grund for bødeforlægget, og her er det en god idé at anmode om indsigt i politiets akter. Herefter vil virksomheden modtage en kopi af afhøringsrapporter fra Arbejdstilsynet og eventuelt også politiet samt en kopi af Arbejdstilsynets anmodning til politiet om, at der rejses strafferetlig tiltale.

I akterne vil det fremgå, hvilke arbejdsmiljøretlige bestemmelser virksomheden har overtrådt ifølge Arbejdstilsynet, samt hvilke udtalelser fra medarbejderne, der danner grundlag for tiltalen.

Dette giver virksomheden mulighed for at overveje, om den er enig i at have overtrådt bestemmelser i arbejdsmiljøloven.

Virksomheden kan i nogle tilfælde indlede en dialog med politiet og anklagemyndigheden, hvor eventuelle uklarheder kan blive belyst, og hvor anklagemyndigheden kan undlade at indlede en straffesag, hvis omstændighederne ikke er til det.

<sup>1</sup> Tal fra Arbejdsskadestyrelsen viser, at antallet af anmeldelser af psykiske erhvervssygdomme steg med 72 procent fra 2010 til 2014. I 2014 anmeldte 5.308 personer en psykisk erhvervssygdom.

<sup>2</sup> Det modsatte gjorde sig gældende i en anden sag fra Højesteret i august i år, hvor en virksomhed blev dømt til at betale ni måneders løn i godtgørelse til en medarbejder, som blev opsagt efter 120 dages-reglen. Medarbejderen, som arbejdede i et supermarked, havde fået konstateret leddegigt, hvilket medførte væsentlige funktionsbegrænsninger. Højesteret lagde vægt på, at virksomheden vidste eller burde have vidst, at medarbejderen led af en sygdom, som indebar et handicap, og at virksomheden dermed var forpligtet til at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger i henhold til forskelsbehandlingsloven, så medarbejderen kunne fortsætte i beskæftigelse.

## HR-jura som ledelsesværktøj - om grænseflader mellem HR-jura og ledelse

NILGÜN AYDIN  
ADVOKAT



Ledelse anses af mange for at være den enkeltfaktor, der har størst og mest vedvarende effekt på værdiskabelse i virksomheder. God ledelse skaber færre konflikter, færre sygedage, større kompetencer, og bedre resultater og understøtter hermed virksomhedens kerneopgaver og strategiske mål. En af de seneste undersøgelser<sup>1</sup> bekræfter da også, at danske virksomheder har fokus på god ledelse. Ifølge undersøgelsen har 60 % af virksomhederne således beskrevet, hvad god ledelse er, og over halvdelen har fastlagte udviklingsforløb for deres ledere.

Problemet er, at der i disse udviklingsforløb sjældent bliver afsat tid til at give lederen basisviden om HR-jura. Som leder bliver man præsenteret for og anvender en række ledelsesværktøjer inden for fx strategi, konflikthåndtering, den vanskelige samtale og feedback. Ofte glemmer virksomheden og lederen, at grundlaget for al personaleledelse er ansættelses-forholdet, og at værktøjskassen også burde indeholde et grundlæggende kendskab til HR-juraen, så lederen kender det juridiske grundlag og rammerne for udøvelsen af ledelse.

Lederen har en række muligheder inden for sit ledelsesrum til at udøve ledelse. Det er derfor væsentligt for lederen at

klarlægge grænserne for ledelsesrummet for at udnytte det bedst muligt, så virksomhedens ressourcer anvendes til gavn for forretningen. Lederen kan i et vist omfang udforske og udvide sit ledelsesrum, fordi rammerne ikke ligger fast. Det kræver, at lederen har mod til at vove sig frem på banen og afsøge sine handlemuligheder. Gør lederen ikke det på grund af uro i maven og angsten for at gøre noget forkert, udvandes lederens rolle, og ledelsesrummet bliver mindre.

Lederen skal også have kendskab til de juridiske spilleregler, som udgør de ydre rammer for udfoldelsen af ledelse. Kendskab til HR-juraen giver tryghed og mod til at fylde ledelsesrummet ud. De juridiske rammer og værktøjer er også nyttige for en leder, som kommer til kort med sine ledelsesfaglige værktøjer. Det kan være tilfældet, når der er alvorlige samarbejdsvanskeligheder, som kræver en advarsel. Med kendskab til HR-juraen bliver lederen i stand til at bruge de juridiske greb og sanktionsmuligheder.

I denne artikel gennemgås udvalgte emner inden for HR-juraen, som typisk giver lederen ledelsesmæssige udfordringer i sit daglige arbejde med personaleledelse. Formålet med artiklen er at beskrive de væsentligste HR-

juridiske faldgruber for lederen, så lederen kan styre uden om problemerne og gøre en forskel for virksomheden, medarbejderen og lederen selv. Artiklen er samtidigt et bud på, hvordan HR-jura rådgivere kan bidrage til at højne kvaliteten af ledelse i virksomhederne.

Artiklen baserer sig primært på mangeårige erfaringer med undervisning af ledere på lederudviklingsprogrammer og rådgivning af ledere og HR-medarbejdere i konkrete personalesager.

### På forkant

Ofte begynder udfordringerne hos lederen, fx når medarbejderen har for stort fravær, ikke performer, ikke holder ferie, skal have en advarsel eller skal opsiges, så hvorfor ikke sætte ind og løse udfordringerne mest effektivt der. Dette forudsætter, at lederen kender sin HR-jura i et omfang, der gør lederen i stand til at håndtere HR-juraen i dagligdagen. Manglende viden koster dyrt, hvorfor det er vigtigt at komme på forkant med HR-juraen og tænke den tidligt ind i processen hos lederen. Det handler om at skabe en kultur i virksomheden, som forebygger problematiske personalesager, der eskaleres og bliver ressourcekrævende for lederen, HR-funktionen og hele organisationen - både menneskeligt, ledelsesmæssigt og økonomisk. Personaledelse er herudover et følsomt emne, som ofte får stor mediebevågenhed. Med kendskab til HR-juraen kan lederen undgå, at virksomheden får negativ omtale for sin håndtering af medarbejderne, hvilket både kan skade virksomhedens image udadtil og indadtil.

At være på forkant betyder i særdeleshed, at lederen har viden om, at det i HR-juridisk sammenhæng er væsentligt at sikre sig dokumentation for, hvad der er tænkt og gjort i personalesager. Dokumentation er altafgørende, hvis der efterfølgende bliver et retligt efterspil. Dette bliver i høj grad forsømt af lederne i den travle hverdag. Lederen skal i den forbindelse være bevidst om karakteren af retsforholdet i ansættelsen. Ansættelsesforholdet er et retsforhold, der er karakteriseret ved, at virksomheden anses for den stærke og professionelle part, mens medarbejderen anses for den svage part. Der er således tale om et ulige styrkeforhold med et overunderordningsforhold. Dette stiller særlige krav til lederen, der oftest anses for den nærmeste til at sikre sig dokumentation. Dokumentationen kan være i form af et mødereferat, en mail eller lignende. Der er oftest intet formkrav; der skal blot foreligge noget på skrift, der kan understøtte lederens og virksomhedens forklaring

under en eventuel sag. Lederen skal sikre sig, at det skrevne formuleres i et klart, præcist og letforståeligt sprog. I modsat fald kan uklare formuleringer blive fortolket til skade for virksomheden som følge af et aftaleretligt princip, hvorefter forfatteren til teksten bærer risikoen for uklare formuleringer (den såkaldte koncipistregel).

### Walk the talk

I det ledelsesfaglige miljø drøftes jævnligt emner som beslutningskraft, handlekraft, og eksekvering. Disse er vigtige ledelseskompetencer, og at være en god leder forudsætter, at man kan sætte mål, retning og rammer. Lederen skal konkretisere virksomhedens målsætninger i delmål og lave handlingsplaner, sætte medarbejdere i gang og følge op. Lederen skal løbende træffe beslutninger og skære igennem. Lederen skal kunne *walk the talk*.

Desværre er der undersøgelser, der viser, at den mest udbredte synd blandt ledere er "undladelsessynd" dvs. lederen undlader at handle i situationer, hvor lederen burde have handlet. Alt for mange konflikter med medarbejdere får lov til at udvikle sig, fordi lederen ikke opsøger den nødvendige dialog, og i værste fald ender undladelserne med, at samarbejdet må ophøre. De helt grundlæggende ledelseskompetencer så som at lytte til medarbejderen, fjerne misforståelser og afstemme forventningerne så tidligt som muligt bliver forsømt. Desuden er det i praksis ofte udfordrende for lederen at stille krav og om nødvendigt give medarbejderen en advarsel.

Manglende kendskab til HR-juraen forstærker denne "undladelsessynd". Lederens manglende viden om HR-jura skaber usikkerhed og utryghed, og derfor forholder lederen sig i højere grad passivt. Lederen bør vide, at det ikke at handle, får uønskede konsekvenser både ledelsesfagligt og juridisk. Kender lederen derimod sin HR-jura, hviler lederen i sin rolle og får modet til at handle.

Handling fra lederens side betyder ikke nødvendigvis, at lederen selv skal løse udfordringen, men at lederen har tilstrækkeligt kendskab til HR-juraen til at erkende, at inddragelse af HR-funktionen eller en ekstern rådgiver er nødvendig.

### Ledelsesretten

Ofte kender lederen ikke ledelsesretten eller dens indhold. Kendskab til ledelsesretten vil i højere grad gøre lederen i

stand til på tilfredsstillende vis at håndtere situationer, hvor medarbejderen fx ikke vil udføre bestemte arbejdsopgaver, alene vil arbejde under bestemte former, med bestemte kollegaer, har en upassende adfærd på de sociale medier, bruger sin arbejdstid på ikke arbejdsrelaterede aktiviteter, osv.

Ledelsesretten er en arbejdsretlig grundsætning, som følger af ansættelseskontrakten mellem virksomheden og medarbejderen, og som gælder alle ansættelsesforhold. Ledelsesretten består af:

1. Antagelses- og afskedigelsesretten, dvs. retten til selv at bestemme, hvem virksomheden ansætter og afskediger.
2. Instruktionsbeføjelsen, dvs. retten til at bestemme, hvilket arbejde medarbejderne nærmere skal udføre, hvorledes det skal udføres, hvilke hjælpemidler, der skal anvendes, hvem der skal udføre de enkelte arbejdsfunktioner, og hvor de skal finde sted.
3. Tilrettelæggelse af arbejdstiden, dvs. retten til at bestemme den daglige arbejdstids placering samt placering af spise- og hvilepauser.
4. Fastsættelse af reglementariske bestemmelser og kontrolforanstaltninger, dvs. retten til at bestemme generelle ordensforskrifter om fx beklædning, adfærd på internet og kontrol heraf.
5. Fortolkningsretten, dvs. medarbejderens pligt til som udgangspunkt at efterkomme virksomhedens beslutning, som er truffet i god tro, selvom der er tvivl om lovligheden af beslutningen.<sup>2</sup>

Selvom virksomheden har ledelsesretten, må lederen ikke misbruge denne, og ledelsesretten er begrænset af såvel lovgivning, kollektive og individuelle aftaler, mv. fx saglighedskravet og øvrige indskrænkninger i lederens ret til at afskedige medarbejdere pga. køn, handicap, alder mv.

Udover ledelsesretten skal lederen også være opmærksom på sin pligt til at lede. Mange ledere kan blive betydeligt bedre til at påtage sig ledelsespligten – både i situationer med samarbejdsvanskeligheder, dårlig performance, for stort fravær, og i den daglige kommunikation med og instruktion af medarbejderen om, hvordan

arbejdsopgaverne forventes udført. Det kræver øvelse, så lederen kan med fordel øve sin ledelsespligt dagligt. Lederen skal således være bevidst om både sin ledelsesret og sin ledelsespligt.

#### Diskriminationsforbuddet

Lederen bør vide, at visse kriterier som fx køn, graviditet, handicap, alder, etnicitet, seksualitet, religiøs og politisk overbevisning ikke må tillægges vægt – hverken ved rekrutteringen, under ansættelsen eller ved afskedigelsen. Lederen må med andre ord ikke lade disse forbudte kriterier indgå i sine ledelsesbeslutninger. Ikke desto mindre overser mange ledere til stadighed de forbudte kriterier og undlader at sikre sig dokumentation for grundlaget for deres beslutninger. Dokumentationskravet er højere i sager om mulig diskrimination, fordi bevisbyrdereglerne er skærpet, hvilket gør det vanskeligere for virksomhederne at løfte deres bevisbyrde. Disse sager ender ofte med forlig, hvor virksomheden må betale sig fra lederens fejl.

Der er mange problemstillinger i denne faldgrube vedrørende diskrimination, hvorfor lederen altid bør søge bistand hos HR-funktionen eller virksomhedens eksterne rådgiver. Diskriminationssager er et kompliceret område, der nyder stor opmærksomhed ikke mindst fra forbundenes side. Sandsynligheden for at lederens beslutning bliver udfordret og efterprøvet er stor, og omkostningerne samt godtgørelserne er høje. Der føres af disse grunde mange sager om diskrimination ved både ligebehandlingsnævnet og domstolene.

Diskriminationsforbuddet er et grundlæggende princip, som blandt andet følger af en række love, hvoraf nogle yder mere omfattende materiel og processuel beskyttelse end andre. De væsentligste love og kriterier, som lederen bør være opmærksom på, er følgende:

#### Ligebehandlingsloven

Ifølge ligebehandlingsloven skal virksomheder behandle mænd og kvinder lige, herunder ved opsigelser. Endvidere må virksomheden ikke opsiges en medarbejder, fordi medarbejderen er gravid, har fremsat krav om fravær eller har været fraværende på grund af graviditet, barsel eller adoption.

Opsiges medarbejderen under graviditet, under fravær eller i varslingsperioder vedrørende retsbaseret orlov, er

der omvendt bevisbyrde, hvilket vil sige, at virksomheden skal bevise, at opsigelsen *ikke* er begrundet i graviditeten eller fraværet.

I andre sager efter ligebehandlingsloven er der som udgangspunkt delt bevisbyrde. Det betyder, at såfremt medarbejderen kan påvise faktiske omstændigheder, der tyder på forskelsbehandling, bliver det op til virksomheden at bevise, at det forholder sig anderledes.

Medarbejdere, der er opsagt i strid med ligebehandlingsloven, kan tilkendes en godtgørelse. Opsigelser i strid med loven kan i princippet underkendes, men sagerne afgøres i praksis stort set altid ved, at der tilkendes medarbejderen en godtgørelse. Loven fastsætter intet maksimum, men godtgørelsen udgør efter retspraksis typisk 6-12 måneders løn, alt efter sagens omstændigheder og medarbejderens anciennitet.

#### *Forskelsbehandlingsloven*

Ifølge forskelsbehandlingsloven må virksomheder ikke forskelsbehandle en medarbejder på grund af medarbejderens race, hudfarve, religion, tro, politiske anskuelse, seksuelle orientering, alder, handicap eller nationale, sociale eller etniske oprindelse. Forbuddet gælder også ved opsigelser.

Ifølge loven er der delt bevisbyrde, hvilket vil sige, at såfremt medarbejderen kan påvise faktiske omstændigheder, der tyder på forskelsbehandling, bliver det op til virksomheden at bevise, at det forholder sig anderledes. Medarbejdere, der opsiges i strid med loven, kan tilkendes en godtgørelse. Loven fastsætter intet maksimum, men godtgørelsesniveauet ligger efter den seneste retspraksis som udgangspunkt på niveau med ligebehandlingsloven, dvs. omkring 6-12 måneders løn.

Kriteriet handicap udfordrer mange virksomheder. Afgrænsningen mellem sygdom og handicap er særlig vanskelig, dvs. vurderingen af hvor meget og hvor længe en medarbejder skal være syg før vedkommende anses for at have et handicap, der pålægger virksomheden særlige forpligtelser for at fastholde medarbejderen. Omfanget af de særlige forpligtelser for medarbejdere med et handicap er også vanskeligt at fastlægge. Lederen bør i tilfælde af langtidssygmeldinger altid kontakte HR-funktionen eller ekstern rådgiver for at foretage en

vurdering af, om medarbejderen har et handicap og derfor er særligt beskyttet.

#### *Advarsel*

For lederen og medarbejderen kan ordet "advarsel" i sig selv være angstprovokerende. Det kan være svært for lederen at give en advarsel, fordi det kan føles uforeneligt med samarbejdet og lederens øvrige ledelsesværktøjer. Men når de øvrige værktøjer ikke slår til, kan en advarsel være et nødvendigt skridt for, at medarbejderen indser, at lederen nu mener det alvorligt. I praksis bruger lederen ikke advarsler som et ledelsesværktøj i nødvendigt omfang. En advarsel kan være en forudsætning for at kunne afskedige en medarbejder uden et retligt efterspil, herunder en forudsætning for at en opsigelse er saglig, eller en bortvisning er berettiget. En advarsel er tillige medarbejderens retssikkerhed for at få en chance for at forbedre sig, inden virksomheden skrider til opsigelse. Ofte har medarbejderen en helt anden oplevelse af lederens samtaler med medarbejderen om dennes performance eller anden adfærd. Der er næsten altid to sider af samme sag, hvorfor en advarsel er et godt ledelsesværktøj til at sikre klar kommunikation for at undgå misforståelser.

Som leder er det vigtigt at vide, at personalesager typisk eskaleres, hvis en advarsel ikke bliver givet. For eksempel sker det ofte, at lederen "pludseligt kommer i tanke om", at medarbejderen performer dårligt, efter at lederen er blevet informeret om, at medarbejderen er gravid, eller fylder 60 år efter 20 års ansættelse hos virksomheden. Lederen gør sig selv, virksomheden og medarbejderen en bjørnetjeneste ved at undlade at give advarslen. Det vil gøre en væsentlig juridisk forskel, hvis advarslen blev givet til medarbejderen på det relevante tidspunkt for det relevante forhold, og blev dokumenteret korrekt. Således vil lederen kunne løfte bevisbyrden for sin påstand om, at medarbejderen blev opsagt som følge af dårlig performance og ikke graviditet eller alder, hvilket vil være i strid med henholdsvis ligebehandlingsloven og forskelsbehandlingsloven. Lederen bør kende betydningen af en advarsel og reglerne herfor:

En advarsel er lederens mulighed for klart og tydeligt at kommunikere over for medarbejderen, at et bestemt forhold eller en bestemt adfærd ved gentagelse vil medføre sanktioner fx opsigelse eller bortvisning.

Retspraksis viser, at det ved vurderingen af en opsigelses

saglighed tillægges stor betydning, om de forhold, der har ført til opsigelsen, tidligere er blevet påpeget over for medarbejderen som kritisable. En advarsel kan være mundtlig eller skriftlig. En skriftlig advarsel er af bevismæssige årsager altid at foretrække, hvis den senere skal kunne føre til opsigelse eller ligefrem bortvisning.

Advarslen skal klart beskrive de forhold, som lederen ønsker at påtale, samt hvordan medarbejderen skal ændre de kritisable forhold. Desuden skal det klart fremgå, hvilken konsekvens det har, hvis medarbejderen ikke retter sig efter advarslen. Der er intet formkrav til en advarsel og den behøver ikke at blive kaldt for en "advarsel", det væsentlige er, at ovennævnte elementer fremgår på skrift fx i et mødereferat, en mail, brev, mv.

Hvis virksomheden ikke følger op på advarslen, mister den sin virkning. I så fald må virksomheden give en ny advarsel. En advarsel kan være tidsbegrænset. Selvom en advarsel ikke indeholder nogen bestemmelse om løbetid, kan den forældes. Hvor lang tid der går, inden en advarsel mister sin virkning, afhænger af, hvor alvorligt et forhold der er tale om.

### Sygdom

Lederen får med sikkerhed ofte beskeden: "Jeg er desværre blevet syg og kan ikke komme på arbejde i dag". Ifølge Det Nationale Forskningscenter for Arbejdsmiljø sygemelder 142.000 medarbejdere sig hver dag på danske virksomheder. Dårlig ledelse er ifølge forskningscenteret en af årsagerne til højt sygefravær. Lederen har derfor god grund til at have større fokus på god ledelsesfaglig håndtering af sygefravær og for at sikre sig det bedst mulige arbejdsmiljø og god trivsel for medarbejderne.

Det kan være svært for lederen at tale med medarbejderen om noget så privat som sygdom, og der er risiko for, at lederen går for tæt på og derfor er bange for at spørge til medarbejderens situation. Der er mange myter om, hvad en leder må og ikke må gøre over for en syg medarbejder, hvilket handlingslammer lederen. Men lederens rolle ved sygefravær er af afgørende betydning – både ved det drypvise fravær og ved længerevarende sygdom.

Ved sygdom er HR-juraen kun lederens hjælpeværkstøj, men HR-juraen kan i sidste ende gøre en forskel for både virksomheden og medarbejderen. Derfor bør lederen vide,

hvordan reglerne i store træk er. Det væsentlige budskab til lederen er at følge op på medarbejderens fravær, tage dialogen med medarbejderen og huske at underrette HR-funktionen for at sikre virksomheden sygedagpengerefusion og overholdelsen af fristerne herfor. Det sker ofte, at anmeldelser om sygedagpengerefusion ikke indgives rettidigt, fordi den interne kommunikation er mangelfuld med økonomisk tab til følge for virksomheden. I store træk skal lederen vide følgende:

Ifølge funktionærloven har en medarbejder lovligt forfald og dermed ret til fuld løn ved fravær på grund af sygdom, der medfører uarbejdsdygtighed. Retten til løn under sygdom er betinget af, at medarbejderen overholder virksomhedens egne regler om sygemelding, fraværskommunikation og lignende.

Der findes forskellige former for fraværskommunikation, som virksomheden kan bede om. Efter sygedagpengeloven er medarbejderen efter anmodning fra virksomheden forpligtet til at dokumentere sin sygdom ved skriftlig sygemelding (*tro- og loveerklæring*), der tidligst kan forlanges virksomheden i hænde på medarbejderens anden fraværskommunikation.

Virksomheden kan med hjemmel i de ansættelsesretlige regler under sygefraværet også bede medarbejderen om en lægeerklæring, der bekræfter, at medarbejderen er uarbejdsdygtig som følge af sygdom, samt hvor længe fraværet forventes at vare, en såkaldt *friattest*.

Når sygdommen har varet i mere end 14 dage, kan virksomheden efter funktionærloven anmode medarbejderen om en *varighedserklæring* enten fra medarbejderens egen læge eller fra en specialist - det afgør virksomheden.

Efter sygedagpengeloven kan virksomheden forlange en *mulighedserklæring* ved kortvarigt, gentaget eller langvarigt sygefravær. Mulighedserklæringen skal fokusere på de muligheder, medarbejderen har for at udføre arbejdet på trods af sygdommen og består af to dele. Den første del skal indeholde oplysninger om begrænsninger i arbejdsfunktioner og eventuelle skåneinitiativer og udfyldes af virksomhed og medarbejder i fællesskab. Den anden del udfyldes af lægen på baggrund af en samtale med medarbejderen. Mulighedserklæringen berører ikke virksomhedens muligheder for at anmode om en friattest eller varighedserklæring. Udgiften til erklæringerne afholdes

som udgangspunkt af virksomheden.

Virksomheden skal give medarbejderen en rimelig frist for, hvornår ovennævnte erklæringer skal være virksomheden i hænde. Hvis medarbejderen meddeler ikke at kunne overholde fristen, og det er uden egen skyld, må virksomheden give en ny frist. Hvis medarbejderen af andre årsager ikke afleverer en lægeerklæring til virksomheden inden det fastsatte tidspunkt, må virksomheden reagere og fx give en advarsel. Om en bortvisning af medarbejderen som følge af manglende eller forsinket erklæring er berettiget vil bero på en konkret vurdering.

Efter sygedagpengeloven skal virksomheden som udgangspunkt indkalde sygemeldte medarbejdere til en personlig sygefraværssamtale, der skal finde sted senest 4 uger efter første sygedag. Formålet med samtalen er at belyse, hvordan og hvornår medarbejderen kan vende tilbage til arbejdet. Samtalen skal så vidt muligt afholdes ved personligt fremmøde, men hvis sygdommen eller praktiske omstændigheder forhindrer det, kan samtalen holdes telefonisk. Hvis medarbejderen ikke kan eller vil deltage i samtalen, har det ingen indflydelse på den pågældendes sygedagpenget eller virksomhedens adgang til sygedagpengerefusion.

Hvis medarbejderen ikke vil deltage i sygesamtalen uden rimelig grund, må virksomheden overveje, om det skal have ansættelsesretlige konsekvenser, fx i form af en advarsel. Virksomhedens indhentelse af helbredsoplysninger i forbindelse med sygefraværssamtalen reguleres også af helbredsoplysningsloven. Det er væsentligt som leder at være opmærksom på, at der som udgangspunkt ikke må spørges til, hvad medarbejderen fejler, men lederen kan fx spørge om medarbejderen kan arbejde på halv tid, måske hjemmefra i et vist omfang og hvor længe sygdomsforløbet vil vare.

En sygemeldt medarbejder kan under visse betingelser anmode virksomheden om at få udarbejdet en fastholdelsesplan, men virksomheden kan afvise at udarbejde planen, hvis der ikke vurderes at være behov for det.

Når medarbejderen modtager fuld løn under sygdom, indtræder virksomheden i medarbejderens ret til sygedagpenge fra medarbejderens opholdskommune efter sygedagpengeloven. Retten til refusion indtræder først efter udløbet af den såkaldte arbejdsgiverperiode på 30

kalenderdage. I særlige tilfælde har virksomheden ret til dagpengerefusion fra 1. fraværsdag, hvilket gælder fx ved graviditetsbetinget sygdom, fleksjob og § 56 – ordningen typisk ved kroniske lidelser.

Virksomheden har efter sygedagpengeloven pligt til at anmelde sygefraværet til kommunen senest 5 uger efter 1. fraværsdag, hvis fraværet strækker sig ud over arbejdsgiverperioden. Er anmeldelsen sket rettidigt, kan virksomheden få refusion med 3 måneders tilbagevirkende kraft. Her er der potentiale for en økonomisk gevinst for virksomhederne, hvis reglerne kendes og overholdes.

Mange medarbejdere er godt forsikrede i tilfælde af sygdom. Det kan være igennem en pensionsordning eller en sundhedsforsikring. Det er derfor en god idé, at lederen og/eller HR-funktionen opfordrer medarbejderen til at kontakte forsikringsselskabet, så medarbejderen får afklaret, om der er hjælp at hente. Har medarbejderen for eksempel en sundhedsforsikring, kan medarbejderen have ret til hurtig behandling på et privathospital, hjælp til fysioterapi, psykolog mv. og derigennem muligvis vende hurtigere tilbage på arbejde.

### Ferie

Ferieloven blev vedtaget i 1938 og er en af de ældste love inden for HR-juraen. Alligevel har ledere stadig udfordringer med at planlægge medarbejderens ferie og sikre afholdelse af ferien i det relevante ferieår. Med finanskrisen har virksomhederne fået større fokus på, at ferie holdes på de tidspunkter, der passer virksomheden bedst, men der er stadig plads til forbedringer. Navnlig har mange virksomheder en praksis med at tillade medarbejderen at gemme flere ugers "skuffeferie" til senere brug eller at udbetale medarbejderens ferie kontant. I erkendelse af virksomhedernes mangelfulde overholdelse af ferieloven, blev der for et par år siden indført skærpet tilsyn med virksomhederne. Feriefonden udtager hvert år virksomheder i en stikprøvekontrol for at gennemgå virksomhedens ferieregnskab. Stemmer ferieregnskabet ikke, fordi virksomheden fx har overført for meget ferie eller udbetalt feriepenge uden hjemmel i ferieloven, bliver virksomheden mødt med krav om efterbetaling.

Selvom mange virksomheder har generelle retningslinjer for ferie i deres personalepolitikker mv., er det i praksis ikke tilstrækkeligt til at sikre, at virksomheden overholder ferielovens regler. Det er en lederopgave at sørge for, at

ferien bliver planlagt for hver enkelt medarbejder og holdt i overensstemmelse med virksomhedens retningslinjer.

Derfor bør lederen klædes på til at sikre korrekt håndtering af ferie af hensyn til medarbejdernes helbred og virksomhedens arbejdsmiljø og økonomi. Lederen bør kende de væsentligste regler i ferieloven, som er følgende:

Efter ferieloven optjener medarbejdere ferie med løn/feriegodtgørelse i forhold til længden af ansættelsen i optjeningsåret, som svarer til kalenderåret. Der optjenes 2,08 dages betalt ferie for hver måneds ansættelse i et kalenderår, uanset om medarbejderen er fuldtids- eller deltidsbeskæftiget. Der kan højst optjenes 25 dages ferie, svarende til 5 ugers ferie af 5 dage. Ferien opdeles i hovedferie på 15 feriedage, og øvrig ferie (restferie) på 10 dage.

Ferieloven indeholder ingen regler om feriefridage. Om medarbejderen har ret til feriefridage og på hvilke vilkår, beror derfor på virksomhedens egne regler eller på en eventuel kollektiv overenskomst.

Optjente feriedage skal afholdes i det ferieår, der følger efter optjeningsåret. Ferieåret går fra den 1. maj til den 30. april. De 15 dages hovedferie skal gives i sammenhæng inden for ferieperioden fra den 1. maj til den 30. september, hvilket dog kan fraviges ved aftale. Dog skal mindst 10 dage altid gives i sammenhæng. Restferien skal som hovedregel gives i sammenhæng af mindst 5 dages varighed og kan placeres i hele ferieåret.

Hovedferien varsles af virksomheden senest 3 måneder, før den påbegyndes, og restferien varsles med 1 måned. Varslerne kan fraviges, hvis medarbejderen og virksomheden er enige om det. I praksis planlægges ferie som udgangspunkt i samarbejde med medarbejderen, men i sidste ende er det virksomhedens ret at placere ferien inden for ferielovens rammer. Lederen kan således eksempelvis beslutte, at der ikke må holdes ferie i de travleste perioder, at medarbejderen skal holde sin hovedferie, når kunderne holder sommerferie, og at al ferie skal afvikles i ferieåret, således at der ikke aftales overførsel af 5. ferieuge.

Virksomhed og medarbejder kan aftale, at ferie ud over 20 dage overføres til næste ferieår, medmindre andet følger af en kollektiv overenskomst. Aftalen skal være skriftlig og indgået inden den 30. september efter ferieårets udløb.

Ferien begynder ved arbejdstids begyndelse den første feriedag og slutter ved arbejdstids ophør den sidste feriedag. En medarbejder, der er syg, når ferien begynder, har ikke pligt til at holde ferien. Det er en forudsætning, at medarbejderen har sygemeldt sig efter de regler, der gælder for ansættelsesforholdet. Det betyder normalt, at medarbejderen skal sygemelde sig til virksomheden ved arbejdstids begyndelse den første feriedag. Når sygdomsperioden er overstået, skal medarbejderen melde dette til virksomheden og samtidig meddele, om resten af ferien holdes som planlagt. Ønsker medarbejderen ikke at holde ferien i forlængelse af raskmeldingen, skal pågældende møde op på arbejde. Den ikke afholdte ferie kan medarbejderen kræve afholdt på et senere tidspunkt i ferieåret.

Bliver medarbejderen syg efter, at ferien er påbegyndt, har medarbejderen ret til erstatningsferie, hvis medarbejderen 1) har været syg i sammenlagt mere end 5 dage i løbet af ferieåret, 2) anmelder sygdommen efter virksomhedens retningslinjer, og 3) for egen regning indhenter lægelig dokumentation for sygdommen. Ved raskmelding kan medarbejderen vælge mellem at møde på arbejde eller afholde resten af den planlagte ferie. Erstatningsferien afholdes efter ferielovens almindelige regler, dvs. ferien skal afholdes inden ferieårets udløb, medmindre den ikke kan afholdes i det pågældende ferieår på grund af sygdom, i hvilket tilfælde erstatningsferien så afholdes i det følgende ferieår. Medarbejderen kan dog vælge i stedet at få udbetalt feriepengene efter ferielovens regler om feriehindringer.

Der foreligger feriehindring, hvis en medarbejder på grund af særlige forhold fx barselsorlov eller sygdom er forhindret i helt eller delvist at holde ferien inden ferieperiodens eller ferieårets udløb. I dette tilfælde kan feriepenge udbetales til medarbejderen alternativt overføres, hvis der er hjemmel i eventuel kollektiv overenskomst.

Er der feriedage tilbage, når ferieåret er slut, kommer det ofte bag på lederen, at medarbejderen har krav på at få udbetalt, hvad der svarer til 1 ferieuge, dvs. den 5. ferieuge. Fristen for medarbejderens anmodning om udbetaling af uhævede feriepenge er 30. september. Alternativt kan det aftales, at den 5. ferieuge overføres til næste ferieår. Værdien af ferie udover den 5. ferieuge og øvrige uhævede feriepenge, som ikke er udbetalt efter ferielovens regler, tilfalder Arbejdsmarkedets Feriefond eller en privat feriefond, og skal af virksomheden indbetales til

feriefonden senest den 15. november efter ferieårets udløb. Dette er også en overraskelse for mange ledere.

#### Eye opener

Kendskab til HR-jura er for mange ledere en *eye opener*, og når de først har fået en basisviden, anser de HR-juraen for i høj grad at være et relevant, nødvendigt og praktisk ledelsesværktøj til at lykkes i deres lederrolle og gøre en forskel for virksomheden.

Som rådgiver inden for HR-jura er man med til at løfte ledelseskvaliteten i virksomhederne, og man kan i endnu højere grad bidrage hertil, hvis man betragter HR-jura som et ledelsesværktøj og er opmærksom på lederens behov inden for dette fagområde.

Omfanget og detaljeringsgraden af lederens kendskab til HR-jura afhænger af omstændighederne og virksomhedens kultur, men grundlæggende viden om de væsentligste faldgruber, bør være et basis ledelsesværktøj, som lederen bliver præsenteret for. Nærværende artikel indeholder et bud på dette.

- 
- <sup>1</sup> CfL, Center for Ledelses INDIKATOR™ om God ledelseskvalitet foretaget i november 2014 blandt ledere i private og offentlige virksomheder med i alt ca. 300 respondenter.
  - <sup>2</sup> Ole Hasselbalch, Den Danske Arbejdsret, bind 2 (Ansættelsesretten), side 748.



# KURSUS

7. nummer 2015

## 23

SEPTEMBER 2015  
KL. 09:00 - 11.00

KØBENHAVN  
PRIS: GRATIS

## Morgenmøde om pligter i opsigelsesperioden

MORGENMØDE | BECH-BRUUN

Bech-Bruun inviterer til morgenmøde, hvor der denne gang stilles skarpt på pligter i opsigelsesperioden.

På morgenmødet gennemgås der:

- Loyalitetspligt
- Rådighedspligt
- Tjenestefritagelse
- Fritstilling og modregning
- Konkurrence
- Ferieafvikling
- Bonus
- Bil, pc, mobil, avis m.m.
- Efteruddannelse
- Formulering af opsigelsen.

## 01

OKTOBER 2015  
KL. 08:30 - 16.30

KØBENHAVN V  
PRIS: 3.995,00 KR  
EKSKL. MOMS

## Den personalejuridiske hverdag i ledelsesretligt perspektiv

KONFERENCE | KL

På den personalejuridiske fagkonference 2015 sættes der fokus på en række forskellige aspekter af ledelsesretten og de udfordringer, som HR-afdelingen stilles over for i dagligdagen.

For hvilke grænser sætter ledelsesretten for handlemulighederne i de mange situationer, HR-afdelingerne i det offentlige præsenteres for?

Tillid er godt, men er kontrol bedre? Hvordan håndterer vi balancen mellem tillid og kontrol på en måde, så det samtidig sikres, at vi ikke ender i en situation, hvor vi reelt mister muligheden for at sanktionere adfærd, der ikke er acceptabel?

mv.

## 07

OKTOBER 2015  
KL. 09:00 - 16.30

KØBENHAVN Ø  
PRIS: 3.495,00  
EKSKL. MOMS

## HR-juraKonference 2015

### Konferencen står i år i loyalitetens navn.

KONFERENCE | CENTER FOR LEDELSE

Med afsæt i den seneste retspraksis omkring loyalitet og kontrolforanstaltninger, det ventede direktiv om beskyttelse af virksomhedens forretningshemmeligheder og den forventede lov om ansættelsesklausuler ser CfL i samarbejde med advokatfirmaet Norrbom Vinding nærmere på loyalitetskrav og konkurrencebegrænsninger i og efter ansættelsesforholdet.

Hvor langt går oplysningspligten i ansættelsessituationen? Hvad siger de seneste afgørelser om retten til at ytre sig på Facebook? Og hvad kan vi forvente af et eventuelt kommende direktiv om beskyttelse af forretningshemmeligheder?

CfL ser nærmere på de overvejelser, man som virksomhed altid bør gøre sig - yder ansættelsesforholdet og markedsføringsloven den nødvendige beskyttelse, eller kan der være behov for yderligere aftaler eller klausuler som værn mod konkurrence eller til fastholdelse af medarbejderen?

22

OKTOBER 2015  
KL. 13:00 - 16.00GRINDSTED  
PRIS: GRATIS

## Arbejdsklausuler - praktiske erfaringer og udfordringer

SEMINAR | HORTEN

Regeringen har som led i sin vækstpakke sendt en ny samlet lov om ansættelsesklausuler i høring. Lovforslaget indebærer, at jobklausuler forbydes, og at reglerne om ansættelsesklausuler samles i en ny lov, der skal gælde for alle ansættelsesforhold og lønmodtager.

Rønne & Lundgren gennemgår på morgenmødet lovforslagets ændringer i forhold til den eksisterende lovgivning og kigger bl.a. på de ændrede kompensationsregler, nye krav til konkurrence- og kundeklausuler, samt opsigelse af ansættelsesklausuler.

28

OKTOBER 2015  
KL. 09:00 - 11.30KØBENHAVN  
PRIS: GRATIS

## Bonus og fratrædelsesgodtgørelse

MORGENMØDE | NORRBOM VINDING

Norrbom Vinding inviterer til morgenmøde onsdag den 28. oktober 2015, hvor der sættes fokus på en række problemstillinger, der – både i og uden for den finansielle sektor – består i relation til bonus og fratrædelsesgodtgørelse, og som ofte giver anledning til tvivl.

Hvilke bonusvilkår er særligt relevante, hvis vi vil prøve at begrænse problemer med funktionærlovens § 17 a? Hvordan skal § 17 a forstås i forhold til udskudte bonusordninger?

Hvilke rettigheder til bonus har en direktør ved fratræden? Er der særlige forhold, der bør reguleres i aftalegrundlaget?

Hvordan skal bonus, herunder udskudt bonus, indgå i beregningen af en fratrædelsesgodtgørelse og en kompensation for konkurrence/kundeklausul?

mv.

10

NOVEMBER 2015  
KL. 16:00 - 18.30KØBENHAVN  
PRIS: GRATIS

## Outsourcing og Shared Services

PÅ VEJ HJEM-MØDE | NORRBOM VINDING

Norrbom Vinding inviterer til på vej hjem-møde tirsdag den 10. november 2015 kl. 16.00 – 18.30, hvor der drøftes en række af de temaer, som outsourcing giver anledning til både ansættelsesretligt og persondataretligt – ikke mindst, hvis outsourcingen sker over en landegrænse.

12

OKTOBER 2015

SOFIA, BULGARIA  
PRIS: GRATIS

## EU Gender Equality Law

SEMINAR | ERA

The seminar will provide participants with an overview of EU gender equality legislation as interpreted by the Court of Justice of the European Union in its substantial case law on this topic.

- Definition of key concepts (direct/indirect discrimination, harassment and sexual harassment)
- Burden of proof
- Positive action
- Remedies and sanctions
- Equal pay
- Pregnant workers and the reconciliation of work and family life
- Equal treatment in the access to goods and services

19

OKTOBER 2015

PARIS, FRANCE  
PRIS: GRATIS

## Applying EU Anti-Discrimination Law

SEMINAR | ERA

The seminar will provide participants with an overview of the two European directives prohibiting discrimination on the grounds of race or ethnic origin in a number of areas, as well as on disability, age, sexual orientation or religion/belief in employment and occupation.

- EU anti-discrimination law and the wider EU, Council of Europe and United Nations human rights framework
- Definition of key concepts (direct discrimination, indirect discrimination, harassment)
- Burden of proof and access to evidence
- Remedies and sanctions
- Different protected grounds, with special attention to the case law of the Court of Justice of the European Union

22

OKTOBER 2015

BARCELONA, SPAIN  
PRIS: 174,00 EUR

## The Charter of Fundamental Rights of the European Union in Practice

SEMINAR | ERA

This seminar will provide practical training for employment and social law practitioners on the EU Charter of Fundamental Rights.

Participants will be able to update their knowledge about the Charter of Fundamental Rights, in particular as applied to social and labour law. They will have the opportunity to discuss with colleagues and experts from across Europe the most relevant practical issues and recent developments in the field and to learn how to make use of the Charter in a case before a court.

# JUC KURSER 2015-2016

JUC udbyder en lang række ansættelses- og arbejdsret kurser målrettet medlemmerne i HR JURA gruppen

## EFTERÅRETS KURSER INDEN FOR ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET FRA JUC

ANSÆTTELSESRETTLIG GRUNDKURSUS OVER TO DAGE

**2015**

30. sep. og 1. okt.

FUNKTIONÆRANSÆTTELSER I PRAKSIS

30. sep.

VIRKSOMHEDENS BRUG AF SOCIALE MEDIER

26. okt.

ANSÆTTELSESRETTLIG SPECIALISTKURSUS OVER TO DAGE

26.-27. okt.

ANSÆTTELSESCLAUSULER – DEN KOMMENDE LOV

29. okt.

BONUS- OG INCITAMENTSORDNINGER FOR MEDARBEJDERE

10. nov.

KOLLEKTIV ARBEJDSRET I PRAKSIS

19. nov.

OFFENTLIG PERSONALERET

24. nov.

PERSONDATA I ANSÆTTELSESRETEN

26. nov.

DISKRIMINATION FOR PRAKTIKERE

**2016**

14. jan.

ANSÆTTELSESRETTENS 10 MEST AKTUELLE EMNER

9. marts

INTERNATIONALE KONTRAKTER

30. marts

DU KAN TILMELDE DIG ALLE KURSER PÅ  
[WWW.JUC.DK/HRJURA](http://WWW.JUC.DK/HRJURA)

**JUC**



# FORFATTERLISTE

7. nummer 2015

ANTON KRAEV

Redaktør, HR JURA Magasinet  
Juridisk konsulent, Dansk Erhverv

---

Stærk personalejurist som brænder for at arbejde med alle aspekter af ansættelses- og arbejdsret. Jeg har erfaring fra bl.a. Dansk Erhverv, HORESTA Arbejdsgiver, TDC Group, to advokatkontorer, offentlig myndighed og international kreditforsikringsvirksomhed.

Mine kompetencer og interesser ligger primært indenfor ansættelsesret og arbejdsret, såvel kollektiv som individuel, samt EU-arbejdsret, herunder konfliktløsning og forhandling, rådgivning og kommunikation, undervisning og andet formidling.

Jeg har stor erfaring med samarbejde, konfliktløsning og forhandling om alle ansættelsesretlige spørgsmål, herunder blandt andet opsigelser og bortvisninger, lige- og forskelsbehandlingssager, tillidsrepræsentantssager, løn og incitamentsordninger, kollektive overenskomster, overenskomstfortolkning og lokale aftalerelationer, sygefraværssager, HR M&A, mv.

Jeg har 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.

HELLE GROTH CHRISTENSEN

Cand.jur

---

Helle Groth Christensen har en baggrund som advokat og virksomhedsjurist og har beskæftiget sig med ansættelses- og arbejdsret siden 1994 både for private og offentlige arbejdsgivere. Helle Groth Christensen har gennem en årrække været ansat som chefkonsulent i KL Jura og EU, hvor hun bl.a. repræsenterede kommuner ved tjenstlige forhør. Derudover underviser hun i ansættelsesretlige emner og har gennem de sidste 7 år undervist kommuner og regioner.

FINN SCHWARZ

Partner og advokat (H)  
HORTEN Advokatpartnerskab

---

Finn Schwarz er specialiseret i ansættelsesret og har mange års erfaring som rådgiver for danske og internationale virksomheder samt ledere 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. Han har udgivet en række bøger om direktørret, konkurrencebegrænsninger, forskelsbehandling samt arbejdsskadeansvar og er ofte underviser i ansættelsesret og ansættelsesrelateret erstatningsret

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.

BO ENEVOLD UHRENFELDT  
Advokat  
Bech-Bruun

---

Bo Enevold Uhrenfeldt er specialist i arbejds- og ansættelsesret og rådgiver virksomheder og offentlige institutioner i alle typer af arbejdsretlige spørgsmål, herunder kollektive overenskomster.

NILGÜN AYDIN  
Fagchef, advokat  
CfL, Center for Ledelse

---

Nilgün arbejder som rådgiver, underviser og sparringspartner for medlemsvirksomheder inden for alle facetter af HR-juraen.

Den praktiske erfaring har hun fra mange års rådgivning og undervisning af danske og internationale virksomheder bl.a. fra advokatbranchen.

MARIA HELBO HOLCK  
Advokat (L)  
Kirk Larsen & Ascanius

---

Maria Helbo Holck beskæftiger sig med alle juridiske aspekter relateret til den daglige HR drift, samt komplekse problemstillinger i forhold til håndtering af medarbejdere i forandringsprocesser, såsom virksomhedsoverdragelse, omstruktureringer mv. Herudover rådgiver Maria også om overenskomstmæssige forhold, hvilket hun har opnået en unik erfaring med gennem sin tidligere ansættelse i HORESTA Arbejdsgiverforening. Maria rådgiver både arbejdsgivere og lønmodtagere. I tillæg til ovenstående rådgiver Maria om kommerciel immigrationsret.

Maria er en erfaren procedør, idet hun både har ført civile og strafferetlige sager ved domstolene og i faglig voldgift, og hun har derudover fungeret som sidedommer i afskedigelsesnævnet og faglig voldgift. Maria har møderet for landsretten.

Maria var i perioden 2007-2014 ansat i Kromann Reumerts ansættelsesrets afdeling. Inden da var hun ansat i Justitsministeriets departement.

TOMMY ANGERMAIR  
Advokat  
Kirk Larsen & Ascanius

---

Tommy Angermair er leder af Kirk Larsen & Ascanius' ansættelsesretsafdeling og har udelukkende arbejdet med ansættelsesret og immigrationsret siden 2007. Han beskæftiger sig generelt med alle typer af ansættelses- og arbejdsretlige problemstillinger, men har særlig ekspertise i multinationale selskabers håndtering af medarbejdere, incitamentsafkløning, behandling af medarbejderes persondata samt ansættelsesretlige aspekter af M&A, outsourcing og andre transaktioner. Tommy rådgiver primært store og mellemstore internationale virksomheder, men rådgiver ligeledes lønmodtagere.

Han er en meget erfaren oplægsholder, der har undervist i ansættelses- og immigrationsretlige emner i ind- og udland, ligesom han løbende bidrager til artikler i forskellige juridiske publikationer, aviser og online udgivelser. Bl.a. er Tommy forfatter til det danske kapitel i *Employment Law Review*, som indeholder bidrag fra førende ansættelsesretsspecialister i mere end 50 lande.

Inden Tommy kom til Kirk Larsen & Ascanius, var han ansat i Kromann Reumerts ansættelsesretsafdeling (2007-2013) og Bird & Bird (2004-2007).

SØREN HESSELUND KLAUSEN  
Ass. partner, advokat  
IUNO

---

Søren er associeret partner i IUNO og med i gruppen for HR-jura.

Søren er specialist i arbejdsmiljømæssige forhold og har i mere end et årti været juridisk rådgiver for store, industrielle virksomheder i sager vedrørende arbejdsskader.

Søren har betydelig erfaring fra retten og med voldgiftssager, og på den baggrund leder han teamet for retssager.

ANDERSEN ETGEN REITZ  
Partner, advokat  
IUNO

---

Anders er partner i IUNO og leder af gruppen for HR-jura.

Anders har rådgivet i adskillige sager vedrørende incitaments- og aktieoptionsplaner, grænseoverskridende transaktioner, fusioner, rekonstruktioner, immigration og databeskyttelse.

Anders rådgiver kunder inden for en bred række af industrielle sektorer, blandt andet informationsteknologi, rådgivning, transport, finans, telekommunikation, life science og medier.

Vil du befri din indre forfatter?

Har du en spændende juridisk  
problemstilling, som du vil gå i  
dybden med?

Har du en særlig interesse for  
ansættelses- og arbejdsret?

... så kontakt **HR JURA** for at høre  
nærmere om dine muligheder!



HRJURA  
MAGASINET  
7. NUMMER  
EFTERÅR 2015  
WWW.HRJURA.IN  
KØBENHAVN Ø

HR JURA

ÆBELØGADE 25, 2. TV.  
2100 KØBENHAVN Ø

CVR.NR. 34379866

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

