

HRJURA MAGASINET

ANSÆTTELSE- OG ARBEJDSRET

9. NUMMER / FORÅR 2016

5 ÅR
JUBILÆUMS NUMMER

ISSN

2245-3989

HR JURA V/ANTON KRAEV

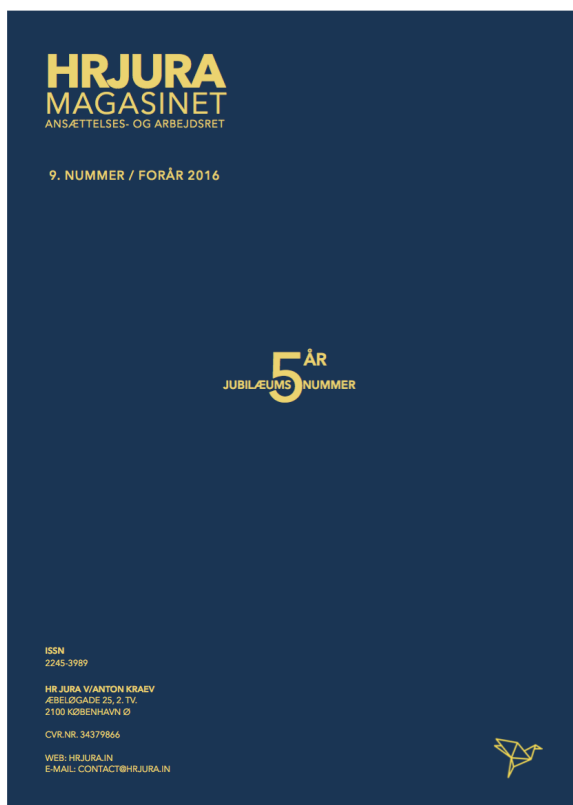
ÆBELØGADE 25, 2. TV.
2100 KØBENHAVN Ø

CVR.NR. 34379866

WEB: HRJURA.IN

E-MAIL: CONTACT@HRJURA.IN





REDAKTION



ANTON KRAEV
ANSVARSHAVENDE REDAKTØR
CAND.JUR, CAND.MERC.JUR

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

INDHOLD

Indholdet af HR JURA Magasinet kan ikke sidestilles eller erstattes med juridisk rådgivning.

HR JURA tilstræber, at indholdet er korrekt og udtryk for gældende ret, men eventuelle fejl kan ikke medføre ansvar for HR JURA.

CITERING

Enhver gengivelse eller kopiering af indholdet fra HR JURA Magasinet er betinget af forudgående skriftlig tilladelse fra HR JURA eller andre ret-tighedshavere.

HR JURA MAGASINET
9. NUMMER / FORÅR 2016

ISSN
2245-3989

HR JURA V/ANTON KRAEV
ÆBELØGADE 25, 2. TV.
2100 KØBENHAVN Ø

CVR.NR. 34379866

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





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.

INDHOLDSFORTEGNELSE

FRA PERSONDATALOV TIL PERSONDATAFORORDNING - UDVALGTE TEMAER MED FOKUS PÅ HR

7



JENS HARKOV HANSEN
ADVOKAT (CIPP/E)

RET TIL PRIVATLIV PÅ ARBEJDSPLADSEN OG OVERVÅGNING AF MEDARBEJDERES BRUG AF E-MAIL OG MOBILTELEFON

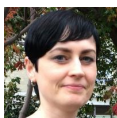
17



ANNE LOUISE WULFF
ADVOKAT (L), PARTNER

KONTROLFORANSTALTNINGER PÅ ARBEJDSPLADSEN - OM GPS OVERVÅGNING OG KONTROLAFTALEN

23



NICOLE CHRISTIANSEN
PH.D. STIPENDIAT, CAND.JUR (LL.M.)

STATUS PÅ HANDICAPBEGREBET - SÆRLIGT MED FOKUS PÅ VARIGHEDSKRAVET

29



MICHAEL KLEJS PEDERSEN
ADVOKAT (L)

TABSOPGØRELSE OG MODREGNING MED VARIABLE LØNANDELE

39



SØREN NARV PEDERSEN
ADVOKAT (H), PARTNER



JANNIE STENMANN JENSEN
ADVOKAT

BRAVIDA-DOKTRINEN EFTER VIKARLOVEN

47



JACOB FALSNER
ADVOKAT (L), PH.D.

HVEM EJER UNDERVISNINGSMATERIALERNE, UDDANNELSESINSTITUTIONERNE ELLER UNDERVISERNE?

57



MORTEN ROSENMEIER
PROFESSOR I OPHAVSRET
FORMAND FOR UBVA

MÅ JEG LÅNE DIN TJENESTEMAND?

63



KAMILLA SIMONE RASMUSSEN
CAND.JUR (LL.M.)



NANNA BAADE
CAND.JUR (LL.M.)

NYE REGLER OM Udstationeret Arbejdskraft i Danmark

67



ANE KRISTINE LORENTZEN
CHEFJURIST, ADVOKAT

ARBEJDSRETlig KILDESØGNING OG -BRUG

73



OLE HASSELBALCH
PROFESSOR, JUR.DR.

NYE BØGER

78

FORFATTERLISTE

82

PERSONDATA I ANSÆTTELSESRETTEN

Tilmeld dig
kurset på
[www.juc.dk/
PA16](http://www.juc.dk/PA16)

HELT NYE REGLER FOR PERSONDATA I HR - HAR DU STYR PÅ DEM?



Med vedtagelsen af den nye persondataforordning i april 2016, er der nu kun to år til at de omfattende ændringer skal være implementeret – bliv opdateret på JUCs mest populære kursus i persondata og ansættelsesret.

På kurset **Persondata i ansættelsesretten** den 19. maj i København, får du et solidt indblik i den persondatarelige regulering. Du får gennemgået de grundlæggende begreber og problemstillinger med hovedvægt på arbejdsgivers håndtering af personoplysninger, samt hvilke krav persondatareglerne generelt stiller til den daglige personaleadministration.

Du får samtidig ny indsigt i de væsentligste trends, risici og faldgruber. Du får blandt andet gennemgået den persondatarelige regulering og de særlige forhold, som man skal være opmærksom på før, under og efter ansættelsen.

Emner er f.eks.:

- De nye regler i persondata – sådan arbejder du med dem i praksis
- Indhentning af oplysninger om ansøgere – herunder referencetagning
- Personalesagen – hvilke oplysninger må indsamles og opbevares?
- Medarbejderes rettigheder efter persondatareglerne

19.
MAJ

7
LEKT.

KR.
4.995,-
EKSL. MOMS

KØBEN-
HAVN

UNDERVISER MED MASSIV ERFARING

Jens Harkov Hansen,
Senioradvokat (CIPP/E), Norrbom Vinding

Jens Harkov Hansen er senioradvokat ved Norrbom Vinding. Han sørger for, at du bliver klædt juridisk på til at tackle de udfordringer, man møder i forbindelse med den praktiske håndtering af medarbejderoplysninger. Han giver dig en dybere indsigt i de forskellige regelgrundlag, der tilsammen danner rammerne for registrering af medarbejderoplysninger.



Axelborg | Vesterbrogade 4a | 1620 København V
tlf: 7020 8260 | juc@juc.dk | www.juc.dk | cvr: 35391304

FRA PERSONDATALOV TIL PERSONDATAFORORDNING - UDVALGTE TEMAER MED FOKUS PÅ HR



JENS HARKOV HANSEN
ADVOKAT (CIPP/E)

Med udgangspunkt i den netop vedtagne persondataforordning behandles der i artiklen en række udvalgte persondataretlige problemstillinger fra et HR-perspektiv. Der ses nærmere på de bestemmelser, der har betydning for arbejdsgiveres mulighed for at indsamle og registrere medarbejderdata. Endvidere berøres ansøgere og medarbejderes rettigheder, herunder retten til at blive informeret af arbejdsgiver. Også indførelsen af en ny medarbejdertype - en databeskyttelsesrådgiver - omtales, og der ses nærmere på visse af de dokumentationskrav, som forordningen stiller til blandt andet arbejdsgivere. Herudover behandles de kommende sanktioner, der grundet det høje niveau har givet anledning til en del opmærksomhed.

INDLEDNING

Persondatalovens bestemmelser sætter i dag rammerne for behandling af oplysninger om medarbejdere og ansøgere. Lovens behandlingsregler indebærer, at arbejdsgivere må kunne redegøre for, med hvilken hjemmel personaleoplysningerne behandles. Loven indeholder endvidere en række bestemmelser, der giver medarbejdere og ansøgere en række rettigheder, herunder retten til at blive informeret om de oplysninger, som arbejdsgiver indsamler. Derudover indeholder persondataloven en hel del øvrige forpligtelser for arbejdsgivere og andre dataansvarlige.

Men persondataloven er ikke nøglen til alt. For blandt andet tv-overvågningsloven, helbredsoplysningsloven, forskelsbehandlingsloven og den øvrige almindelige arbejds- og ansættelsesretlige lovgivning og praksis spiller også ind. Reglerne om straffe- og børneattester samt straffelovens regler om brevhemmelighed er også på banen. Offentlige arbejdsgivere skal desuden huske at iagttage de forvaltningsretlige spilleregler.

Det er derfor ikke så overraskende, at mange finder det persondataretlige område kompliceret og svært at arbejde med. Det gør det ikke nemmere, at der på europæisk plan findes mindst 28 forskellige persondatalove - samt et hav af "særlove" i de enkelte EU-lande. Det gør paneuropæisk databehandling til en tung affære.

For blandt andet at harmonisere persondatareglerne på EU-plan - og derved bane vejen for ét fælleseuropæisk regelsæt - fremsatte Kommissionen i januar 2012 et forslag til en persondataforordning til erstatning for det nuværende persondatadirektiv, som persondataloven bygger på. I december 2015 opnåedes der politisk enighed om den nye persondataforordning, der formelt blev vedtaget af Rådet den 8. april og af Europa-Parlamentet den 14. april 2016. Forordningens regler vil finde anvendelse fra maj 2018.

I det følgende ses der nærmere på en række udvalgte persondataretlige problemstillinger fra et HR-perspektiv¹. Det bemærkes i den forbindelse, at forordningen er en stor og kompliceret størrelse – med næsten 100 artikler med hovedregler, undtagelser og mulighed for supplerende regulering. Forordningen regulerer som udgangspunkt al elektronisk behandling af personoplysninger, hvor behandlingen af medarbejderoplysninger alene udgør en del heraf. Rammerne for denne fremstilling sætter sine naturlige grænser for, hvor meget der kan gås i dybden med de enkelte områder, og nedestående gennemgang må derfor ses i lyset heraf.

BEHANDLING AF MEDARBEJDER- OPLYSNINGER

Forordningen vil erstatte persondataloven. På en lang række områder er der imidlertid tale om gammel vin på nye flasker. Også efter forordningen vil arbejdsgiver (som dataansvarlig) således skulle stå på mål for behandlingen af oplysninger om medarbejdere (de registrerede), og i forhold til arbejdsgivers behandling af personoplysninger er der langt hen ad vejen tale om en videreførelse af en række af de principper og regler, som vi allerede kender fra persondataloven (og det bagvedliggende EU-direktiv).

I forordningen genfinder vi således en række af de grundlæggende principper, vi kender fra persondatalovens regler om god databehandlingskik, saglighed og proportionalitet med videre, ligesom vi også fremadrettet vil skulle sondre mellem almindelige og følsomme oplysninger². De grundlæggende principper findes i forordningens artikel 5, hvor behandlingsreglerne navnlig findes i artikel 6 og 9, alt afhængig af om der er tale om almindelige eller følsomme oplysninger.

I relation til selve hjemlen til at behandle almindelige personoplysninger i HR-sammenhæng vil behandling også efter forordningen kunne ske på grundlag af ansættelsesaftalen, en retlig forpligtelse (der påhviler arbejdsgiver) eller efter en afvejning af interesser. Hjemlen kan dog også efter forordningen være et samtykke, hvilket behandles nærmere nedenfor.

Hvad angår følsomme oplysninger af relevans for HR, er disse efter forordningen hovedsageligt afgrænset til personoplysninger om fagforeningsmæssigt tilhørsforhold og helbredsforhold. Arbejdsgivers behandling af oplysninger herom vil navnlig kunne ske på baggrund af et samtykke. Behandling kan dog ligeledes ske, hvis lovgivning samt kollektive overenskomster forpligter hertil eller i situationer, hvor et retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares.

Generelt synes hjemmelsgrundlaget således ikke at adskille sig væsentligt fra, hvad der gælder efter persondataloven.

Det bemærkes dog, at opsamlingsbestemmelsen om "andre rent private forhold", som findes i den danske "særregel" i persondatalovens § 8 – og som efter praksis fra Datatilsynet blandt andet omfatter resultatet af personlighedstest og oplysninger om bortvisning – ikke genfindes i forordningens artikel 9 om følsomme oplysninger. I konsekvens heraf vil oplysninger om personlighedstest samt selve den oplysning, at en medarbejder er blevet bortvist, efter forordningen skulle kategoriseres som "almindelige oplysninger" omfattet af artikel 6. Forordningen udvider derved det mulige hjemmelsgrundlag for behandlingen af sådanne oplysninger, idet artikel 6 indeholder en række yderligere hjemler for behandling af sådanne oplysninger i forhold til den nuværende § 8 i persondataloven.

¹ Der tages udgangspunkt i den danske version af 6. april 2016 af Europa-Parlamentets og Rådets forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om friudveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse).

² For overskuelighedens skyld opretholdes sondringen mellem almindelige oplysninger (artikel 6) og følsomme oplysninger (artikel 9) i det følgende, selvom sidstnævnte i forordningen benævnes som "særlige kategorier af personoplysninger".

Med hensyn til behandling af personoplysninger vedrørende straffedomme og straffelovsovertrædelser – som for arbejdsgiveres vedkommende blandt andet kan være relevant i det omfang, der benyttes straffeattester eller børneattester – er dette særskilt behandlet i forordningens artikel 10. Ifølge bestemmelsen må behandling af sådanne personoplysninger ske på grundlag af artikel 6, men kun *“under kontrol af en offentlig myndighed, eller hvis behandling har hjemmel i EU-retten eller medlemsstaternes nationale ret, som giver passende garantier for registreredes rettigheder og frihedsrettigheder”*. Bestemmelsens ordlyd lægger sig op ad det gældende databeskyttelsesdirektiv, som på tilsvarende vis fastslår, at en sådan behandling blandt andet kun må foretages *“under kontrol af en offentlig myndighed, eller hvis der gælder tilstrækkelige, specifikke garantier i medfør af den nationale lovgivning”*. Umiddelbart kunne dette pege i retning af, at der fra dansk side vil kunne ske en videreførelse af den nuværende regulering af området. Om dette er tilfældet, vil dog kræve en nærmere analyse af forholdet mellem forordningen og de nuværende bestemmelser i persondatalovens § 8 (om behandling af oplysninger om strafbare forhold) samt børneattestloven (der indeholder pligt til at indhente straffeattester i visse sammenhænge), hvilket falder uden for denne fremstilling.

NATIONAL IMPLEMENTERING

Selvom der er tale om en forordning, er der desværre ikke udsigt til, at retsstillingen på persondataområdet bliver mere simpel fremover. Godt nok vil vi med forordningen i et vist omfang få ensrettede reglerne på tværs af Europa, al den stund at der er tale om en forordning. Forordningen indeholder imidlertid et væld af bestemmelser, der lægger op til, at der skal fastsættes yderligere bestemmelser blandt andet i national ret. Dette indebærer, at forordningen i mange tilfælde ikke i sig selv vil være grundlaget for behandlingen af personoplysninger, idet afdækning af hjemmelsgrundlaget i en række situationer vil skulle ske via national ret. Dette gælder eksempelvis behandling af oplysninger, hvor hjemlen er en retlig forpligtelse, der påhviler arbejdsgivere i et bestemt land, og hvor den

grundlæggende hjemmel derfor må udledes af national lovgivning.

Af særlig betydning for det ansættelsesretlige område er forordningens artikel 88, der fastslår, at medlemsstaterne *“ved lov eller i medfør af kollektive overenskomster [kan] fastsætte mere specifikke bestemmelser for at sikre beskyttelse af rettighederne og frihedsrettighederne i forbindelse med behandling af arbejdstageres personoplysninger i ansættelsesforhold”*. Ifølge bestemmelsen gælder dette blandt andet med henblik på ansættelse og ansættelseskontrakter samt i forbindelse med opfyldelse af forpligtelser fastsat ved lov eller kollektive overenskomster. Bestemmelsen nævner dog også ledelse, planlægning og tilrettelæggelse af arbejdet, ligestilling og mangfoldighed på arbejdspladsen, arbejdsmiljø, beskyttelse af arbejdsgiveres ejendom, udøvelse og nydelse af rettigheder og fordele i forbindelse med ansættelse samt ophør af ansættelsesforhold. Af bestemmelsen fremgår endvidere, at sådanne (nationale) bestemmelser skal omfatte *“passende og specifikke foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes menneskelige værdighed, legitime interesser og grundlæggende rettigheder”*. I den forbindelse nævnes også hensynet til gennemsigtighed i behandlingen, overførsel af oplysninger inden for en koncern eller gruppe af virksomheder og overvågningssystemer på arbejdspladsen.

Også forordningens præambel forholder sig til artikel 88. Af præambelen fremgår, at sådanne specifikke bestemmelser kan vedrøre betingelserne for, hvorledes personoplysninger i et ansættelsesforhold kan behandles på grundlag af arbejdstagerens samtykke. Herudover nævnes en hel række andre forhold, som bestemmelsen sigter til, herunder ansættelseskontrakter, godtgørelse for forpligtelser fastlagt ved lov eller kollektive overenskomster, ledelse, planlægning og tilrettelæggelse af arbejdet, ligestilling og mangfoldighed på arbejdspladsen, sikkerhed og sundhed på arbejdspladsen, individuel eller kollektiv udøvelse og nydelse af rettigheder og fordele i forbindelse med ansættelse samt ophør af ansættelsesforholdet.

Umiddelbart synes denne mulighed for national særregulering på det ansættelsesretlige område meget bred. Der kan således argumenteres for, at bestemmelsen i artikel 88 giver mulighed for, at en række af de "særlove", der i dag regulerer områder af ansættelsesforholdet, i et vist omfang kan opretholdes. Dette kunne være bestemmelserne i helbredsoplysningsloven om arbejdsgiveres mulighed for at indsamle helbredsoplysninger samt det ikke-direktivbaserede forbud i forskelsbehandlingsloven mod arbejdsgiveres indhentning af oplysninger om medarbejderes race, hudfarve, religion med videre – blot for at nævne et par eksempler.

Ligeledes vil muligheden for national særregulering kunne få betydning for de kollektive kontrolaftaler. Således findes der både på det offentlige og private område en række aftaler indgået mellem arbejdsmarkedets parter, som sætter rammerne for arbejdsgiveres iværksættelse af kontrolforanstaltninger. Disse aftaler har betydning for alt fra tv-overvågning over logning af e-mails i kontroløjemed til installation af GPS-sporing. Også her kan der argumenteres for, at sådanne kollektive aftaler vil kunne opretholdes med hjemmel i forordningens artikel 88.

TILSYNSPRAKSIS

Kendskab til forordningen og national ret er imidlertid ikke tilstrækkelig for at kunne forstå og anvende persondatareglerne. Allerede i dag udfylder praksis fra Datatilsynet en række af persondatalovens bestemmelser, hvilket konkret har betydning for arbejdsgiveres håndtering af personoplysninger. Således fastslår praksis fra Datatilsynet, at kontrol af medarbejderes e-mail og internet som udgangspunkt alene må finde sted, hvis medarbejderne forudgående er informeret herom. Det er ligeledes praksis fra Datatilsynet, der fastslår, at offentliggørelse af portrætfotos på arbejdsgiveres hjemmeside af medarbejdere fordrer medarbejderens samtykke. Praksis fra tilsynet sætter endvidere rammerne for arbejdsgiveres opbevaring af oplysninger på personalesagen.

Fremover vil kendskab til den nationale tilsynspraksis imidlertid ikke længere være tilstrækkelig. Forordningen lægger op til højere grad af ensretning i den europæiske datatilsynspraksis. Tanken er, at der på tværs af Europa vil skulle ske en ensartet fortolkning af forordningens bestemmelser, hvorfor praksis fra andre landes datatilsyn kan få betydning i Danmark. I hvilket omfang denne øvelse "lykkes" – og hvilken betydning det får nationalt for danske arbejdsgivere – vil tiden vise.

SÆRLIGT OM SAMTYKKE

Ifølge persondataloven skal et samtykke være frivilligt, specifikt og informeret. Dette krav opretholdes med forordningen. I forordningens præambel fastslås det dog yderligere, at et samtykke ikke kan anses for at være givet frivilligt, hvis den, samtykket indhentes fra, ikke har et reelt og frit valg og ikke kan afvise at give samtykke, uden at det er til skade for den pågældende. Ligeledes fremhæves det i præambelen, at et samtykke heller ikke kan benyttes, hvis der er en klar skævhed i styrkeforholdet mellem den registrerede og den dataansvarlige. Dette giver anledning til overvejelser om, hvorvidt et samtykke i fremtiden fortsat vil kunne benyttes som hjemmelsgrundlag både forud for og under et ansættelsesforhold. Såvel i rekrutteringsfasen som under selve ansættelsesforholdet kan der nemlig argumenteres for, at der ikke er tale om et ligeværdigt forhold mellem ansøgeren/medarbejderen og arbejdsgiveren.

Hidtil har det i Danmark været almindeligt anerkendt, at et samtykke efter persondataloven kan være frivilligt (og dermed benyttes) såvel i rekrutteringsfasen som under selve ansættelsesforholdet. Om denne praksis vil blive udfordret med forordningen vil tiden vise. Allerede i dag er der således forskellig praksis i de enkelte europæiske lande i relation til at kunne benytte et samtykke som hjemmel for en behandling af persondata i et ansættelsesforhold. I mere "restriktive" sydeuropæiske lande kan samtykke i visse situationer således allerede i dag ikke bruges inden for det ansættelsesretlige område.

Ses der nærmere på rekrutteringssituationen, har samtykket navnlig betydning i referencesituationen, særligt i de situationer, hvor negativt ladede udtalelser eller følsomme oplysninger om kandidaten indhentes eller videregives. Hvis samtykke i forordningens forstand ikke fremover vil kunne danne grundlag for indhentning af referencer, kan det overvejes, med hvilken hjemmel indhentelse eller videregivelse af oplysninger om kandidater i så fald kan ske. Taler man almindelige oplysninger om eksempelvis performance, vil interesseafvejningsreglen i forordningens artikel 6, stk. 1, litra f, kunne overvejes. Problemet hermed er dog, at det ikke kan afvises, at kandidatens interesse i, at negativt ladede oplysninger ikke tilgår den potentielle arbejdsgiver, konkret kan indebære, at afvejningen falder ud til kandidatens fordel. I så fald kan referenceoplysningerne ikke indhentes eller videregives med denne hjemmel. Og er der tale om følsomme oplysninger som helbredsforhold, findes der ikke en tilsvarende afvejningsbestemmelse i forordningens artikel 9.

Det er muligt, at den særlige bestemmelse i forordningens artikel 88 om behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold kan indebære, at der nationalt fastsættes regler, som giver videre muligheder for at anvende samtykke inden for det ansættelsesretlige område, herunder i rekrutteringsfasen, end hvad der umiddelbart måtte følge af forordningens ordlyd. Af artikel 88 fremgår som nævnt, at medlemsstaterne kan fastsætte mere specifikke bestemmelser i forbindelse med behandling af arbejdstageres personoplysninger i ansættelsesforhold, herunder med henblik på ansættelse. Af præambelen fremgår endvidere, at der nationalt kan fastsættes specifikke bestemmelser om behandling af arbejdstageres personoplysninger i ansættelsesforhold, herunder betingelserne for, hvorledes personoplysninger i ansættelsesforhold kan behandles på grundlag af arbejdstagerens samtykke.

Hvis bestemmelsen i artikel 88 skal forstås snævert, således at der ikke gives mulighed for en særregulering af samtykkeområdet, vil det lede til et noget cirkulært resultat, og bestemmelsens indhold vil på

samtykke-området være vanskelig at få øje på. Det bemærkes, at bestemmelsen i artikel 88 i Kommissionens oprindelige forordningsudkast fra 2012 indeholdt en indledende formulering, hvorefter medlemslandene "under overholdelse af denne forordning" kunne vedtage specifikke regler for behandling af personoplysninger i et ansættelsesforhold. I den endelige version af forordningen er formuleringen "under overholdelse af denne forordning" udgået. I lyset heraf - samt baseret på ovennævnte præambelbetragtninger - synes der umiddelbart at være rum for, at det nationalt kan bestemmes, hvorledes samtykke kan benyttes inden for det ansættelsesretlige område, og derved også i rekrutteringsfasen. Det endelige svar herpå forudsætter dog en nærmere analyse af de muligheder for national implementering, som rummes i forordningens artikel 88.

Tilsvarende overvejelser kan gøres i relation til arbejdsgiveres behandling af helbredsoplysninger og behandling af oplysninger om strafbare forhold. Særligt i relation til sidstnævnte - som kan være relevant ved indhentelse af straffeattester - lægger forordningen som nævnt op til, at det kan reguleres i national ret, hvordan der kan behandles oplysninger om straffedomme.

ANSØGERES OG MEDARBEJDERES RETTIGHEDER

Med forordningen videreføres en række af de rettigheder, der i dag følger af persondataloven, og som har betydning for arbejdsgiver både i rekrutteringsfasen og under selve ansættelsesforholdet. Dette gælder navnlig de oplysningspligter, som påhviler arbejdsgiver, samt medarbejderens ret til at få indsigt i sine egne oplysninger. Men også nye begreber - så som "retten til at blive glemt" - har fundet vej til forordningen.

I rekrutteringsfasen er det helt almindeligt, at den kommende arbejdsgiver indhenter en række oplysninger om kandidaten, herunder online eller via referencer. Allerede i dag følger det af persondataloven, at den kommende arbejdsgiver skal oplyse en ansøger om, at der indsamles person-

oplysninger om vedkommende. Men kravene til at give oplysninger bliver ikke mindre med forordningen. Efter forordningen vil der således som udgangspunkt skulle oplyses ansøgeren om formålene med den behandling, som personoplysningerne skal bruges til, samt retsgrundlaget for behandlingen, de pågældende kategorier af personoplysninger, modtagerne af personoplysningerne samt oplysninger om, hvorvidt disse oplysninger videregives. Herudover skal der oplyses om det tidsrum, hvor personoplysningerne vil blive opbevaret (eller hvis dette ikke er muligt, de kriterier, der anvendes til at fastlægge dette tidsrum) samt om forordningens rettighedskatalog og retten til at indgive en klage til Datatilsynet.

Under selve ansættelsesforholdet indsamles der tillige en række oplysninger. Også her skal arbejdsgiveren sikre sig, at medarbejderne er behørigt informeret om de oplysninger, der indsamles. Dette forudsætter, at arbejdsgiveren selv er klar over, hvilke data der indsamles – og i hvilke sammenhænge. Umiddelbart lyder dette ikke som en omfangsrig øvelse, men i praksis indsamles der flere oplysninger om medarbejdere, end man umiddelbart tænker på. For at kunne vurdere, i hvilket omfang der skal gives information til medarbejderne herom, vil arbejdsgivere være nødt til at forholde sig til denne indsamling. Dette indbefatter overblik over virksomhedens dataflow, herunder om de oplysninger der indsamles i en række forskellige situationer. Ud over kendskab til indholdet i selve personalefilen indebærer dette også kendskab til alt fra, hvilke oplysninger der behandles for at kunne administrere bonusordningen til de oplysninger, som indsamles via dørkortlæseren og it-systemerne.

I praksis må arbejdsgiverne til tasterne, da informationsforpligtelserne i mange tilfælde vil kunne løftes via politikker eller andre dokumenter, der beskriver de forskellige situationer, hvor arbejdsgiver behandler personoplysninger.

Retten til indsigt i egne oplysninger videreføres også med forordningen. Denne ret indebærer, at medarbejderne som udgangspunkt har ret til

adgang til egne oplysninger. Dette kan være en meget omfangsrig øvelse; særligt hvis der ikke løbende er sket sletning.

Som noget nyt omtaler forordningen "retten til at blive glemt". Indholdsmæssigt er der dog næppe meget nyt. Bestemmelsen indebærer således en pligt til at slette personoplysninger, hvis personoplysningerne ikke længere er nødvendige til opfyldelse af de formål, hvortil de blev indsamlet eller på anden vis behandlet. Herudover skal der ske sletning, hvis det samtykke, der er grundlaget for behandlingen, tilbagekaldes, hvis der ikke længere er retligt grundlag for behandling af oplysningerne, eller hvis der gøres berettiget indsigelse mod behandlingen af personoplysningerne. Endvidere skal der ske sletning, hvis personoplysningerne er blevet behandlet ulovligt, eller hvis den øvrige lovgivning forpligter hertil.

I en HR-sammenhæng vil ovennævnte ikke adskille sig synderligt fra, hvad der allerede gælder efter persondataloven. Arbejdsgivere kan således heller ikke efter gældende ret opbevare personalesagerne til evig tid, og de må således indrette sig med procedurer for, hvornår og hvordan personaleoplysninger slettes. Der er således heller ikke umiddelbart noget, der tyder på, at der med de nye bestemmelser skulle ske en ændring af praksis for sletning af personaleoplysninger, særligt ikke når forordningen – i tråd med persondataloven – ikke opererer med særlige tidsfrister, men derimod med et nødvendighedskriterium.

NY BESKYTTET MEDARBEJDERTYPE

Som en nyskabelse i dansk ret indfører forordningen tillige en såkaldt databeskyttelsesrådgiver – eller på engelsk en Data Protection Officer (DPO). DPO'en tillægges efter forordningen en række pligter og rettigheder.

Ikke alle virksomheder er forpligtede til at have en DPO. Er man ikke en del af den offentlige forvaltning, er kravet om en DPO begrænset til virksomheder, hvor kerneaktiviteten består af "*behandlingsaktiviteter, der i medfør af deres karakter, om-*

fang og/eller formål kræver regelmæssig og systematisk overvågning af registrerede i stort omfang”, eller “behandling i stort omfang af særlige kategorier af oplysninger”, jf. forordningens artikel 37, stk. 1.

På det private område er det således selve kerneaktiviteten, der er afgørende for, om man skal have en DPO - og dermed ikke behandling af personoplysninger som biaktivitet. Dette må indebære, at det forhold, at en virksomhed behandler oplysninger om medarbejdere, næppe i sig selv kvalificerer til, at virksomheden vil skulle have en DPO. Således vil personaleadministration almindeligvis ikke være en virksomheds “kerneaktivitet”. Kerneaktiviteten vil snarere være det “produkt”, som virksomheden tilbyder. Er “produktet” såkaldt profiling eller måske patientbehandling, vil der dog kunne være tale om en kerneaktivitet, der indebærer krav om en DPO.

DPO'en skal udpeges på grundlag af sine faglige kvalifikationer, navnlig ekspertise inden for databeskyttelsesret og -praksis. Dette vil umiddelbart indebære, at DPO'en på højt niveau skal have kendskab til og forståelse for den juridiske og praktiske anvendelse af forordningen, supplerende national og EU-retlig persondataregulering samt praksis fra tilsynsmyndigheder og domstole. Hertil kommer indblik i de mere tekniske processer.

Umiddelbart vil der ikke være mange personer i Danmark, der vil kunne leve op til de krav, som forordningen stiller til en DPO. Det vil dog formentlig “afhjælpe” situationen en smule, at en koncern kan udnævne en fælles DPO, ligesom flere offentlige myndigheder kan udpege en fælles DPO, hvis dette vil give mening i det konkrete tilfælde (blandt andet baseret på myndighedens størrelse og kompleksitet). Endelig kan man vælge at benytte sig af en ekstern DPO, idet forordningen lægger op til, at DPO'en enten kan være en medarbejder hos

virksomheden/myndigheden eller en ekstern samarbejdspartner. Benyttelse af en ekstern DPO er en meget anvendt model i Tyskland, hvor der allerede i dag gælder et krav om at have en DPO, og denne model må således formodes også herhjemme at blive udbredt. For virksomheder og myndigheder indebærer det den oplagte fordel, at der ved benyttelsen af en ekstern DPO ikke skal rekrutteres eller investeres i en sådan medarbejder, hvilket kan blive en meget omkostningstung affære. Ligeledes vil en ekstern DPO i højere grad kunne leve op til forordningens bestemmelser om uafhængighed, og virksomheden/myndigheden skal ikke bekymre sig om afskedigelsesbeskyttelsen.

Er DPO'en en ansat medarbejder, sikres denne efter forordningen uafhængighed samt en vis afskedigelsesbeskyttelse. Uafhængigheden indebærer, at DPO'en ikke må modtage instrukser vedrørende udførelsen af de opgaver, som efter forordningen påhviler DPO'en, ligesom DPO'en skal referere til øverste ledelsesniveau. I relation til afskedigelsesbeskyttelsen må DPO'en ikke “afskedigelsesstraffes” for at udføre sine opgaver. Hvad der nærmere ligger i denne beskyttelse, er dog svært at sige, ud over at selve opsigelsesbeskyttelsen er blevet noget nedtonet i forhold til tidligere forhandlingsudkast³. Umiddelbart kan de færreste i Danmark opsiges for at udføre deres arbejdsopgaver, hvilket blot peger i retning af en almindelig saglighedsbeskyttelse. Er dette tilfældet, vil afskedigelsesbeskyttelsen efter forordningen formentlig ikke gøre den store forskel i en dansk kontekst, idet det må antages, at en ansat DPO, i de fleste tilfælde vil være funktionær ex lege og dermed omfattet af den sædvanlige beskyttelse mod usaglig afskedigelse.

ARBEJDSGIVERES DOKUMENTATIONSKRAV

Efter de gældende regler i persondataloven vil arbejdsgivere skulle anmelde deres behandling af

³ Rådets udkast til persondataforordning af 11. juni 2015 indeholdt således følgende formulering: “During their term of office, the data protection officer may, apart from serious grounds under the law of the Member State concerned which justify the dismissal of an employee or civil servant, be dismissed only if the data protection officer no longer fulfils the conditions required for the performance of his or her tasks [...]”

personaleadministration til Datatilsynet, alt afhængig af hvilke personoplysninger der behandles. Og private arbejdsgivere vil i visse tilfælde skulle have en forudgående tilladelse til personaleadministration fra Datatilsynet. Det samme er tilfældet med hensyn til whistleblower-ordninger, hvor Datatilsynet endda har fastsat en række retningslinjer.

Med forordningen ophører pligten til at foretage en generel anmeldelse hos Datatilsynet. Derimod bliver arbejdsgivere og andre dataansvarlige underlagt en række dokumentationsforpligtelser. Således indeholder forordningen krav om, at den dataansvarlige skal kunne dokumentere behandlingsaktiviteterne. Dette indebærer blandt andet en beskrivelse af formålene med behandlingen, kategorierne af registrerede, kategorierne af personoplysninger samt kategorier af modtagere, som personoplysningerne er eller vil blive videregivet til, herunder modtagere i tredjelande. Om muligt skal dokumentationen tillige indeholde en beskrivelse af de forventede tidsfrister for sletning af de forskellige kategorier af oplysninger samt en generel beskrivelse af de tekniske og organisatoriske sikkerhedsforanstaltninger, der er truffet. Den dataansvarlige skal efter anmodning stille denne dokumentationen til rådighed for Datatilsynet.

Der er således tale om en relativt omfattende dokumentationsforpligtelse, som vil påhvile en række arbejdsgivere. Selvom forpligtelsen ikke finder anvendelse på virksomheder eller organisationer, der beskæftiger under 250 personer, gælder kravet til dokumentation alligevel, hvis behandlingen omfatter følsomme oplysninger eller personoplysninger vedrørende straffedomme og straffelovs-overtrædelser (som en række arbejdsgivere ikke kan undgå at behandle).

En yderligere dokumentationsforpligtelse findes i reglerne om konsekvensanalyser – eller de såkaldte Data Protection Impact Assessments. Det følger således af forordningens artikel 35, at hvis en type behandling vil føre til høj risiko for fysiske personers rettigheder og frihedsrettigheder, skal den dataansvarlige forud for behandlingen foretage en an-

alyse af de påtænkte behandlingsaktiviteters konsekvenser for beskyttelse af personoplysninger. Dette gælder eksempelvis i tilfælde af, at der behandles et stort omfang af følsomme oplysninger eller oplysninger vedrørende straffedomme og straffelovs-overtrædelser. Forordningen indeholder i den forbindelse tillige bestemmelser om, i hvilket omfang Datatilsynet vil skulle høres i den forbindelse.

Herudover skal den dataansvarlige – som i dag – træffe passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger for at kunne demonstrere, at behandlingen af personoplysninger foretages i overensstemmelse med forordningen. Dette forudsætter, at der udarbejdes databeskyttelsespolitikker.

Også reglerne om databehandleraftaler videreføres med forordningen. Allerede i dag følger det således af persondataloven, at overladelse af personoplysninger til en databehandler skal reguleres ved en skriftlig aftale (en databehandleraftale). Dette er relevant, når en virksomhed overlader personoplysninger i forbindelse med løsning af en arbejdsopgave for virksomheden til en ekstern part. Dette kan for eksempel være i forbindelse med brug af en ekstern lønadministrator, en ekstern udbyder af personlighedstests, ved benyttelse af ekstern it-drift samt ved overladelse af medarbejderoplysninger til andre koncernselskaber som led i en koncernfælles HR-funktion. Forordningen viderefører som nævnt kravet om databehandleraftaler, og fastslår tillige en række supplerende krav til indholdet af en databehandleraftale i forhold til, hvad der følger af persondataloven.

SANKTIONER

Et af de områder, som har påkaldt sig særlig opmærksomhed, er forordningens sanktionsniveauer. Ud fra en dansk målestok er der da også tale om helt uvante beløb.

Helt generelt opereres der i forordningen med to bødeniveauer – et højt og et lavt. Den høje bødeklasse indeholder et bødemaksimum på ca. 150.000.000 kr. – eller hvis det drejer sig om en virk-

somhed – op til 4 % af dens årlige omsætning (alt afhængig af, hvad der er højest). Den lave bødekasse indeholder et bødemaksimum på ca. 75.000.000 kr. – og for en virksomhed, op til 2 % af dens årlige omsætning (igen alt afhængig af, hvad der er højest).

Forordningen indeholder en række eksempler på, hvad der udløser bøder i en bestemt klasse. Man vil således befinde sig i den lave klasse ved for eksempel manglende databehandlertaler, ved utilstrækkelig dokumentation for behandling, ved mangelfuld eller utilstrækkelig sikkerhed eller ved en manglende DPO (hvis man er forpligtet til at have en sådan). Den høje klasse er blandt andet tiltænkt anvendt ved hjemmelsmangler (eksempelvis et ugyldigt samtykke), ved manglende iagttagelse af oplysningspligter over for eksempelvis medarbejdere, hvis der ikke gives oplysninger ved indsigtsanmodning eller ved manglende efterkommelse af afgørelser fra datatilsyn.

Herudover indeholder forordningen en række parametre, som skal benyttes i forbindelse med fastlæggelsen af det konkrete bødeniveau. Dette kan blandt andet være arten, graden og varigheden af krænkelsen, karakteren af de berørte persondata, antallet af berørte registrerede og den skade, de er blevet forvoldt samt en række andre skærpende eller formildende omstændigheder.

I forhold til selve bødeudstedelsen er der i forordningen lagt op til, at der skal være tale om administrative bøder. Dette har imidlertid givet anledning til udfordringer fra dansk side, idet grundloven efter Justitsministeriets opfattelse er til hinder for, at der i Danmark udstedes sådanne administrative bøder. Der er derfor i forordningen indført en særlig bestemmelse, hvorefter reglerne om administrative bøder kan anvendes på den måde, at bøderne pålægges af domstolene som en strafferetlig sanktion.

Særligt med hensyn til offentlige myndigheder kan hver medlemsstat ifølge forordningen fastsætte regler om, hvorvidt administrative bøder må på-

lægges offentlige myndigheder. Umiddelbart vil det ikke harmonere med den almindelige danske tradition, hvis ovennævnte bødereglene også kommer til at omfatte offentlige myndigheder. Hvordan bestemmelsen implementeres i Danmark, må tiden dog vise.

AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER

Hvis man som arbejdsgiver forestiller sig, at det med den nye persondataforordning bliver lettere at manøvrere i det persondataretlige hav, er der basis for en slem skuffelse. Som det ses af ovenstående – der alene udgør et lille indblik i den nye persondataretlige verden – vil arbejdsgivere skulle holde tungen lige i munden, når det drejer sig om behandling af medarbejderdata.

Uanset at der med persondataforordningen i mange tilfælde er tale om principper og regler, som allerede er gældende, er der med de påtænkte sanktionsniveauer tale om en reel risikofaktor, som virksomheder må forholde sig til. Hertil kommer, at den øgede fokus på compliance indebærer, at de færreste arbejdsgivere kan "tåle" at blive hængt ud for ikke at have styr på persondataen.

Så selvom forordningen først træder i kraft i 2018, er det ikke for tidligt at forberede sig. Hvis persondata ikke allerede er forankret bredt i organisationen, og tænkt ind i alle processer, herunder rekrutteringsprocessen, den daglige personaleadministration, opsigelses/fratrædelsessituationen samt i forholdet mellem koncernselskaber og eksterne samarbejdspartnere, kan der meget vel være tale om en omfangsrig øvelse. At få styr på dataflowet er nemlig ikke noget, man klarer på en dag eller to.

VIDSTE DU, AT...

HR JURA MAGASINET ER STIFTET OG DREVET AF FRIVILLIGE OG ULØNNEDE KRÆFTER.

HR JURA MAGASINET UDGIVES UDEN PROFIT FOR ØJE. REKLAMEINDTÆGTER GÅR TIL DÆKNING AF DIREKTE UDGIFTER, MENS EVT. OVERSKUD BLIVER UBESKÅRET BRUGT TIL VIDEREUDVIKLING.

HR JURA BLEV STIFTET I APRIL 2011 OG DRIVES UNDER REDAKTION AF ANTON KRAEV.

RET TIL PRIVATLIV PÅ ARBEJDSPLADSEN OG OVERVÅGNING AF MEDARBEJDERES BRUG AF E-MAIL OG MOBILTELEFON



ANNE LOUISE WULFF
ADVOKAT (L), PARTNER

INDLEDNING

De fleste har efterhånden nok fundet ud af at stort set alt, hvad vi foretager os på vores pc'er, tablets og mobiltelefoner, registres på den ene eller anden måde og kan findes igen. Intet bliver glemt, og det kan få uheldige konsekvenser. De tekniske muligheder, der er for at lagre og genfinde elektronisk kommunikation og spore andre typer af aktiviteter på fx internettet, bør derfor give anledning til en række overvejelser både i ledelsen og blandt medarbejderne rundt omkring på de danske arbejdspladser. For eksempel er det nødvendigt at forholde sig til, om en medarbejder har krav på at kunne benytte pc, e-mail og mobiltelefon, som arbejdsgiver har stillet til rådighed, i privat sammenhæng, og om arbejdsgiver må kontrollere og overvåge, hvad e-mailen, pc'en og mobiltelefonen bruges til.

I denne artikel vil jeg se lidt nærmere på disse spørgsmål særligt med fokus på nyeste praksis inden for området. Indledningsvist vil jeg kort opridse regelgrundlaget på området, herunder særligt de regler, der følger af persondataloven¹, straffelovens § 263, stk. 1, nr. 1, om brevhemmelighed, og af ledelsesretten.

LUKKEDE MEDDELELSER

Både e-mail og sms'er betragtes om lukkede meddelelser i straffelovens forstand, og en arbejdsgiver må derfor ikke åbne eller læse private beskeder, medarbejderne sender fra deres arbejds e-mail eller mobiltelefoner. Da det imidlertid er arbejdsgiveren, der ejer it-udstyret, må medarbejderne som udgangspunkt acceptere, at brugen af udstyret begrænses, og at arbejdsgiveren eventuelt helt forbyder, at det anvendes til privat brug. Et forbud er dog ikke det samme som, at der automatisk er adgang til at kontrollere og overvåge medarbejdernes brug af internettet, mobiltelefonen mv.

SAGLIGHEDSKRAV - BERETTIGET INTERESSE

Grænserne for, hvornår det er tilladt at overvåge en medarbejders brug af fx e-mail, følger af persondataloven. Indholdet i en e-mail betragtes som personrelateret data, jf. lovens § 1, stk. 1, sammenholdt med § 3, nr. 1. Som udgangspunkt vil en arbejdsgiver anses for berettiget til at skaffe sig adgang til medarbejdernes e-mail, der har et arbejdsrelateret indhold. I andre situationer er det mere tvivlsomt, hvad der gælder.

¹ Lov nr. 429 af 31.05.2000, om behandling af personoplysninger.

I henhold til persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, gælder desuden et egentligt saglighedskrav, hvor efter arbejdsgiver skal kunne påvise at have en berettiget interesse i at overvåge medarbejderen, og hensynet til medarbejderens interesser må ikke overstige denne interesse. Som tommelfingerregel vil arbejdsgivers behov for at kunne sikre systemets drift, sikkerhed, genetablering og dokumentation samt hensynet til kontrol af brugen af systemet opfylde saglighedskravet. Endvidere vil det normalt være sådan, at retten til privatliv ikke i sig selv vejer tungere end virksomhedens drift- og sikkerhedsmæssige interesser. Saglighedsvurderingen vil i øvrigt nok være forskellig alt efter, om kontrollen sker på grund af konkrete omstændigheder eller som led i almindelig stikprøvekontrol.²

KLARE RETNINGSLINJER OG INFORMATION

Et andet vigtigt aspekt er, at arbejdsgiveren skal sørge for at have nogle klare retningslinjer for sin e-mail og internet politik, og i de fleste tilfælde vil arbejdsgiveren være forpligtet til at drøfte disse retningslinjer med medarbejderne for eksempel i regi af virksomhedens samarbejdsudvalg. Inden for DA/LO-området vil en kontrolforanstaltning i form af overvågning af medarbejdernes brug af e-mail og mobiltelefon desuden skulle varsles med minimum 6 uger forud for, at den sættes i værk. Herudover skal hver enkelt medarbejder som følge af persondatalovens §§ 28-29, informeres om sikkerhedskopiering af deres e-mail samt den eventuelle brug heraf. Ledelsen skal sikre, at alle medarbejderne er gjort bekendt med ordningen eller nemt kan finde information om ordningen for eksempel på virksomhedens intranet. Samtidig skal arbejdsgiver ifølge Datatilsynets praksis følge princippet om god databehandlingsskik i lovens § 5, og huske at give information til medarbejderen før sikkerhedskopiering og anden form for overvågning finder sted.³

SENESTE PRAKSIS - BESKYTTELSE AF PRIVATLIVETS FRED

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har netop taget stilling til spørgsmålet om en arbejdsgivers ret til at forbyde privat brug af virksomhedens it-systemer og overvåge medarbejdernes brug af internet og e-mail. Afgørelsen er fra 12. januar 2016⁴, og domstolen nåede frem til, at en arbejdsgiver kunne gennemgå en medarbejders personlige e-mails uden at krænke medarbejderens ret til privatliv.

Sagen var anlagt af en rumænsk ingeniør, der var ansat som sælger i et privat firma. Arbejdsgiveren bad ham om at åbne en e-mail konto på Yahoo, hvor han skulle kommunikere med virksomhedens kunder. Ifølge virksomhedens interne personalepolitik var det ikke tilladt for medarbejderne at bruge virksomhedens it-systemer og adgang til internettet i privat sammenhæng. Medarbejderne fik besked om, at hans e-mail konto var blevet overvåget over en periode, og at man havde fundet ud af, at han havde sendt private e-mails fra Yahoo kontoen. Ingeniøren blev derfor opsagt med henvisning til, at han havde overtrådt virksomhedens it-politik.

Ingeniøren anlagde i første omgang sag ved de rumænske domstole mod arbejdsgiveren og gjorde gældende, at opsigelsen var usaglig. Den rumænske domstol gav imidlertid ikke ingeniøren medhold i sin påstand, og han anlagde derfor sag mod den rumænske stat ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og gjorde gældende, at hans private e-mails var beskyttet af artikel 8 i den Europæiske Menneskerettighedskonvention om retten til respekt for privatliv, familieliv og sin korrespondance. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol konkluderede, at arbejdsgiverens håndtering af sagen var lovlige, og at overvågningen af medarbejderens brug af e-mail kontoen var den eneste måde, hvorpå arbejdsgiveren kunne kon-

² Peter Blume og Jens Kristiansen, Persondataret i ansættelsesforholdet, 2011, 1. udg. s. 175.

³ Se nærmere Datatilsynets praksis på www.datatilsynet.dk, herunder fx afgørelse af 19.09.00 vedr. Tryg-Baltica, journalnr. 2000-631-0001

⁴ Sag BĂRBULESCU v. ROMANIA, no. 61496/08

trollere, om der var sket et brud på virksomhedens it-politik. Domstolen lagde endvidere vægt på, at medarbejderne var blevet gjort opmærksom på virksomhedens it-politik og derfor burde være klar over, at privatbrug af systemet ville være en overtrædelse af reglerne.

Afgørelsen er en påmindelse til arbejdsgiverne om, at de skal huske at sikre, at de har en fornuftig og legitim it-politik, som er kendt af medarbejderne, før der iværksættes nogen form for overvågning af medarbejdernes brug af internettet eller virksomhedens it-systemer. Har virksomheden ikke en sådan klar e-mail og internet politik, som medarbejderne er informeret om, vil arbejdsgiveren som udgangspunkt ikke lovligt kunne overvåge medarbejderne.

PRIVAT POST

Det er normalt arbejdsgiveren, der ejer det it udstyr, medarbejderne benytter i forbindelse med arbejdet. Og det er dermed naturligt, at arbejdsgiver også har en forventning om at kunne bestemme, hvordan udstyret benyttes og til hvad. Som udgangspunkt er det derfor almindeligt accepteret, at en arbejdsgiver kan forbyde brugen af it-udstyret til andet end arbejdsrelaterede formål, og dermed kan forbyde medarbejderne at bruge udstyret til private formål. Forbuddet giver dog som allerede nævnt ikke automatisk arbejdsgiver ret til at kontrollere medarbejderens brug af fx e-mailen.

I den juridiske litteratur har der været rejst spørgsmål ved, om det var i overensstemmelse med princippet om ytringsfrihed i EMRK art. 10, at en arbejdsgiver fuldstændig afskærer en medarbejder fra at benytte e-mailen til private formål. Spørgsmålet er således, om en ansat har et berettiget krav på i begrænset omfang at kunne kommunikere fra sin arbejdsplads ved hjælp af de kommunikationsformer, der i øvrigt anvendes i samfundet.⁵

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse fra 12. januar 2016 synes ikke at understøtte dette synspunkt. Domstolen tager dog ikke i sagen stilling til spørgsmålet om retten til ytringsfrihed efter art. 10, men konkluderer til gengæld, at det ikke vil være i strid med art. 8 at forbyde brugen af virksomhedens e-mail konto i privat sammenhæng, samt at det er tilladt, at arbejdsgiveren kontrollerer medarbejdernes brug af virksomhedens it-udstyr.

AARHUS HAVN

I Danmark har der også været rejst sager om retten til at benytte arbejdsrelateret it-udstyr i privat sammenhæng og adgangen til at overvåge og kontrollere brugen heraf. En af de seneste sager, som har fået en del omtale, er sagen fra Aarhus Havn⁶. Den drejede sig om en medarbejder, som i forbindelse med en ombytning af sin arbejdsmobiltelefon, fik udlæst dele af de sms-korrespondancer, der lå på telefonen. Medarbejderen havde afleveret telefonen til sin arbejdsgiver for at få den udskiftet til en ny model. Medarbejderen var på det pågældende tidspunkt ansat som kranfører og valgt som sikkerhedsrepræsentant på Aarhus Havn.

Sms'erne var ikke umiddelbart læsbare for arbejdsgiver ved tilgang til telefonen, idet man skulle åbne hver enkelt sms for at kunne læse dem. Arbejdsgiver havde derfor downloadet et program til telefonen for at få udlæst beskederne. Udlæsningen af sms'erne blev begrænset til korrespondance mellem telefonnumre, som tilhørte Aarhus Havn, og på den måde var udlæsningen begrænset til arbejdsrelaterede sms'er.

Der havde i perioden forud for, at kranføreren afleverede sin mobiltelefon, været et anstrengt forhold mellem ledelsen ved Aarhus Havns og gruppen af kranførere, og arbejdsmiljøet på havnen fungerede dårligt. Det var den daværende havnedirektør og en områdechef, der foranledigede, at sms'erne blev gennemgået, og de afslørede blandt andet en længere korrespondance mellem kranfør-

⁵ Peter Blume og Jens Kristiansen, Persondataret i ansættelsesforholdet, 2011, 1. udg. s. 178.

⁶ Dom af 18. september 2015, Retten i Aarhus, sag nr. BS12-3630/2015.

eren og to af hans kolleger, hvor ledelsens håndtering af situationen på havnen blev åbenlyst kritiseret. En del af de oplysninger, som fremgik af sms-korrespondancerne, angik endvidere forholdet til en kollega, som ledelsen mente var blevet udsat for mobning af kranføreren og de to andre kolleger, og disse oplysninger blev efterfølgende brugt af Aarhus Havn i en personalesag mod kranføreren, som i første omgang førte til en bortvisning, der dog blev ændret til en fratrædelsesaftale. Havnenes ledelse blev efterfølgende anmeldt af medarbejderne for brud på brevhemmeligheden efter straffelovens § 263.

Retten konkluderede, at sms'er på en mobiltelefon i lighed med breve og e-mails, må betegnes som "lukkede meddelelser". Det gjorde i denne forbindelse ingen forskel, at mobiltelefonen tilhørte arbejdsgiveren, eller at medarbejderen havde indleveret telefonen med henblik på udskiftning og således ikke kunne forvente at få telefonen og sms-beskederne tilbage igen. At kranføreren havde afleveret telefonen til sin arbejdsgiver, uden først at have slettet sms'erne, blev dermed ikke betragtet som om, at han havde givet afkald på beskyttelse af brevhemmeligheden.

Domstolen lagde særligt vægt på, at mobiltelefonen også kunne anvendes privat, og at der ikke fra arbejdsgivers side var udstukket retningslinjer for den nærmere brug af telefonen eller for arbejdsgivers adgang til den korrespondance, som lå på telefonen. Desuden lagde domstolen vægt på, at mobiltelefonen blandt andet var udleveret til kranføreren i hans egenskab af sikkerhedsrepræsentant. Havnen måtte således vide, at en del af kranførerens korrespondance med kolleger havde fortrolig karakter særligt i den periode, hvor det psykiske arbejdsmiljø på havnen var dårligt.

På trods af Aarhus Havns intention om alene at tilgå arbejdsrelateret korrespondance, lagde domstolen til grund, at en del af de udlæste sms'er var af privat karakter, og at dele af sms'erne var udvekslet i fortrolighed. Retten i Aarhus fandt således, at udlæsningen af sms-korrespondancen var uberet-

tiget i medfør af straffelovens § 263, stk. 1, nr. 1, og stk. 2, og for Aarhus Havn tillige i medfør af straffelovens § 306.

Områdechefen og havnedirektøren blev imidlertid ikke idømt straf, idet retten fandt, at de havde befundet sig i en undskyldelig misforståelse af retsreglen. Desuden havde politiet to gange efter forholdets anmeldelse standset efterforskningen under henvisning til, at der ikke var en rimelig formodning om, at der var begået noget strafbart. Spørgsmålet om strafbarheden af det passerede ansås således for at have været genstand for så betydelig tvivl, at det ikke skulle medføre straf.

Dommen illustrerer, at sms'er på en mobiltelefon skal betragtes som lukkede meddelelser omfattet af straffelovens bestemmelser om brevhemmelighed på samme måde som breve og e-mails. Det gælder også, selvom medarbejderen frivilligt afleverer mobiltelefonen til arbejdsgiver uden først at slette sine sms'er.

Domme fra Retten i Aarhus er imidlertid på en række punkter meget konkret begrundet, og set i lyset af afgørelsen fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol må det forventes, at en arbejdsgiver vil anses som berettiget til at kontrollere og læse en medarbejders sms'er med arbejdsrelateret indhold, såfremt virksomheden har en klar politik på området, som medarbejderne er informeret om, og udlæsningen sker på baggrund af et sagligt og præcist defineret formål.

SAMMENFATNING - HVORDAN UNDGÅR MAN DISKUSSION OG KONFLIKT

I dag er det meget almindeligt på det danske arbejdsmarked, at medarbejderne har adgang til it-udstyr, internet og mobiltelefon. Det kan, som sagen både fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol om den rumænske ingeniør og fra Retten i Aarhus om kranføreren fra Aarhus havn viser, meget nemt give anledning til konflikt og uheldige episoder på arbejdspladsen. For at begrænse problemerne mest muligt for alle parter, er det vigtigt, at virksomheden har en klart formuleret e-mail, inter-

net og telefoni-politik, som er drøftet og forhandlet med medarbejderne. Det er i den sammenhæng vigtigt at huske på, at:

- Alle som udgangspunkt har en forventning om, at vores privatliv er beskyttet, og at vi har mulighed for privat kommunikation - og at det også i rimeligt omfang kan ske fra arbejdspladsen.
- Arbejdsgiver som helt klar hovedregel ikke må læse medarbejdernes private e-mails eller sms'er.
- Adgangen til privat kommunikation via arbejdsgiverens it-udstyr kan begrænses, og at overvågning af brugen af it-udstyret kan iværksættes, hvis arbejdsgiveren har en klart formuleret e-mail, internet og telefonipolitik, og har informeret alle berørte medarbejdere om omfanget og brugen af de indhentede oplysninger.
- E-mail, internet og telefoni-politikken skal være sagligt begrundet og må ikke gå videre end nødvendigt i den konkrete situation.
- Medarbejderne skal inddrages forud for implementeringen af retningslinjerne for brugen af virksomhedens e-mail, internet mv.

Kun hvis arbejdsgiver har taget højde for disse ting, vil det være lovligt at begrænse medarbejdernes adgang til at benytte virksomhedens kommunikationsudstyr i privat sammenhæng og iværksætte overvågning af medarbejdernes brug heraf. Hvis medarbejderne på den anden side ikke respekterer virksomhedens it-politik og benytter it-udstyret på en måde, som ikke er i overensstemmelse hermed, må medarbejderen forvente, at det kan få ansættelsesretlige konsekvenser som ved enhver anden disciplinær overtrædelse af arbejdspladsens politikker og retningslinjer.

Med gennemførelsen af den nye EU persondataforordning, som forventes at træde i kraft i løbet

af 2018, vil private virksomheder kunne blive pålagt bøder på op til 4 pct. af koncernens årlige globale omsætning for overtrædelse af forordningens bestemmelser. I den sammenhæng er det værd at bemærke, at manglende information til medarbejderne om overvågning af deres brug af virksomhedens it-systemer, e-mail mv., vil være en overtrædelse af persondataforordningen, som vil være bødesanktioneret. Så også af den grund er det en rigtig god ide at have en klar og tydelig e-mail og internet politik på plads.

VIDSTE DU, AT...

HR JURA MAGASINET LÆSES GENNEMSNITLIGT AF CA. **3.000** UNIKKE LÆSERE, HERUNDER ADVOKATER, OFFENTLIGT OG PRIVATANSATTE JURISTER, FORSKERE, DOMMERE, HR- OG PERSONALEANSVARLIGE, DIREKTØRER OG DRIFTSLEDERE, (JURA)STUDERENDE.

GRUPPEN **HR JURA** PÅ LINKEDIN HAR I APRIL 2016 KNAPE **2.000** MEDLEMMER, MENS ANTALLET VAR KUN **52** I APRIL 2011.

KONTROLFORANSTALTNINGER PÅ ARBEJDSPLADSEN - OM GPS OVERVÅGNING OG KONTROLAFTALEN



NICOLE CHRISTIANSEN
PH.D. STIPENDIAT, CAND.JUR (LL.M.)

Kontrolforanstaltninger på arbejdspladsen optager både arbejdsgivere og medarbejdere. I kampen for at udnytte arbejdstiden effektivt, har arbejdsgiverne i stadig stigende grad indført ganske omfattende kontrolforanstaltninger. I den seneste tid er det især GPS overvågning der har været i fokus. Der er stort set ingen grænser for, hvilke oplysninger der kan indsamles. GPS i firmabiler kan således ikke kun bruges til at spore, hvor den enkelte medarbejder befinder sig, men kan også spore f.eks. benzinforsøg, antal opbremsninger, belastning på køretøjets sliddele eller endda optage lyd i kabinen. Den nyeste udvikling går i retning af, at det er medarbejderen selv der skal overvåges. Flere supersygehuse vil således indføre elektroniske systemer, så man til enhver tid kan se hvor alle læger og sygeplejersker opholder sig.¹

GPS SOM KONTROLFORANSTALTNING

Den faste voldgiftsret fastslog allerede i 1913, at virksomheder, i medfør af ledelsesretten, kan indføre foranstaltninger med henblik på kontrol af ar-

bejdet. Dette dog under forudsætning af, at foranstaltningen ikke har andet formål end at sikre, at arbejdet går sin normale gang, ikke har nogen for arbejderen krænkende form, og ikke kan forvolde arbejderne tab eller nævneværdig ulempe.² Siden 2001 er reglerne formaliseret på DA og LOs område i en aftale om kontrolforanstaltninger (kontrolaftalen),³ ligesom der findes tilsvarende aftaler på andre overenskomstområder.⁴

DRIFTSMÆSSIG BEGRUNDELSE

I kontrolaftalens pkt. 1 fremgår det, at en kontrolforanstaltning først og fremmest »[...]skal være sagligt begrundet i driftsmæssige årsager og have et fornuftigt formål[...]«. I dette krav ligger også, at foranstaltningen som udgangspunkt ikke må bruges til et andet formål end det, den er indført med sigte på.

I forhold til GPS overvågning kan det konstateres, at viften af saglige driftsmæssige begrundelser udvides i takt med den teknologiske udvikling. I en sag

¹ http://www.avisen.dk/laeger-og-sygeplejersker-skal-spores-med-chip_369782.aspx

² AT 1913/65 om indførelsen af arbejdssedler for at kontrollere arbejdets omfang.

³ Protokollatet er opdateret i 2006

⁴ KL og KTO indførte i 2008 en tilsvarende aftale om kontrolforanstaltninger, ligesom Personalestyrelsen og CFU fulgte trop i 2010, jf. Jens Kristiansen, Den Kollektive Arbejdsret, 3. udgave, s. 369

mellem Dansk Funktionærforbund og Anders Andersens Rengøring fra 2009 om GPS i firmabiler var det ubestridt, at optimering af driften kunne udgøre en saglig driftsmæssig begrundelse.⁵ Arbejdsgiveren kunne ved hjælp af GPS hurtigt danne sig et overblik over hvor de enkelte medarbejdere befandt sig og sende den der var tættest på opgaven. Hovedformålet var således en bedre udnyttelse af arbejdstiden.

I en senere sag mellem Dansk El-forbund og Eltel fra 2013⁶ blev det oplyst, at formålet med GPS i firmabilerne ikke kun var optimering af driften, men også forbedring af lagerstyring i bilerne og dokumentation af tidsforbruget overfor kunder. Herudover kunne arbejdsgiveren få en billigere forsikringspræmie, da man nemmere kunne opspore stjålne biler. Endvidere blev oplysningerne fra GPS også brugt til kontrol med den effektive arbejdstid. Arbejdsretten lagde i sagen vægt på, at det var ubestridt, at brugen af GPS oplysningerne opfyldte de materielle betingelser i kontrolaftalens pkt.1, hvorfor der var tale om saglige driftsmæssige begrundelser med et fornuftigt formål.

I den nyeste GPS-sag mellem 3F og Nobina Danmark A/S fra 2015⁷ skete der en yderlig udvidelse af de saglige driftsmæssige begrundelser. Sagen angik et Fleet control system der blev installeret i Nobinas busser og bl.a. gav mulighed for at indsamle oplysninger om bl.a. tomgangstid, brændstofforbrug, kørehastighed, hårde sving og opbremsninger, mv. Formålet med indsamlingen var bl.a. dokumentation ved kundeklager og forsikringsager, reduktion af tomgangstid og brændstofforbrug, bedre instruktion og oplæring af chauffører, mv. Også her kom Arbejdsretten frem til, at de materielle betingelser i kontrolaftalens pkt. 1 for iværksættelsen af kontrolforanstaltningen var opfyldte.

Personalet på sygehuse skal fremover bære en chip, som sender informationen om, hvor de befinder sig til en fælles platform - eksempelvis en storskærm i personalestuen. Formålet med overvågningen er at reducere spildtid, når man skal lokalisere en bestemt medarbejder, hvilket man angiveligt gennemsnitligt bruger 12 minutter per vagt på. Med andre ord handler det om at effektivisere driften, hvilket alt andet lige er et sagligt driftsmæssigt formål. Personalet er dog nervøs for, at overvågningen ikke kun bruges til det oplyste formål, men også til at føre kontrol med de ansattes effektive arbejdstid. Ses der på retspraksis, vil det dog også være et sagligt driftsmæssigt formål, blot informationspligten er overholdt.⁸

INFORMATIONSPLIGTEN

Udover de materielle betingelser for indførelsen af en kontrolforanstaltning, indeholder kontrolaftalen også en informationspligt for arbejdsgiveren, der skal underrette medarbejderne om indførelsen af en kontrolforanstaltning mindst 6 uger før iværksættelsen.⁹ Informationskravet spiller en væsentlig praktisk rolle. For at opfylde kravet skal medarbejderne ikke blot have at vide, at der indføres GPS kontrol, men også det specifikke formål med kontrollen. Det vil med andre ord sige, at indføres der GPS i bilerne med det formål at spare penge på forsikringspræmien, kan arbejdsgiveren ikke benytte oplysningerne til at kontrollere medarbejdernes effektive arbejdstid. 6 ugers fristen er til for, at medarbejderne har en mulighed for at få eventuelle uoverensstemmelser behandlet fagretligt inden kontrollen træder i kraft. Det fremgår imidlertid ikke af kontrolaftalens pkt. 2, hvordan informationen skal gives. Af teori og praksis fremgår det, at det er tilstrækkeligt, hvis ledelsen informerer kollektivt gennem f.eks. medarbejderblade, intranet, e-mail og/eller ved personale- og informationsmøder.¹⁰

⁵ RFM 2009.0262

⁶ AR 2012.0177

⁷ AR2014.0228

⁸ http://www.avisen.dk/laeger-og-sygeplejersker-skal-spoeres-med-chip_369782.aspx

⁹ DA/LO protokollat om kontrolforanstaltninger af den 27. oktober 2006, pkt. 2

¹⁰ Jens Kristiansen, Den Kollektive Arbejdsret, 3. udgave, s. 376 ff.

Manglende overholdelse af informationspligten har hidtil været omdrejningspunktet i sagerne om GPS.

I sagen mellem Dansk Funktionærforbund og Anders Andersens Rengøring fra 2009¹¹ havde arbejdsgiveren installeret GPS i nogle af firmaets biler, med det formål at optimere driften. De indsamlede oplysninger blev imidlertid benyttet til en egentlig kontrol af de enkelte medarbejdere, hvilket man ikke havde informeret medarbejderne om. Retsformanden lagde vægt på, at en kontrolforanstaltning ikke må bruges til et andet formål end det, den er indført med sigte på og at arbejdsgiveren er forpligtet til at informere medarbejderne gennem samarbejdsudvalget eller tillidsrepræsentanterne.

I sagen mellem Dansk El-forbund og Eltel fra 2013¹² om GPS overvågning i firmabiler, var det også informationspligten der var i fokus. Eltel havde via firmaets nyhedsbrev i januar 2011 underrettet alle medarbejdere om, at der er installeret GPS i firmabilerne. Formålet var at optimere driften (planlægning af opgaver), forbedre lagerstyring i bilerne, dokumentation overfor kunder for tidsforbruget samt besparelser på forsikringspræmien, da man nemmere kunne opspore stjålne biler. Den 19. maj 2011 blev retningslinjerne via mail præciseret. Her blev det oplyst, at GPS oplysningerne også kan anvendes til kontrol med medarbejderens effektive arbejdstid. Ved væsentlige udsving mellem tidsregistreringen og GPS data, vil sanktionsmulighederne være advarsel og eventuel afskedigelse. Arbejdsgiveren gav allerede den 8. juni 2011 - altså inden udløb af 6 ugers fristen - en medarbejder en advarsel med baggrund i oplysninger fra GPS loggen. Arbejdsretten fastslog, at pkt. 2 i aftalen om kontrolforanstaltninger skal forstås sådan, *"at det afgørende for underretningsforpligtigelsens indtræden er det tidspunkt, hvor den pågældende indretning [...] tages i brug til kontrol af de ansatte, og underretningen skal specifikt angå sådan brug."* Ved udmåling af boden blev der dog lagt vægt på, at de

anvendte GPS-oplysninger trods alt var fra et tidsrum der lå efter underretningen, og at der ikke var tale om en særlig indgribende kontrol overfor en medarbejder. Herudover havde arbejdsgiveren en konkret mistanke om, at medarbejderen ikke havde anvendt sin arbejdstid tilstrækkeligt effektivt, da han havde væsentlig færre debiterbare timer end de øvrige ansatte og et lavere materialeforbrug. Bodden blev derfor kun udmålt til kun 10.000kr.

I den nyeste GPS-sag mellem 3F og Nobina Danmark A/S fra 2015¹³ har Arbejdsretten fastholdt sit standpunkt fra Eltel sagen i 2013. Sagen angik et Fleet control system der blev installeret i Nobinas busser, der bl.a. gav mulighed for kontrol af chaufførens arbejdstid og brændstofforbrug. Medarbejderen blev orienteret ved plancher udarbejdet af Nobina og Falck, hvoraf det fremgik hvad systemet kunne og hvad oplysningerne ville blive brugt til, nemlig optimering af driften og den enkeltes kørsel. Endvidere fremgik det, at installationen ville være færdig i uge 44 (fra den 29. Oktober 2012) og at medarbejderne ville få nærmere besked hvornår systemet ibrugtages. Den første skriftlige advarsel blev imidlertid allerede givet den 4. oktober. Ydermere blev 6 medarbejdere i februar 2013 afskediget, da det af driftsmæssige årsager var nødvendigt at reducere antallet af chauffører. Ved udvælgelsen af de pågældende medarbejdere indgik performance som ét blandt flere kriterier, og i performance vurderingen indgik bl.a. chaufførens brændstofforbrug. Arbejdsretten fandt, at kontrol med brændstofforbruget og anvendelse af oplysningerne herom i forbindelse med en afskedigelse er en kontrolforanstaltning omfattet af kontrolaftalen. Arbejdsretten fastslog dog, at medarbejderne ikke på en tilstrækkelig klar og tydelig måde var blevet orienteret om, at systemet ville blive anvendt til kontrol af brændstofforbruget og at denne oplysning tillægges vægt ved afskedigelser. Underretningspligten i kontrolaftalens pkt. 2 var derfor ikke overholdt. Ved udmåling af bod lagde Arbejds-

¹¹ RFM 2009.0262

¹² AR 2012.0177

¹³ AR2014.0228

retten vægt bl.a. på, at systemets registrering af brændstofforbruget blev anvendt til afskedigelse af 6 chauffører, hvilket Arbejdsretten fandt, var et forhold af ikke ubetydelig grovhed. Boden blev derfor fastsat til 50.000kr.

I forhold til spørgsmålet om, hvordan medarbejderne skal informeres er det værd at bemærke, at det i sagen mellem Dansk EI-forbund og Eltel fra 2013 var ubestridt, at information via mail var tilstrækkeligt. I sagen mellem 3F og Nobina var det ikke tilstrækkeligt at informere ved plancher, idet Arbejdsretten fastslår, at medarbejderne ikke *“på en tilstrækkelig klar og tydelig måde er blevet orienteret om, at fleet control systemet eventuelt ville blive anvendt til kontrol af deres brændstofforbrug [...]”*.

KONKRET BEGRUNDET MISTANKE OG 6 UGERS FRISTEN

I Eltel sagen¹⁴ gjorde arbejdsgiveren gældende, at aftalen om kontrolforanstaltninger slet ikke skulle finde anvendelse, da der var tale om en konkret mistanke rettet mod en bestemt medarbejder, hvilket de dog ikke fik medhold i. Eltel henviste i den forbindelse til sagen mellem 3F og Dansk Byggeri,¹⁵ der handlede om en murermester, der på baggrund af en konkret begrundet mistanke til en bestemt medarbejder udførte en narkotikatest. I den sag kom Arbejdsretten frem til, at der var tale om et akut opstået behov for kontrol af en enkelt medarbejder – uden at der allerede var iværksat en løbende kontrolforanstaltninger, hvorfor kontrollen ikke var omfattet af kontrolaftalen. Arbejdsretten afviste derfor Eltels argument og fastholdte, at Eltel skulle have overholdt informationspligten, da den konkrete kontrol blev udført på baggrund af information der var indsamlet i forbindelse med en allerede eksisterende kontrolforanstaltning.

Kontrolaftalens pkt. 2 indeholder en undtagelse der kan suspendere 6 ugers fristen. Arbejdsgiveren kan

iværksætte en kontrolforanstaltning og undlade at informere medarbejderne, såfremt formålet med kontrollen vil forspildes, eller tvingende driftsmæssige grunde er til hinder for underretningen. Arbejdsgiveren har altså mulighed for at undlade at informere medarbejderne om en kontrolforanstaltning, hvis formålet forspildes, såfremt den ikke iværksættes med det samme. Det antages i den arbejdsretlige litteratur, at der kan være tale om situationer, hvor arbejdsgiveren har en generel mistanke om alvorlige uregelmæssigheder på virksomheden, uden at der er tale om en konkret mistanke mod en bestemt medarbejder.¹⁶ Der findes ikke sager i nyere retspraksis som kan belyse dette. Til gengæld er der en faglig voldgifts kendelse fra 1992¹⁷, der godt nok ligger forud for vedtagelsen af kontrolaftalen, men må tænkes at være et eksempel, der også i dag kunne begrunde brugen af undtagelsesbestemmelser. I sagen havde arbejdsgiveren en mistanke om omfattende tyverier og ulovligheder og iværksatte derfor overvågning af virksomhedens område, også udenfor arbejdstiden. En forudgående meddelelse om kontrol ville givetvis have medført at formålet med kontrollen forspildes.

Det vigtige er altså, at der skal være en generel mistanke om væsentlige uregelmæssigheder, og at kontrolforanstaltningen iværksættes med henblik på at kortlægge uregelmæssighederne. Er der derimod allerede iværksat en kontrolforanstaltning – om end med et andet formål – så kan hverken en konkret begrundet mistanke om selv alvorlige uregelmæssigheder ikke berettiger suspension af 6 ugers fristen. Her skal arbejdsgivere informere medarbejderne, at den eksisterende kontrolforanstaltning fremover også vil bruges til et nyt formål.

Der er hverken i retspraksis eller i den arbejdsretlige litteratur taget stilling til, hvad der kan udgøre en tvingende driftsmæssig grund, som berettiget arbejdsgiveren til at undlade forudgående underret-

¹⁴ AR 2012.0177

¹⁵ Arbejdsrettens dom af 10. Februar 2011, sag 2010.0051

¹⁶ AR 2012.0177 og Jens Kristiansen, Den kollektive arbejdsret, 3. udgave, s. 377

¹⁷ FV af 17.4.1992

ning. Umiddelbart synes det da også vaskeligt at komme med eksempler på en sådan situation.

HVOR LÆNGE KAN OPLYSNINGERNE GEMMES?

I forbindelse med indsamlingen af GPS oplysninger, er det også interessant at overveje, hvor længe arbejdsgiveren kan opbevare oplysninger før medarbejderen kan kræve dem slettet. Kontrolaftalen tager ikke stilling hertil, ligesom der i det arbejdsretlige system generelt ikke er taget stilling til hvor længe en arbejdsgiver kan og må opbevare oplysninger om medarbejderne. Til gengæld findes der regler om opbevaring af personoplysninger i persondataloven. Persondatalovens § 5, stk. 5 fastsætter, at en indsamlet oplysning ikke må opbevares i et længere tidsrum end det, der er nødvendigt af hensyn til de formål, hvortil oplysningerne behandles. Arbejdsgiveren skal således løbende slette eksisterende oplysninger, der ikke længere er et behov for at opbevare.¹⁸ Udgangspunktet må derfor være, at arbejdsgiveren kan opbevare oplysningerne så længe det er nødvendigt for at opnå deres fastlagte formål. Er formålet f.eks. kundeklager, må arbejdsgiveren være berettiget til at gemme GPS oplysningerne i 2 år, som er den almindelige reklamationsfrist for forbrugerkøb.¹⁹ I den forbindelse er det værd at bemærke, at en serviceydelse ikke er omfattet af købeloven med mindre man samtidig køber en vare og varen udgør den vigtigste del af købet.²⁰ Er der tale om køb af en tjenesteydelse alene, f.eks. en reparation, vinduespudsning, snerydning, m.v., så gælder de almindelige forældelsesregler. Her vil arbejdsgiveren altså være berettiget til at opbevare oplysningerne i 3 år.²¹ Er formålet derimod kontrol med den effektive arbejdstid og i forlængelse heraf udbetaling af løn,

kan arbejdsgiveren gemme GPS oplysningerne i op til 5 år.²² Endeligt skal det nævnes, at der formentlig er en ubegrænset adgang til at gemme GPS oplysninger der er dokumentation for en advarsel, da en advarsel – med mindre andet er aftalt mellem parterne – kan blive liggende i en personalesag så længe ansættelsen består.²³

Skal GPS derimod kun bruges til sporing af medarbejderne så man hurtigere kan finde frem til dem, vil der efter min vurdering ikke være et behov for et gemme oplysningerne efter en endt arbejdsdag. Herefter tjener oplysningerne ikke det formål længere. På Aarhus Sygehus har man besluttet, at *”når man forlader hospitalet, er der ingen data tilbage.”*²⁴

SAMMENFATNING

Installering af GPS i firmabiler med henblik på kontrol er omfattet af arbejdsgiverens ledelsesret. Formålet med GPS-installationen skal dog være sagligt begrundet i driftsmæssige grunde. Kontrol med den effektive arbejdstid, optimering af driften, dokumentation overfor kunder eller nedbringelse af udgifter til forsikringspræmien, er blandt de accepterede driftsmæssige begrundelser. Retspraksis peger utvivlsomt i retning af, at viften af saglige driftsmæssige begrundelser udvider sig i takt med den teknologiske udvikling af systemerne, og der er efterhånden rent teknisk ingen grænser for, hvilke oplysninger en GPS kan indsamle. Vigtigt er også at fremhæve, at Arbejdsretten i Eltel sagen udtaler, at GPS overvågning ikke opfattes som en særlig indgribende kontrolforanstaltning overfor den enkelte medarbejder.

Omdrejningspunktet i retspraksis har da heller ikke været, om formålet med GPS kontrollen i den

¹⁸ Peter Blume og Jens Kristiansen, Persondataret i ansættelsesforhold, 1. udgave, s. 112

¹⁹ LBK nr. 140 af 17/02/2014 § 83 (Købeloven)

²⁰ <http://www.forbrug.dk/Artikler/Virksomheder/Tjenesteydelser/Hvad-er-en-tjenesteydelse?tc>

²¹ LBK nr. 1238 af 9/11/2015 § 3, stk. 1 (Forældelsesloven)

²² LBK nr. 1238 af 9/11/2015 § 4 (Forældelsesloven)

²³ Datatilsynets afgørelse fra 2004 vedr. Spørgsmål om sletning af oplysninger i en personalemappe: <https://www.datatilsynet.dk/afgoerelser/afgoerelsen/artikel/spoergsmaal-om-sletning-af-oplysninger-i-personalemappe/>

²⁴ http://www.ugebreveta4.dk/laeger-og-sygeplejersker-skal-spoeres-med-chip_20378.aspx

enkelte sag har været indenfor ledelsesrettens grænser, men om arbejdsgiverens informationspligt er overholdt eller ej. Her er arbejdsgiveren i alle 3 sager om GPS blevet idømt bod for ikke at have overholdt 6 ugers informationspligten overfor medarbejderne. Er 6 ugers fristen ikke overholdt, overtræder arbejdsgiveren kontrolaftalens pkt. 2 og bliver i alle tilfælde idømt bod. Det er dog en formildende omstændighed, der kan nedsætte boden i betydeligt omfang, hvis arbejdsgiveren har haft en konkret mistanke mod den pågældende medarbejder. Ved udmåling af boden bliver der også lagt vægt på, om de anvendte GPS-oplysninger stammer fra et tidsrum der ligger efter underretningen er givet, men før udløb af 6 ugers fristen.

Har arbejdsgiveren derimod en generel begrundet mistanke om betydelige uregelmæssigheder på arbejdspladsen og er der ikke i forvejen en kontrolforanstaltning i gang, vil han kunne gøre brug af undtagelsesbestemmelsen i kontrolaftalens pkt. 2. I det tilfælde kan arbejdsgiveren iværksætte en kontrolforanstaltning uden at underrette medarbejderne om det, da formålet med kontrollen ellers vil forspildes.

I forhold til hvor længe arbejdsgiveren kan opbevare oplysningerne, må det konstateres, at hverken kontrolaftalen eller andre aftaler i det arbejdsretlige system tager stilling hertil. Persondataloven yder derimod - om end en begrænset - vejledning. De indsamlede GPS oplysninger kan, efter persondatalovens § 5, stk. 5, gemmes så længe det er nødvendigt for det formål de er indsamlet med henblik på. Er formålet f.eks. sporing af medarbejderne for hurtigere at kunne sende dem på relevante opgaver, må arbejdsgiveren være forpligtet til at slette oplysningerne ved udgangen af arbejdsdagen. På det tidspunkt er formålet opfyldt og en forsat opbevaring er ikke længere berettiget.

STATUS PÅ HANDICAPBEGREBET - SÆRLIGT MED FOKUS PÅ VARIGHEDSKRAVET



MICHAEL KLEJS PEDERSEN
ADVOKAT (L)

1. INDLEDNING

Det fremgår blandt andet af forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, jf. § 1, at en arbejdsgiver ikke direkte eller indirekte må forskelsbehandle en handicappet lønmodtager (eller ansøger) ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår.

Derudover er arbejdsgiveren forpligtet til at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger for at give en handicappet medarbejder adgang til beskæftigelse, udøve beskæftigelse eller have fremgang i beskæftigelse. Dette skal ske under hensyn til den handicappede medarbejders konkrete behov, jf. nærmere forskelsbehandlingslovens § 2a.

Den danske forskelsbehandlingslov er baseret på beskæftigelsesdirektivet¹. Beskæftigelsesdirektivet indeholder ikke nogen nærmere definition af begrebet handicap.

Der findes efterhånden en omfattende og righoldig retspraksis – både dansk retspraksis og EU-domstolspraksis – der har beskæftiget sig med handicapbegrebet².

Handicapbegrebet defineres i EU-domstolspraksis³ som en tilstand,

- i) der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom,
- ii) 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
- iii) denne begrænsning er af lang varighed.

¹ Direktiv om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2010).

² En søgning pr. 10. april 2016 på www.lovportaler.dk viser at der findes op imod 200 tilgængelige afgørelser omkring handicap afgjort af danske domstole, Ligebehandlingsnævnet, faglige voldgifter m.v.

³ EU-domstolens dom i C-335/11 og C-337/11 (Ring / Werge), præmis 47.

Det er væsentligt at holde sig for øje, at karakteren af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren skal træffe, ikke er afgørende for, om en persons helbredstilstand er omfattet af handicapbegrebet⁴.

Højesteret har fastslået, at begrebet "*handicap*" i den danske forskelsbehandlingslov skal fortolkes i overensstemmelse med artikel 1 i beskæftigelsesdirektivet samt førnævnte EU-domstolspraksis.

Formålet med nærværende artikel er at gøre status på handicapbegrebet, særligt med fokus på hvornår en begrænsning kan siges at være af lang varighed.

Dette vil ske med baggrund i udvalgt nyere retspraksis.

2. BEVISBYRDE

Højesteret har i to nyere afgørelser afsagt i 2015⁵ fastslået, at det er lønmodtageren som har bevisbyrden for, at denne lider af en sygdom, der har medført et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Det fremgår således direkte af Højesterets præmisser, at "... [*Lønmodtageren*] har bevisbyrden for, at hun led af en sygdom, der havde medført et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand".

Det betyder med andre ord, at det er lønmodtageren som har bevisbyrden for at samtlige betingelser i handicapbegrebet er opfyldt, herunder at begrænsningen er af lang varighed.

3. FORHOLDENE

PÅ OPSIGELSESTIDSPUNKTET

Det er et ansættelsesretligt grundprincip, at det er forholdene på opsigelsestidspunktet som er afgørende for vurderingen af, om en opsigelse er rimelig begrundet i virksomhedens eller lønmodtagerens forhold. Herved forstås i almindelighed forholdene, som de er og som de med rimelighed tegner sig på sigt⁶.

Det er også forhold på opsigelsestidspunktet som er afgørende i sager om overtrædelse af forskelsbehandlingsloven⁷, jf. U2015.3301H, hvor Højesteret fandt, at "... med lægeerklæringen af 4. april 2005 forelå en prognose for sygdommen, der indebar, at begrænsningen måtte anses for at have lang varighed. [*Lønmodtageren*] måtte således fra dette tidspunkt anses for at have et handicap, og hun var dermed handicappet, da hun blev opsagt den 21. april 2005".

Lønmodtageren skal således (senest) på opsigelsestidspunktet være handicappet, herunder skal begrænsningen være af lang varighed.

Ofte vil begrænsningen ikke have haft en lang varighed på opsigelsestidspunktet.

Dette udelukker dog ikke, at lønmodtageren alligevel kan anses for handicappet, da domstolens vurdering herefter også vil kunne bero på en prognose⁸ over varigheden af begrænsningen, hvis en sådan prognose måtte foreligge på opsigelsestidspunktet. Dette vil typisk være i form af special-

⁴ I modsætning til tidligere retspraksis, fx U2008.306V, hvor landsretten afviste handicap blandt andet under henvisning til, at funktionsnedsættelsen, som den forelå på opsigelsestidspunktet, alene skulle kompenseres for i form af en yderligere nedsættelse af arbejdstiden.

⁵ U2015.3301H og U2015.3827H.

⁶ Funktionærret, 4. udgave af Lars Svenning Andersen m.fl., 616 – 618 og U2002.2026H.

⁷ I den forbindelse forekommer en afgørelse fra Vestre Landsret, U2014.2949V ikke i overensstemmelse med førnævnte princip og tidligere retspraksis. Sagen vedrørte overtrædelse af ligebehandlingsloven, herunder særligt udstrækningen af omplaceringspligten. Landsretten fandt, at omplaceringspligten ikke ophørte på opsigelsestidspunktet, men at den varede frem til udløbet af opsigelsesperioden. Der skulle med andre ord tages hensyn til omplaceringsmuligheder der opstod i virksomheden efter opsigelsen af lønmodtageren. I den pågældende sag havde arbejdsgiveren ikke opfyldt sin omplaceringspligt. Sagen er anket til Højesteret.

⁸ Ifølge Den Danske Ordbog (<http://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=prognose>) er betydning af prognose blandt andet "*en lægelig vurdering af en sygdoms sandsynlige forløb*".

lægeerklæring eller lignende. I disse tilfælde kan lønmodtageren først anses for handicappet, når en sådan prognose foreligger.

I U2015.3301H (om piskesmældslæsion) anførte Højesteret således, at begrænsningen endnu ikke havde haft en varighed, der kunne betegnes som lang, og at vurderingen af, om sygdommen medførte en begrænsning af lang varighed, derfor måtte bero på en prognose.

Eftersom det er forholdene på opsigelsestidspunktet som er afgørende, vil domstolene normalt ikke tillægge efterfølgende forhold (afgørende) betydning i vurderingen af, om lønmodtageren lider af et handicap på opsigelsestidspunktet.

I Østre Landsrets dom af 5. juli 2013 (om ryglidelse)⁹ var lønmodtagerens tilstand ikke afklaret på opsigelsestidspunktet, og der var på dette tidspunkt en god sandsynlighed for, at funktionsbegrænsningerne ville bedres.

Landsretten tiltrådte derfor, at *"det ikke er godtgjort, at lønmodtageren på afskedigelsestidspunktet havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Den omstændighed, at det efter afskedigelsen af [Lønmodtageren] blev fastslået, at der ikke var udsigt til en forbedring af hendes tilstand, og at hendes samlede gener efter Ankestyrelsens afgørelse i genoptagelsessagen svarede til en mengrad på 10 %, [kunne] ikke føre til et andet resultat"*.

Tilsvarende fremgår af en nyere afgørelse fra Vestre Landsret af 1. marts 2016¹⁰ (om PTSD).

Landsretten anførte i sine præmisser, at der ikke på tidspunktet for afskedigelsen forelå oplysninger om, at lønmodtagerens sygdom ville blive af lang varighed, hvorfor hun ikke på tidspunktet for opsigelsen havde godtgjort, at hun led af en sygdom, der havde medført et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Herefter tilføjede landsretten,

⁹ Østre Landsrets dom af 5. juli 2013. 21. afd., sag B-2578-12.

¹⁰ Vestre Landsrets dom af 1. marts 2016 V.L. B-2525-14.

at *"hverken oplysningerne om [lønmodtageren]s efterfølgende sygdomsforløb eller den seneste afgørelse fra Arbejdsskadestyrelsen kan føre til et andet resultat"*.

En (uventet) bedring hos lønmodtageren efter opsigelsen vil normalt heller ikke tillægges betydning ved vurderingen af, om lønmodtageren var handicappet på opsigelsestidspunktet.

I 2015.1169V (om knæskade) pådrog en lønmodtager i 2008 sig en skade i det ene knæ under udførelse af sit arbejde. Lønmodtageren måtte sygemelde sig, og han blev efter kort tid opereret på et privathospital, uden at operationen afhjalp generne. I den følgende tid fik lønmodtageren tiltagende problemer med knæet, men lønmodtageren ønskede ikke en ny operation, da man ikke kunne garantere bedring. I begyndelsen af 2012 indgik parterne - med kommunens godkendelse - aftale efter sygedagpengelovens § 56. En måneds tid senere ansøgte lønmodtageren kommunen om personlig assistance til handicappede i erhverv. Ved brev af 30. april 2012 blev lønmodtageren opsagt.

Landsretten fandt, at lønmodtageren på opsigelsestidspunktet var handicappet. I den forbindelse blev det blandt andet anført, at *"De[n] omstændighed..., at han som følge af en operation i 2013 fik nyt knæ og derfor i dag kan arbejde uden gener, medfører ikke, at [lønmodtageren] ikke ved opsigelsen var handicappet"*.

Endelig er det formentligt ikke udelukket, at domstolene i vurderingen af handicappet inddrager lægelige udtalelser indhentet efter opsigelsen, hvis disse må antages at beskrive forholdene forud for eller på opsigelsestidspunktet.

Dette må i hvert fald gælde, hvis erklæringen er indhentet kort tid efter opsigelsen, jf. en afgørelse fra

Ligebehandlingsnævnet¹¹. Det var også tilfældet i førnævnte utrykte afgørelse fra Vestre Landsret¹², hvor der blevet taget hensyn til en speciallægeerklæring, som var indhentet få dage efter opsigelsen. Denne erklæring førte blandt andet til, at der ikke blev statueret handicap hos lønmodtageren, da prognosen ifølge denne erklæring var god.

4. ARBEJDSGIVERENS KENDSKAB

Det er ikke afgørende for handicapbegrebet, om arbejdsgiveren har kendskab til lønmodtagerens handicap eller burde have kendskab hertil, jf. U2015.3301H.

Derimod har arbejdsgiverens kendskab betydning i forhold til, om forskelsbehandlingsloven er overtrådt, herunder i forhold til om arbejdsgiveren har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse i medfør af forskelsbehandlingslovens § 2a.

Det fremgår således af førnævnte afgørelse, at *"det er en forudsætning for, at arbejdsgiveren kan anses for at have tilsidesat forpligtelsen, at arbejdsgiveren ved eller bør vide, at lønmodtageren er handicappet"*.

Det forhold, at det er en forudsætning for overtrædelse af forskelsbehandlingsloven, at arbejdsgiveren ved eller bør vide, at lønmodtageren er handicappet, kan muligvis friste den enkelte arbejdsgiver til at holde sig i bevidst uvidenhed omkring de nærmere omstændigheder vedrørende en lønmodtagers sygdom, fx ved at undlade gennemførelse af lovpligtig sygdomsopfølgningssamtale, ved ikke at fremsætte anmodning om muligheds- eller varighedserklæring, eller ved at afvise et tilbud om delvis genoptagelse af arbejdet fra lønmodtagerens side m.v.

Det er ikke afklaret i retspraksis, hvilken betydning (om nogen) en sådan adfærd vil have for vurderingen af, om arbejdsgiveren ved eller bør vide, at lønmodtageren var handicappet. I den forbindelse skal dog erindres om, at det står lønmodtageren frit for - uanset arbejdsgiverens manglende interesse - at informere om sygdommen løbende, herunder omkring de nærmere omstændigheder, fx ved at fremsende kopi af lægelige udtalelser m.v. til arbejdsgiveren. Under hensyn hertil er det samlet set mest oplagt, at lønmodtageren må bære risikoen, hvis arbejdsgiveren - uanset årsagen hertil - ikke har den fornødne viden om at lønmodtagerens sygdom har medført et handicap.

Det beror på en samlet vurdering, om arbejdsgiveren på opsigelsestidspunktet vidste eller burde vide, at lønmodtagerens sygdom har medført et handicap, jf. U2015.3301H. I denne vurdering skal det samlede forløb tages i betragtning, herunder hvilke lægelige oplysninger som arbejdsgiveren har modtaget omkring den pågældende sygdom.

Endelig er det lønmodtageren som skal godtgøre, at arbejdsgiveren kendte eller burde kende til handicappet, jf. U2015.3301H.

5. LANG VARIGHED

5.1. FUNKTIONSBEGRÆNSNING PÅ 6 MÅNEDER ELLER MINDRE

På baggrund af retspraksis kan det konkluderes, at en funktionsbegrænsning på 6 måneder eller mindre på opsigelsestidspunktet ikke kan anses for lang varighed i forhold til handicapbegrebet.

Dette er blandt andet fastslået ved Højesterets dom i U2015.3301H (om piskesmæld).

Sagen omhandlede en lønmodtager der ved færdselsulykke i december 2003 havde pådraget sig en

¹¹Fx Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 2. december 2015, Sag 2014-6810-066366 om en statusattest fra lønmodtagerens læge indhentet knap en måned efter opsigelsen. I præmisserne anfører Ligebehandlingsnævnet, at *"statusattesten er indhentet kort tid efter opsigelsen, og det må derfor kunne lægges til grund, at den også beskriver klagers gener forud for opsigelsen"*.

¹²Vestre Landsrets dom af 1. marts 2016 V.L. B-2525-14.

sygdom diagnosticeret som en piskesmældslæsion. Lønmodtageren var efter ulykken sygemeldt i tre uger. Herefter arbejdede lønmodtageren i sædvanligt omfang på fuld tid i 10 måneder, indtil hun efter råd fra sin læge blev deltidssygemeldt i november 2004. Under deltidssygemeldingen blev lønmodtagerens arbejdsopgaver begrænset. To måneder senere blev lønmodtageren fuldtidssygemeldt og var sygemeldt, indtil hun blev opsagt med henvisning til 120-dages-reglen den 20. april 2005.

Højesteret udtalte bl.a. at *"sygdommen medførte en begrænsning i form af funktionsnedsættelse, der hindrede hende i at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre. Begrænsningen havde manifesteret sig i fravær siden begyndelsen af november 2004. Højesteret finder, at begrænsningen i foråret 2005 endnu ikke havde haft en varighed, der kan betegnes som lang..."*.

I den forbindelse kan også nævnes Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 18. november 2015 (om belastningsreaktion)¹³, hvor en lønmodtager blev opsagt efter mere end 5 måneders sygdom. Ligebehandlingsnævnet udtalte i den forbindelse, at sygefraværet på opsigelsestidspunktet ikke havde været langvarigt.

En funktionsbegrænsning på op til 6 måneder er således ikke af en varighed, som kan anses som lang i forhold til handicapbegrebet.

5.2. FUNKTIONSBEGRÆNSNING PÅ OP TIL 1 ÅR

Heller ikke en funktionsbegrænsning på op til 1 år på opsigelsestidspunktet vil være tilstrækkeligt til at anse begrænsningen for værende af lang varighed.

U2015.3827H (om leddegigt) omhandlede en lønmodtager, som i sommeren 2008 fik stillet diagnosen leddegigt efter blodprøver og en røntgenundersøgelse, der havde vist destruktive forandringer i

hendes håndled. Hun blev bl.a. henvist til kommunens hjælpemiddelcentral og fik håndledsskinner til brug under arbejdet. Sygdommen medførte væsentlige funktionsbegrænsninger, der bl.a. bevirkede, at hun af sin arbejdsgiver blev fritaget for kassefunktionen i september 2008. I juni 2009 blev hun deltidssygemeldt på grund af leddegigten.

Højesteret fandt på den baggrund, at *"funktionsbegrænsningen som følge af sygdommen herefter fremstod som langvarig, og tiltræder, at der er tale om en sygdom, som er omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb..."*.

Højesteret udtalte således ikke, at begrænsningen havde været af lang varighed i juni 2009 (hvor den havde haft ca. 1 års varighed), men derimod at begrænsningen som følge af sygdommen fremstod som langvarig, hvilket leder tankerne hen på den fortsatte varighed af begrænsningen.

Tilsvarende i en afgørelse fra Ligebehandlingsnævnet¹⁴, hvor en lønmodtager siden oktober 2012 havde været sygemeldt i betydeligt omfang, og hvor hun frem til opsigelsen i juli 2013 alene var i stand til i en kortere periode at arbejde nogle få timer med arbejdsopgaver, der var særligt tilpasset hendes situation. Funktionsbegrænsningen havde således haft en varighed på ca. 10 måneder. Ligebehandlingsnævnet fandt imidlertid, særligt når hensås til prognoseoplysningen i en speciallægeerklæring, at begrænsningen var langvarig. Ligebehandlingsnævnets afgørelse må forstås således, at funktionsbegrænsningens varighed på 10 måneder ikke i sig selv kunne anses for værende af lang varighed.

Endelig kan nævnes en afgørelse fra Ligebehandlingsnævnet om sklerose og depression¹⁵. I forhold til depressionslidelsen fremgik det, at lønmodtageren den 25. oktober 2012 blev sygemeldt på grund af depression. Hun modtog behandling her-

¹³ Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 18. november 2015, Sag 2015-6810-00531.

¹⁴ Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 18. november 2015 Sag 2014-5810-59389.

¹⁵ Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 23. september 2015 Sag 2014-6810-38523.

for i form af antidepressiv behandling og psykologsamtaler. Hun var fortsat i behandling på opsigelsestidspunktet i oktober 2013. Det vil sige, at sygdommen på dette tidspunkt havde haft en varighed på godt 1 år.

Det fremgår af Ligebehandlingsnævnets afgørelse, at "... For så vidt angår depressionen er nævnet imidlertid af den opfattelse, at der er tale om en sygdom, der som udgangspunkt kan behandles. Nævnet finder ikke, at denne sygdom på opsigelsestidspunktet havde haft en sådan varighed, at den kan betegnes som langvarigt..."

5.3. FUNKTIONSBEGRÆNSNING PÅ MERE END 1 ÅR

Det kan udledes af retspraksis, at funktionsbegrænsningen skal have haft en varighed på op imod 2 år på opsigelsestidspunktet, førend begrænsningen kan anses for værende af lang varighed.

Disse tilfælde vil dog ofte være kombineret med en prognose med (fortsat) dårlige udsigter for medarbejderen.

I det følgende skal nævnes følgende nyere afgørelser:

Et eksempel på en handicappet lønmodtager er *U2015.1169V (om knæet)*, hvor begrænsningen havde haft en varighed på op imod 4 år på opsigelsestidspunktet. Lønmodtageren havde haft problemer med navnlig sit højre knæ, siden han kom til skade i maj 2008. Lønmodtageren havde problemer med knæet i perioden frem til opsigelsen i april 2012. Der blev i februar 2012 indgået en § 56 aftale om refusion ved langvarig eller kronisk sygdom, og af en attest vedrørende kronisk sygdom af 26. marts 2012 fremgik, at [lønmodtageren] havde slidgigt og menisklæsion i højre knæ. Sygdommen blev da anset for at være langvarig/kronisk. Endelig havde lønmodtagerens problemer med knæet medført, at han var be-

grænset i sit arbejde. Landsretten fandt blandt andet på den baggrund, at lønmodtageren på opsigelsestidspunktet var handicappet.

*Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 7. oktober 2015 (om hals- og lændehvirvelsøjlen)*¹⁶ omhandlede en lønmodtager som i maj 2012 var udsat for et trafikuheld, som medførte en kraftig forvridding af hals- og lændehvirvelsøjlen. Lønmodtageren havde som følge heraf kroniske smerter og kognitive gener i form af blandt andet koncentrations- og hukommelsesbesvær. Disse gener medførte, at lønmodtageren ikke kunne varetage sit arbejde som teknisk serviceleder på fuld tid. Lønmodtageren blev knap 2 år efter trafikuheldet opsagt i marts 2014.

Nævnet vurderer på den baggrund, at der var tale om en så langvarig begrænsning i lønmodtagerens mulighed for at deltage fuldt og effektivt i arbejdslivet på lige vilkår med andre arbejdstagere, at lønmodtageren havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

Endelig fandt nævnet i *Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 2. december 2015 (rygskade)*¹⁷, at en lønmodtagers sygdom havde været af lang varighed og den havde medført en funktionsbegrænsning i hendes arbejde som pædagog i form af skånebehov i forhold til rygbelastende arbejde og i forhold til tilrettelæggelse af arbejdstiden. Det fremgik af sagens oplysninger, at lønmodtagerens sygdom på opsigelsestidspunktet havde haft en varighed på mere end 1 ½ år.

5.4. PROGNOSEN

GENERELT

Den lægelige prognose over den forventede varighed af funktionsbegrænsningen kan inddrages i vurderingen af, om lønmodtageren er handicappet. Dette er navnlig relevant, hvis funktionsbegrænsningen ikke på opsigelsestidspunktet har været af lang varighed.

¹⁶ Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 7. oktober 2015, Sag 2014-6810-41363.

¹⁷ Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 2. december 2015, Sag 2014-6810-066366.

Dette var således også tilfældet i *U2015.3301H (om piskesmæld)*.

I den pågældende sag havde funktionsbegrænsningen ikke i sig selv haft en varighed af lang karakter. Højesteret udtalte i den forbindelse, at *der først med lægeerklæringen af 4. april 2005 forelå en prognose for sygdommen, der indebar, at begrænsningen måtte anses for at have lang varighed. [Lønmodtageren] måtte således fra dette tidspunkt anses for at have et handicap, og hun var dermed handicappet, da hun blev opsagt den 21. april 2005.*

GODE HELBREDSUDSIGTER PÅ SIGT

I de sager, hvor der på opsigelsestidspunktet foreligger en prognose om gode helbredsudsigter for lønmodtageren, også selvom det først forventes at indtræde på (lang) sigt, er domstolene tilbageholdende med at statuere handicap.

I *Vestre Landsrets dom af 20. marts 2009*¹⁸ (om elektrisk stød) var en lønmodtager på tidspunktet for opsigelsen den 27. september 2007 deltidssygemeldt på grund af følgerne efter en arbejdsulykke et års tid forinden. En speciallæge havde i en erklæring af 10. november 2006 givet udtryk for, at *"prognosen på lang sigt må anses for rimelig god, men at restitutionsfasen erfaringsmæssigt er meget lang"*. En anden speciallæge havde i en erklæring af 20. april 2007 anført, at *"prognosen må anses for at være god, og at han vil forvente, at [Lønmodtageren] bliver fuldt arbejdskraft og formentlig helt symptomfri på længere sigt"*. Landsretten fandt på den baggrund, at lønmodtageren ikke var handicappet.

I *Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 18. november 2015*¹⁹ (om belastningsreaktion) var lønmodtageren på grund af psykiske forhold periodevist sygemeldt fra 24. oktober 2013. Under opfølgningssamtale den 5. februar 2014 oplyste lønmodtageren, at hun havde fået stillet diagnosen belast-

ningsreaktion. I slutningen af marts 2014 blev lønmodtageren opsagt.

Nævnet udtalte, at på opsigelsestidspunktet havde sygefraværet ikke været langvarigt, og på dette tidspunkt var der heller ikke oplysninger om, at sygdommen ville blive af lang varighed. I tillæg hertil anførte nævnet, at en efterfølgende speciallægeerklæring (indhentet efter opsigelsen) betegnede prognosen på lang sigt som værende god. Nævnet fandt det på denne baggrund ikke dokumenteret, at lønmodtageren på opsigelsestidspunktet var handicappet.

I *Vestre Landsrets dom af 1. marts 2016*²⁰ (om PTSD) fremgik det af en speciallægeerklæring af 15. januar 2013, at lønmodtageren aktuelt havde fået det betydeligt bedre psykisk, og at speciallægen vurderer, at hun *"med tiden kan få det endnu bedre"*, og i den senere speciallægeerklæring af 5. november 2013 (afgivet umiddelbart efter opsigelsen) fremgik, at speciallægen forventede, at *"lønmodtageren på sigt vil komme tilbage på arbejdsmarkedet på normale vilkår"*.

Landsretten fastslog på den baggrund, at der ikke på tidspunktet for afskedigelsen var oplysninger om, at lønmodtagerens sygdom ville blive af lang varighed.

PROGNOSE FOR SYGDOM UAFKLARET/UKENDT

I de tilfælde, hvor prognosen for lønmodtagerens sygdom er uafklaret/ukendt på opsigelsestidspunktet, vil det ofte føre til, at domstolene ikke statuerer handicap. Det var fx også tilfældet i *Østre Landsrets dom af 5. juli 2013 (om rygglidelse)*²¹, hvor lønmodtagerens tilstand på opsigelsestidspunktet ikke var afklaret.

¹⁸ Vestre Landsrets dom af 20. marts 2009, 12. afd., sag B-1160-08.

¹⁹ Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 18. november 2015, Sag 2015-6810-00531.

²⁰ Vestre Landsrets dom af 1. marts 2016 V.L. B-2525-14.

²¹ Østre Landsrets dom af 5. juli 2013. 21. afd., sag B-2578-12.

Tilsvarende resultat nåede Ligebehandlingsnævnet frem til i en afgørelse om blandt andet nakkegener. Det fremgik af sagen, at prognosen for genoptagelsen af arbejdet var ukendt. Nævnet fandt blandt andet med henvisning hertil, at lønmodtageren ikke var handicappet²².

MOMENTER - LANG VARIGHED

Det beror på en konkret vurdering om en funktionsbegrænsning efter en prognose kan anses for at have lang varighed.

I den forbindelse lægger domstolene vægt på (ikke udtømmende opregning) om det - på baggrund af de lægelige udtalelser - kan/må antages, i) at behandlingsmulighederne for lønmodtageren er udtømte, ii) om lønmodtageren har eller må formodes at have et erhvervsevnetab, iii) forventninger til lønmodtagerens fremtidige tilknytning til arbejdsmarkedet, iv) den forventede varighed af funktionsbegrænsningen v) om sygdommen lægefagligt betegnes som kronisk/langvarig eller lignende.

Som eksempler fra nyere retspraksis kan nævnes følgende:

I 2015.3301H fremgik det blandt andet af en lægeerklæring af 4. april 2005, at *"det sandsynligt, at [Lønmodtageren] på et senere tidspunkt vil kunne varetage et erhvervsarbejde, men formentlig på nedsat tid, eventuelt i et fleksjob... Man kan ikke forvente, at yderligere fysioterapi eller anden manuel behandling vil medføre helbredelse. Man må forvente, at [Lønmodtageren] i en årrække vil have behov for medicinsk smertebehandling af samme omfang, som hun får nu. Jeg har ikke andre forslag til behandling, der med rimelighed kan tænkes, at ville forbedre tilstanden."*

Højesteret fastslog med henvisning til denne lægeerklæring, at der forelå en prognose for sygdommen,

der indebar, at begrænsningen måtte anses for at have lang varighed.

I *Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 18. november 2015*²³ havde lønmodtageren siden oktober 2012 været sygemeldt i betydeligt omfang, og hun var alene frem til opsigelsen i juli 2013 i stand til i en kortere periode at arbejde nogle få timer med arbejdsopgaver, der var særligt tilpasset hendes situation. En speciallæge vurderede, at der ikke umiddelbart fandtes yderligere behandlingstilbud til lønmodtageren, og at lønmodtagerens prognose overordnet var dårlig samt at lønmodtageren utvivlsomt havde et erhvervsevnetab.

Efter de lægelige oplysninger lagde Ligebehandlingsnævnet til grund, at lønmodtageren havde en sygdom, som medførte en funktionsnedsættelse, der hindrede hende i at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre. Særligt når hensås til prognoseoplysningen i speciallægeerklæringen fandt nævnet, at begrænsningen var langvarig. Lønmodtageren var derfor på opsigelsestidspunktet handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand.

I *Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 3. marts 2016*²⁴ (om ryglidelse) var lønmodtageren den 11. juli 2012 udsat for en ulykke, idet han faldt ned fra et træ og pådrog sig en fraktur i 1. lændehvirvel og brækkede håndleddet. Det fremgik af de lægelige oplysninger, at klager fortsat i december 2013 havde smerter i ryggen, og at prognosen i forhold til fremtidig tilknytning til arbejdsmarkedet var uvis, men et realistisk skøn var mindre hårdt fysisk arbejde og muligvis ikke fuld tid. Det var således uvist, om lønmodtageren kunne arbejde fuld tid inden for erhverv, der ikke er rygbelastende.

På den baggrund fandt Ligebehandlingsnævnet det godtgjort, at lønmodtageren havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, idet klager ikke

²² Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 16. december 2015, Sag 2014-6810-67295.

²³ Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 18. november 2015, Sag 2014-5810-59389.

²⁴ Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 3. marts 2016, Sag 2014-6810-39590.

længere på fuld tid kunne varetage alle de funktioner, hans stilling som lærer og værkstedsleder indebærer. Lønmodtagerens rygskeade havde derfor medført en funktionsbegrænsning i forhold til hans arbejde hos indklagede, og denne begrænsning må anses for at være af lang varighed.

6. OPSUMMERENDE

På baggrund af nyere retspraksis kan det konkluderes, at funktionsbegrænsningen skal have haft en varighed på op imod 2 år på opsigelsestidspunktet, førend begrænsningen kan siges at have haft en lang varighed.

Hvis funktionsbegrænsningen ikke på opsigelsestidspunktet har haft en lang varighed, vil det bero på en prognose for sygdommen, om denne indebærer, at begrænsningen må anses for at have lang varighed. I den forbindelse skal der foretages en konkret vurdering af de samlede lægelige oplysninger således som de forelå på opsigelsestidspunktet. En lønmodtager anses i retspraksis ofte for handicappet, hvis prognosen er, at denne sandsynligvis ikke vil kunne vende tilbage på arbejdsmarkedet på normale vilkår.

Domstolene er derimod mere tilbageholdende med at statuere handicap, hvis helbredsudsigterne/muligheden for tilbagevenden til arbejdsmarkedet er gode for lønmodtageren, dette gælder også selvom bedring først forventes at indtræde på (lang) sigt.

VIDSTE DU, AT...

CA. 24 % AF FORFATTERE HAR SKIFTET JOB
INDENFOR 6 MÅNEDER EFTER PUBLIKATION AF
ARTIKLER I **HR JURA MAGASINET**.

DETTE SVARER TIL, AT **3-4 FORFATTERE** TIL
ARTIKLER I DENNE NUMMER AF MAGASINET
VIL FÅ ET NYT JOB INDEN UDGANG
AF **NOVEMBER 2016**.

TABSOPGØRELSE OG MODREGNING MED VARIABLE LØNANDELE



SØREN NARV PEDERSEN
ADVOKAT (H), PARTNER



JANNIE STENMANN JENSEN
ADVOKAT

1. INDLEDNING

I denne artikel behandles praktiske spørgsmål om modregning (tabsopgørelse og tabsbegrænsning) i forbindelse med fritstilling af lønmodtagere og direktører. Det er hensigten med artiklen at forsøge at beskrive og uddybe de regler og principper, der gælder for tabsbegrænsning i fristillingsperioden.

2. GRUNDLÆGGENDE PRINCIPPER

Det er et almindeligt erstatningsretligt princip, at skadevolder skal betale skadelidte erstatning for det lidte tab. I dansk ret er udgangspunktet i forbindelse med tabsopgørelse, at der tillige gælder en tabsbegrænsningspligt, hvorefter kravshaveren bedst muligt skal forsøge at begrænse det tab, der nu kræves erstattet af kontraktmodparten. I lejeforhold skal udlejer forsøge at genudleje det lejede hvis lejer fraflytter inden udløbet af opsigelsesvarslet, og i ansættelsesforhold skal den ansatte ved fritstilling og ved uberettiget bortvisning søge at skaffe sig anden indtægt fra den arbejdskraft, der nu er frigjort.

3. FUNKTIONÆRLOVENS § 3

Som bekendt findes reglerne om funktionærens ret til erstatning i visse tilfælde af ophør af ansættelsesforholdet i funktionærlovens § 3. Funktionærlovens § 3 er en undtagelse til det almindelige erstatningsprincip (og dermed tillige til tabsbegrænsningsprincippet), idet bestemmelsen fastslår, at en funktionær med mindst 3 måneders opsigelsesvarsel i visse tilfælde af ophør af ansættelsesforholdet har ret til erstatning der er tabsuafhængig, svarende til løn i 3 måneder¹ ("minimalerstatningsperioden").

Det fremgår af lovtæksten af reglerne om tabsuafhængig erstatning gælder i tilfælde hvor arbejdsgiveren *"uberettiget nægter at modtage funktionæren i sin tjeneste, uberettiget bortviser funktionæren og i tilfælde hvor funktionæren hæver tjenesteforholdet på grund af grov misligholdelse fra arbejdsgiverens side."*

Reglerne om tabsuafhængig erstatning gælder tillige i de tilfælde hvor arbejdsgiveren i forbindelse med en opsigelse fritstiller funktionæren. Aftaler

¹ Bestemmelserne gælder tillige i tilfælde hvor funktionæren er tidsbegrænset ansat jf. lovens § 3, stk. 1, 2 pkt. og lovens § 3, stk. 2, 2 pkt.

funktionæren derimod med arbejdsgiveren, at funktionæren i opsigelsesperioden kan fratæde øjeblikkeligt, hvis denne opnår anden beskæftigelse, finder reglerne om tabsafhængig erstatning ikke anvendelse.²

Erstatningen i minimalerstatningsperioden er uafhængig af, om funktionæren har lidt et tab og dermed uafhængig af om funktionæren måtte få anden indtægt i den omhandlede periode. Funktionæren kan således i minimalerstatningsperioden oppebære to indtægter.³ Det er dog ikke uden betydning for arbejdsgiveren, om funktionæren opnår anden beskæftigelse i minimalerstatningsperioden, idet funktionæren i så fald alene optjener feriepenge af indtægt oppebåret hos en ny arbejdsgiver.⁴ Indtægt oppebåret hos ny arbejdsgiver i minimalerstatningsperioden kan dog også have betydning for opgørelse af erstatningskravet og modregningsadgangen.⁵

4. TABSOPGØRELSEN

4.1. INDLEDNING

Funktionærlovens § 3 angiver ikke hvorledes tabsopgørelsen skal foretages, og på trods af at funktionærens ret til tabsafhængig erstatning har været lovfæstet siden 1948⁶ består der forsat en række uklarheder i forbindelse med tabsopgørelsen.

I forbindelse med tabsopgørelsen opstår spørgsmål om, om der er fratædelsesformer, der ikke omfattes af § 3, over hvilken periode tabet opgøres, hvordan tabet skal opgøres når lønnen består af andet og mere end blot en fast månedsløn; herunder om der kan modregnes på tværs af aflønningsdele, samt

hvilke indtægtstyper, der overhovedet kan bringes i modregning. Disse spørgsmål søges besvaret i det følgende.

4.2. HVILKE FRATRÆDELSESFORMER OMFATTES AF § 3?

Det første spørgsmål der kan rejses ved forståelsen af § 3 er, om § 3 gælder i alle tilfælde af førtidig fratædelse, eller om der – formentlig i overensstemmelse med en ordlydsfortolkning – kun foreligger krav på minimalerstatning, hvis fratædelse sker på en af de måder, som lovteksten angiver. Lovteksten angiver som bekendt ikke fritstilling (men arbejdsgivers "uberettigede" nægtelse af at modtage lønmodtageren), og alligevel er det helt fast antaget, at en fritstilling også omfattes af § 3⁷. Omvendt har Højesteret som anført ovenfor i U 2001.2357H (omtalt i afsnit 3, note 2) fastslået, at funktionærlovens regler om minimalerstatning *ikke* kunne finde anvendelse i et tilfælde hvor parterne havde aftalt en fratædelsesordning.

Spørgsmålet var til bedømmelse i den nylige afgørelse U 2015.3827H, der omhandlede spørgsmålet om, hvorvidt en handicappet lønmodtager med 6 måneders opsigelsesvarsel kunne afskediges efter 120-sygedages reglen, hvis arbejdsgiver ikke havde iagttaget sin tilpasningsforpligtelse efter forskelsbehandlingslovens § 2a. Arbejdsgiveren gjorde gældende, at der i lønmodtagerens krav på yderligere løn (udover den ene måned, som lønmodtageren havde fået efter 120-sygedages reglen) skulle ske fratæk med de modtagne sygedagpenge i *hele* opsigelsesperioden, og subsidiært i de 3 måneder, der lå ud over minimalerstatningsperioden. Synspunktet til støtte for den principale opfat-

² Jf. U 2001.2357H hvor Højesteret fandt at funktionærlovens regler om minimalerstatning ikke kunne finde anvendelse i et tilfælde hvor parterne havde aftalt en fratædelsesordning.

³ Dette er dog under forudsætning af, at funktionæren iagttager sin loyalitetsforpligtelse og ikke udøver konkurrerende virksomhed.

⁴ Bo Lauritzen og Snorre Andreas Kehler i Juristen nr.1, 2010 s. 16.

⁵ Selvom fratækket af indtægt oppebåret fra anden ansættelse i obligationsretlig forstand ikke er udtryk for modregning (men blot udtryk for tabsopgørelse og tabsbegrænsning), anvendes begrebet "modregning" dog i såvel litteratur og praksis og vil ligeledes blive anvendt i denne artikel.

⁶ Forslag nr. 77 af 20. februar 1948 til lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer.

⁷ Se eks. U 1978.941H og Bo Lauritzen og Snorre Andreas Kehler i Juristen nr. 1, 2010 s. 16.

telse var, at en situation som den foreliggende, hvor opsigelse var sket med et *formelt set* lovligt varsel, slet ikke omfattedes af formuleringen i funktionærlovens § 3, stk. 1-2. Højesteret, der forudsætningsvis fastslog, at opsigelse efter 120-sygedages reglen ikke kan ske, når arbejdsgiver (som i sagen) ikke har iagttaget sin tilpasningsforpligtelse, var dog ikke enig i dette synspunkt.

Konklusionen er derfor formentlig den, at der – bortset fra ved fratrædelsesaftaler – næppe er et område for fratrædelser på funktionærområdet, der ikke gribes af § 3. At der i forbindelse med *fratrædelsesaftaler* kan ske en afvigelse fra dette princip, harmonerer i øvrigt meget godt med præmisserne i Højesterets dom i U 2011.2602H om aftalt lønnedgang med straksikrafttræden.

4.3. DEN PERIODEMÆSSIGE OPGØRELSE AF TABET

Ét af de mange spørgsmål der opstår i forbindelse med tabsopgørelsen er over hvilken periode tabet skal opgøres. Der kan i den forbindelse oplystes 3 opgørelsesmodeller som beskrives i det følgende:⁸

Model 1: Arbejdsgiveren opgør erstatningskravet måned for måned således, at ny indtægt oppebåret *efter minimalerstatningsperioden* kan modregnes i erstatningskravet måned for måned.

Model 2: Arbejdsgiveren opgør erstatningskravet for hele erstatningsperioden, således at indtægt oppebåret hos den nye arbejdsgiver *efter minimalerstatningsperioden* kan modregnes i erstatningskravet.

Model 3: Arbejdsgiveren opgør tabet for hele erstatningsperioden, således at indtægt hos den nye arbejdsgiver, herunder indtægt oppebåret i *minimalerstatningsperioden* kan modregnes i erstatningskravet.

Lovteksten og forarbejderne⁹ til den nuværende bestemmelse giver ikke svaret på hvilken opgørelsesmodel der skal benyttes. De 3 nævnte opgørelsesmodeller kan medføre forskellige resultater og spørgsmålet har derfor stor praktisk betydning. Hensynet til funktionæren taler for, at opgørelsen af erstatningskravet skal ske efter model 1, og dermed skal ske måned for måned, således at funktionæren hele tiden har klarhed over hvad tabet udgør. Denne metode er tillige nem i praksis at administrere.¹⁰ Omvendt taler hensynet til, at arbejdsgiveren reelt ikke skal betale mere i erstatning end det tab der er lidt i den samlede erstatningsperiode for, at anvende model 2 eller 3.

I litteraturen er der med afsæt i U 1951.577H¹¹ bred enighed¹² om, at en arbejdsgiver er berettiget til at opgøre erstatningskravet efter model 3, selv om denne model altså kan medføre et ringere resultat for funktionæren end hvis tabet opgøres efter én af de andre ovenfor nævnte modeller.

Model 3 medfører således, at erstatning udover minimalerstatningsperioden kun ydes hvis funktionæren har lidt et tab i den *samlede* opsigelsesperiode. Dette betyder således, at indtægt oppebåret hos en ny arbejdsgiver i minimalerstatningsperioden kan fratrækkes erstatningskravet for den skyldige erstatning der vedrører perioden med ret til tabserstatning. Fratrækket sker krone for krone

⁸ Se i den forbindelse Funktionær og lønmodtager af Kim Schioldann, 2006, s. 247 og s. 248 der opererer med de her i artiklen behandlet 3 modeller for modregning.

⁹ LFF 2002-2003.1.203. Forslag nr. 203 af 27. marts 2003 til lov om ændring af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer.

¹⁰ Se ligeledes Funktionær og lønmodtager af Kim Schioldann, 2006, s. 247

¹¹ Højesteret fandt, at indtægt oppebåret hos ny arbejdsgiver i minimalerstatningsperioden kunne fratrækkes i skyldig erstatning ud over minimalerstatningen.

¹² Funktionærret af Lars Svenning Andersen m.fl., 4. udgave 2011, s. 915, Den danske arbejdsret af Ole Hasselbalch, 1. udgave 2009, s. 1424 og Bo Lauritzen og Andreas Kehler i Juristen nr. 1, 2010, s. 21-22.

uden hensyntagen til, om der skal erlægges flere timer i den nye ansættelse for at tjene det samme¹³.

I U 1951.577H var funktionæren blevet bortvist i december 1948, og havde allerede i januar 1949 fået ny ansættelse. Sø- & Handelsretten havde alene fratrukket løn optjent fra ny ansættelse i marts-maj, men Højesteret ændrede afgørelsen, idet Højesteret i kravet på løn udover minimalerstatningen tillige fratrak løn fra ny ansættelse optjent i januar 1949 og frem til minimalerstatningsperiodens start.

Ovennævnte retsstilling er udtryk for, at der kan modregnes "med" lønnen optjent i hele fritstillingsperioden, men *kun* i perioden efter minimalerstatningsperioden. Der kan med andre ord modregnes med "gamle" krav.

Det er derimod *mindre klart* efter litteratur og retspraksis, om der også kan modregnes med indtægter fra anden ansættelse i krav på løn for tiden før den nye ansættelse/aktivitet er påbegyndt (men efter minimalerstatningsperiodens udløb). Situationen kan forekomme, hvis den nye indtægt er større end lønnen fra den "gamle" arbejdsgiver. Udover, at tankesættet bag U 1951.577H såvel som i litteraturen synes at støtte en sådan modregning, har synspunktet tillige fået støtte i afgørelsen U 2013.2107H (om kompensation for kundeklausuler). I denne afgørelse, der vedrørte en situation, hvor den tidligere ansatte havde etableret selvstændig virksomhed, udtalte Højesteret blandt andet følgende:

"Funktionærlovens § 18 a, stk. 3, sigter efter ordlyd og forarbejder til de tilfælde, hvor funktionæren udnytter eller burde udnytte sine faglige kvalifikationer inden for branchen i et nyt ansættelsesforhold. Bestemmelsen siger ikke noget om de tilfælde, hvor funktionæren udnytter sine faglige kvalifikationer til udøvelse af selvstændig virksomhed inden for branchen. I overensstemmelse med dansk rets almindelige principper for tabsbegrænsning, som bestemmelsen bygger på, finder Højesteret, at en stillingtagen til, om funktionæren

har opfyldt sin tabsbegrænsningspligt, beror på en konkret vurdering. Det afgørende i denne forbindelse er, om funktionæren har opnået eller har udfoldet rimelige bestræbelser med henblik på at opnå en sådan indtjening, som man under hensyn til markeds- og beskæftigelsesforholdene med rimelighed må forvente af en person med den pågældendes faglige kvalifikationer og erfaringsgrundlag mv. Om dette sker som ansat eller selvstændig, er ikke afgørende. I tilfælde, hvor en selvstændig virksomhed ikke eller kun i beskedent omfang er indtægtsgivende fra begyndelsen, kan det ved bedømmelsen af indtægtsforholdene i den periode, hvor kundeklausulen gælder, være nødvendigt at tage hensyn til virksomhedens indtægter efter klausulens udløb. [Vor fremhævelse]"

Højesteret anfører således indledningsvis, at der i princippet ikke er forskel på tabsbegrænsningen i den tidligere bestemmelse i funktionærlovens § 18a og almindelige tabsbegrænsningsprincipper (udover, hvad der følger af reglen om "passende arbejde").

Højesteret anfører videre - hvilket for så vidt var nyt - at der i princippet ikke er forskel på tabsopgørelsen hvad enten den ansattes frigjorte arbejdskraft anvendes på ny lønmodtageransættelse, eller selvstændig virksomhed.

Endelig fastslår Højesteret, at der - i hvert fald hvor indtægterne i selve modregningsperioden er begrænsede - efter omstændighederne vil kunne tages hensyn til senere oppebærede indtægter. Det er vanskeligt på baggrund af afgørelsen at se, om Højesteret med det sidste led blot refererer til det (forud for afgørelsen anerkendte) forhold, at den ansatte ikke skal kunne nyde fordele af en periodisering af den indtægt, der ellers notorisk kunne modregnes, eller om Højesteret reelt åbner for muligheden for modregning med indtægter, der notorisk er optjent efter lønperiodens udløb. Uanset at Højesteret formentlig nok alene med denne præmis har tænkt på de almindelige "periodiseringsom-

¹³ Se ØLD af 25. juni 2004 i sag B-3436-03

gåelsesbetragtninger", taler denne retsstilling for, at der også kan ske modregning i krav på løn *forud* for tidspunktet for optjening af den indtægt, der modregnes med (men dog modregning i løn efter minimalerstatningsperioden).

Det kan måske synes spøjst, at hvis en lønmodtager opnår højere lønnen ansættelse i opsigelsesperioden, så kan dette efter omstændighederne indebære, at lønmodtageren også med *tilbagevirkende kraft* kan miste krav på løn, hvorimod det samme i udgangspunktet ikke er tilfældet hvis den nye stilling først kan tiltrædes efter opsigelsesperiodens udløb. Med henvisning til det ovenfor anførte er det imidlertid disse forfatteres opfattelse, at dette er retsstillingen.

4.4. HVILKE BELØB SKAL ERSTATTES?

Det er det *fulde* vederlag der skal erstattes, hvilket betyder, at funktionæren har krav på en erstatning svarende til såvel den egentlige løn som øvrige ydelser der knytter sig hertil. Naturalier ydet som led i ansættelsesforholdet må derfor konventernes til pengebeløb.¹⁴ Også krav på forholdsmæssig bonus (såfremt bonusbetingelserne i øvrigt måtte være eller blive opfyldt) skal erstattes.

4.5. HVILKE INDTÆGTSFORMER FRA NY ANSÆTTELSE KAN ARBEJDSGIVER BRINGE I MODREGNING?

Også spørgsmålet om, hvilke typer af indtægt, der kan bringes i modregning, er relevant. Er det kun kronebeløb, der kan bringes i modregning, eller kan også naturalydelser eller andre typer af aflønning, der ikke har karakter af kontantbeløb, bringes i modregning?

4.5.1. SYGEDAGPENGE M.M.

I ovennævnte afgørelse U 2015.3827H (omtalt i afsnit 4.2) fandt Højesteret, at der for så vidt angår krav på løn udover minimalerstatningsperioden *skal ske fradrag af sygedagpenge*, men *kun for de sygedag-*

penge, der er oppebåret efter minimalerstatningsperioden, og resultatet virker derfor som en hybrid mellem og er muligvis båret af tilbagebetalingspligten efter sygedagpengelovens § 71. Som sådan kan afgørelsen ses som udtryk for en tanke om modregning efter model 2 ovenfor, men kan formentlig alene gælde for modregning med sygedagpenge.

4.5.2. AKTIEOPTIONER OG TILSVARENDE

I praksis forekommer det, at den nye arbejdsgiver aflønner medarbejderen med aktieoption(er) eller warrants.

Allerede i 2004, forud for aktieoptionslovens ikrafttræden, fastslog Højesteret i en række afgørelser, at aktieoptioner og warrants omfattes af dansk rets almindelige lønbegreb. Således fastslog Højesteret i U 2004.1480H (Novo) at "...Sådanne optioner, hvorefter modtageren uden investering får mulighed for gevinst ved kursstigning uden risiko for tab ved kursfald, har - selv om retten ikke kan omsættes - en økonomisk værdi på *tildelingstidspunktet*."¹⁵ [Vor fremhævelse].

Meget taler derfor for, at sådanne instrumenter i hvert fald skal indgå med den værdi, instrumenterne har. Det spørgsmål, der opstår i forbindelse med tabsopgørelsen når lønnen fra ny arbejdsgiver består i aktieoptioner og warrants er i så fald, om modregning skal ske med optionernes værdi på *tildelingstidspunktet* eller modregning skal ske med optionernes værdi på *udnyttelsestidspunktet*.

Bo Lauritzen og Snorre Andreas Kehler¹⁶ anfører, at instrumenterne skal indgå med deres værdi på *udnyttelsestidspunktet* (dvs. på det tidspunkt, hvor instrumenterne udnyttes; og da med gevinsten herved).

At selve gevinsten (i modsætning til værdien på *tildelingstidspunktet*) imidlertid ikke anses for ud-

¹⁴ Den danske arbejdsret af Ole Hasselbalch, 1. udgave 2009, s.1423.

¹⁵ Se ligeledes U 2005.671H, U 2006.2887H, U 2007.2766H (aktieoptioner) samt U 2011.193H og U 2011.203H (favøraktier).

¹⁶ Bo Lauritzen og Snorre Andreas Kehler i Juristen nr. 1, 2010 s. 22.

slag af en arbejdsindsats, og derfor ikke for "løn" er imidlertid forudsætningsvist fastslået i U 2004.1 475H (Alpharma).

I dommen udtalte Højesteret følgende:

"...Højesteret finder, at aktietegningsretter og -optioner som tildeles ansatte som en del af deres løn, alene skal indgå ved beregningen af feriegodtgørelse ved fratrædelsen...når tildelingen har fundet sted i det eller de relevante optjeningssår, og alene med deres værdi på tildelingstidspunktet. Det bemærke herved, at retten i relation til ferielovens bestemmelser må anses for erhvervet på tidspunktet for tildelingen, selv om den måtte være betinget af forsat ansættelse på modningstidspunktet, og at en efterfølgende værdistigning ikke i ferielovens forstand kan ses som et arbejdsvederlag."

Højesteret fandt, således at aktietegningsretter- og optioner skal indgå ved beregningen af feriegodtgørelse alene med deres værdi på tildelingstidspunktet. Det bemærkes, at Højesteret eksplicit angiver at en efterfølgende værdistigning ikke i ferielovens forstand anses som et arbejdsvederlag.

Det er vores opfattelse, at vederlaget udgør den værdi de tildelte warrants og aktier har på tildelingstidspunktet. Det må være tildelingsværdien - og ikke en efterfølgende værdistigning - der udgør "lønnen". Såfremt udnyttelsestidspunktet skulle anvendes, vil det endvidere føre til det uheldige resultat, at værdien af optionerne først kan opgøres på udnyttelsestidspunktet og dermed typisk flere år efter udløbet af erstatningsperioden, hvilket Lauritzen og Kehler også anfører. Funktionærens og arbejdsgiverens forhold taler således for, at det er tildelingstidspunktet der er afgørende. Tildelingsværdien kendes (eller kan estimeres eller skønnes) på tidspunktet for opsigelsesvarslets

udløb, og hverken arbejdsgiveren eller funktionæren kan være tålt med at gå i uvidenhed - i typisk flere år indtil optionerne udnyttes - med risiko for en eventuelt senere regulering ved udnyttelse af optionerne.

På baggrund af ovenfor nævnte taler meget for, at modregning med aktieoptioner og warrants skal foretages på baggrund af den værdi disse har på tildelingstidspunktet.

Hensynet til lønmodtagerens likviditet kan omvendt med nogen styrke tale for, at der ikke kan foretages en sådan modregning¹⁷. Imidlertid er samme likviditetshensyn tilstede ved modregning af indtægter fra eksempelvis selvstændig virksomhed oppebåret efter den relevante opgørelsesperiode, og her har Højesteret efterfølgende som anført ovenfor i U 2013.2107H anerkendt, at sådanne senere indtægter efter omstændighederne kan indgå.

4.5.3. KONTANTBONUS M.M.

Også kontantbonusser må kunne modregnes i tabopgørelsen, når der alene medregnes den del af en bonus, der kan henføres til fritstillings/opsigelsesperioden. Dog vil der med henvisning til U 2013.2107H formentlig også kunne tages hensyn til bonus for senere perioder, hvis periodiseringen giver indtryk af forsøg på omgåelse.

4.6. MODREGNING PÅ TVÆRS AF LØNDELE?

Når lønnen fra ny arbejdsgiver består i andet end blot en fast månedsløn opstår spørgsmålet om arbejdsgiveren kan modregne på tværs af aflønningsdele. Kan den oprindelige arbejdsgiver f.eks. modregne bonus, aktieoptioner, pensionsbidrag, warrants eller naturalier i den kontante løn? Eller skal f.eks. bonus modregnes overfor bonus, pensionsbidrag overfor pensionsbidrag og aktieoptioner overfor aktieoptioner?

¹⁷ Modregning er således nægtet i Københavns Byrets dom 6. juli 2012 i sagen BS 21C-4539/2011.

Spørgsmålet om adgangen til modregning på tværs af aflønningsdele har så vidt vides ikke været genstand for behandling i retspraksis, og er alene sporadisk behandlet i litteraturen.¹⁸

Svaret på spørgsmålet må efter vores opfattelse være, at en arbejdsgiver er berettiget til at modregne på tværs af alle aflønningsdele. Ved opgørelsen af tabet bør den samlede lønpakke være udgangspunktet for tabsopgørelse, og ikke kun den kontante løn. Såfremt arbejdsgiveren ikke kan modregne på tværs af aflønningsdele vil det medføre det uheldige resultat, at en funktionær ville kunne undgå modregning blot ved at forhandle sig frem til en anden "lønpakke" med den nye arbejdsgiver.

Det der derimod er mere uklart i forbindelse med modregning på tværs af aflønningsdele er hvorledes aflønningsdele der består i andet end kontant løn skal værdiansættes. Dette er dog efter disse forfatteres opfattelse et bevismæssigt spørgsmål, der som udgangspunkt ikke påvirker det ovenfor anførte.

5. SAMMENFATNING

På trods af bestemmelsens lange levetid består der forsat en række uklarheder i forbindelse med tabsopgørelsen.

Bortset fra fratrædelsesaftaler består der formentlig næppe et område for fratrædelser på funktionærområdet der ikke gribes af § 3.

Der består flere modregningsmodeller, men der er i litteraturen bred enighed om, at tabet opgøres for hele erstatningsperioden, således at indtægt hos den nye arbejdsgiver, herunder indtægt oppebåret i *minimalerstatningsperioden* kan modregnes i erstatningskravet.

Der kan formentlig foretages modregning på tværs af aflønningsdele, selv om dette spørgsmål så vidt

vides er uafklaret i retspraksis. I forhold til værdiansættelsen af aktieoptioner og warrant må det antages at disse skal ske med værdien på tildelings-tidspunktet.

¹⁸ Se f.eks. Bo Lauritzen og Snorre Andreas Kehler i Juristen nr. 1, 2010, s. 24 der angiver at bonus og aktieoptioner kan modregnes i erstatningen fra den oprindelige arbejdsgiver.

VIDSTE DU, AT...

HJEMMESIDEN **HRJURA.IN** HAR HAFT **27.039**
BESØG I LØBET AF DET SENESTE ÅR.

DETTE SVARER TIL CA. **74** BESØG PR. DAG
I GENNEMSNIT.

BRAVIDA-DOKTRINEN EFTER VIKARLOVEN



JACOB FALSNER
ADVOKAT (L), PH.D.

Artiklen¹ redegør for udviklingen i den fagretlige praksis for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt en brugervirksomheds områdeoverenskomst skal finde anvendelse i forhold til vikarer, som virksomheden indlejer fra et vikarbureau, når overenskomsten ikke forholder sig hertil, og dernæst for vikarlovens betydning ved bedømmelsen af dette spørgsmål. Der peges på, hvordan den fagretlige praksis i perioden frem til vikarlovens ikrafttræden har modificeret den vidtgående formodningsregel, som blev knæsat med Bravida-afgørelsen², og hvorledes vikarloven har ført til, at formodningsreglen ikke længere vil have samme betydning.

1. INDLEDNING

Artiklen redegør i afsnit 2 for den vidtrækkende formodningsregel, der blev fastslået med Bravida-afgørelsen, og hvorledes formodningsreglen siden blev modificeret med Kantine-afgørelsen³. Dernæst afdækker artiklen i afsnit 3, hvilken betydning vikarloven må ventes at få i forhold til denne formodningsregel, herunder i lyset af faglig voldgifts-

kendelse af 17. februar 2016 (FV 2015.0117) Dansk EI-Forbund mod DI Overenskomst II v/DI (opmand Oliver Talevski).

Artiklen behandler ikke problemstillingen om vikarbureauets og brugervirksomhedens kolliderende overenskomster og spørgsmålet om, hvilken af overenskomsterne vikaren omfattes af under sin udsendelse til brugervirksomheden, når begge overenskomster omfatter vikarens arbejde.

2. FORMODNING FOR ANVENDELSEN AF BRUGERVIRKSOMHEDENS OVERENSKOMST

2.1. ET VIDTRÆKKENDE UDGANGSPUNKT

Spørgsmålet om, hvorvidt - og i givet fald under hvilke betingelser - en brugervirksomheds kollektive overenskomst finder anvendelse i forhold til vikarer, som brugervirksomheden indlejer fra et vikarbureau, gav allerede før vikarlovens ikrafttræden anledning til en række fagretlige sager og til diskus-

¹ Artiklen baserer sig i det væsentlige på kapitel 9.2 i min ph.d.-afhandling "Den europæiserede vikar", som blev antaget den 25. januar 2016. Det er min forventning, at afhandlingen udgives i juni 2016 i en lettere omarbejdet version.

² Faglig Voldgift protokollat af 27. august 2003 Dansk EI-Forbund mod TEKNIQ (opmand Mogens Hornslet) (Bravida-afgørelsen)

³ Faglig voldgift kendelse af 12. juli 2010 (FV 2009.0213) Fagligt Fælles Forbund mod DIO2/DI (opmand Børge Dahl) (Kantine-afgørelsen).

sion - en diskussion, der tog sit afsæt i Bravida-afgørelsen.

I sagen tog opmand Mogens Hornslet stilling til, om vikarer under deres udsendelse til brugervirksomheden (Bravida) var omfattet af reglerne om arbejdstid og overarbejde i Elektrikeroverenskomsten indgået mellem Dansk El-Forbund og TEKNIQ. Det var under sagen ubestridt, at vikarerne ville være omfattet af overenskomsten, hvis de havde været ansat direkte af Bravida, og spørgsmålet var derfor alene, om vikarkonstellationen og vikarernes formelle ansættelse hos vikarbureauet førte til, at vikarerne ikke var omfattet.

Opmanden konstaterede indledningsvis, at Elektrikeroverenskomsten var en områdeoverenskomst, der som udgangspunkt omfatter alt arbejde, der udføres for en medlemsvirksomhed inden for overenskomstens faglige gyldighedsområde. Opmanden fastslog dernæst, at Bravidas overenskomst om arbejdstid og overarbejde fandt anvendelse på arbejde udført af vikarer, idet han anførte følgende:

"Det er utvivlsomt, at vikarerne under arbejdet for Bravida - selvom de var ansat hos vikarbureauet - udførte arbejdet under ledelse og instruktion af Bravida-ansatte ... i modsætning til arbejdere, der er udsendt af en underentreprenør og undergivet dennes ledelsesret, og det må i denne situation - også af hensyn til omgåelsesrisikoen - være uden betydning, at der ikke bestod noget egentligt "ansættelsesforhold" mellem vikarerne og Bravida. Det måtte derfor påhvile Bravida at sikre sig, at vikarbureauet var fuldt bekendt med, at virksomheden er omfattet af Elektrikeroverenskomsten, og at de vikarer, der blev anvist til at udføre arbejde for Bravida, blev omfattet af reglerne i denne overenskomst om arbejdstid og overarbejde."

Ved protokollatet så opmanden således bort fra vikarernes formelle ansættelse i vikarbureauet og tillagde det i stedet betydning for overenskomstens anvendelse, at vikarerne var undergivet brugervirksomhedens ledelsesret. Afgørelsen var vidtgående ved at statuere, at vikaren uden videre var omfattet af den kollektive overenskomst, og dette uden stillingtagen til, om der konkret forelå omgåelse.

Bravida-afgørelsen blev fulgt op med Promecon-afgørelsen⁴, hvor opmanden i forhold til VVS-overenskomsten indgået mellem Dansk Metal og TEKNIQ/Dansk VVS skulle tage stilling til en problemstilling svarende til den, der blev taget stilling til ved Bravida-afgørelsen.

Opmanden fulgte Bravida-afgørelsens systematik ved at konstatere, at vikarernes arbejde lå inden for overenskomstens faglige gyldighedsområde, og at arbejdet blev udført under instruktion af brugervirksomheden. Efter tillige at have konstateret, at vikarerne i praksis i alt væsentlighed delte arbejdsvilkår med brugervirksomhedens ansatte, fandt opmanden, at udgangspunktet herefter måtte være, at vikarerne, mens de udførte arbejde hos brugervirksomheden, burde være omfattet af de samme overenskomstmæssige løn- og arbejdsvilkår som brugervirksomhedens ansatte.

En efterfølgende afvejning over for vikarernes formelle ansættelse i vikarbureauet, herunder at der ikke var påvist nogen omgåelsesrisiko, og at vikarerne under udsendelsen var omfattet af Industriens Overenskomst, kunne ikke føre til, at vikarernes arbejde ikke var omfattet af brugervirksomhedens overenskomst. Opmanden tillagde det i den forbindelse vægt, at der var tale om fuldt sammenlignelige forhold, som der med Bravida-afgørelsen var taget stilling til, og at der ikke var påvist sådanne omstændigheder, at Bravida-afgørelsen ikke skulle tillægges vægt.

⁴ Faglig Voldgiftskendelse af 9. juli 2007 mellem Dansk Metal og Tekniq Installatørernes Organisation (opmand Poul Søgaard).

Kendelsen er kommenteret og kritiseret af Ole Hasselbalch⁵ og rejser, som det også fremgår af kommentaren, flere spørgsmål. Ifølge kendelsen er det uden betydning for anvendelsen af brugervirksomhedens overenskomst i forhold til vikarbejde, om der er påvist nogen omgåelsesrisiko, hvilket synes at føre til, at selve den omstændighed, at brugervirksomheden har instruktionsbeføjelsen i forhold til vikaren - hvilket netop definerer vikarkonstellationen - er tilstrækkeligt til at se bort fra vikarens formelle ansættelsesforhold.

Det er samtidig vidtgående, at det faktum, at vikarens arbejde i forvejen var omfattet af vikarbureauets overenskomst, ikke blev tillagt betydning i den forbindelse, når vikarbureauets og brugervirksomhedens overenskomster var indgået med det samme forbund. Det er muligt, at synspunktet om, at vikarens arbejde for brugervirksomheden allerede var omfattet af vikarbureauets overenskomst, ikke fyldte meget under sagen. Det synes dog ikke at skulle tillægges nogen nævneværdig betydning, eftersom opmanden adresserer dette aspekt i sin afvejning mellem vikarbureauets og brugervirksomhedens overenskomster.

Opmændenes afgørelser i Bravida-afgørelsen og Promecon-afgørelsen er udtryk for en konkret stillingtagen i forhold til de i sagen implicerede kollektive overenskomsters anvendelse i forhold til vikarer og kan derfor ikke uden videre overføres til andre overenskomstområder. Ikke desto mindre har afgørelserne i de senere fagretlige sager været påberåbt af forbundssiden til støtte for anvendelsen af brugervirksomheders kollektive overenskomster i forhold til udsendte vikarer.

Således var det forbundets synspunkt i Kantine-afgørelsen (jf. nærmere herom i afsnit 2.2 nedenfor), at indlejet arbejdskraft som konsekvens af Bravida-afgørelsen og Promecon-afgørelsen var omfattet af brugervirksomhedens overenskomst ud fra den betragtning, at der med afgørelserne var grundlag for

at anse retstilstanden for generelt afklaret, således at en fagligt afgrænset overenskomst - når ikke andet er aftalt - omfatter vikarer.

2.2. EN MODIFIKATION AF FORMODNINGENSREGLEREN

Ved Kantine-afgørelsen distancerer opmanden sig fra afgørelserne i Bravida og Promecon. Voldgiftskendelsen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt Kantineoverenskomsten indgået mellem SBA (tidligere DIO2/DI) og 3F Privat Service, Hotel og Restauration skulle efterleves af SBA's medlemsvirksomheder i forhold til vikarer. Opmanden lagde indledningsvis til grund for sin afgørelse, at sagen ikke udsprang af omgåelse, misforhold eller misbrug i strid med parternes fælles interesse i overenskomstens opretholdelse.

Forbundet støttede ikke sit standpunkt på Kantineoverenskomstens udtrykkelige stillingtagen, overenskomstparternes fælles forudsætninger eller overenskomstgrundlaget i øvrigt, men alene på resultatet af Bravida- og Promecon-afgørelserne. Således var det under sagen forbundets opfattelse, at der med de to afgørelser var grundlag for at anse retstilstanden for generelt afklaret, således at en fagligt afgrænset overenskomst - når ikke andet er aftalt - omfatter vikarer.

Opmanden afviste den af forbundet generelle antagelse, idet han anførte:

"Over for en sådan generel antagelse står, hvad der traditionelt har været anset for "en almen overenskomstforudsætning, at en kollektiv Overenskomst angår forholdet mellem en virksomhed og dennes lønmodtagere", som det siges i TDC-afgørelsen af 3. august 2005. Hos Jens Kristiansen: Den kollektive arbejdsret (2. udg. 2008) s. 264 hedder det om problemstillingen:

"... der må foretages en konkret vurdering i forhold til den enkelte overenskomst. At udvide

⁵ Kendelsen er kommenteret af Ole Hasselbalch i Vikarers overenskomstmæssige stilling (Kommentar til FVK af 9. juli 2007). *Arbejdsretligt tidsskrift*. Side 255-259.

overenskomsten til at omfatte [vikarbureau]vikarer - der formelt ikke har ansættelsesretlige relationer til brugervirksomheden - må forudsætte støtte i den konkrete overenskomsts ordlyd, forudsætninger eller praktisering. Hensynet til at modvirke omgåelse af overenskomstmæssige forpligtelser kan i hvert fald ikke i sig selv bære så langt, at der kan opstilles en generel regel om, at brugervirksomheden skal sidestille vikarer med egne ansatte.”

Det var herefter opmandens opfattelse, at der ikke på det pågældende overenskomstområde var grundlag for at antage, at der mellem parterne havde været en fælles forståelse, hvorefter overenskomstens anvendelse på vikarerne og brugervirksomhedens medansvar herfor krævede særskilt aftale. I relation til konsekvensen af, at vikarbureauerne på kantineområdet ikke havde overenskomstdækket vikarbejde, anførte opmanden:

”Dette kan imidlertid ikke føre til, at brugervirksomheder omfattet af Kantineoverenskomsten i alle henseender over for anvendte vikarbureauer skal sikre, at vikarbureauet efterlever Kantineoverenskomsten, og at brugervirksomheden efter opgørelse og påkrav hæfter for det tab, vikarerne ud fra en helhedsbedømmelse måtte lide ved, at Kantineoverenskomsten ikke er efterlevet - der er forskel på overenskomstens vilkår om sædvanligt ansattes løn, tillæg og arbejdstid på den ene side og opsigelse og pension på den anden side, og der kan være saglige grunde til ikke at anvende ethvert vilkår i Kantineoverenskomsten på vikarbureauvikarer.

Der kan af den grund kun være pligt for en brugervirksomhed til at sikre Kantineoverenskomsten efterlevet i forhold til vikarbureauvikarer ved at hæfte for tab, en vikar ud fra en helhedsbedømmelse måtte lide ved, at vikarbureauet ikke efterlever Kantineoverenskomsten, i det omfang, der ikke foreligger en saglig grund

til på et givent punkt at lade vikarbureauvikarens ansættelsesforhold til vikarbureauet være afgørende for vikarbureauvikarens stilling ...

Hertil kommer, at der ikke under sagen er fremkommet sådanne oplysninger om vikarbureau-vikarernes forhold til deres vikarbureau sammenholdt med Kantineoverenskomsten, at der er noget grundlag for en bedømmelse af, om de uden saglig grund er stillet dårligere end efter Kantineoverenskomsten, ligesom der ikke er foretaget nogen opgørelse af tab eller fremsat noget påkrav. Det henstår derfor helt uafklaret, om der - som påstået af klager - er noget tab, som vikarer har lidt, og som kan gøres gældende mod Forenede Kantine Service.”

Afgørelsen blev efterfulgt af Rosa-afgørelsen⁶ fra gartneriområdet, hvor opmanden fastslog, at hensynet til, at to vikarer burde være omfattet af de samme overenskomstmæssige løn- og arbejdsforhold som brugervirksomhedens ansatte, vejede tungere end hensyn til vikarernes ansættelsesmæssige relation til vikarbureauet.

Til brug for afvejningen lagde opmanden vægt på, at de to vikarer uden saglig grund var blevet væsentligt dårligere stillet ved deres aflønning hos vikarbureauet end efter Overenskomsten for gartneri og planteskole (konkret havde to vikarer fra Litauen gennem 4,5 måneder oppebåret en timeløn på 60 kr. under deres udsendelse til et gartneri). Hensynet til, at overenskomsten omfattede vikarerne, vægtede derfor højere, idet der ved

”... anvendelsen af vikarer inden for dette faglige område er ... dokumenteret en betydelig omgængelses- og misbrugsmulighed - jf. herved opmandens bemærkninger i opmandskendelsen af 12. juli 2010 ... om indlejede vikarer inden for Kantineoverenskomstens faglige gyldighedsområde.”

⁶ Tilkendegivelse af 26. juli 2011 i faglig voldgiftssag FV 2010.0239 Fagligt Fælles Forbund mod Garatneri-, Land- og Skovbrugets Arbejdsgivere (opmand Poul Sørensen)

Der må naturligvis holdes fast i udgangspunktet, hvorefter anvendelsen af brugervirksomhedens overenskomst i forhold til vikarer i første omgang beror på overenskomstens ordlyd og udtrykkelige stillingtagen, en fast praksis mellem overenskomstparterne eller oplysninger om, at dette efter dens tilblivelseshistorie må antages at have været parternes mening.

Når overenskomstgrundlaget forholder sig tavst i relation til overenskomstens anvendelse i forhold til vikarer, fremgår det af den fagligretlige praksis, at der på grundlag af Bravida-afgørelsen og Promcon-afgørelsen udledes en (stærk) formodning for, at brugervirksomhedens overenskomst - hvor der ikke er holdepunkter for det modsatte - tillige omfatter vikarer. Kantine-afgørelsen og Rosa-afgørelsen distancerer sig fra et synspunkt om, at brugervirksomhedens overenskomst uden videre finder anvendelse i forhold til vikarer, hvis der ikke konkret er tale om en omgåelse, et misforhold eller misbrug i strid med parternes fælles interesse i overenskomstens opretholdelse, herunder om vikarerne qua ansættelsen i vikarbureauet og uden saglig grund måtte være stillet dårligere end efter brugervirksomhedens overenskomst. Som det var tilfældet i Rosa-afgørelsen, kunne brugervirksomheden ikke afkræfte formodningsreglen, eftersom der var tale om en decideret underbetaling af de to litauiske vikarer. Det kan på den baggrund hævdes, at formodningsreglen på sin vis tager udgangspunkt i et "ligebehandlingsprincip", hvorefter forskelle mellem vikarerne og de vilkår, som brugervirksomhedens arbejdstagere er tillagt efter brugervirksomhedens overenskomst, tillægges betydning.

Det kan herefter overvejes, hvilken betydning vikardirektivets implementering i dansk ret må forventes at få for vurderingen af, om brugervirksomheden har pligt til at sikre vikarens vilkår i henhold til dennes overenskomst.

3. VIKARLOVENS INDVIRKNING PÅ FORMODNINGSREGLEREN

3.1. VIKARLOVENS §§ 3, STK. 1 OG 5

Med vikarlovens ikrafttræden den 1. juli 2013 indførtes et ligebehandlingsprincip, som efter lovens § 3, stk. 1, indebærer, at et vikarbureau har pligt til at sikre, at vikaren under sin udsendelse til en brugervirksomhed for så vidt angår arbejdstidens længde, overarbejde, pauser, hvileperioder, natarbejde, ferie, helligdage og aflønning mindst har vilkår svarende til, hvad der ville have været gældende i medfør af lovgivning, kollektive overenskomster eller andre bindende generelle bestemmelser, hvis vikaren havde været ansat direkte af brugervirksomheden til udførelse af samme arbejdsopgave.

Ligebehandlingsprincippet indebærer, at en vikar under sin udsendelse til en overenskomstdækket brugervirksomhed blandt andet vil være berettiget til aflønning i medfør af brugervirksomhedens overenskomst, såfremt vikaren havde været omfattet af overenskomsten, hvis vikaren - i stedet for indleje via et vikarbureau - havde været ansat direkte af brugervirksomheden til at udføre samme arbejdsopgave. Mens vikarens ret til aflønning efter brugervirksomhedens overenskomst tidligere var betinget af, at formodningsreglen (som beskrevet ovenfor) førte til, at brugervirksomhedens overenskomst fandt anvendelse i forhold til vikaren, indebærer vikarlovens ligebehandlingsprincip en beskyttelse af vikaren, idet vikaren sikres en aflønning svarende til brugervirksomhedens overenskomst, selv om brugervirksomhedens kollektive overenskomst ikke finder anvendelse i forhold til vikaren.

Ifølge vikarlovens § 3, stk. 5, finder ligebehandlingsprincippet imidlertid ikke anvendelse, hvis vikarbureauet omfattes af eller har tiltrådt en kollektiv overenskomst, som er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område. Det fremgår

dog af lovbemærkningerne⁷, at det tillige er muligt at fravige lovens ligebehandlingsprincip ved brugervirksomhedens kollektive overenskomst, såfremt fravigelsesbetingelserne efter § 3, stk. 5, i øvrigt er opfyldt. Når vikaren under sin udsendelse til en brugervirksomhed er omfattet af en kollektiv overenskomst, der opfylder de formelle betingelser i § 3, stk. 5, er betragtningen efter lovgivers opfattelse således den, at vikaren er sikret en sådan generel beskyttelse, at lovens ligebehandlingsprincip ikke er nødvendig.

3.2. EN YDERLIGERE MODIFIKATION AF FORMODNINGSREGLEREN

Vikarlovens ligebehandlingsprincip indebærer, at vikarbureauet skal sikre vikaren væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår, som er fastsat i medfør af brugervirksomhedens kollektive overenskomst, hvilket i Rosa-afgørelsen ville have resulteret i, at vikarerne i medfør af vikarloven blandt andet havde været berettiget til løn i medfør af gartneriets overenskomst. Vikarerne havde derfor ikke haft det samme incitament til at hævde at være omfattet direkte af brugervirksomhedens overenskomst.

Det kan derfor overvejes, om den fagretlige praksis fremover vil anvende samme formodningsregel for, at en brugervirksomheds overenskomst tillige finder anvendelse i forhold til vikarer, som under udsendelsen ikke er omfattet af en overenskomst i vikarbureauet. Således indebærer vikarlovens ligebehandlingsprincip, at der ikke kan peges på samme omgængelsesbetragtninger og misforhold til støtte for anvendelsen af brugervirksomhedens overenskomst i forhold til vikarerne, hvilket gør det vanskeligt at hævde samme (stærke) formodning for anvendelsen af brugervirksomhedens overenskomst.

Til støtte for et sådant synspunkt kan nævnes faglig voldgiftskendelse af 7. februar 1996 (opmændene Palle Kiil, Hans Kardel og Mogens Hornslet), som vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt en erhverver af

en virksomhed var omfattet af overdragerens kollektive overenskomst ved først godt en måned efter overdragelsen at meddele det overenskomstbærende forbund, at erhververen ikke ønskede at indtræde i det bestående overenskomstforhold.

Voldgiftsretten fastslog, at erhververen ikke var bundet af overdragerens overenskomst, idet retten blandt andet lagde vægt på, at

“... [virksomhedsoverdragelsesloven] medfører ... en pligt for erhververen til indtil videre mindst at opretholde de hidtidige løn- og arbejdsvilkår for de overtagne medarbejdere. Der er således ikke samme behov som tidligere for, at der senest samtidig med overtagelsen sker en definitiv afklaring af de fremtidige overenskomstforhold. Det må derfor være naturligt, at der indrømmes erhververen en rimelig frist for stillingtagen hertil.”

Som det således udtrykkes ved den faglige voldgiftskendelse, resulterede virksomhedsoverdragelseslovens individuelle beskyttelse af de overtagne arbejdstagere i en ændring af den tidligere praksis om frasigelse af en kollektiv overenskomst i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse. Der bestod herefter ikke det samme behov for at sikre den overtagne arbejdstagers overenskomstmæssige arbejds- og ansættelsesvilkår, som det var tilfældet før virksomhedsoverdragelseslovens ikrafttræden.

På samme måde synes vikarlovens ligebehandlingsprincip at føre til, at der efter omstændighederne ikke længere eksisterer det samme behov for at fastslå, at brugervirksomheden har pligt til at sikre vikaren arbejds- og ansættelsesvilkår i medfør af brugervirksomhedens overenskomst, når vikaren under sin udsendelse til brugervirksomheden ikke er omfattet af en overenskomst i vikarbureauet. I denne situation vil ligebehandlingsprincippet således føre til, at vikaren afleder ret til brugervirk-

⁷ Beskæftigelsesministeriet. (2013) Forslag til lov om vikarers retsstilling ved udsendelse af et vikarbureau m.v. (fremsat af beskæftigelsesministeren). 2012/1 LF nr. 209 af 17/04/2013. Afsnit 3.2.2. Fravigelse af ligebehandlingsprincippet.

somhedens væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår, selv om brugervirksomhedens overenskomst ikke omfatter vikarens arbejde, hvilket skaber en vis distance til den omgørelses hensigt, der ellers synes at begrunde, at brugervirksomhedens overenskomst finder anvendelse i forhold til vikaren.

Spørgsmålet om vikarlovens betydning for det, der kan betegnes som "Bravida-doktrinen" - og altså dermed spørgsmålet om, hvorvidt brugervirksomhedens overenskomst finder anvendelse i forhold til vikarer, som er udsendt fra et vikarbureau - var et tema under den faglige voldgiftskendelse af 17. februar 2016 (opmand Oliver Talevski).

Sagen omhandlede et vikarbureau, som var medlem af TEKNIQ Installatørernes Organisation og omfattet af elektrikeroverenskomsten mellem TEKNIQ og Dansk EI-Forbund. Under vikarernes udsendelse til brugervirksomheden var vikarerne derfor blevet aflønnet med en timeløn på ca. 174 kr. i medfør af elektrikeroverenskomsten. Brugervirksomheden var imidlertid omfattet af Alarm- og elektrikeroverenskomsten indgået mellem DI Overenskomst II og Dansk EI-Forbund, hvorefter brugervirksomhedens egne ansatte oppebar en timeløn på op til ca. 235 kr.

Det var Dansk EI-Forbunds synspunkt, at vikarerne under deres udsendelse til brugervirksomheden var omfattet af Alarm- og elektrikeroverenskomsten, og at vikarerne derfor var berettiget til en efterbetaling af løn svarende til det tab, som de havde lidt ved ikke at blive aflønnet efter denne overenskomst. Ifølge forbundet skulle vikarerne i overensstemmelse med fast praksis aflønnes efter brugervirksomhedens overenskomst og de i regi heraf indgåede lokalaftaler, idet Alarm- og elektrikeroverenskomsten er en områdeoverenskomst, der omfatter alt arbejde, som udføres inden for overenskomstens faglige gyldighedsområde.

DI var modsat af den opfattelse, at der ikke gælder den af forbundet hævdede grundsætning, hvorefter vikarer omfattes af brugervirksomhedens overenskomst, blot fordi der er tale om en områdeoverens-

komst, men at spørgsmålet om overenskomstens anvendelse i forhold til vikarer beror på en vurdering af den enkelte overenskomst, der konkret måtte føre til, at Alarm- og elektrikeroverenskomsten ikke fandt anvendelse i forhold til vikarer. Til støtte for DI's synspunkt anførtes det endvidere, at der ikke ud fra generelle omgørelsessynspunkter var behov for at lade Alarm- og elektrikeroverenskomsten finde anvendelse i forhold til vikarer, og at der efter vikarlovens ikrafttræden ikke længere af hensyn til omgørelsesrisikoen er behov for at fortolke en områdeoverenskomst således, at den omfatter vikarer.

Opmanden fandt ikke, at Alarm- og elektrikeroverenskomsten fandt anvendelse i forhold til indlejede vikarer, idet han indledningsvis anførte følgende:

"Alarm- og elektrikeroverenskomsten indeholder ikke udtrykkelige regler om vikarer, og det kan efter bevisførelsen lægges til grund, at parterne ikke har haft en fælles forudsætning om, at vikarer er omfattet af overenskomsten. Der er heller ikke grundlag for at fastslå, at overenskomsten er blevet praktiseret på den måde, at den omfatter vikarer. Der er i øvrigt ikke konkrete holdepunkter for, at overenskomsten omfatter vikarer.

Alarm- og elektrikeroverenskomsten er ubestridt en områdeoverenskomst, men efter min mening indebærer dette ikke i sig selv, at overenskomsten skal fortolkes således, at den finder anvendelse på vikarer. Det skyldes, at en vikar, der er indlejet fra et vikarbureau, har den formelle ansættelsesmæssige tilknytning til bureauet. Det er derfor bureauet, som over for vikaren hæfter for ydelserne i henhold til de ansættelsesretlige regler (løn, feriebetaling, sygebetaling osv.) Kun i relationer, hvor ansættelsens særlige natur tilsiger, at brugervirksomheden må opfylde arbejdsgiverforpligtelserne, er ordningen en anden. Det gælder med hensyn til ledelsesretten under arbejdets udførelse på brugervirksomheden og i øvrigt med hensyn til f.eks. opfyldelsen af de arbejdsmiljømæssige forpligtelser. I overensstemmelse hermed har opmand-

en i en faglig voldgiftskendelse af 3. august 2005 i TDC-sagen om industriens funktionæroverenskomst givet udtryk for, at det må anses for en almen overenskomstforudsætning, at en kollektiv overenskomst angår forholdet mellem en virksomhed og dennes lønmodtagere...".

Opmanden fandt det herefter ikke godtgjort, at der ud fra generelle omgængelsessynspunkter var behov for at lade Alarm- og elektrikeroverenskomsten finde anvendelse på vikarer. Dernæst, og om betydningen af vikarlovens ikrafttræden, bemærker opmanden hertil, at

"... vikarloven, der trådte i kraft den 1. juli 2013, har indført en beskyttelse af vikarer. Det følger af vikarlovens § 3, stk. 1, at hvis vikarbureauet ikke er omfattet af en overenskomst, der opfylder betingelserne i § 3, stk. 5, skal vikarbureauet sikre, at vikarerne har de rettigheder vedrørende aflønning mv., som i medfør af bl.a. kollektiv overenskomst gælder for brugervirksomheden. Er vikarbureauet omfattet af en overenskomst, der opfylder betingelserne i § 3, stk. 5, gælder ligebehandlingsprincippet i § 3, stk. 1, ikke. Lovgivningsmagten har således - i overensstemmelse med det, som arbejdsmarkedets parter har ønsket - fundet, at vikarerne i så fald gennem den overenskomst, som vikarbureauet er omfattet af, får tilstrækkelig beskyttelse, selv om vikarernes ansættelsesmæssige forhold ikke fuldstændigt svarer til det, som gælder for brugervirksomhedens egne ansatte. I lyset heraf må behovet for i dag - ud fra hensynet til den generelle omgængelsesrisiko - at fortolke en brugervirksomheds områdeoverenskomst således, at den omfatter vikarer, efter min mening anses for betydeligt reduceret. Præjudikatsværdien af de afgørelser, der forud for vikarlovens ikrafttræden har fastslået, at en brugervirksomheds overenskomst ud fra bl.a. hensynet til den generelle omgængelsesrisiko finder anvendelse på vikarer, er således begrænset i dag."

I relation til de afgørelser, hvis præjudikatsværdi opmanden anser for svækket, opregnes Bravida-

afgørelsen, Promecon-afgørelsen og Rosa-afgørelsen.

Den faglige voldgiftskendelse af 17. februar 2016 vedrørte situationen, hvor de udsendte vikarer var omfattet af vikarbureauets kollektive overenskomst, og hvor ligebehandlingsprincippet ikke fandt anvendelse, idet overenskomsten opfyldte fravigelsesbetingelserne i vikarlovens § 3, stk. 5. Som voldgiftskendelsen imidlertid peger på, har vikarlovens ikrafttræden medført en yderligere modifikation af den fagretlige praksis om anvendelsen af en brugervirksomheds områdeoverenskomst i forhold til indlejede vikarer, som blev introduceret med Bravida- og Promecon-afgørelserne og siden modificeret med Kantine- og Rosa-afgørelserne.

Således støtter den faglige voldgiftskendelse af 17. februar 2016 et synspunkt om, at det ikke længere vil være muligt i samme grad som tidligere at hævde, at brugervirksomhedens overenskomst skal finde anvendelse i forhold til indlejede vikarer. De situationer, hvor brugervirksomhedens overenskomst tidligere har fundet anvendelse ud fra en betragtning om, at der foreligger omgængelse, et misforhold eller misbrug i strid med parternes fælles interesse i overenskomstens opretholdelse, må således antages at være reduceret med vikarloven. Det må antages at gøre sig gældende i den situation, hvor vikaren under sin udsendelse til brugervirksomheden er omfattet af vikarbureauets fravigende overenskomst, men også i den situation, hvor vikaren ikke omfattes af bureauets fravigende overenskomst og derfor vikarlovens ligebehandlingsprincip. I den første situation modificeres forordningsreglens betydning i kraft af, at lovgiver - i overensstemmelse med og efter ønske fra arbejdsmarkedets parter - har bestemt, at vikarerne gennem vikarbureauets overenskomst får en tilstrækkelig beskyttelse, selv om vikarernes ansættelsesmæssige forhold ikke fuldstændigt svarer til det, som gælder for brugervirksomhedens egne vikarer, mens vikaren i den anden situation afleder ret til blandt andet aflønning efter brugervirksomhedens overenskomst, uanset om brugervirksomhedens

overenskomst ikke finder anvendelse i forhold til vikaren.

3.3. FAGRETLLIG PRAKSIS FØR VIKARLOVENS IKRAFTTRÆDEN

Ved bedømmelsen af virkningerne af vikardirektivets implementering i dansk ret må det dog fastholdes, at det fremgår udtrykkeligt af lovforarbejderne⁸, at vikarloven ikke ændrer på den eksisterende fagretlige praksis, hvilket indebærer, at det i overensstemmelse med det ovenfor anførte må antages, at formodningsreglen ikke længere har samme betydning, men at vikarloven i hvert fald som udgangspunkt ikke fører til ændringer, hvor der allerede er taget stilling til afgrænsningen af en overenskomst jf. både faglig voldgiftskendelse af 17. februar 2016 og faglig voldgiftskendelse af 13. august 2015⁹.

Ved den faglige voldgiftskendelse af 13. august 2015, som blev afsagt af en udvidet opmandskreds bestående af Lene Pagter Kristensen, Poul Dahl Jensen og Børge Dahl, blev der gjort op med den eventuelle tvivl, som måtte knytte sig til situationen, hvor der inden for et overenskomstområde og forud for vikarlovens ikrafttræden var taget stilling til overenskomstens anvendelse i forhold til vikarer.

Sagen var en udløber af den tidligere Promecon-afgørelse, idet TEKNIQ Installatørernes Organisation var af den opfattelse, at vikarloven og dennes § 3, stk. 5, indebar, at de beskyttelseshensyn, der lå til grund for den hidtidige praksis (Promecon-afgørelsen), blev varetaget ved vikarlovens § 3, stk. 5, hvorved den hidtidige praksis alene opretholdes i de situationer, hvor ligebehandlingsprincippet ikke er fraveget efter vikarlovens § 3, stk. 5.

Dette blev imidlertid afvist af opmændene, som efter en gennemgang af lovforarbejderne fastslog, at der ikke kunne gives TEKNIQ Installatørernes Organisation medhold i, at

"... vikarloven har medført, at hidtidig vikarpraksis på VVS-overenskomstens område ikke længere gælder, hvis vikarerne er dækket af en overenskomst gældende for vikarbureauet, der opfylder kravene i vikarlovens § 3, stk. 5."

Mens det med den faglige voldgiftskendelse af 13. august 2015 er endeligt fastslået, at vikarloven ikke ændrer på tidligere fagretlig praksis, udestår herefter de situationer, hvor der ikke foreligger en sådan stillingtagen, og hvor det efter vikarlovens ikrafttræden, herunder i lyset af den faglige voldgiftskendelse af 17. februar 2016, må forventes, at formodningsreglen for anvendelsen af brugervirksomhedens overenskomst i forhold til vikaren ikke vil have den samme betydning som tidligere. Om end voldgiftskendelsen af 17. februar 2016 principielt kun vedrører en stillingtagen til det konkrete overenskomstområde, vil den af opmanden anvendte argumentation som udgangspunkt kunne anvendes i forhold til andre overenskomstområder.

4. SAMMENFATNING

Det konkluderes, at formodningsreglen for anvendelsen af en brugervirksomheds områdeoverenskomst i forhold til vikarer indlejet fra et vikarbureau, som blev knæsat med Bravida-afgørelsen og siden modificeret med Kantine-afgørelsen og Rosa-afgørelsen, efter vikarlovens ikrafttræden ikke har den samme betydning. Der peges i den forbindelse på, at vikaren enten vil være sikret arbejds- og ansættelsesvilkår i henhold til vikarbureauets kollektive overenskomst eller i medfør af vikarlovens ligebehandlingsprincip aflede ret til sådanne vilkår efter brugervirksomhedens kollektive overenskomst. Dette udelukker dog formentlig ikke, at der fortsat kan tænkes omgængelsituationer, som kan aktualisere spørgsmålet om anvendelsen af brugervirksomhedens overenskomst i forhold til vikarer.

⁸ Beskæftigelsesministeriet. (2013) *Forslag til lov om vikarers retstilling ved udsendelse af et vikarbureau m.v.* (fremsat af beskæftigelsesministeren). 2012/1 LF nr. 209 af 17/04/2013. Afsnit 3.2. Ligebehandlingsprincippet og afsnit 3.2.2 Fravigelse af ligebehandlingsprincippet.

⁹ Faglig voldgift FV2015.0004 Blik- og Rørarbejderforbundet mod TEKNIQ Installatørernes Organisation.

VIDSTE DU, AT...

ARTIKLER FRA **HR JURA MAGASINET** BLEV BRUGT I FORBINDELSE MED PROCEDURER OG LITTERATURHENVISNINGER I SAGER VED SÅVEL **HØJESTERET** SOM **LANDSRETTERNE**.

HVEM EJER UNDERVISNINGSMATERIALERNE, UDDANNELSESINSTITUTIONERNE ELLER UNDERVISERNE?



MORTEN ROSENMEIER
PROFESSOR I OPHAVSRET
FORMAND FOR UBVA

Mange uddannelsesinstitutioner investerer store resurser i at få de ansatte undervisere til at producere e-læringsforløb. Men hvem har så ophavsretten, institutionerne eller underviserne?

UNDERVISNINGEN BLIVER DIGITAL

I gamle dage foregik undervisning ved hjælp af tavle og kridt. Når man fik lektier for, betød det, at man skulle læse et vist antal sider hjemmefra eller regne så og så mange stykker i regnebogen. Sådan var det overalt i uddannelsessystemet. Undervisningen var katederundervisning, og hjemmearbejdet handlede om noget med bøger.

Men det er ved at ændre sig nu. Den digitale udvikling har medført, at undervisning bliver mere og mere digital.

På grundskoleområdet har en række skoler f.eks. indgået aftaler med forlag, så eleverne kan få adgang til forlagenes e-læringsportaler. Her kan eleverne lære at læse og skrive i indbydende digitale universer med film, tegnefilm, quizzes og anden interaktivitet. Nogle tilbud har karakter af computerspil, så eleverne kan lege og lære samtidig. I klasselokalet er tavlen udskiftet med et smartboard med adgang til internettet. E-læring spiller også en stor

rolle på uddannelsesinstitutioner med mellemlange uddannelser, herunder erhvervsskoler og UC'er. Nogle steder er man så langt med e-læringen, at de studerende vist i princippet kan tage store dele af uddannelsen uden nogensinde at komme på skolen. På universiteterne er man ikke helt så langt endnu, men det begynder også at komme til os her. Bl.a. er der mange steder, hvor man filmer forelæsnings og lægger dem ud som web-tv.

Noget digitalt undervisningsmateriale er som sagt forlagsproduceret. Men der er også mange uddannelsesinstitutioner, hvor underviserne selv laver digitalt undervisningsmateriale. Man er især ambitiøse på erhvervsskole- og UC-området. Her har nogle institutioner etableret e-læringsenheder, hvor filmfolk, grafikere og programmører i stort tal sidder klar til at hjælpe underviserne med at lave e-læring i teknisk topkvalitet. Og de investerer millioner i at få lavet deres egne e-kursusforløb, som kan tages som fjernundervisning.

UNDERVISNINGSMATERIALE BESKYTTES OPHAVSRETTLIGT

Undervisningsmateriale er beskyttet efter ophavsretsloven. Noget materiale kan beskyttes som litterære eller kunstneriske værker. Det gælder bl.a.

tekster, billeder, fotografier, film, computerprogrammer, quizzer og andre ting, der afspejler en kreativitet fra skaberens side. De får en *ophavsretlig beskyttelse*, der varer i 70 år fra ophavsmandens dødsår efter regler i ophavsretslovens kapitel 1. Der er også visse former for stof, der ikke beskyttes som egentlige værker, men må nøjes med en mere kort *naboretlig* beskyttelse efter regler i ophavsretslovens kapitel 5. Det gælder bl.a. udøvende kunstneres fremførelse af værker (§ 65), lydoptagelser (§ 66), film (§ 67), radio- og tv-udsendelser (§ 69), fotografier (§ 70) og databaser (§ 71). Visse former for stof kan både beskyttes som værker og naboretligt. Lydoptagelser, film og radio/tv-udsendelser, der afspejler kreativitet, beskyttes f.eks. både efter § 1 og efter §§ 67-69. § 1-beskyttelsen er så hos de kreative mennesker, der har skabt værkerne, beskyttelsen efter §§ 66-69 hos de medievirksomheder, der har finansieret produktionen. Og kreative fotografier beskyttes både efter § 1 og § 70. § 70-beskyttelsen er hos fotografen, dvs. den, der trykker på kameraudstyret. § 1-beskyttelsen er derimod hos den, der træffer de kreative valg bag fotografiet, hvilket ikke nødvendigvis er den samme person. Der er f.eks. nogle professionelle portrætfotografer, der selv træffer valgene, men overlader det til deres assistent at trykke på knappen.

Beskyttelsen indebærer kort sagt, at det i meget vidt omfang kræver tilladelse at kopiere det beskyttede stof eller gøre det tilgængeligt for andre, herunder på digitale netværk. Se nærmere f.eks. Schønning, Ophavsretsloven med kommentarer, Kbh. 2011, Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, Immaterialret, Kbh. 2015 eller Rosenmeier, Ophavsret for begyndere, Kbh. 2014. Den sidstnævnte ligger gratis som e-bog på www.ubva.dk under punktet "Publikationer".

Så ophavsretten til undervisningsmaterialet betyder, at brug af materialet som udgangspunkt kræver tilladelse. Det gælder f.eks., hvis f.eks. en underviser vil bruge digitalt undervisningsmateriale, som er skabt af en af vedkommendes kolleger, i sin egen undervisning.

Det er derfor et vigtigt spørgsmål, hvem der har ophavsretten til undervisernes undervisningsmateriale, dem selv eller de uddannelsesinstitutioner, hvor de er ansat. Hvis det sidste er tilfældet, lægger det væsentlige bånd på uddannelsesinstitutionernes mulighed for at bruge det stof, de selv har betalt for.

OPHAVSRET I ANSÆTTELSESFORHOLD

Det ansættelsesretlige udgangspunkt er, at frugten af de ansattes arbejde tilhører arbejdsgiveren. Man skulle derfor tro, at svaret var, at ophavsretten til undervisernes undervisningsmateriale automatisk tilhørte uddannelsesinstitutionerne. Men sådan er det ikke. Når man skal vurdere, hvem der har ophavsretten til ophavsretligt beskyttet stof skabt af ansatte, modificeres det ansættelsesretlige udgangspunkt nemlig af principper om ophavsret i ansættelsesforhold.

De principper går ud på:

Ophavsretten til *computerprogrammer* skabt af ansatte som led i tjenesten tilhører arbejdsgiveren, medmindre andet er aftalt, ophavsretslovens § 59.

Ophavsretten til *andre former for værker* - f.eks. tekster, billeder, film, quizzer m.m. - er som udgangspunkt hos den ansatte. Medmindre andet er aftalt, får arbejdsgiveren kun de dele af den ansattes ophavsret, der var nødvendig for arbejdsgiverens sædvanlige virksomhed på det tidspunkt, hvor den ansatte skabte værket. Reglen fremgår ikke af loven, men af retspraksis, herunder to Højesteretsdomme i UfR 1978.901/2 H og UfR 1994.349 H.

Den naboretlige beskyttelse efter *ophavsretslovens § 65* (udøvende kunstneres værksfremførelser) og *§ 70* går kun over til arbejdsgiveren efter samme regler som gælder for værker.

Den naboretlige beskyttelse efter *ophavsretslovens §§ 66, 67 og 69* til lydoptagelser, filmoptagelser og radio/tv-udsendelser skabt af ansatte er hos producenterne, der har betalt for produktionen, dvs. normalt arbejdsgiverne.

Retten til databaser efter § 71 opstår ifølge loven hos "fremstilleren". Det er uklart, hvem det er. Jeg vil tro, at det, når en database er skabt af en ansat ophavsmand, ofte vil være arbejdsgiveren, der anses for fremstiller.

Læs mere om reglerne i Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, Immaterialret, Kbh. 2015 s. 145 ff., Rosenmeier, Ophavsret for begyndere, Kbh. 2014 kapitel 7, afsnit k, og Brinck-Jensen/Rosenmeier/Schovsbo/Sommer, Ansattes immaterielle rettigheder, Kbh. 2013 kapitel 2.

HVEM HAR RETTEN TIL UNDERVISNINGSMATERIALE?

De regler, der er beskrevet her, betyder, at retten til undervisningsmateriale i vidt omfang tilhører de undervisere, der har skabt materialet. Meget undervisningsmateriale beskyttes nemlig givetvis som værker, herunder f.eks. tekster, PowerPoint-slides, billeder, fotografier, quizzes m.m. Og indtil nu har det normale, traditionelle udgangspunkt været, at underviserne i vidt omfang selv rådede over deres undervisningsmateriale, uden at det var noget, uddannelsesinstitutionerne blandede sig i. Når jeg som universitetslærer laver PowerPoint-slides, er det f.eks. traditionelt mig selv, der bestemmer, hvad der skal ske med dem, herunder om jeg vil dele dem med mine kolleger, eller om jeg vil lægge dem ud til de studerende på universitetets intranet. Traditionelt set har de haft et lignende udgangspunkt inden for andre dele af uddannelsessektoren. Der har simpelthen ikke været tradition for, at uddannelsesinstitutionerne rådede over undervisningsmaterialet. Det hævdede udgangspunkt er derfor, at ophavsretten til undervisningsmateriale, der beskyttes som værker, i vidt omfang tilhører underviserne. Selv i de tilfælde, hvor uddannelsesinstitutionerne har haft del i rettighederne til undervisningsmateriale, har der ikke været tale om en fuldstændig rettighedsoverdragelse. F.eks. sker det, at universitetslærere udgiver egne eksamensopgaver i bogform på forlag. Tanken er, at de selv har bevaret

bogudgivelsesretten, og at institutionerne kun har fået overdraget den del af ophavsretten, der handler om omdeling til eksamen mv.

Når det handler om naborettighederne er det somme tider anderledes. En uddannelsesinstitution, der har betalt for en e-læringsfilm, vil f.eks. have § 67-beskyttelsen. Men den § 1-beskyttelse, der normalt også vil knytte sig til filmen, vil være hos de undervisere, der har leveret det kreative indhold til den. Ophavsretten til værker er som udgangspunkt hos underviserne.

DE MODSTRIDENDE INTERESSER

I dag er det udgangspunkt svært at sluge for uddannelsesinstitutioner, der har investeret store beløb i at få underviserne til at producere e-læring. Et University College, der har betalt millioner kroner for at få produceret e-læringskurser, kan f.eks. vanskeligt leve med, at de undervisere, der medvirker, kan tage alle rettigheder med, hvis de får nyt job, og sagsøge både det pågældende UC og deres tidligere kolleger, hvis de tillader sig at blive ved med at bruge det.

På den anden side har underviserne også væsentlige interesser i at bevare rettigheder til deres materiale. Som underviser har man f.eks. et rimeligt ønske om at kunne genbruge det materiale, man har lavet på en uddannelsesinstitution, hvis man får job et nyt sted. Hertil kommer en anden væsentlig ting: Forlagsproduceret undervisningsmateriale, herunder skolebøger, er i meget vidt omfang skabt i samarbejde med undervisere ved viderebearbejdning af eget undervisningsmateriale. Både de og forlagene har derfor store økonomiske interesser i, at uddannelsesinstitutionerne ikke overtager alle rettigheder til undervisningsmaterialet.

Vi har arbejdet meget med problemstillingen i UBVA¹, hvor vi varetager de ophavsretlige interesser for akademiske undervisere. I nogle af de sager, vi har fået ind, var tingene gået så meget i hårdknude,

¹ Udvalget til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) under hovedorganisationen Akademikerne. UBVA varetager de ophavsretlige interesser for Akademikerorganisationerne og deres medlemmer. Se nærmere www.ubva.dk.

at uddannelsesinstitutionerne truede med at tilvinge sig undervisernes rettigheder efter reglerne om ændring af ansættelsesforhold med individuelt varsel. Det er dog ingen særlig god løsning. Bl.a. kan undervisernes organisationer på områder, der dækkes af en almindelig, fredsbærende overenskomst, gøre gældende, at der reelt er tale om en ulovlig lockout, hvilket kan pådrage uddannelsesinstitutionen bodsansvar og udløse sager i Arbejdsretten med alt dertil hørende. Se nærmere *Hasselbalch/Rosenmeier*, Ansattes ophavsrettigheder i krydsfeltet mellem ophavsret og ansættelsesret, UfR 2013 B s. 293 ff. Det er en verden af smerte at gå ind i, både for uddannelsesinstitutionerne og underviserne.

På den anden side er det heller ikke hensigtsmæssigt, hvis underviserne står strengt på deres ophavsret. Ud over, at det fører til urimelige og uspiselige scenarier, er det heller ikke risikofrit. Bl.a. risikerer underviserne, at nogle uddannelsesinstitutioner ensidigt giver sig til at råde over deres undervisningsmateriale, f.eks. ved pålæg om, at underviserne skal dele deres materialer med hinanden. Umiddelbart er der tale om ulovlige ophavsretsindreb, men efterhånden som tiden går, vil den nye, ophavsretsstridige virksomhed få karakter af lovlig, sædvanlig virksomhed.

DER BØR INDGÅS AFTALER

Man kan spørge, hvordan man skal få løst den situation. Svaret er, at der skal indgås nogle rimelige, afbalancerede, kollektive aftaler om, hvem der har ophavsretten til undervisningsmaterialet. Det anbefaler vi derfor i UBVA. Jeg er glad for at sige, at en række uddannelsesinstitutioner og undervisere har fulgt anbefalingen. Der er bl.a. indgået lokalaftaler på en række uddannelsesinstitutioner med mellem-lange uddannelser, herunder en række erhvervsskoler og UC'er mv. Se nærmere ubva.dk, punktet "Hvad siger loven", underpunktet "Hvem har ophavsretten til undervisningsmateriale?". Aftalerne er lavet med indspark fra UBVA, og de er skruet sammen på en måde, der både tager hensyn til underviserne og uddannelsesinstitutionerne. Institutionerne får som udgangspunkt retten til undervisningsma-

terialet, sådan så de kan lade underviserne genbruge og videreudvikle hinandens materiale. Men underviserne bevarer i vidt omfang retten til at udgive deres undervisningsmateriale i bogform på kommercielle forlag. Der er også nogle aftaler, der regulerer, i hvilket omfang uddannelsesinstitutionerne kan videresælge undervisningsmateriale til andre, herunder andre uddannelsesinstitutioner, og bestemmer, at det skal udløse et engangsvederlag til underviserne. Aftalerne regulerer også, i hvilket omfang undervisere, der får nyt job, kan genbruge det materiale, de har lavet som led i deres ansættelse ved uddannelsesinstitution nr. 1.

De aftaler, der er indgået med input fra UBVA, er som sagt indgået lokalt på de enkelte uddannelsesinstitutioner. Men der kan være tilfælde, hvor dette, at de ansatte har ophavsretten, har udgjort en forudsætning ved indgåelsen af en landsdækkende overenskomster om løn- og arbejdsforhold, sådan så aftalerne bør indgås af de samme parter, der indgik overenskomsterne. I det omfang aftalerne kan laves lokalt, bør man dog efter min mening vælge det. Det er jo ikke sikkert, at en aftale, der er optimal på én uddannelsesinstitution, også altid er det på andre uddannelsesinstitutioner. Behovet kan være forskelligt fra institution til institution, og det, der opfylder behovet på en af dem, gør det ikke nødvendigvis andre steder.

Læs mere i den nævnte artikel på ubva.dk. Her er der også links til en række af aftalerne. Og læs mere om de spørgsmål, jeg nævner her, i *Brinck-Jensen/Rosenmeier/Schovsbo/Sommer*, Ansattes immaterielle rettigheder kapitel 2 og min artikel i *Liber Amicorum* Jan Rosén, Stockholm 2016.

På universitetsområdet er der indgået en kollektiv aftale om ophavsretten til undervisningsmateriale på Københavns Universitet. Aftalen hedder "Retningslinjer for publicering for ansatte ved KU" og er godkendt i universitetets hovedsamarbejdsudvalg 24.6.2005. Bortset fra det, har problemstillingen så vidt jeg ved ikke ført til kollektive aftaler på universitetsområdet.

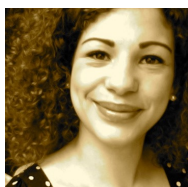
Når det handler om undervisningsmateriale i form af filmede forelæsninger o.l., har de lærere, der medvirker, i øvrigt særlige rettigheder efter *persondataloven*. Webcast af undervisning har nemlig karakter af persondatabelandling, og webcasten kræver i vid udstrækning tilladelse fra de personer, der medvirker. Desuden vil de normalt kunne trække deres samtykke tilbage efterfølgende efter persondatalovens § 38. UBVA har udarbejdet nogle forslag til standardaftaler, beregnet til brug på uddannelsesinstitutioner, der webcaster undervisning. Se dem på ubva.dk under "Vejledende aftaler".

VIDSTE DU, AT...

17 % AF LÆSERNE HAR LÆST HR JURA MAGASINET
MELLEM **KL. 22.00** OG **06.00**.

REDAKTIONEN ER GLAD FOR, AT HR JURA
MAGASINET KAN HJÆLPE SÅ MANGE **DJØF'ER**
MED **SØVNPROBLEMER**.

MÅ JEG LÅNE DIN TJENESTEMAND?



KAMILLA SIMONE RASMUSSEN
CAND.JUR (LL.M.)



NANNA BAADE
CAND.JUR (LL.M.)

U.2012.3621H rykker ved den hidtidige opfattelse af, at der ikke kan foretages pligtmæssigt udlån af tjenestemænd til private virksomheder. Dommen vedrørte kommunale tjenestemænd, men en ny lovændring på transportministeriets område understøtter, at dommens resultat også åbner op for pligtmæssigt udlån af statstjenestemænd til private virksomheder.

Det er i teorien og i det praktiske retsliv antaget, at tjenestemænd ikke er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven og således ikke er forpligtet til at lade sig virksomhedsoverdrage uden for et regi, hvor deres rettigheder i henhold til tjenestemandsovgivningen kan opretholdes. Det er derfor hidtil også antaget, at man ikke kan forpligte tjenestemænd til at lade sig virksomhedsoverdrage fra en offentlig myndighed til et privat selskab. Man har således hidtil afsøgt muligheden for at kunne *udlåne* tjenestemænd i forhold til at foretage de omstruktureringer, som har været nødvendige. Fordelen ved denne model er, at staten udbetaler løn til tjenestemanden og afholder udgiften til pension, men således at statselskabet så refunderer staten disse beløb. Det er dog ikke i alle tilfælde, at denne løsning har været mulig. Nedenfor er oplyst forskellige scenarier, der tidligere har været aktuelle, og som også vil være aktuelle i en årrække frem:

1) En tjenestemand får tilbudt at lade sig afskedige fra sin tjenestemandstilling for i stedet at lade sig

overgå til ansættelse i et statselskab på overenskomstvilkår. Tjenestemanden *accepterer* dette tilbud. I disse tilfælde er der ikke opstået problemer i forhold til ønsket om at omstrukturere.

- 2) En tjenestemand får tilbudt at lade sig afskedige fra sin tjenestemandstilling for i stedet at lade sig overgå til ansættelse i et statselskab på overenskomstvilkår. Tjenestemanden *afslår* dette tilbud. Tjenestemanden accepterer dog et *frivilligt* udlån til statselskabet. I disse tilfælde er der heller ikke opstået problemer af nævneværdig karakter i forhold til ønsket om at omstrukturere.
- 3) Tjenestemanden får tilbudt at lade sig afskedige fra sin tjenestemandstilling for i stedet at lade sig overgå til ansættelse i statselskabet på overenskomstvilkår. Tjenestemanden *afslår* dette. Tjenestemanden accepterer *heller ikke* et frivilligt udlån til statselskabet. I disse tilfælde er en offentlig myndighed, der ønsker at omstrukturere, nødt til at finde en anden passende stilling til tjenestemanden, da tjenestemanden ellers i medfør af tjenestemandsoven og tjenestemandspensionsloven vil have ret til rådighedslønsom følge af stillingsnedlæggelsen, hvis det ikke er muligt at finde en anden passende stilling til vedkommende.
- 4) Det vedtages *ved lov*, at tjenestemænd i forbindelse med en overdragelse har samme rettigheder og forpligtelser som i staten. Herefter er tjenestemændene forpligtet til at lade sig overdrage til statselskabet.

Ved afgørelsen U.2012.3621H slår Højesteret dog fast, at tjenestemænd under visse omstændigheder har *pligt* til at lade sig udlåne til også 100 procent privatejede virksomheder. Der er her tale om en afgørelse, der har stor økonomisk betydning for en offentlig myndighed, der ønsker at omstrukturere, men som har tjenestemænd ansat, der ikke ønsker at lade sig overdrage, og som heller ikke ønsker at lade sig frivilligt udlåne til et selskab, altså scenarie 3 ovenfor. Afgørelsen har stor økonomisk betydning i den henseende, at en offentlig myndighed nu kan undgå at skulle afskedige tjenestemanden og herefter betale rådighedsløn til vedkommende uden at få en arbejdsindsats til gengæld.

Justitsministeriet har i tre notater fra henholdsvis 1989 og 1990 tilkendegivet sin opfattelse af tjenestemænds retsstilling i forbindelse med forskellige privatiseringsspørgsmål¹. Heraf fremgår det, at tjenestemænd ikke kan forpligtes til at gøre tjeneste i aktieselskaber, hvor staten ejer mindre end 75 procent af aktierne.

I notat af 24. august 1989 har Justitsministeriet til Folketingets politisk-økonomiske udvalg anført, at:

”Der er enighed mellem Finansministeriet og Justitsministeriet om, at en tjenestemand ikke kan forpligtes til at gøre tjeneste i et rent privat aktieselskab. Efter Justitsministeriets opfattelse går det formentlig an at forpligte en statstjenestemand til at gøre tjeneste i et fuldstændigt stats-ejet aktieselskab.”

Det fremgår her forholdsvis klart, at det er Justitsministeriets vurdering, at tjenestemænd kun kan forpligtes til at gøre tjeneste i et 100 procent stats-ejet selskab.

I forbindelse med omdannelsen af Statens Telestyrelse til Statens Teletjeneste A/S, vurderede Justitsministeriet i notat af 23. november 1990 de ansatte tjenestemænds retsstilling i forbindelse med

denne privatisering. Justitsministeriet anførte i notatet, at:

” ... de tjenestemænd, der er ansat i Statens Telestyrelse, vil være forpligtede til at gøre tjeneste i det nye aktieselskab, som skal overtage Statens Telestyrelses område, når strukturomlægningen har fundet sted... Justitsministeriet har herved navnlig lagt vægt på, at tjenestemændene efter det oplyste vil bevare de samme funktioner i det nyoprettede aktieselskab som i Statens Telestyrelse, at aktieselskabet vil være 100 % ejet af holding-aktieselskabet, at staten vil eje mindst 75 % af aktierne i holding-aktieselskabet, og at holding-aktieselskabet i øvrigt vil være underkastet en intensiv statslig styring og kontrol gennem lovgivningen”.

Hvor der i Justitsministeriets notat fra 1989 er tvivl at spore i forhold til fastlæggelsen af forflyttelsesgrænsen i henhold til tjenestemandslovens § 12, er Justitsministeriets vurdering af tjenestemændenes retsstilling i forbindelse med privatiseringen af Statens Telestyrelse anderledes klar. Justitsministeriet er af den opfattelse, at tjenestemænd kan forpligtes til at gøre tjeneste i et aktieselskab, når tjenestemændenes funktioner og stillingstype ikke ændres ved overførslen til aktieselskabet, og når staten vil eje mindst 75 procent af aktierne. Justitsministeriet synes ved afgørelsen af spørgsmålet om forflyttelse nærmere at lægge vægt på, hvorvidt tjenestemændene bevarer deres hidtidige funktioner i aktieselskabet, fremfor selve strukturændringen.

Hvis der efter Justitsministeriets notat af den 23. november 1990 stadig skulle være tvivl om, hvilke momenter, der skulle tillægges vægt, når det i forbindelse med et forestående ønske om privatisering skulle afgøres, hvorvidt der ville blive tale om forflyttelse af tjenestemænd eller ej, blev der endegyldigt gjort op med denne tvivl ved Justitsministeriets notat af 21. december 1990 vedrørende om-

¹ Se også *Udlicitering og medarbejdere: Ret og pligt i forhold til lønmodtagere ved offentlig udlicitering og privat outsourcing* af Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff, 5. udgave.

dannelsen af statsvirksomheden Postgiro til et aktieselskab.

Justitsministeriet har i notatet anført, at:

”Omdannelsen af statsvirksomheden Postgiro til Girobank A/S må under de foreliggende omstændigheder antages at indebære en sådan ændring i de eksisterende rammer for tjenestemændenes ansættelse, at en tjenestemand ikke kan forpligtes til at gøre tjeneste i aktieselskabet”.

Justitsministeriet lægger i notatet afgørende vægt på, at tjenestemændenes retsstilling ved en omdannelse vil blive væsentligt berørt og vil betyde, at tjenestemændene får arbejdsopgaver relateret til bankvirksomhed, som de ikke havde haft ved deres ansættelse i statsvirksomheden Postgiro. Endvidere fremgår det også af notatet, at omlægninger i strukturen inden for den offentlige forvaltning, der er nødvendiggjort af den hastige samfundsudvikling, indebærer, at tjenestemænd må finde sig i betydelige ændringer, når ændringerne udløses af generelle omlægninger i den offentlige sektor. Det anføres videre i notatet, at hvor der alene er tale om at videreføre en statslig virksomhed i aktieselskabsform som et statsselskab, giver det ikke anledning til problemer med forflyttelsesgrænsen.

Det kan samlet ud fra de tre gamle notater udledes, at det efter Justitsministeriets opfattelse har været en betingelse for, at en tjenestemand kan forpligtes til at gøre tjeneste i et selskab, at tjenestemanden bevarer sine hidtidige funktioner og endvidere også at staten ejer mindst 75 procent af aktierne i selskabet, således at selskabet derved vil være underkastet en intensiv statslig styring. Det er uklart, hvorfor Justitsministeriet vurderer, at grænsen netop går ved en statslig aktieandel på 75 procent. Grænsen er blandt andet anvendt i lov nr. 1046 af 23. december 1998 hvoraf det i bemærkningerne fremgår, tjenestemændenes forpligtelse til at lade sig udlåne til Combust A/S ikke kan opretholdes ved salg af mere end 25 procent af aktierne. Bemærkningerne til lov nr. 542 af 17. juni 2008 kan dog fortolkes som en opblødning af den hidtidige antagelse om, at

staten skal eje mindst 75 procent af aktierne. Af bemærkningerne fremgår det, at *”Med den forestående selskabskonstruktion vil statens indirekte ejerandel i Post Danmark A/S blive reduceret til under 50 %, hvorfor tjenestemændene i Post Danmark A/S ikke længere kan pålægges at gøre tjeneste i Post Danmark A/S. Et fortsat udlån af de pågældende tjenestemænd til Post Danmark A/S kan herefter alene ske på frivillig basis.”*

Uden at tage direkte stilling til betydningen af ejerforholdet, fandt Højesteret allerede i U.2004.1568H, at kommunalt ansatte tjenestemænd var forpligtede til at lade sig udlåne til et energiselskab, som kommunen kun ejede 34 procent af.

Ved Højesterets afgørelse U.2012.3621H, der dog vedrørte kommunale tjenestemænd, cementeres det, at fokus er flyttet væk fra selve ejerforholdet af den virksomhed, hvortil udlånet sker. I stedet synes fokus at være rettet mod en uforandret videreførelse af de reelle løn- og arbejdsvilkår, som tjenestemanden har haft forinden udlånet.

Sagen i U.2012.3621H omhandlede det regionale busselskab FynBus, der udliciterede størstedelen af busdriften til det 100 procent privatejede busselskab, Tide Bus A/S, for en periode på 5 år med mulighed for forlængelse. Udliciteringen skete som en del af kommunalreformen i 2007, hvor der blandt andet skete en privatisering af den ellers offentlige busdrift. Udliciteringen omfattede også FynBus' busværksted, hvor 10 tjenestemænd havde ansættelse. De 10 tjenestemænd blev i denne forbindelse beordret udlånt til Tide Bus A/S. Tjenestemændene mente ikke at være forpligtede til at tåle stillingsændringerne, jf. tjenestemandensregulativets § 12, stk. 1, og nedlagde herefter påstand om, at de var berettigede til at kræve sig afskediget med rådighedsløn - subsidiært afskediget med pension.

Højesteret fandt, at udlånet af tjenestemændene til det 100 procent privatejede selskab, Tide Bus A/S, ikke gik ud over, hvad de måtte anses som forpligtede til at tåle i medfør af tjenestemandensregulativets § 12, stk. 1. Højesterets begrundelse centrerer sig,

som allerede nævnt ovenfor, nærmere om bevarelsen af tjenestemændenes løn- og arbejdsvilkår end om ejerforholdet af den virksomhed, som udlånet sker til. Der lægges således navnlig vægt på, at:

1. Tjenestemændene i det hele bevarede deres hidtidige rettigheder som tjenestemænd, og at ansættelsesmyndigheden fortsat var FynBus
2. Løn- og arbejdsvilkår, herunder stillingsbetegnelsen, forblev uændret. Tide Bus A/S var efter udlånet lønudbetaler, men FynBus hæftede for lønnen
3. Arbejdsopgaverne var identiske med de hidtidigt udførte opgaver
4. Arbejdsstedet var uændret

Om ændringen i tjenestestedets placering, bemærkede Højesteret først den balance, der skal være mellem på den ene side det offentlige krav på, i en hastigt skiftende udvikling, at kunne tilpasse og effektivisere den offentlige administration, og på den anden side beskyttelsen af tjenestemændene mod alt for voldsomme ændringer i de personlige forhold. Højesteret udtalte, at *"Tjenestemanden må derfor som følge af den samfundsmæssige udvikling bl.a. tåle ændringer i tjenestestedets placering samt ændringer som følge af administrative reformer, når blot disse ændringer ikke går ud over den grænse, som ligger i ansættelsesområde og stillingsbetegnelse"*. Højesterets udtalelse er i tråd med Justitsministeriets notat af den 21. december 1990, hvoraf det fremgår, at omlægninger i strukturen inden for den offentlige forvaltning, der er nødvendiggjort af den hastige samfundsudvikling, indebærer, at tjenestemænd må finde sig i betydelige ændringer, når de udløses af generelle omlægninger i den offentlige sektor.

I forhold til, at tjenestemændene forblev ansat som tjenestemænd i FynBus, således at de i det hele bevarede deres rettigheder som tjenestemænd med samme ansættelsesmyndighed som før, og at arbejdsopgaverne/værkstedsarbejdet hos Tide Bus A/S var identisk med de hidtidige arbejdsopgaver hos FynBus, synes Højesteret således at foretage sin

vurdering af, hvorvidt der kan ske udlån til et 100 procent privatejet selskab, ud fra de almindelige betingelser vedrørende tålegrænsen, der fremgår af tjenestemandregulativets § 12.

Rækkevidden af U.2012.3621H er fortsat uafklaret. Da dommen vedrører kommunale tjenestemænd, som er ansat i henhold til tjenestemandregulativet, har det blandt andet været omdiskuteret, hvorvidt dommens resultat også finder anvendelse på statstjenestemænd ansat i henhold til tjenestemandsløven. Som nævnt ovenfor, centrerer Højesterets afgørelse sig i det væsentligste om tålegrænsen i tjenestemandregulativets § 12. Bestemmelsen i tjenestemandregulativets § 12 har samme ordlyd og indhold som tjenestemandsløvens § 12, og det er således nærliggende at formode, at samme resultat ville nås for så vidt angår statstjenestemænd ansat i henhold til tjenestemandsløven. I vurderingen af tålegrænsen, synes det ikke at have en betydning, om denne er forankret i lov eller ved regulativ.

At U.2012.3621H også åbner op for muligheden for pligtmæssigt udlån af statstjenestemænd til private virksomheder, understøttes endvidere af lov nr. 172 af 27. februar 2016 om ændring af lov om DSB. Lovændringen medfører blandt andet, at tidligere bestemmelser, som betød, at tjenestemænd kun skulle acceptere udlån til de virksomheder i DSB, som etableredes som datterselskaber til DSB, men altså ikke til private virksomheder, ophæves. Det fremgår af lovforslagets bemærkninger, at *"forslaget bringer DSB-loven i overensstemmelse med den gældende tjenestemandsløvgivning, som udtrykt i Højesteretsdom, [...], der muliggør pligtmæssigt udlån af tjenestemænd."*

Tiden må vise, om man med U.2012.3621H har sat det sidste punktum i forhold til tjenestemandens pligt til at lade sig udlåne. Når man ser på udviklingen fra 1989, hvor det første notat om tjenestemandens retsstilling blev udarbejdet af Justitsministeriet, og så frem til afsigelsen af Højesterets dom i 2012, er denne udvikling i hvert fald gået mod en stadigt udvidende fortolkning af tålegrænsen for ansatte tjenestemænd.

NYE REGLER OM Udstationeret ARBEJDSKRAFT I DANMARK



ANE KRISTINE LORENTZEN
CHEFJURIST, ADVOKAT

Gennemførelsen af det såkaldte håndhævelsesdirektiv medfører nye regler, når der udstationeres arbejdskraft til Danmark. Reglerne får ikke bare betydning for de udstationerede lønmodtagere og de udenlandske virksomheder, som udstationerer arbejdskraft til Danmark, men også for danske virksomheder, som entrerer med de udstationerede virksomheder.

Hertil kommer den indirekte effekt og betydning, som regelsættet har i relation til social dumping.

Denne artikel fokuserer på de forslag til ny lovgivning, som håndhævelsesdirektivet har givet anledning til og som blev sendt i høring den 12. februar 2016.

1. HÅNDHÆVELSESDIREKTIVET

Håndhævelsesdirektivet blev vedtaget den 15. maj 2014 og skal være gennemført i dansk ret senest den 18. juni 2016. Der er tale om direktiv 2014/67/EU om håndhævelse af direktiv 96/71/EF om udsta-

tionering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser og om ændring af forordning (EU) nr. 1024/2012 om administrativt samarbejde via informationssystemet for det indre marked (IMI-forordningen). Med baggrund i håndhævelsesdirektivet fremsendte beskæftigelsesministeriet den 12. februar udkast til love med bemærkninger, se nærmere på folketingets hjemmeside.¹

Formålet med håndhævelsesdirektivet er at sikre en bedre og mere ensartet gennemførelse, anvendelse og håndhævelse af udstationeringsdirektivet ved bl.a. kontrolmekanismer og foranstaltninger til at forebygge og straffe misbrug og omgåelse af gældende regler. Direktivet har dermed til formål at sikre overholdelsen af de gældende regler for beskyttelse af udstationerede arbejdstageres rettigheder, jf. nærmere direktivets art. 1.²

Overordnet set giver håndhævelsesdirektivet ikke nye materielle rettigheder til de udstationerede arbejdstagere under udstationeringen men en bedre

¹ På tidspunktet for artiklens udfærdigelse er der endnu ikke fremsat lovforslag.

² Udstationeringsdirektivet og den danske udstationeringslov finder anvendelse, når en virksomhed leverer en midlertidig tjenesteydelse til Danmark og i den forbindelse udstationerer lønmodtagere. Udstationeringsreglerne tager stilling til, hvilke regler der gælder i denne situation med hensyn til visse arbejdsvilkår. Den udenlandske tjenesteyder skal i forbindelse med udstationering af lønmodtagere overholde en kerne af minimumsrettigheder i værtsarbejdslandet.

adgang til at håndhæve og få gennemført de gældende rettigheder. Håndhævelsesdirektivet berører ikke anvendelsesområdet for udstationeringsdirektivet.

Direktivet rummer bestemmelser, der retter sig mod de danske myndigheder bl.a. med hensyn til forpligtelser til en løbende kontrol med, om en angivet udstationeringssituation reelt henhører under udstationeringsreglerne samt bestemmelser om et bedre myndighedssamarbejde på tværs af grænserne og om øget informationsudveksling. Men direktivet medfører også nye forpligtelser for udenlandske virksomheder, der udstationerer arbejdstagere til Danmark og nye forpligtelser for danske virksomheder, der entrerer med sådanne udenlandske virksomheder. Det gælder fx regler om oplysninger, der skal gives til myndighederne i forbindelse med en udstationering til Danmark, og som i Danmark særlig er reguleret i de regler, der gælder om RUT-registeret (Registeret for Udenlandske Tjenesteydere). Men det gælder også de regler i direktivet, der vedrører det såkaldte underkontrahentansvar – altså en dansk hvergivers ansvar når der entreres med en udstationerende virksomhed, som ikke betaler de udstationerede arbejdstagere den løn der tilkommer dem.

Særlig direktivets bestemmelser om underkontrahentansvar har givet anledning til stor debat såvel i forbindelse med direktivets vedtagelse som efterfølgende i form af drøftelser om mulige danske modeller for en implementering heraf.

2. HÅNDHÆVELSESDIREKTIVETS

IMPLEMENTERING I EN DANSK KONTEKST

Som det er karakteristisk for implementeringen af EU-ret i Danmark på det arbejds- og ansættelsesretlige område, er inddragelsen af arbejdsmarkedets parter markant. Denne inddragelse sker i det væsentligste i regi af Implementeringsudvalget.³

I relation til implementeringen af håndhævelsesdirektivet har det efter min opfattelse været særdeles relevant at inddrage arbejdsmarkedets parter, idet direktivet i store træk tager udgangspunkt i arbejdsmarkedetsmodeller, hvor der er lovgivet om mindsteløn, eller hvor kollektive overenskomster er almengjort samt modeller, hvor nationalstaternes myndigheder kan påse at lønmodtagerne i landet modtager en gældende mindsteløn mv. Således forholder det sig som bekendt ikke i Danmark. Udfordringen ved den danske implementering har således bl.a. været at implementere i en form, der harmoniserer med den danske model, hvor arbejdsmarkedets parter spiller en afgørende rolle ikke bare ved fastsættelsen af løn- og arbejdsvilkår men også ved håndhævelsen heraf. Dette kommer bl.a. til udtryk i den danske gennemførelseslovgivning ved nye bestemmelser, hvor arbejdsmarkedets parter i højere grad får adgang til eksisterende og til nye oplysninger i RUT-registeret med henblik på i højere grad at kunne håndhæve rettigheder i medfør af indgåede kollektive overenskomster. Det kommer imidlertid også til udtryk i den ordning, der ligger i forslaget om etablering af en fond til sikring af udstationeret arbejdskraft, og som rummer gennemførelsen af direktivets bestemmelser om underkontrahentansvar i art.12.

3. DE FREMSATTE LOVFORSLAG

De fremsatte lovforslag til implementering af håndhævelsesdirektivet rummer følgende:

- forslag til ændring af lov om udstationering af lønmodtagere mv. (udstationeringsloven)
- forslag til ændring af lov om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter (arbejdsretsloven) og lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension (ATP-loven)
- forslag til Lov om Arbejdsmarkedets Fond for Udstationerede

³ Om Implementeringsudvalget se nærmere Jens Kristiansen, Aftalemodellen og dens europæiske udfordringer s. 261ff og 437f, Djøf, 2013 samt Ane Kristine Lorentzen, Europa og den nordiske aftalemodel s.169 ff, Norden, 2015.

I det følgende beskrives hovedelementerne i den foreslåede følgelovgivning. Henvisninger til forslag til ny lovgivning følger det udkast til lovgivning som blev sendt i høring den 12. februar 2016.

3.1. ÆNDRING AF UDSTATIONERINGSLOVEN

Udstationeringsdirektivet (Direktiv 96/71/EF) blev vedtaget i 1996 og medførte en dansk implementering i form af vedtagelsen af udstationeringsloven. Udstationeringsloven finder anvendelse i situationer, hvor virksomheder i forbindelse med levering af tjenesteydelser midlertidigt udstationerer lønmodtagere til Danmark. Loven indeholder bl.a. bestemmelser om de regler, der finder anvendelse i relation til lønmodtageren under udstationeringen, og som finder anvendelse uanset, hvilket lands ret der i øvrigt regulerer ansættelsesforholdet. Yderligere indeholdes bestemmelser om konfliktadgang i relation til udstationerende virksomheder og bestemmelser om anmeldelse af oplysninger i RUT registeret.⁴

KONTROL TIL HINDRING AF MISBRUG AF UDSTATIONERINGSREGLERNE OG BERIGTIGELSE I RUT-REGISTERET

I de foreslåede ændringer af udstationeringsloven er der indeholdt en præcisering af, at det er en betingelse for at blive omfattet af udstationeringsreglerne, at den pågældende virksomhed reelt er etableret i etableringslandet og har andre væsentlige aktiviteter i etableringslandet end udelukkende intern forvaltning og/eller administrative aktiviteter.

Udenlandske virksomheder kan have en interesse i at påberåbe sig udstationeringsreglerne for herved ikke i det hele at blive omfattet af dansk ret fx i relation de ansættelsesretlige love, konfliktgrundlag, skattelovgivning mv. Der har således været rejst kritik af regelsættet og kontrolmulighederne i forhold

til fx at afdække situationer, hvor såkaldte postkassevirksomheder påberåber sig udstationeringsreglerne.⁵

Med forslaget indføres der samtidig en mulighed for, at myndighederne kan iværksætte en afdækning af en virksomheds aktiviteter i etableringslandet. Arbejdstilsynet får efter forslaget mulighed for at indhente oplysninger i etableringslandet om en udstationerende virksomhed og dennes aktiviteter. Disse oplysninger kan indhentes dels på Arbejdstilsynets eget initiativ eller andre myndigheders anmodning og dels på anmodning fra en faglig organisation, der har indgået kollektiv overenskomst med en udenlandsk virksomhed og hvor, der er indledt fagretlig sag.

Myndighederne skal herefter foretage en samlet bedømmelse af en række faktuelle elementer i relation til udstationeringens midlertidige karakter, reelle etablering i hjemlandet og omfanget af de hjemlige aktiviteter. Myndigheden fastslår herefter, om der er tale om en reel udstationeringssituation og vil herefter kunne berigtige en virksomheds anmeldelse i RUT-registeret.

Om disse regelsæt kan der henvises til forslag til ændring af udstationeringslovens § 4 og ny §§ 4 a og 4 b.

Samtidig med de nævnte bestemmelser foreslås der indsat en ny kategori i RUT-registeret, der skal tage højde for netop de virksomheder, der leverer tjenesteydelser i Danmark, uden at de opfylder betingelserne for at være omfattet af udstationeringsreglerne, fx fordi de ikke har reelle aktiviteter i etableringslandet. Sådanne udenlandske virksomheder vil herefter skulle være registret i denne kategori i RUT-registeret og være forpligtet til at afgive en række oplysninger til registeret, herunder oplysninger hvortil der kan være adgang for faglige

⁴ Se nærmere om baggrunden for vedtagelsen af udstationeringsdirektivet og i øvrigt om udstationeringsdirektivet og udstationeringsloven, Christian Andersen-Mølgaard m.fl.: Udstationeringsloven med kommentarer, Djøf, 2015 samt Jens Kristiansen: Aftalmodellen og dens europæiske udfordringer s. 161 ff., Djøf, 2013.

⁵ Om de problemer, som postkasseselskaber giver anledning til i EU kan henvises til Karsten Engsig Sørensen: Postkasseselskaber - en udfordring for et velfungerende indre marked U.2014B.237.

organisationer eller offentlig adgang, jf. nærmere nedenfor. Dette skal sikre, at der i højere grad bliver kendskab til virksomhedernes tilstedeværelse i Danmark og herunder, at dansk lovgivning i højere grad bliver overholdt samt, at adgangen til fx at rejse krav om overenskomst på lige fod med danske virksomheder bliver reel. Disse forslag fremgår af ændringsforslag til lovens § 7a.

YDERLIGERE OPLYSNINGER TIL RUT-REGISTERET

Efter den gældende udstationeringslov skal udstationerede virksomheder afgive en række oplysninger til RUT-registeret, som vedrører virksomhedens identitet, tid og sted for levering af tjenesteydelsen, kontaktperson, identiteten på de udstationerede lønmodtagere og varigheden af udstationeringen mv, jf. nærmere § 7a.

Med lovforslaget suppleres disse regler med bestemmelser om, at der tillige skal gives oplysning om socialsikringsforhold for lønmodtagerne samt oplysning om hvervgiver/hvervgivere i forbindelse med tjenesteydelsen, hvor denne ikke er en privatperson.

Oplysninger om de sociale sikringsforhold i hjemlandet kan være relevant for vurderingen af, om en virksomhed reelt er etableret i hjemlandet og kan bestå i oplysninger om, hvorvidt der er udstedt eller søgt om A1-attester.

Af særlig interesse for de danske virksomheder og danske hvervgivere er det nye forslag om, at den udenlandske tjenesteyder skal oplyse til RUT-registeret, hvem der er hvervgiver/hvervgivere i forbindelse med tjenesteydelsen - altså modtagere af tjenesteydelsen. Dette vil typisk være en dansk hvervgiver, men kan også være en anden udenlandsk virksomhed, som leverer tjenesteydelser i Danmark.

Forpligtelserne til at give oplysninger om socialsikringsforhold og oplysninger om hvervgivere vil efter forslaget komme til at gælde for alle udenlandske virksomheder, der leverer tjenesteydelser til Danmark, altså uanset om de udstationerer lønmod-

tagere eller ej, og uanset om de leverer tjenesteydelser uden, at betingelserne for udstationering er opfyldt.

Som nævnt er visse oplysninger i dag offentligt tilgængelige. Med lovforslaget bliver yderligere oplysninger tilgængelige for de faglige organisationer og arbejdsgiverforeninger i de situationer, hvor der er indgået en kollektiv overenskomst med den udenlandske virksomhed, og hvor der er indledt en fagretlig sag om fortolkning af eller brud på overenskomsten.

De oplysninger, der foreslås adgang til for de faglige organisationer og arbejdsgiverforeninger, vedrører oplysningerne om navne for de udstationerede lønmodtagere, perioden for udstationeringerne samt oplysning om hvervgiver, når denne ikke er en privatperson. Yderligere kan de faglige organisationer under samme betingelser få oplysning om de ansattes socialsikringsstatus i hjemlandet.

VÆRNETING OG VIKTIMISERING

I den gældende udstationeringslov fremgår det af § 9, at en lønmodtager, der er eller har været udstationeret til Danmark, kan anlægge sag her i landet vedrørende rettigheder, der følger af de (primært ansættelsesretlige) love, der fremgår af § 5, stk. 1, nr. 1-6 og vedrørende ferierettigheder efter § 6. Efter det nye forslag vil den udstationerede lønmodtager også kunne anlægge sag i Danmark om rettigheder, der følger af kontrakten med arbejdsgiveren, jf. nærmere forslag til ændring af § 9.

Yderligere er der forslag om en såkaldt viktimiseringsbestemmelse med adgang til godtgørelse. Med forslag til § 9 a bestemmes det, at lønmodtagere, der under eller efter en udstationering, afskediges eller udsættes for anden ugunstig behandling, fordi de har rejst sag om løn- og arbejdsvilkår, som de har været berettigede til, efter udstationeringslovens § 5 eller §6 eller i medfør af en overenskomst kan tilkendes en godtgørelse.

Endelig kan nævnes, at håndhævelsesdirektivets art. 5 forpligter medlemsstaterne til at træffe foranstaltninger for at sikre, at oplysninger om de i udstationeringsdirektivets art. 3 omhandlede arbejds- og ansættelsesvilkår, som skal overholdes af tjenesteyderen, gøres almindeligt tilgængelige uden betaling og ad elektronisk vej på et centralt offentligt nationalt websted. Udformningen af et sådant websted er på nuværende tidspunkt fortsat under udvikling og medfører i øvrigt ikke ny lovgivning.

3.2. ÆNDRING AF ARBEJDSRETSLOVEN OG ATP-LOVEN

Som beskrevet ovenfor er det primære formål med håndhævelsesdirektivet at sikre en bedre håndhævelse af rettigheder for udstationeret arbejdskraft. Hertil hører også adgangen til effektivt at kunne inddrive tilgodehavender mod virksomheder, der er etableret i andre EU lande.

Med henblik på at understøtte en bedre inddrivelsesadgang, er der forslag om ændring af arbejdsretsloven således, at Arbejdsretten får adgang til at pålægge afgørelser truffet af de faglige voldgiftsretter, herunder afskedigelsesnævn, samt ved mæglings-, organisations- og fællesmøder som officielt bekræftede dokumenter. Tilsvarende kan Arbejdsretten pålægge forlig indgået ved de samme fagretlige instanser. Der skabes hermed hjemmel til at pålægge afgørelser og forlig fra det fagretlige system, således at disse kan tvangsinddrives i andre EU/EØS-lande efter Bruxelles I-forordningen. De nævnte afgørelser og forlig skal indeholde de nødvendige oplysninger om parter, kravets størrelse, betalingsfrister osv.

Som det fremgår ovenfor, fremsættes samtidig med forslag til ændring af udstationeringsloven og arbejdsretsloven også forslag om lov om etablering af en fond til sikring af udstationerede lønmodtagere. Denne fond skal ifølge forslaget administreres af ATP, som efter forslaget tillige vil kunne træffe afgørelser om påligning af ekstraordinært bidrag, jf. nærmere nedenfor.

Der stilles derfor ligeledes forslag om, at Ankenævnet for ATP får kompetence til at pålægge afgørelser fra fonden om påligning af ekstraordinære bidrag som officielt bekræftede dokumenter efter Bruxelles I-forordningen.

3.3. FORSLAG TIL LOV OM ARBEJDS- MARKEDETS FOND FOR UDS- TIONEREDE

BAGGRUND

Håndhævelsesdirektivets art. 12 indeholder bestemmelser om underkontrahentansvar. Bestemmelserne tager udgangspunkt i, at medlemsstaterne skal indføre et (med-) ansvar for den kontrahent, som arbejdsgiveren (tjenesteyderen) er direkte underkontrahent i forhold til, for så vidt angår mindsteløn mv. jf. nærmere art. 12, stk.1. Dette ansvar *skal* i udgangspunktet indføres for aktiviteter på byggeområdet, men *kan* indføres for alle aktiviteter, jf. nærmere art. 12, stk.2.

Yderligere fremgår det imidlertid af art. 12, stk. 5, at ansvaret for kontrahenten kan bortfalde, hvis kontrahenten har opfyldt nationalt definerede krav om due diligence, ligesom medlemsstaterne i medfør af art. 12, stk. 6 kan vælge at indføre andre passende håndhævelsesforanstaltninger over for arbejdsgiverens kontrahent for at imødegå svig og misbrug i situationer, hvor arbejdstagere har vanskeligheder med at få respekteret deres rettigheder.

Bestemmelsen om underkontrahentansvar giver med andre ord medlemsstaterne et vist råderum.

Som nævnt ovenfor har særlig disse bestemmelser om underkontrahentansvar da også givet anledning til en del debat herhjemme i forhold til en egnet dansk implementeringsmodel. Debatten har omhandlet ret forskellige løsningmodeller med ret forskellig effekt lige fra indførelse af bestemmelser om due diligence til indførelse af lovbestemt mindsteløn eller almengøring og kædeansvar.

Det foreliggende lovforslag har baggrund i en model foreslået af DI og CO-Industri i fællesskab, og

som LO og DA efterfølgende har videreudviklet og herefter foreslået som fælles indspil til beskæftigelsesministeren.

HOVEDTRÆK I FORSLAGETS FORMÅL, FONDENS FINANSIERING, UDBETALINGER FRA FONDEN OG PÅLIGNING AF ORDINÆRE OG EKSTRAORDINÆRE BIDRAG

Den foreslåede ordning går ud på, at der oprettes en fond med det formål at sikre udstationerede lønmodtageres krav på løn i forbindelse med levering af en tjenesteydelse i Danmark.

Det foreslås, at fonden etableres som en selvstændig, selvejende institution, der administreres af ATP og med en ledelse, der er identisk med ATP's ledelse. Det foreslås, at fonden finansieres af alle ATP-pligtige arbejdsgivere og alle udenlandske virksomheder, der beskæftiger ansatte i forbindelse med levering af en tjenesteydelse i Danmark ved betaling af ordinære bidrag til fonden. Yderligere foreslås fonden finansieret af ekstraordinære bidrag fra såvel udenlandske arbejdsgivere, der har givet anledning til udbetaling fra fonden som fra virksomheder, som er første dansketablerede hvervgiver, hvor disse er pålignet et ekstraordinært bidrag, jf. nærmere nedenfor.

Hensigten er, at fonden skal kunne dække den udstationerede lønmodtagers tilgodehavende i de situationer, hvor en faglig organisation eller en lønmodtager uden held har forsøgt at få en arbejdsgiver til at betale til lønmodtageren på baggrund af en faglig sag.

Som det fremgår af forslagets § 3, skal kravet forinden anmeldelsen til fonden være fastslået ved fagretlig behandling og eventuelt påtegnet af Arbejdsretten. Fagretlig behandling dækker over forlig og afgørelser truffet på alle stadier i det fagretlige system.

Fonden fremsender herefter påkrav om betaling til arbejdsgiveren, og når fristen for betaling er udløbet, vil fonden foretage udbetaling til lønmod-

tageren eller denne organisation. Fonden indtræder herefter i kravet mod arbejdsgiveren.

Regelsættet rummer imidlertid ikke bare en ordning, hvorefter lønmodtagerne får dækket deres løntilgodehavender, men tillige en ordning, hvorefter hensigten er, at de danske hvervgivere i højere grad tilskyndes til at entrere med udstationerede virksomheder, der betaler den løn, som de har forpligtet sig til i medfør af indgåede kollektive aftaler. På den baggrund foreslås det, at fonden skal påligne en arbejdsgiver et ekstraordinært bidrag, når arbejdsgiveren ikke betaler et skyldigt løntilgodehavende til fonden, ligesom den dansk-etablerede hvervgiver pålignes et ekstraordinært bidrag, når den udenlandske arbejdsgiver har givet anledning til udbetaling fra fonden og ikke udbetalt efter påkrav herom.

Denne del af forslaget giver således et medansvar for den danske hvervgiver, og der kan blive tale om ganske betydelige bidrag, idet disse udgør henholdsvis 25, 40 eller 50 pct. afhængig af, om der er tale om gentagelsestilfælde, jf. nærmere forslagets § 5. Det er endvidere værd at bemærke, at fonden efter forslaget kan påligne et ekstraordinært bidrag til hvergiverens moderselskab, hvis den første dansketablerede hvervgiver er gået konkurs eller ophørt, jf. forslagets §5, stk. 5.

Med henblik på at danske hvervgivere kan gardere sig mod at entrere med tjenesteydere, der ikke overholder deres forpligtelser og med henblik på at skabe en præventiv effekt over for de udstationerede virksomheder, offentliggør fonden en liste med oplysninger om de arbejdsgivere, der har givet anledning til udbetaling fra fonden, jf. forslagets § 6.

Som det fremgår, er der med de foreliggende udkast til lovforslag tale om en samlet løsning, der danner rammen om bedre håndhævelsesmuligheder i relation til udstationeret arbejdskraft i Danmark.

ARBEJDSRETTLIG KILDESØGNING OG -BRUG



OLE HASSELBALCH
PROFESSOR, JUR.DR.

ET KILDEVÆLD

Ifølge angivelserne i *Arbejdsretsportalen*¹ under rubrikken *Arbejdsretsnøglen* er antallet af arbejdsretlige afgørelser af bredere interesse fra domstole, faglige voldgiftsretter, nævni mv. nu oppe på små 14.000, og arbejdsretslitteraturen tæller over 2.300 værker. For året 2015 udgør høsten af retsdogmatisk orienterede sådanne (inklusive også herhjemme relevante udenlandske) i alt 47 fordelt på 14 bøger (nye udgaver medregnet), resten artikler i bøger og tidsskrifter, betænkninger mv. Antallet af akademiske afhandlinger på området (doktor-, licentiat-, ph.d.- og medaljeafhandlinger) er kommet op på 28.

Disse tal afspejler et juridisk system, der koger. Det er ikke rart at stikke fingrene i kogende vand, men det er ikke desto mindre, hvad såvel praktikere som forskere er nødt til.

Det er *særdeles* meget, de skal igennem for at løse en opgave. Så meget, at man kan være i tvivl om, hvorvidt det overhovedet er muligt at overkomme det. Man må derfor også spørge, om det arbejdsretlige publikum er tjent med at blive dynget i den grad til med stof? Har praktikerne mon stunder til at gennemse mængderne af papir, og vil de være i

stand til at finde de relevante, når der er brug for det? Har skribenterne tid til at læse hinanden?

Er der virkelig så meget væsentligt stof? Kan det være rigtigt, at det arbejdsretlige fagområde skal afkaste 14.000 præjudikater? Og når vi f.eks. nu er oppe på 21 nyere og ældre bøger, der helt eller delvis behandler aktieløn & ditto (43 værker i alt om samme emne) tjener de således alle sammen et formål? Skal kønsligebehandlingsproblemet behandles i hele 129 værker, for at arbejdet kan siges at være gjort? Og er der et reelt behov for 120 værker, der behandler loven om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse?

Hvordan kan der inden for de ca. 5 millioner mennesker, der bor på Danmarks jord, mobiliseres arbejdsretlige specialister nok til at håndtere et sådant bjerg af information?

Men nu er bjerget der altså. Så spørgsmålet er: Hvor og hvordan finder man det relevante?

HVOR?

Afgørelsespraksis og litteratur er registreret i nævnte *Arbejdsretsnøglen*, hvor der også er visse anvisninger mht. fremfindelse af grundmaterialet samt

¹ www.schultz.dk/arbejdsretsportalen

filtrering og sortering af det fundne med henblik på brug i konkrete sammenhænge.

Registrantens henvisninger bygger på standardindgange i form af stikord/stikordslinjer opstillet efter samme systematik som den, der anvendes i de i *Nøglen* ligeledes placerede systematiske fremstillinger *Arbejdsretten* og *Foreningsretten*. Ved søgning på de standardstikord, de er knyttet til de her behandlede enkelte emner, vil man kunne få (op)listninger frem med angivelse af afgørelser og litteratursteder med reference til stikordet - for afgørelsernes vedkommende med mulighed for også at slå op i et resumé af den enkelte sag.

Det er i dag et almindeligt forekommende problem, at dette register ikke bruges. Dette viser sig i, at der føres retssager, hvis problemstillinger er afklaret i allerede foreliggende retspraksis, eller i al fald uden skyldig hensyntagen til sådan praksis og til relevant litteratur. Ligeledes skrives der ganske meget, som ikke tager højde for samme.

DE OVERORDNEDE, FUNKTIONELLE PROBLEMSTILLINGER

En del af begrundelsen kan ligge i, at afgørelsesregisteret i en periode efter dets overførelse fra DJØF-forlagets *Arbejdsret Online* og til *Arbejdsretsportalen* på grund af edb-tekniske problemer ikke har fungeret optimalt. Men en anden årsag er givetvis, at der i kraft af stoffets kompleksitet, som de senere års ustrukturerede udvikling af retsreglerne har hidført, efterhånden stilles *meget* store krav til dem, der skal håndtere det.

Hvor skal man da starte ved løsningen af et arbejdsretligt problem?

Det helt afgørende er, at man ikke begynder ved at nærindstille kikkerten på det konkret foreliggende - altså f.eks. den lovparagraf, der er i spil, eller den traditionelt accepterede indfaldsvinkel på problemet, eller den vinkling, sagen havde, da den kom ind på skrivebordet. I stedet må man abstrahere fra dette konkrete og bevæge sig op på et overordnet, konceptuelt plan:

Hvad er det for en type praktisk situation, vi befinder os i (hvad er med andre ord den funktionelle problemstilling), hvilke regler gælder overordnet set om den slags og om lignende situationer, og hvor finder vi de kilder, der kan belyse anvendelsen af disse regler?

Eksempel: I en sag om en funktionærs sygdom, som ikke er blevet anmeldt eller dokumenteret forskriftsmæssigt over for arbejdsgiveren, kan man vælge at fokusere på de specifikke forskrifter herom i funktionærlovens § 5 og sygedagpengeloven samt den hertil knyttede retspraksis. Det er imidlertid ikke hensigtsmæssigt at begrænse søgefeltet på den måde. I stedet bør man starte med at identificere den overordnede, funktionelle problemstilling. Denne er *fravær* fra arbejde (i form af hvad der populært kaldes "forfald"). Hvad er da *de overordnede principper for regulering fravær* (forfald), som gælder også i relation til *andre lønmodtagergrupper* og i relation til *andre fraværstilfælde* end sygdom? Synsfeltet må med andre ord i eksemplet udvides til at omfatte også til medhjælpere, erhvervsuddannelseselever samt faglærte og ufaglærte arbejdere m.fl., for hvem der meget vel kan knytte sig en *tillige* i relation til funktionærer relevant retspraksis og teori om anmeldelses- og dokumentationsproblematikken. Endvidere er man nødt til at inddrage også andre *fraværssituationer* end sygdom, hvor problemet om underretning om fraværet og dokumentation for samme (altså bevisproblematikken) dukker op. Hvad kan der f.eks. hentes fra regler, der hjemler fravær i forbindelse med børns sygdom og andre uforudseelige fraværssituationer, hvis legitimitet kan være tvivlsom?

Standardindekseringerne i *Arbejdsretsnøglen* er da også foretaget i lyset af de nævnte behov. *Fælles problemstillinger* er således indekseret med samme overordnede stikord.

På samme måde er i øvrigt *overordnede problemstillinger*, der er gennemgående i flere sammenhænge inden for et bestemt emnefelt, indekseret samlet, sådan som det kendes fra mere dybtgående litterære fremstillinger. Eksempel: Når man beskæf-

tiger sig med kønsligebehandling, er det meningsløst at håndtere ligebehandlingens fælles, overordnede problemer hver eneste gang, ligebehandlingsproblemet dukker op i et eller andet aspekt - ved ansættelse, afskedigelse, stillingsændring, aflønning osv. Rationelt set må de fælles, overordnede problemstillinger således håndteres først - i eksemplet f.eks. hvad "ligebehandling" egentlig vil sige, hvad *saglig* uligebehandling er, osv. Hvis en fortravlet bruger derfor tror, at han får alt om *ligeløn* frem ved at slå op under dette stikord, går han fejl af alle registrantens henvisninger til materialet om de grundlæggende principper i forbindelse.

Et yderligere problem, man kan være tilbøjelig til at overse i en travl hverdag, er, at der kan være flere forskellige *indfaldsvinkler* på en sag eller et emne. Den umiddelbart mest iøjnefaldende arbejdsretlige problemstilling, som man af samme grund let bliver psykologisk bundet til at anse som den eneste relevante, behøver således ikke være den eneste mulige.

Eksempel: En faglig voldgiftskendelse af 19/8 1963 omhandler et tilfælde, hvor arbejdsgiversiden søgte at få etableret overenskomst med Arbejdsmands- og Specialarbejderforbundets (selvstændige) lokalafdeling dækkende bl.a. raffinaderiassistenterne ved et olieraffinaderi. Forbundet blev involveret i sagen, og man nåede et godt stykke i retning af en bindende overenskomst. På et tidspunkt i forløbet ønskede forbundet imidlertid at træde tilbage fra denne muligt opståede overenskomstbinding. Den tilstræbte overenskomst viste sig nemlig at kolidere med Arbejdsmandsforbundets grænseaftale med Funktionærforbundet, hvilket også arbejdsgiversiden sådan set måtte vide. Denne sag kunne ansues i lyset af 1) reglerne om, hvornår en endelig aftale overhovedet er kommet i stand, 2) reglerne om aftalers ugyldighed på grund af urigtige forudsætninger m.v. 3) reglerne om tolkning af, hvad den muligt opståede binding overhovedet går ud på (om den altså må tolkes indskrænkende i forhold til Funktionærforbundets organisationsområde), 4) reglerne om forbundets legitimation til at tegne

forbundsafdelingen i sammenhængen. Den blev imidlertid kun procederet på et par af disse vinklinger.

I forlængelse heraf afslutningsvis et eksempel, som viser, hvorledes netop den mest iøjnefaldende vinkling kan være den *mindst* relevante: U 2003/90 H angår et tilfælde, hvor en funktionær gennem sin faglige organisation tiltrådte en samlet fratrædelsesordning, uden at der heri indgik speciel fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a, men hvor han bagefter rejste krav om § 2 a-godtgørelse. Litteraturnoten i domsreferatet sigter på Svenning Andersens (navnet er fejlstavet) *Funktionærret*, i hvilken sidereferencen oplystes at være 506 ff. Her behandles emnet fratrædelsesgodtgørelse efter lovens § 2 a. Sagens *overordnede funktionelle* problem er imidlertid, om der gennem en organisationsaftale lovligt i henhold til lovens ufravigelighedsbestemmelse i § 21 kunne gives afkald på en funktionærlovshjemlet ret (in casu fratrædelsesgodtgørelsen). Det generelle spørgsmål om lovens ufravigelighed på det principielle plan, som således stod i centrum, behandles ikke af Svenning Andersen nævnte sted, men kunne have været undersøgt f.eks. gennem H.G. Carlsen, *Dansk Funktionærret* (8. udg., s. 33 ff.) og Ole Hasselbalch, dengang *Arbejdsrettens almindelige Del*, nu *Den Danske Arbejdsret* (afsnit VII, 2, s. 238 ff - opdateret i *Arbejdsretten i Arbejdsretsnøglen*).

DET KONKRET NØDVENDIGE OG ANVENDELIGE

Kildestoffet er som sagt overvældende stort. I *Arbejdsretsnøglen* registrant er der foregået en vis sortering af afgørelserne på den måde, at de, der savner almen interesse, er søgt filteret fra. At der alligevel er 14.000 tilbage viser, at sorteringen sker ved hjælp af et net med store masker. Også i relation til litteraturdelen er der af forsigtighedsgrunde - basen skulle nødig blive et censurordskab - medtaget særdeles meget.

Hvad brugerens heraf affødte sorteringsproblem angår, kan der henvises til den allerede omtalte vej-

ledning i *Arbejdsretsnøglen*. Et par supplerende bemærkninger er imidlertid på sin plads:

I relation til afgørelsesmaterialet er problemet ofte rent praktisk at få adgang til fuldteksterne. Vejene til disse er desværre mangfoldige, eftersom de afgørelser, der overhovedet er publiceret, er kommet ud til offentligheden på mange forskellige måder - via tidsskrifter, bøger og elektroniske udgivelser. Endvidere er en del af afgørelserne slet ikke offentliggjort overhovedet, hvorfor de skal hentes hjem fra retter, organisationer eller måske endog fra private samlere af den slags. Der er imidlertid ingen vej uden om. For selv om de i *Nøglen* liggende afgørelsesresuméer meget langt kan bruges med sortering og foreløbig vurdering af retspraksis for øje, så er de ikke skrevet med henblik på at skulle være erstatning for fuldtekster.

Der er endvidere grund til at fremhæve den også i vejledningen omtalte risiko, som er forbundet med at udelade ældre afgørelser, *blot* fordi de er gamle. Når en dom fra en højere retsinstans har fastslået retsstillingen, er dommen således det afgørende præjudikat, såfremt et nyt retligt grundlag ikke kan påvises i den nye sag. Henviser en procedur derfor i en ny sag kun til nyere afgørelser på området, antydes utilsigtet over for en velinformeret dommer, at der har fundet en glidning sted i den materielle retsstilling i tidens løb.

En anden væsentlig risiko er uden for de overenskomstdækkede områder at udelade fagretlige afgørelser. En god del af disse afgørelser (især faglige voldgiftskendelser) tolker således i dag lovgivning og fastlægger indholdet af almindelige, arbejdsretlige grundsætninger. Disse afgørelser træffes endvidere i stor udstrækning af højesteretsdommere, og da der er tale om en én-instansbehandling, udfolder disse dommere også ofte en høj grad af aktiv procesledelse for at få de materielle rigtige resultater frem. Det er derfor ikke godt at procedere en sag i byretten uden hensyntagen til en evt. fagretlig retspraksis. Og det er belastende for et litterært værks autoritet, såfremt der uden videre er set bort fra den slags kilder.

Også vejen til den relevante litteratur kan være ganske vanskeligt farbar. Det må derfor anbefales, at man de steder, hvor der foregår arbejdsretlig sagsbehandling, målrettet opbygger et papir- og/eller elektronisk dokumentationsmateriale. Ud over Det Kongelige Bibliotek eksisterer der således vistnok kun én komplet, arbejdsretlig bogsamling på dansk grund - andre er nedbrudt i tidens løb pga. manglende vedligeholdelse.

Også en del af den litteratur, der refereres til i *Arbejdsretsnøglen*s registrant, er af ældre dato - registranten renses ikke for uaktuelle værker. En bruger, der er inde i emnet, vil imidlertid ikke have svært ved at frasortere uaktuelle referencer ud fra et alders-kriterium. Der kan imidlertid ikke kritikløst frasorteres alene på dette grundlag, idet konceptuelt grundlæggende fremstillinger har det med at forblive værdifulde. Hvem tør f.eks. selv i dag i sager på det kollektivarbejdsretlige område undlade at efterse, om Knud Illum, *Den Kollektive Arbejdsret*, mon har noget at sige om problemet - og hans sidste udgave udkom i 1964.

Derimod er det f.eks. berettiget at frasortere undertegnede forfatters disputats *Arbejdsretlige Funktioner*, eftersom de resultater, der her fremlagdes, indgår i de senere fremstillinger (senest i *Arbejdsretten* i *Arbejdsretsnøglen*). På samme måde kan tidligere udgaver af en bog som regel udelades. Men det hænder dog, at man skal være forsigtig. Folke Schmidts førsteudgave af bogen *Tjänsteavtalet* er f.eks. på mange punkter langt dybere end de senere udgaver og rummer nogle også i Danmark relevante overvejelser (f.eks. om principperne for ændring af arbejdsforholdet), som ikke fremgår af bogens efterfølgere.

Endvidere står brugerne over for det problem, at ganske meget i dag skrives, som alene bliver til forfatterens glæde, simpelt hen fordi der skrives mere, end godt er. Der skrives også så meget, at det ofte kan være svært at se, hvad der er overlap i forhold af andre værker eller ikke-udtømmende fremstillinger, som ligner det modsatte.

Typologisk set falder værkerne inden for følgende felter:

En del er *populærinformation* til bestemte brugerkredse eller en bredere offentlighed til brug for daglig administration af retlige relationer udformet med det øjeblikkelige, informative formål for øje. *Lærebøger* rummer bredere, pædagogisk affattede præsentationer af større eller mindre dele af et retsområde. Såvel udførlighedsgraden som systematikken afhænger her af forfatterens (lærerens) overvejelser over, hvad *studenterne* – og altså ikke nødvendigvis praktikere med specifikke behov – bør vide, og fremstillingsformen følger den, der menes at tjene selve *indlæringsprocessen* bedst. *Praktiske opslagsbøger* (dvs. håndbøger dækkende bredere områder eller monografier dækkende bestemte emner eller emnekredse, f.eks. lovkommentarer) til brug for jurister er skrevet for at få medtaget så meget som muligt potentielt relevant, og de systematiseres ud fra, hvordan det er lettest at slå op i dem. Endelig sigter *videnskabelige arbejder* på at klarificere og verificere bestemte problemer eller problemkredse iht. gældende krav til lødig forskning.

Brugerens praktiske vanskelighed er, at kun få værker placerer sig entydigt iht. denne typologi. Forfatterne ambitionerer måske i et andet niveau, end de faktisk løfter, eller præsenterer sig med et på overfladen andet formål end det, til hvilket værket kan bruges. *Lærebøger* indeholder f.eks. jævnlig væsentlige bidrag af retsvidenskabelig art. Og man finder ind imellem også i værker, der præsenterer sig som populærfremstillinger, væsentlige bidrag til forøgelse af vor viden. En ganske stor del af den arbejdsretlige litteratur er endvidere skrevet af praktikere, der er presset til at prioritere markedsførings- og informationsværdien over for ikke-jurister højere end grundighed, analyse og kildeundersøgelser. Dette pres frister også ind imellem forskere med det resultat, at de skøjter hen over overfladen eller indkopierer lange opregninger af regler og andet kildestof. Ja, kilderne er måske ligefrem anden- eller endnu fjernere hånds.

Dette stiller brugeren over for et undertiden endnu mere kompliceret sorteringsproblem end i relation til afgørelsesmaterialet. Og om end man altså via *Arbejdsretsnøglen* kan sikre sig en ret omfattende information om, hvilke *værker*, der alt i alt foreligger med relation til et emne, er man overladt til sig selv mht. afgørelsen af, konkret *hvilke af dem* han kan og bør bruge i den givne sammenhæng.

Mht. dette kan der ikke gives generelle anvisninger. Men det må dog nok anbefales, at der altid ses på 1) *aktualitetsværdien*, 2) *dybden* – herunder analysen – og 3) *kildenærheden*.

Det siger således sig selv, at det sjældent er formålstjenligt at benytte gamle bogudgaver, når nye foreligger. Møder man f.eks. i retten med en ældre udgave af en bog, er det en god ide at forklare, hvorfor netop denne udgave er af betydning.

Hvad vurderingen af dybden angår, er for en hurtig sortering værkernes egne kildeangivelser – litteraturlisten og noteangivelserne – ofte anvendelige. Er disse retvisende for den relevante retspraksis og litteratur inden for felter, man selv kender i forvejen?

Men herudover må naturligvis altid spørges, om et værks dokumentation er tilstrækkelig til at bære det, forfatteren siger. Lange opregninger af dit og dat uden dokumentation af grundlaget for samme eller i al fald argumentation er ofte mere forvirrende end vejledende. Og belastes et værk med rene omskrivninger eller – uden nødvendighed – med gentagelser af det, der foreligger andetsteds, er det et spørgsmål, hvor stor nytte man kan have af det.

Overordnet er der således grund til at fremhæve, at det, der udmærker en lødig fremstilling, er, at den rummer den forædling af stoffet, som følger af forfatterens brede overblik samt forståelse af dets indre sammenhænge, strukturer og dybereliggende grunde.

NYE BØGER



ANSÆTTELSESRETLIGE ASPEKTER AF VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSE

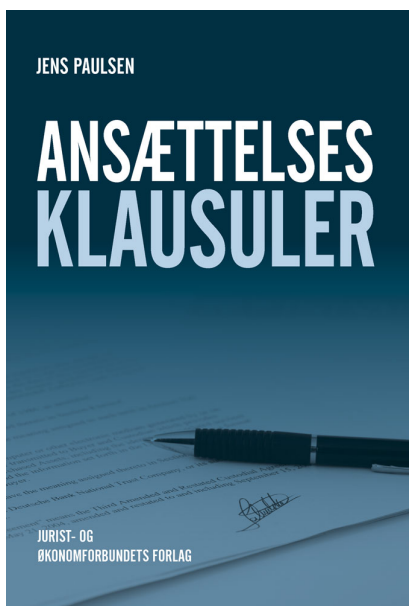
Mette Klingsten

2. udgave 2016, Djøf Forlag (udkommer den 10. maj 2016)

ISBN 9788757416442

Ansættelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelse beskriver og analyserer gældende ansættelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelser i Danmark; først og fremmest på baggrund af lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse (virksomhedsoverdragelsesloven).

Fremstillingen gennemgår et omfattende antal danske afgørelser fra de ordinære domstole, Arbejdsretten og faglig voldgift, samt afgørelser fra EU- og EFTA Domstolene.



ANSÆTTELSESKLAUSULER

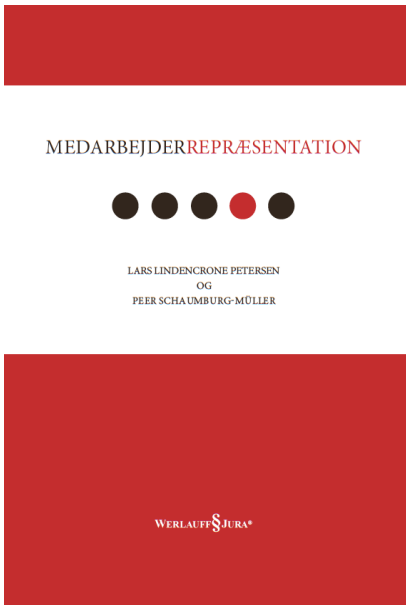
Jens Paulsen

1. udgave 2016, Djøf Forlag

ISBN 9788757434972

Bogen beskriver og kommenterer de ansættelsesklausuler, der reguleres ved ansættelsesklausuloven. I bogen er inkluderet lov nr. 1565 af 15. december 2015 om ansættelsesklausuler, som har en særlig betydning for denne udgivelse.

Titlen beskriver ikke de ansættelsesklausuler - alternative ansættelsesklausuler - der ikke reguleres af ansættelsesklausuloven, nemlig uddannelses-, fastholdelses- og royaltysklausuler samt aktie- og medejermotiverende klausuler. Disse klausuler er sammen med konkurrencebegrænsende klausuler i ejeraftaler og overdragsaftaler beskrevet i Arbejdsmarkedsklausuler (2009).



MEDARBEJDERREPRÆSENTATION

Lars Lindencrone Petersen og Peer Schaumburg-Müller
1. udgave 2015, Werlauff Publishing
ISBN 9788799677887

Bogen beskriver de regler, der gælder om etablering af medarbejderrepræsentation bl.a. i bestyrelser for kapitalelskaber, statselskaber og -virksomheder, erhvervsdrivende fonde og SE- og SCE-selskaber, samt de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmers rettigheder og pligter. Bogen henvender sig både til de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer, som søger svar på spørgsmål om deres virke, og til dem, der på virksomheds- eller medarbejderside skal overveje spørgsmål om medarbejderrepræsentation eller deltage i den praktiske gennemførelse af etableringen heraf.

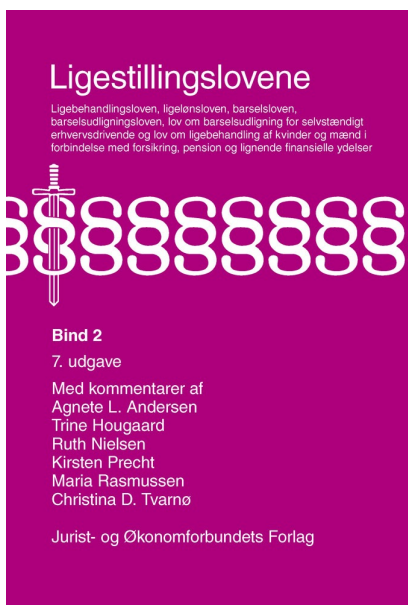


FRATRÆDELSAFTALER

Henrik Karl Nielsen
1. udgave 2015, Karnov Group
ISBN 9788761937490

Bogen omhandler fratrædelsesaftaler, hvorved et ansættelsesforhold afsluttes eller vilkårene for lønmodtagerens fratrædelse fastlægges.

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



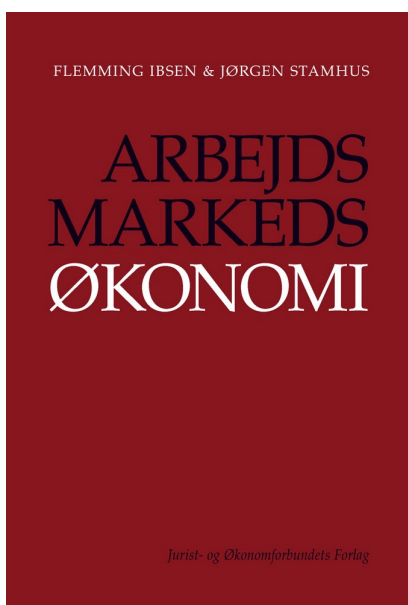
LIGESTILLINGSLOVENE

BIND 2

Agnete L. Andersen mf.
7. udgave 2016, Djøf Forlag
ISBN 9788757431858

Andet bind af Ligestillingslovene beskriver og analyserer kendt praksis inden for ligestillingsloven: ligebehandlingsloven, ligelønsloven, barselsloven, barselsudligningsloven, lov om barselsudligning for selvstændigt erhvervsdrivende og lov om ligebehandling af kvinder og mænd i forbindelse med forsikring, pension og lignende finansielle ydelser.

Med udgivelsen af dette andet bind er alle love inden for ligestillingsloven kommenteret og opdateret.



ARBEJDSMARKEDSØKONOMI

Flemming Ibsen og Jørgen Stamhus
1. udgave 2016, Djøf Forlag
ISBN 9788757420562

Fremstillingen behandler de grundlæggende temaer inden for arbejdsmarkedsøkonomi.

Bogen giver bl.a. svar på følgende spørgsmål: Hvordan fastlægges løn- og beskæftigelse på den enkelte virksomhed, hvad bestemmer lønforskelle mellem lønmodtagere med forskellig uddannelse og køn, hvor længe vil vi arbejde, hvilke faktorer er afgørende for den faglige og geografiske mobilitet, hvad er konsekvenserne af øget indvandring, hvor længe vil vi arbejde, hvorfor har vi arbejdsløshed, og hvilken betydning har EU for den »Danske Model«?



Arbejdsretsportalen

Online lovportal, der støtter dig i arbejds- og ansættelsesretlige problemstillinger

Arbejdsretsportalen indeholder bl.a.:

- ▀ Arbejds- og ansættelsesretlig lovgivning
- ▀ Flere end 30.000 centrale domme, kendelser og resumeer
- ▀ Grundlæggende og speciallitteratur fra Djøf Forlag
- ▀ Sidenumre på al faglitteratur, så du nemt kan dokumentere juridiske sager

Indholdet er altid opdateret, og med den integrerede søgemaskine søger du på tværs af al faglitteratur, lovgivning, kendelser og domme i portalen.

Kontakt salgschef Erik Larsen på el@schultz.dk eller 41 95 47 42 for mere information, og bestil 14 dages gratis prøveadgang på schultz.dk/arbret.

FORFATTERLISTE



ANTON KRAEV
ANSVARSHAVENDE REDAKTØR
CAND.JUR, CAND.MERC.JUR

Jeg er uddannet Cand.jur og Cand.merc.(jur.). Jeg har specialiseret mig i ansættelses- og arbejdsret, og har erfaring fra bl.a. Dansk Erhverv, HORESTA Arbejdsgiver, TDC Group, international kreditforsikrings-selskab Euler Hermes, Københavns Kommune og to advokatkontorer i bagagen.

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, lige- og forskelsbehandlingssager, tillidsrepræsentantssager, kollektive overenskomster, sygefraværssager, HR M&A, mv.



JENS HARKOV HANSEN
ADVOKAT (CIPP/E)

Jens Harkov Hansen er senioradvokat hos Norrbom Vinding. Både gennem sin tidligere ansættelse i Datatilsynet, i sin tid i Justitsministeriet og senest ved sin internationale certificering i europæisk persondataret har Jens erhvervet sig en persondataretlig viden på højt niveau. Dertil kommer betydelig undervisningserfaring inden for området.

Herudover rådgiver Jens generelt inden for det ansættelsesretlige område, særligt i relation til individuelle ansættelsesforhold.

Jens varetager desuden et eksternt lektorat ved Københavns Universitet og er co-chair for IAPP (International Association of Privacy Professionals) KnowledgeNet Copenhagen.



ANNE LOUISE WULFF
ADVOKAT (L), PARTNER

Anne Louise Wulff er partner i NOVI-advokater og er specialist i ansættelses- og arbejdsret. Anne Louise Wulff har stor erfaring med rådgivning af både danske og internationale virksomheder og organisationer, ligesom hun har ført mange rets- og voldgiftssager inden for sit felt. Desuden har hun fra sin tid som overenskomstchef i Danmarks Rederiforening stor praktisk erfaring med forhandling af kollektive overenskomster og førelse af fagretlige sager.

Anne Louise har undervist i arbejdsret på Københavns Universitet og afholder kurser i ansættelses- og arbejdsret. Anne Louise er desuden uddannet mediator og har en uddannelse i ledelse og forretningsudvikling.



NICOLE CHRISTIANSEN
PH.D. STIPENDIAT, CAND.JUR (LL.M.)

Nicole Christiansen er cand.jur. fra Københavns Universitet, og har bl.a. arbejdet i Energistyrelsen – først som stud.jur. og sidenhen som fuldmægtig. Nicole har primært beskæftiget sig med sikkerhed og sundhed på offshoreanlæg, både i forhold til arbejdsmiljø generelt og i forhold til store ulykker.

Nicole Christiansen er ph.d.-studerende. Titlen for ph.d.-projekt er "Virksomhedernes ansvar for medarbejdernes fysiske sundhed - i et forebyggelsesperspektiv". Formålet med projektet er at analysere og vurdere den samlede retlige regulering på området, med fokus på samspillet med arbejdsmiljølovgivningen og arbejdsretten.



MICHAEL KLEJS PEDERSEN
ADVOKAT (L)

Michael Klejs Pedersen arbejder med arbejds- og ansættelsesret som specialeområde.

Michael Klejs Pedersen rådgiver danske og udenlandske virksomheder samt direktører / ledende medarbejdere omkring løsning af arbejds- og ansættelsesretlige problemstillinger. Derudover fører Michael Klejs Pedersen løbende og kontinuerligt retssager omkring arbejds- og ansættelsesretlige problemstillinger ved by- og landsret, i det fagretlige system samt ved private voldgifter.



SØREN NARV PEDERSEN
ADVOKAT (H), PARTNER

Søren er advokat og partner, er leder af Bird & Birds danske ansættelsesretsafdeling, og er medlem af Bird & Birds internationale HR-services gruppe.

Søren har indgående viden om ansættelsesretlige emner, herunder særligt job-, kunde- og konkurrenceklausuler, loyalitetspligt, opsigelser og bortvisninger, lige- og forskelsbehandling, incitamentsprogrammer, fratrædelsesaftaler, samt masseafskedigelses og virksomhedsoverdragelser.

Han rådgiver også inden for virksomhedsoverdragelser, selskabsret og almindelige retssager. Søren's rådgivning er baseret på omfattende praktisk og kommerciel indsigt. Søren er ligeledes en erfaren procedureadvokat og fører sager såvel for de ordinære domstole, Arbejdsretten, faglige voldgifter såvel som for almindelig voldgift.



JANNIE STENMANN JENSEN
ADVOKAT

Jannie Stenmann Jensen er advokat i Bird & Birds ansættelsesretsafdeling i Danmark. Hun rådgiver primært virksomheder inden for det arbejds- og ansættelsesretlige område, herunder om forhold i forbindelse med ansættelsen, under ansættelsen og ved ansættelsesforholdets ophør.

Jannie har blandt andet erfaring med udarbejdelse af ansættelses- og direktørkontrakter, kunde- og konkurrenceklausuler og fratrædelsesaftaler. Herudover rådgiver hun blandt andet om vilkårsændringer, virksomhedsoverdragelser samt opsigelse og bortvisning af medarbejdere.



JACOB FALSNER
ADVOKAT (L), PH.D.

Jacob Falsner er advokat i Plesners team inden for arbejds- og ansættelsesret, hvor han rådgiver generelt om ansættelsesretlige forhold.

Jacob beskæftiger sig primært med de internationale aspekter af og EU-rettens indvirkning på dansk arbejdsret. Specialeområdet omfatter blandt andet ind- og udstationering af arbejdskraft, arbejds- og opholdstilladelser, social sikring, de internationale privatretlige problemstillinger m.fl.

Primo 2016 er Jacob blevet tildelt ph.d.-graden for sit erhvervs-ph.d.-projekt "Den europæiserede vikar", som afdækker de ansættelsesretlige aspekter af vikarbureauansatte vikarers arbejde i Danmark.



ANE KRISTINE LORENTZEN
CHEFJURIST, ADVOKAT

Ane Kristine Lorentzen har gennem mange år arbejdet som advokat i LO og derigennem beskæftiget sig med arbejdsretlige problemstillinger.

Ane har ført sager ved Arbejdsretten, faglig voldgift mv. samt beskæftiget sig med retspolitiske emner og herunder implementering af EU ret i dansk ret på det arbejdsretlige område.

Ane er pr. 1. April 2016 ansat som chefjurist i HK.



MORTEN ROSENMEIER
PROFESSOR I OPHAVSRET
FORMAND FOR UBVA

Morten Rosenmeier er professor i ophavsret, Københavns Universitet, og formand for Udvalget til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) under hovedorganisationen Akademikerne. UBVA varetager de ophavsretlige interesser for Akademiker-organisationerne og deres medlemmer. Se nærmere www.ubva.dk.



KAMILLA SIMONE RASMUSSEN
CAND.JUR (LL.M.)

Kamilla Simone Rasmussen er ansat i Finanstilsynets kontor for forbrugerspørgsmål og finansielle formidlere, hvor hun arbejder med finansiell lovgivning og tilladelsespraksis.

Kamilla Simone Rasmussen har afsluttet cand.jur.-uddannelsen i 2015 ved specialet "Tjenestemænds retsstilling i forbindelse med virksomhedsoverdragelse".



NANNA BAADE
CAND.JUR (LL.M.)

Nanna Baade har afsluttet cand.jur.-uddannelsen i 2015 ved specialet "Tjenestemænds retsstilling i forbindelse med virksomhedsoverdragelse".



OLE HASSELBALCH
PROFESSOR, JUR.DR.

Ole Hasselbalch er professor ved Juridisk Institut, Aarhus School of Business and Social Sciences (Aarhus Universitet). Han har skrevet en lang række bøger og artikler om jura (især arbejdsret og foreningsret) og samfundsforhold. Blev fra midten af 1980'erne kendt for sin kritik mod den førte indvandringspolitik. Deltog under Den Kolde Krig i arbejdet på at afdække og modvirke den påvirkningsoffensiv, Warszawa-pagten førte med henblik på at få Danmark løsrevet fra NATO.

Ole Hasselbalch skabte med sin licentiatafhandling "Ansættelsesret" fra 1975 denne juridiske disciplin og har med disputatsen "Arbejdsretlige Funktioner" (1979) og bogen "Den Danske Arbejdsret" bundet arbejdsrettens forskellige grene sammen i denne juridiske disciplins moderne form.

HRJURA

MAGASINET

ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET

5 ÅR
JUBILÆUMS NUMMER

9. NUMMER / FORÅR 2016

