

HRJURA MAGASINET

ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET

12. NUMMER / EFTERÅR 2017

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



HRJURA MAGASINET

ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET



INDHOLD

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

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

CITERING

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

REDAKTION



ANTON KRAEV
ANSVARSHAVENDE REDAKTØR
ADVOKATFULDMÆGTIG, CAND.MERC.JUR

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

HR JURA MAGASINET
12. NUMMER / EFTERÅR 2017

ISSN
2245-3989

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

CVR.NR. 34379866

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





SE SKOVEN.

Komplekse problemstillinger kræver præcise svar. Men selv om djævlens ofte ligger i detaljen, behøver svaret ikke være djævlens detaljeret. Hos Horten ser vi altid tingene i en større sammenhæng. For kun ved at se det store billede kan vi levere præcis rådgivning, der er til at forstå. Og som flytter dig videre og fremad.

Find din advokat på www.horten.dk

HORTEN

FREMTIDENS HR-AFDELING

– KRYDSFELTET MELLEML PERSONDATA, HR OG IT

NYT
KURSUS



20.
NOV.

7
LEKT.

KR.
4.995,-
ekskl. moms

Afholdes kl. 09.30 – 16.00 på
Axelborg, Vesterbrogade 4A, 1620 København V

Hvordan kan du optimere HR-arbejdsgange og samtidig overholde den kommende persondataforordning?

Når EU's nye persondataforordning træder i kraft d. 25. maj 2018, kommer der strengere regler til håndteringen af persondata, hvilket også i høj grad kommer til at påvirke arbejdsgangene i HR-afdelingen.

På kurset lærer du at koble en effektiv personaleadministration sammen med persondataforordningens krav og optimere processerne i HR-afdelingen. Du får det nødvendige overblik over persondataforordningens krav til HR-afdelingens behandling af persondata, ligesom du får kendskab til typiske faldgruber og løsninger til HR-afdelingens elektroniske håndtering af persondata.

Du får bl.a. gennemgået følgende emner:

- › Persondataforordningen – hvilke krav til databehandling skal HR-afdelingen overholde?
- › Samspillet mellem den praktiske håndtering af persondataforordningen og en generel effektivisering af HR-afdelingens arbejdsgange
- › Apps til HR-afdelingen
- › Intelligent dokumenthåndtering (Contract Express)

Undervisere

Mette Klingsten

Advokat (H) og indehaver, Mette Klingsten Advokatfirma

Camilla Kampmann

Tidligere direktør, Oracle

Mads Bernstorn

Advokatfuldmægtig, Mette Klingsten Advokatfirma

ANDRE KURSER FRA JUC

Internationale ansættelser

5. oktober 2017

Økonomiske konsekvenser af tvister i ansættelsesforhold

30. oktober 2017

Arbejdsgivers overvågning af og kontrol af ansatte

29. november 2017

Tidsbegrænsede ansættelser, vikarer, løst tilknyttet arbejdskraft mv.

1. december 2017

LÆS MERE OG TILMELD DIG PÅ JUC.DK/HR

JUC

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

INDHOLDSFORTEGNELSE

- 7 UNDERBETALING AF UORGANISEREDE LØNMODTAGERE:
ER DET DANSKE BODSSYSTEM I STRID MED DEN NEGATIVE
FORENINGSFRIHED ELLER DEN PRIVATE EJENDOMSRET I DEN
EUROPÆISKE MENNESKERETTIGHEDSKONVENTION?**



SHALINA KACHCHI
FULDMÆGTIG



JACOB SAND
PARTNER, ADVOKAT (H)

- 21 SAGLIGHEDSVURDERINGEN VED VÆSENTLIGE VILKÅRSÆNDRINGER**



SØREN NARV PEDERSEN
PARTNER, ADVOKAT (H)



MIA BOESEN
ADVOKAT

- 33 ANSÆTTELSESKLAUSULER
- NY REGULERING - NYE HENSYN**



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

- 39 FORFATTERLISTE**

- 42 NY LITTERATUR**

HR JURA ØNSKER ANSÆTTELSES ADVOKATER TILLYKKE MED JUBILÆET



10 ÅR



ANSÆTTELSESADVOKATER

Ansættelsesadvokater blev stiftet i juni 2007 og er i dag den største forening af specialistadvokater.

Foreningen omfatter både praktiserende advokater fra selvstændige advokatvirksomheder og advokater, der er ansat i organisationer eller virksomheder.

Et af foreningens vigtigste formål er at etablere et forum for udveksling af faglig viden og erfaring inden for specialet, herunder via etablering af erfagrupper, samt at sikre kvalificerede efteruddannelsestilbud inden for specialet.



UNDERBETALING AF UORGANISEREDE LØNMODTAGERE: ER DET DANSKE BODSSYSTEM I STRID MED DEN NEGATIVE FORENINGSFRIHED ELLER DEN PRIVATE EJENDOMSRET I DEN EUROPÆISKE MENNESKERETTIGHEDSKONVENTION?¹



SHALINA KACHCHI
FULDMÆGTIG



JACOB SAND
PARTNER, ADVOKAT (H)

BODSSYSTEMET

Det danske arbejdsmarked er karakteriseret ved, at reguleringen af løn- og arbejdsvilkår i overvejende grad sker igennem aftalebaserede overenskomster, der er indgået mellem arbejdsmarkedets parter. En stor del af arbejdsstyrken i Danmark er organiseret i faglige organisationer. En mindre del af arbejdsstyrken er uorganiseret.² Inden for særlige grupper i samfundet er andelen af uorganiserede dog meget høj, eksempelvis blandt de udenlandske lønmodtagere.³ Det er særligt denne gruppe, der fokuseres på i artiklen, uanset at problemstillingen er relevant for alle kategorier af lønmodtagere.

Bodssystemet er et væsentligt sanktionssystem i den danske aftalemodel, som skal sikre overenskomsternes overholdelse, og beskytte overenskomstparternes rettigheder. Et eksempel på et overenskomstbrud er arbejdsgiverens overenskomstmæssige underbetaling af lønmodtagere. Det følger af arbejdsretslovens ("ARL") § 13, stk. 1, at en sag ved Arbejdsretten anlægges af og mod vedkommende arbejdsgiver- eller lønmodtagerorganisation. I underbetalingssager i det fagretlige system er det derfor lønmodtagerorganisationen, der fører sagen mod arbejdsgiveren. Den uorganiserede lønmodtager er afskåret fra selv at anlægge sag ved Arbejdsretten eller faglig voldgift. I teorien kan den uorganiserede lønmodtager sagsøge sin arbejds-

¹ Artiklen er en forkortet og bearbejdet udgave af Shalina Kachchis kandidatafhandling fra april 2017, som blev afleveret i forbindelse med afslutning af den juridiske kandidatuddannelse ved Juridiske Institut, Aarhus Universitet. Advokat Jacob Sand var vejleder på kandidatafhandlingen.

² I artiklen dækker begrebet "uorganiseret" de reelt uorganiserede lønmodtagere, der ikke er organiseret i nogen fagforening og de alternativt organiserede lønmodtagere, der er alternativt organiseret uden for hovedorganisationerne og dermed typisk i en organisation, der ikke er overenskomstbærende for den pågældende ansættelse.

³ *Det vrirler med uorganiserede østarbejdere*, 25. februar, 2008, Ugebrevet A4, Iver Houmark Andersen, og *LO: om 15 år er kun hver anden medlem af en fagforening*, 25. marts 2015, Ugebrevet A4, Gitte Redder og Marie Hein Plum.

giver ved de almindelige domstole jf. ARL § 11, stk. 2.^{4,5}

Det fremgår af ARL § 12, stk. 5, at Arbejdsretten ved bodsudmålingen skal tage hensyn til samtlige af sagens omstændigheder. Den økonomiske besparelse, som arbejdsgiveren har opnået ved den overenskomststridige adfærd, er et væsentligt moment i udmålingen af boden. Heri indgår tillige underbetalingen af de uorganiserede. Bodden består derfor ofte af den manglende løn (efterbetalingsbeløbet) og af et skønsmæssigt tillæg til den klagende organisation (differenceprincippet).⁶

Efter ARL § 12, stk. 1, tilfalder en bod klageren, dvs. den faglige organisation. Dette gælder uanset om der er ganske få eller ingen medlemmer af fagforeningen på arbejdspladsen. Fagforeningen viderebetaler dele af boden til deres medlemmer, svarende til underbetalingen for de pågældende, men beholder selv beløbet, der relaterer sig til den overenskomstmæssige underbetaling af de uorganiserede. Den uorganiserede lønmodtager har ifølge det arbejdsretlige system og fast dansk praksis ikke ret til viderebetaling fra fagforeningen.

DEN UORGANISEREDE LØNMODTAGERS STILLING I FORHOLD TIL DE KOLLEKTIVE OVERENSKOMSTER

Arbejdsgiverens pligt til at overholde overenskomstens løn- og arbejdsvilkår for det arbejde, som uorganiserede lønmodtagere udfører, gælder i forhold til den faglige organisation.⁷ Der er dog i retspraksis opstillet en formodning for, at alt arbejde hos overenskomstforpligtede arbejdsgivere i man-

gel af klart holdepunkt for det modsatte i teksten eller i praksis, udføres på overenskomstens løn- og arbejdsvilkår.⁸ I U.2005.3332.H⁹ fastslog Højesteret, at der gælder en generel formodning for, at overenskomsternes bestemmelser - i det omfang, de efter deres karakter er egnede hertil - indgår i de individuelle ansættelsesaftaler mellem virksomheden og de ansatte, som overenskomsterne omfatter, samt at overenskomstens vilkår tillige gælder for de uorganiserede lønmodtagere.

Jens Kristiansen konkluderer i forlængelse heraf, at det ansættelsesretlige udgangspunkt således er, at overenskomstens regler om løn- og arbejdsvilkår automatisk flyder ind i ansættelsesforholdet, såfremt andet ikke er aftalt.¹⁰ Der opstår alene en konflikt mellem overenskomsten og ansættelsesaftalen i de tilfælde, hvor de individuelle parter har aftalt en ordning, som *direkte fraviger* overenskomstens regler.¹¹ Udgangspunktet er herefter, at medmindre det udtrykkeligt eller stiltiende og ganske bevismæssigt håndfast kan fastslås, at der med den uorganiserede er aftalt en lavere løn end fastlagt i overenskomsten, så vil den uorganiserede kunne kræve overenskomstmæssig løn. Det må derfor antages, at der er et meget snævert rum for undtagelsen, hvor den uorganiserede lønmodtager ikke kan kræve overenskomstmæssig løn. På baggrund heraf må den uorganiserede lønmodtager kunne betragtes som underbetalt, når der sker en overenskomstmæssig underbetaling.

FAGRETLLIG PRAKSIS

Den fagretlige praksis belyser udfordringerne og

⁴ Jens Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2014, s. 577. Se f.eks. Vestre Landsrets dom af 22. maj 1985, U1985.800.

⁵ Hvis det er praktisk muligt, vil der være risiko for en dobbeltbetalings problematik, såfremt arbejdsgiveren skal betale to gange for det samme brud, Jens Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2014, s. 578.

⁶ Jens Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2014, s. 579.

⁷ Jens Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2014, s. 213 (ligeledes Per Jacobsen, *Kollektiv arbejdsret*, 5. udgave, 1994, s. 96, 157 ff.).

⁸ Jens Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2014, s. 214.

⁹ Højesterets dom af 5. september 2005, U.2005.3332.H.

¹⁰ Jens Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2014, s. 215.

¹¹ Ibid.

udgør samtidig rammen for behandlingen af artiklens problemstillinger.

Cipa-sagen¹² ("Cipa") er den hidtil største sag om underbetaling af arbejdere på det danske arbejdsmarked. Sagen omhandler overenskomstmæssig underbetaling af ca. 450 udenlandske metroarbejdere, hvoraf blot 38 var medlemmer af 3F, mens de resterende var uorganiserede. 3F fik tilkendt 22 millioner kr. i bod. 3F's påstand under sagen var opgjort som et efterbetalingskrav for så vidt angik de 38 medlemmer, som herefter blev overført til at gælde for samtlige medarbejdere. Ud af de 22 millioner kr. knyttede ca. 5 millioner kr. sig til de 38 medlemmer, mens de resterende ca. 17 millioner kr. vedrørte underbetalingen af de uorganiserede lønmodtagere. 3F kunne herefter viderebetale pengene til de underbetalte arbejdere. Ifølge 3F var det dog et krav, at arbejderne *skulle være medlem* af 3F eller *melde sig ind* i 3F, førend de kunne få del i de mange millioner. Det betød derfor, at de uorganiserede arbejdere, der ikke var medlem af 3F og som ikke efterfølgende meldte sig ind, ikke fik del i de mange millioner. 3F hævder, at have udbetalt 12 millioner kr. ud af de 22 millioner kr. til de underbetalte arbejdere – altså ca. 7 millioner kr. af den del af bodsbeløbet, ca. 17 millioner kr., der relaterede sig til de uorganiserede lønmodtagere. De resterende ca. 10 millioner kr. af de 17 millioner kr. – altså i underkanten af 60 % af den del af bodsbeløbet, der ikke vedrørte 3F's medlemmer, beholdte 3F selv.¹³

Solesi-sagen¹⁴ ("Solesi") omhandler ligeledes 3F's krav om betaling af bod som følge af påstået underbetaling af udenlandske arbejdere. 3F påstod Solesi tilpligtet at betale ca. 11 millioner kr. for overenskomstmæssig underbetaling i den faglige voldgiftsret. 3F's påstand under sagen var opgjort som et efterbetalingskrav for otte medlemmer, som herefter

blev overført til at gælde for samtlige medarbejdere. Den faglige voldgiftsret tillod dog ikke 3F at nedlægge påstand om bod for underbetaling af de uorganiserede lønmodtagere under sagen. 3F var derfor nødsaget til at videreføre sagen for Arbejdsretten. LO har på vegne af 3F efterfølgende gjort et højere krav gældende ved Arbejdsretten, idet pension, ferie og manglende løn i øvrigt, er indeholdt i det nye krav. Kravet udgør nu ca. 14,4 millioner kr., der vedrører underbetalingen af de ca. 210 uorganiserede lønmodtagere. Hvis 3F vinder den verserende sag mod Solesi i Arbejdsretten bliver det endnu en Cipa-sag, hvorefter et millionbeløb, der udelukkende stammer fra underbetaling af uorganiserede, tilfalder fagforeningen.

Daniterm-sagen¹⁵ omhandler ligeledes overenskomstmæssig underbetaling. Opmanden anførte i kendelsen, at 3F ifølge sædvanlig fagretlig praksis mellem overenskomstparterne, når det drejer sig om udenlandske medarbejdere – jf. overenskomstens § 65 om udenlandske medarbejders løn- og arbejdsforhold – kan indtale dels et efterbetalingskrav for de medarbejdere, der måtte være medlemmer af forbundet, dels et krav for så vidt et bodskrav for de medarbejdere, der ikke er medlemmer af forbundet, opgjort som svarende til, hvad virksomheden har betalt disse medarbejdere mindre, end hvad overenskomstens mindstebetaling ville føre til.

Fælles for alle ovennævnte sager er, at de omhandler et stort antal udenlandske uorganiserede lønmodtagere, hvor lønmodtagersiden, her særligt 3F, på basis af påstået underbetaling af disse arbejdere opnår eller søger at opnå betydelige tocifrede millionbeløb til at understøtte forbundet, i en situation hvor de pågældende lønmodtagere netop har valgt ikke at være organiseret i fagforeningen. Cipa-sagen og problemstillingerne i almindelighed er interes-

¹² Kendelse i faglig voldgiftssag FV2014.0171, afsagt den 10. marts 2015.

¹³ *Metrofirma snød ansatte – 10 mio. kr. endte i 3F's egen kasse*, 21. september 2016, Finans, Jette Aagaard og Martin Flink.

¹⁴ Kendelse i faglig voldgiftssag FV2014.0090, afsagt den 31. oktober 2014. Sagen er fulgt op af en sag i Arbejdsretten, AR2015.0254, der er berammet til mundtlig forhandling i november 2017.

¹⁵ Tilkendegivelse i faglig voldgiftssag FV2014.0156, afsagt den 13. januar 2015.

sante, fordi de illustrerer nogle væsentlige udfordringer, som den danske arbejdsmarkedsmodel står over for, i forhold til, på den ene side at skulle bekæmpe underbetaling, skabe et stabilt arbejdsmarked og sikre fagforeningernes mulighed for at varetage medlemmernes interesser, og på den anden side, at skulle sikre de individuelle individers ret til negativ foreningsfrihed og beskyttelse af ejendom.

Den danske praksis åbner op for nogle meget interessante spørgsmål. Er der tale om tvang til at blive medlem af en bestemt forening, når fagforeninger betinger udbetaling af bod/efterbetaling, der vedrører manglende løn, med indmeldelse i den pågældende fagforening? Hvad taler for og imod, at det strider mod den negative foreningsfrihed og retten til ejendom i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, at fagforeninger indkasser bod, der baserer sig på overenskomstmæssig underbetaling af lønmodtagere, uden at udbetale dele af bodsbeløbet til de uorganiserede?

RETSPRAKSIS

Hverken Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ("EMD") eller de danske domstole har taget direkte stilling til artiklens problemstilling, men der er flere domme, som har betydning for dens vurdering. I det følgende gennemgås retspraksis, der behandler emner af interesse for artiklens problemstilling, set i sammenhæng med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11 ("artikel 11") og artikel 1 i tillægsprotokol nr. 1 til Den Europæiske Menneskerettighedskonventions ("artikel 1").

Artikel 11 beskytter foreningsfriheden. EMD har igennem tiden udvidet rækkevidden af både rettigheder og forpligtelser i forhold til artikel 11, således at både den positive og den negative fag-

foreningsfrihed i dag er omfattet af konventionens beskyttelse. Den enkelte lønmodtager og arbejdsgiver har således i udgangspunktet, som led i den negative foreningsfrihed, ret til at stå uden for en forening, hvilket har stor praktisk betydning for det arbejdsretlige system.

Artikel 1 fastslår, at enhver fysisk eller juridisk person er berettiget til uforstyrret nydelse af sin ejendom, og at ingen må berøves sin ejendom undtagen i samfundets interesse og i overensstemmelse med de ved lov og folkerettens almindelige principper fastsatte betingelser. Den negative foreningsfrihed kan efter omstændighederne være tæt knyttet til artikel 1, hvis en uorganiseret lønmodtager f.eks. har pligt til at betale et bidrag til en fagforening i tilfælde, hvor lønmodtageren ikke har tilstrækkelig sikkerhed for, at bidraget ikke går til finansiering af fagforeningens generelle aktiviteter. På trods af at artikel 1, i praksis helt overvejende finder anvendelse på statslige indgreb i den private ejendomsret, kan staten tillige have visse positive forpligtelser efter bestemmelsen, herunder til at beskytte mod privates overgreb på andres ejendom.¹⁶

I *Young, James and Webster vs. The United Kingdom*¹⁷ anførte EMD, at der reelt var tale om tvang, at en klager alene havde valget mellem enten at melde sig ind i en fagforening mod sin vilje eller at blive afskediget. Det udgjorde efter EMD's opfattelse et uforholdsmæssigt indgreb i klagers ret til foreningsfrihed og var dermed et brud på artikel 11. I *Sigurour A. Sigurjónsson v. Iceland*¹⁸ anførte EMD, at der var tale om en tvang, der var sjældent forekommende i Europarådets medlemslande, at en taxavognmand fik inddraget sin tilladelse til at køre taxa, fordi han udmeldte sig af den forening, som han ifølge loven skulle være medlem af, for at få og bevare sin tilladelse til at køre taxa. EMD fastslog, at

¹⁶ Peer Lorenzen, Steen Schaumburg-Müller, Jonas Christoffersen, Peter Vedel Kessing, Jens Vedsted Hansen og Nina Holst Christensen, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* Bind II - Art. 10-59, samt tillægsprotokollerne, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2011, s. 1230.

¹⁷ *Young, James and Webster vs. The United Kingdom*, dom af 13.08.81.

¹⁸ *Sigurour A. Sigurjónsson v. Iceland*, dom af 30.06.93.

klagen berørte selve kernen i den rettighed, som er fastsat i artikel 11 og at der derfor forelå en krænkelse.

I *Gustafsson v. Sweden*¹⁹ fastslog EMD, at staten har en vis forpligtelse til at beskytte private mod organisationstvang fra andre private. I dommen fremhævede EMD, at der ofte vil være tale om en afvejning af grundlæggende interesser.²⁰ Den negative foreningsfrihed (interessen i at stå uden for en forening) må i det konkrete tilfælde afvejes over for den positive foreningsfrihed (fagforeningens interesse i, at kunne varetage sine medlemmers interesse ved at indgå overenskomst). Dommen lagde endvidere vægt på, at spørgsmål af denne karakter har en følsom politisk karakter, og at der er betydelige variationer i medlemsstaternes arbejdsretlige traditioner på dette område. Den svenske stat havde derfor en vid skønsmargin og denne var ikke tilsidesat.²¹

I *Wilson, National Union of Journalists and others v. The United Kingdom*²² blev en række lønmodtagere tilbudt nye ansættelseskontrakter, hvori de fraskrev sig deres fagforeningers repræsentationsret mod en højere løn. Klagerne nægtede at underskrive de nye kontrakter. Arbejdsgiveren gav de ansatte, der underskrev de nye kontrakter en ekstra lønforhøjelse.²³ EMD fandt, at det udgjorde et indgreb i artikel 11, at tillade arbejdsgiveres brug af økonomiske incitamenter, der gjorde det muligt for arbejdsgiveren på effektiv vis at undergrave en fagforenings mulighed for at kæmpe for sine medlemmers rettigheder.

I *Sørensen og Rasmussen v. Danmark*²⁴ havde klagerne på grund af eksklusivaftaler pligt til at være medlem af en bestemt fagforening. Klagerne mod-

satte sig medlemskab af fagforeningen, blandt andet fordi de ikke var enige i fagforeningens politiske holdninger.²⁵ EMD vurderede, at klagerne var blevet tvunget til at være medlem af fagforeningen imod deres vilje, og at tvangen til at være medlem af fagforeningen berørte selve kernen i retten til foreningsfrihed i artikel 11.²⁶ EMD foretog en afvejning af de modstridende interesser og fandt blandt andet at anvendelsen af eksklusivaftaler ikke var et uundværligt middel til at sikre en effektiv nydelse af foreningsfriheden. På baggrund af sagens omstændigheder, samt en afvejning af interesserne, blev der statueret krænkelse af artikel 11.²⁷

I *Ewaldsson and others v. Sweden*²⁸ pålagde overenskomsten arbejdsgiveren, at trække 300 SEK direkte i de uorganiserede lønmodtageres løn og videregive beløbet til fagforeningen, til dækning af den lønkontrol, som fagforeningen generelt udførte. EMD forholdte sig ikke til artikel 11, på trods af at sagen altovervejende var blevet procederet herpå. EMD fandt derimod, at løntrækket udgjorde et indgreb i ejendomsretten, da det ikke var dokumenteret, at gebyret stod i rimeligt forhold til de faktiske udgifter, som fagforeningen havde med hensyn til lønkontrollen. Ved at anvende ejendomsretten frem for den negative foreningsfrihed, synes EMD at have valgt en (lidt) mere forsigtig linje i forhold til de faglige organisationer. Sammenfattende fandt EMD, at fagforeningens kontrolforanstaltninger manglede den fornødne gennemsigthed, da der ikke var reel mulighed for de ansatte til at efterprøve, hvordan beløbene blev brugt. Der forelå derfor en krænkelse af artikel 1.²⁹ EMD udtalte samtidig, at gebyrerne ikke bør anven-

¹⁹ *Case of Gustafsson vs. Sweden*, dom af 25.04.96.

²⁰ pr. 45.

²¹ Jens Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2014, s. 119.

²² *Case of Wilson, National Union of Journalists and others v. The United Kingdom*, dom af 02.07.02.

²³ pr. 10.

²⁴ *Case of Sørensen and Rasmussen v. Denmark*, dom af 11.01.06.

²⁵ pr. 63.

²⁶ pr. 64.

²⁷ pr. 75, 76 og 77.

²⁸ *Case of Ewaldsson and others v. Sweden*, dom af 13.02.07.

²⁹ pr. 64.

des som bidrag til fagforeningens generelle aktiviteter. Gebyrerne skal således stå i forhold til de faktiske udgifter, der er forbundet med det formål, der forfølges.

I *Arbejdsrettens dom af 4/4 -2007*³⁰, der blev afsagt kort efter Ewaldsson, fandt Arbejdsretten, at en fagforening kan opkræve en uorganiseret arbejdsgiver en afgift pr. måned pr. uorganiseret medarbejder, som arbejder indenfor området, til medfinansiering af fagforeningens arbejde med overenskomsten. Såfremt en sådan aftale indgås, skal der dog være tale om et beløb, som ikke er urimeligt henset til de fordele, som arbejdsgiveren opnår. Gebyret skal derfor modsvare de reelle fordele som også uorganiserede arbejdsgivere nyder af en vedligeholdet overenskomst og et stabilt arbejdsmarked. Hvis beløbet derimod er urimeligt, tager bestemmelsen reelt sigte på at kompensere fagforeningen delvist for dets tab af medlemskontingent, når virksomheden beskæftiger uorganiseret arbejdskraft og har derfor karakter af en omgåelse af forbuddet mod eksklusivaftaler i foreningsfrihedslovens § 4 c og dermed også artikel 11.

Retten i Glostrups dom af 28. november 2014³¹ omhandlede den samme problemstilling som i Ewaldsson. Overenskomsten pålagde arbejdsgiveren, at trække 185 kr. direkte i de uorganiserede lønmodtageres løn og videregive beløbet til fagforeningen, til dækning af vedligeholdelse af overenskomsten. Retten henviste til Ewaldsson-dommen og kom frem til det samme resultat.

I *Vördur Ólafsson v. Iceland*³² fandt EMD, at det udgjorde et indgreb i artikel 11, at en tømmer ved lov var tvunget til at betale økonomiske bidrag til en privat forening, som denne var politisk uenig med

og som han ikke ønskede at være medlem af. EMD lagde vægt på, at på trods af, at forpligtelsen til at betale det økonomiske bidrag ikke involverede et formelt medlemsskab, havde det en vigtig lighed med tvungen medlemskab i en forening, herunder navnlig pligten til at yde økonomisk bidrag.³³ Ligheden blev forstærket af det forhold, at medlemmerne var berettiget til en reduktion af deres medlemskontingent med et beløb svarende til det økonomiske bidrag.³⁴

EMD anførte, at den personlige autonomi er et vigtigt princip i fortolkningen af konventionens garantier. EMD anførte, at: "This notion (of personal autonomy) must therefore be seen as an essential corollary of the individual's freedom of choice implicit in Article 11 and confirmation of the importance of the negative aspect of that provision."³⁵ EMD udtalte, at graden af den forpligtelse som klageren var underlagt, kan betragtes som langt mindre alvorlig, end mange andre sager bedømt af EMD, hvor klagerens afvisning af at tilslutte sig en fagforening for eksempel resulterede i fyring eller fratagelse af eksistensgrundlag.³⁶ EMD bemærkede, at også langt mindre alvorlige konsekvenser, tilsvarende har vist sig at være i stand til at berøre kernen i retten til valgfrihed og personlig autonomi, der ligger i retten til foreningsfrihed beskyttet af artikel 11, f.eks. i Sørensen og Rasmussen.³⁷

Det er karakteristisk, at EMD og også EU-Domstolen, i langt videre omfang end det traditionelt kendes fra den danske arbejdsmodel, netop som dokumenteret, tager udgangspunkt i beskyttelsen af individets rettigheder, hvor der i dansk fagretlig praksis historisk set har været mest fokus på kollektivets rettigheder. Som dokumenteret ovenfor, så dokumenterer retspraksis fra både Arbejdsretten og

³⁰ Arbejdsrettens dom AT 2007/82 (2006.445), afsagt den 4. april 2007.

³¹ Retten i Glostrups dom BS 10C-2177/2014, afsagt den 28. november 2014.

³² Case of Vördur Ólafsson v. Iceland, dom af 27.04.10.

³³ pr. 48.

³⁴ Ibid.

³⁵ Case of Vördur Ólafsson v. Iceland, dom af 27.04.10, pr. 46.

³⁶ Case of Vördur Ólafsson v. Iceland, dom af 27.04.10, pr. 48 og 50.

³⁷ Case of Vördur Ólafsson v. Iceland, dom af 27.04.10, pr. 50.

danske domstole, at EMD's praksis ikke alene er kendt stof, men også at denne praksis søges efterlevet.

Det følger af Højesterets afgørelse i U 2015.3210 H,³⁸ at det ikke i sig selv vil være uforeneligt med hverken foreningsfrihedsloven eller EMD's praksis, at en kollektiv overenskomst helt eller delvist er indskrænket til at gælde i forhold til fagforeningens egne medlemmer. Højesteret fandt, at forskelsbehandlingen alene indebar, at de to alternativt organiserede lønmodtagere under sygdom ikke havde ret til den supplerende ydelse, udover sygelønnen, som medlemmerne ifølge overenskomsten havde ret til.³⁹ Højesteret anførte dermed at konventionen ikke var krænkelse. Højesteret bemærkede dog følgende: *"Spørgsmål om forenelighed med artikel 11 vil dog kunne rejses, hvis den forskelsbehandling, der er en følge af det manglende medlemskab af en fagforening, har den virkning, at den reelt tvinger arbejdstageren til at melde sig ind i fagforeningen, herunder navnlig hvis forskelsbehandlingen har en sådan karakter, at den indebærer en trussel mod arbejdstagerens eksistensgrundlag eller har en lignende indgribende karakter."*⁴⁰

I *Geotech Kancev GmbH v. Germany*⁴¹ var alle arbejdsgivere i byggebranchen ifølge en kollektiv aftale forpligtet til at yde et økonomisk bidrag til en social velfærd fond.⁴² EMD anførte, at forpligtelsen til at bidrage økonomisk til en fond, kan have vigtige ligheder med fagforeningstvang og kan udgøre et indgreb i den negative foreningsfrihed.⁴³ EMD fandt dog, at der i det konkrete tilfælde ikke var sket en krænkelse af artikel 11, blandt andet fordi det økonomiske bidrag var til gavn for *alle* medarbe-

jdere i byggebranchen,⁴⁴ at det ikke kunne anses for at være et medlemsbidrag til arbejdsgiverforeningerne,⁴⁵ og at *medlemmer ikke fik en gunstigere behandling end ikke-medlemmer*.

I relation til artikel 1 fandt EMD, at indgrebet var proportionalt i forhold til det forfulgte formål, idet der var en fair balance mellem interessen i at sikre social beskyttelse af alle medarbejdere, der arbejdede i byggebranchen på den ene side og det klagende selskabs ret til beskyttelse af sin ejendom på den anden side.⁴⁶ Der forelå derfor ikke en krænkelse af artikel 1.⁴⁷

DISKUSSION

I de følgende afsnit vil der blive gennemgået, hvad der taler for og imod, en krænkelse af den negative foreningsfrihed i artikel 11 og krænkelse af ejendomsretten i artikel 1, i sager, hvor fagforeninger indkasserer bod, der baserer sig på underbetaling af uorganiserede lønmodtagere, uden at udbetale den altovervejende del af boden/efterbetalingen til de uorganiserede. Der er flere forhold, der kan tale både for og imod.

DEN EUROPÆISKE MENNESKERETTIGHEDSKONVENTIONS ARTIKEL 11, STK. 1 FORHOLD, DER KAN TALE IMOD INDGREB I ARTIKEL 11

Bod er en sanktion for brud på overenskomsten

Den faglige organisation kan påtale ethvert brud på overenskomsten, uafhængigt af, om det vedrører dens egne medlemmer eller uorganiserede lønmodtagere. Bod tilfalder den faglige organisation.

³⁸ Højesterets dom af 4. juni 2015, U.2015.3210.H.

³⁹ Samme overenskomst og problemstilling var genstand for prøvelse i Faglig voldgiftssag FV.2012.0033.

⁴⁰ Højesteretsdom af 4. juni 2015, U.2015.3210.H.

⁴¹ *Case of Geotech Kancev GmbH v. Germany*, dom af 02.06.16.

⁴² pr. 8.

⁴³ pr. 53.

⁴⁴ pr. 54.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ pr. 73.

⁴⁷ pr. 74.

Arbejdsgiverens samlede besparelse og den uorganiserede lønmodtagers manglende ejendomsret

Bod indeholder ikke en specificering af hvilke beløb, der vedrører de enkelte uorganiserede medarbejdere, idet bod ofte anses for at være arbejdsgiverens samlede økonomiske besparelse ved underbetalingen. Bod kan derfor ikke ifølge dansk praksis, identificeres direkte som den manglende løn, hvorfor den uorganiserede lønmodtager ikke opnår ejendomsret til boden. Ifølge dansk praksis, videregiver arbejdsgiveren derfor ikke direkte den uorganiserede lønmodtagers manglende løn, i form af bod, til fagforeningen.

Prøvelse ved de almindelige domstole

Prøvelsen ved EMD kræver, at alle nationale retsmidler er udtømt. Hvis der er en reel mulighed for, at den uorganiserede lønmodtager kan sagsøge arbejdsgiveren ved de almindelige domstole, og dermed få den manglende løn, vil det formentlig afskære den uorganiserede lønmodtager fra at anlægge sag ved EMD. Prøvelse ved de danske domstole kan imidlertid ske, ikke alene ved at de uorganiserede lønmodtagere påstår krænkelse af artikel 11. Den pågældende arbejdsgiver, der mødes med krav om betaling af bod som følge af påstået underbetaling af uorganiserede, vil ligeledes være berettiget til at få spørgsmålet prøvet. Det bemærkes, at EMRK netop er inkorporeret i dansk ret via lov.

Krænkelser af artikel 11 indebærer ofte risiko for trussel mod eksistensgrundlag eller eksklusivaftaler

I British Rail-dommen⁴⁸ og Sigurjónsson-dommen⁴⁹ var der risiko for trussel mod klagerens eksistensgrundlag, og i Sørensen og Rasmussen-dommen⁵⁰ var der tale om eksklusivaftaler, hvorfor artikel 11 var krænket. I de danske underbetalingssager, er der ikke eksklusivaftaler eller risiko for trussel mod eksistensgrundlag.

FORHOLD, DER KAN TALE FOR INDGREB I ARTIKEL 11

Risiko for at den uorganiserede lønmodtagers ret til negativ foreningsfrihed bliver illusorisk

En uorganiseret lønmodtager, kan være tvunget til at acceptere, at en fagforening, som vedkommende netop har valgt at stå uden for, for eksempel på grund af politisk uenighed, tjener en masse penge på bekostning af underbetalingen af ham. Når den uorganiserede har valgt, ikke at ville støtte fagforeningen økonomisk, er det bemærkelsesværdigt, at fagforeningen på trods heraf, kan tjene flere penge på at indkassere bod, der vedrører ham, end hvis han havde valgt at melde sig ind i fagforeningen. Bodden er ofte meget større end et medlemskontingent. Spørgsmålet er herefter om retten til at stå udenfor, bliver illusorisk, når den uorganiserede lønmodtager ikke har nogen valgfrihed og indflydelse på, hvem der bliver begunstiget på bekostning af underbetalingen af ham, og når den økonomiske begunstigelse af fagforeningen er uden nogen sammenhæng med udgifterne forbundet med at imødegå den pågældende underbetaling, jf. herved Arbejdsrettens dom af 4/4 -2007, men snarere fremstår som en (over-)kompensation til fagforeningen for at sikre overenskomstens efterlevelse/vedligeholdelse af overenskomsten.

I Olafsson-dommen⁵¹ anførte EMD, at langt mindre alvorlige konsekvenser af klagers afvisning af at tilslutte sig en fagforening, har vist sig at være i stand til at berøre kernen i retten til valgfrihed og personlig autonomi, der ligger i retten til foreningsfrihed beskyttet af artikel 11.⁵² Spørgsmålet er herefter, om EMD vil anse det for at berøre kernen i retten til valgfrihed og personlig autonomi beskyttet af artikel 11, at den uorganiserede lønmodtager bliver tvunget til at acceptere en indirekte økonom-

⁴⁸ Young, James and Webster vs. The United Kingdom, dom af 13.08.81.

⁴⁹ Sigurour A. Sigurjónsson v. Iceland, dom af 30.06.93.

⁵⁰ Case of Sørensen and Rasmussen v. Denmark, dom af 11.01.06.

⁵¹ Case of Vördur Ólafsson v. Iceland, dom af 27.04.10.

⁵² Case of Vördur Ólafsson v. Iceland, dom af 27.04.10, pr. 50.

isk støtte til en fagforening, som vedkommende har valgt at stå uden for.

Den uorganiserede lønmodtager kan få del i bod, såfremt han melder sig ind i fagforeningen

I Cipa-sagen, var overenskomsten ikke indskrænket til kun at gælde forbundets egne medlemmer ligesom i U 2015.3210 H. Alle lønmodtagerne i Cipa havde derfor formentlig en berettiget forventning om overenskomstmæssig løn. Den uorganiserede lønmodtager opnåede på trods heraf, kun ret til den manglende løn, hvis han meldte sig ind i fagforeningen. Praksissen i underbetalingsagerne ændrer derved karakteren af den manglende løn, således at det fremstår som et medlemsgode.

Økonomisk forskelsbehandling

I Wilson-dommen⁵³ fandt EMD, at det udgjorde et indgreb i artikel 11, at tillade arbejdsgiveres brug af økonomiske incitamenter, der gjorde det muligt for arbejdsgiveren på effektiv vis, at undergrave en fagforenings mulighed for at kæmpe for sine medlemmers rettigheder. På trods af, at sagen omhandler den positive foreningsfrihed, har sagen relevans, idet den illustrerer, at EMD i den konkrete sag anså en lønmæssig forskelsbehandling af organiserede og uorganiserede lønmodtagere som en krænkelse af artikel 11. EMD har ikke taget endelig stilling til, om den negative og den positive foreningsfrihed tillægges samme beskyttelse efter artikel 11. EMD har dog i Sørensen og Rasmussen-dommen udtalt, at den i princippet ikke vil udelukke, at de negative og de positive aspekter af artikel 11 nyder samme grad af beskyttelse, når der er tale om foreningsfrihed på arbejdsmarkedet.⁵⁴

Den uorganiserede lønmodtager kan objektivt være udsat for en økonomisk forskelsbehandling begrundet i manglende medlemskab af fagforeningen. To af de underbetalte rumænske arbejdere fra Cipa-sagen, modtog henholdsvis 84.400 kr. og 73.000 kr.

i efterbetaling efter skat. I Rumænien, hvor de bor, er mindstelønnen på ca. 1.500 kr. om måneden.⁵⁵ Et medlemskontingent til 3F koster ca. 447 kr. pr. måned.⁵⁶ Spørgsmålet er herefter, om det modsætningsvist bør være tilladt, at fagforeninger gør brug af økonomiske incitamenter, der har til formål at tvinge de uorganiserede lønmodtagere til at melde sig ind i fagforeningen, og på effektiv vis undergrave retten til negativ foreningsfrihed.

I Arbejdsrettens dom af 4/4 -2007 fandt retten, at afgiften skal fastsættes til et beløb, "som ikke er urimeligt henset til de fordele, som arbejdsgiveren opnår. Hvis beløbet er urimeligt, tager bestemmelsen reelt sigte på at kompensere fagforeningen delvis for dets tab af medlemskontingent og har derfor karakter af en omgåelse af forbuddet mod eksklusivaftaler i artikel 11." Hvis den manglende udbetaling af bod til uorganiserede lønmodtagere, anses som urimelig henset til de fordele, som de uorganiserede opnår, udgør praksissen de facto en eksklusivbestemmelse i strid med artikel 11, idet praksissen reelt tager sigte på at kompensere fagforeningen delvis for dets tab af medlemskontingent.

Gradvis udvikling i retning af større beskyttelse af den negative foreningsfrihed

Praksis fra EMD illustrerer, at der er sket en gradvis udvikling i retning af større beskyttelse af den negative foreningsfrihed. EMD fortolker artikel 11 dynamisk, da "the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of the present-day conditions", jf. blandt andet Sigurjónsson-dommen. Kernen i foreningsfriheden har undergået en dynamisk udvikling og har fået et større anvendelsesområde i dag end tidligere. Udviklingen illustreres blandt andet af Olafsson-dommen og Sørensen og Rasmussen-dommen. I begge sager er EMD kommet frem til, at væsentligt mindre alvorlige konsekvenser end firing og tab af eksistensgrund-

⁵³ Case of Wilson, National Union of Journalists and others v. The United Kingdom, dom af 02.07.02.

⁵⁴ Case of Sørensen and Rasmussen v. Denmark, dom af 11.01.06., pr. 56.

⁵⁵ Snyder på metroen: Nu kan Aurelian bygge huset færdigt, 14. juli 2015, Fagbladet 3F.

⁵⁶ Efter skat ca. 323 kr. pr. måned; <https://www.3f.dk/fagforening/kontingent/kontingent>.

lag, har vist sig at være i stand til at berøre kernen i retten til valgfrihed og personlig autonomi, der ligger i retten til foreningsfrihed beskyttet af artikel 11.⁵⁷

Udfordringerne for den hidtidige danske bodspraksis i forhold til uorganiserede lønmodtagere i forhold til den negative foreningsfrihed understreges af, at det på en række andre områder inden for dansk ansættelses- og arbejdsret har vist sig muligt, på den ene side effektivt og afskrækkende af sanktionere arbejdsgiveres eventuelle manglende betalinger og på den anden side at sikre, at det netop ikke sker ved en uforholdsmæssig begunstiggelse af lønmodtagerorganisationerne. Til eksempel kan der henvises til at arbejdsgivers opnåede besparelser via manglende betaling af feriegodtgørelse tilgår Arbejdsmarkedets Feriefond, der netop har et bredt velfærdsmæssigt formål for lønmodtagere snarere end et fagpolitisk formål. Med andre ord, den danske model indeholder eksempler på, hvordan det med respekt af et proportionalitetsprincip, se yderligere nedenfor, på uproblematisk vis i forhold til den negative foreningsfrihed er muligt at sikre det beskyttelsesværdige formål, nemlig at undgå at arbejdsgiver bliver beriget af at underbetale lønmodtagerne samtidig med, at lønmodtagerne ikke reelt set pålægges at yde et økonomisk bidrag til den organisation, som de netop har valgt at stå udenfor.

DEN EUROPÆISKE MENNESKERETTIGHEDSKONVENTIONS ARTIKEL 11, STK. 2

Såfremt ovennævnte vil give anledning til en dansk klagesag, hvor EMD statuerer krænkelse af artikel 11, skal indgrebet herefter kunne retfærdiggøres efter artikel 11, stk. 2. Tre betingelser kræves opfyldt. Indgrebet skal være foreskrevet ved lov, varetage et anerkendelsesværdigt formål og være nødvendigt i et demokratisk samfund, for at opnå det omhandlede formål. I det følgende gennemgås de tre betingelser.

Legalitetskravet – indgrebet skal være foreskrevet ved national lov

Ifølge arbejdsretsloven og fast dansk praksis tilfalder bod klageren, der ikke er forpligtet til at viderebetale pengene til de uorganiserede. Der er derfor ikke tvivl om, at det mulige indgreb er i overensstemmelse med dansk lovgivning og praksis, hvorfor legalitetskravet vil være opfyldt.

Legitimt hensyn – indgrebet skal varetage et anerkendelsesværdigt formål

Det relevante anerkendelsesværdige formål er "beskytte andres rettigheder og friheder". Bodsystemet må i almindelighed anses for at forfølge et legitimt og anerkendelsesværdigt formål, da bodssystemet skal sikre overenskomsternes overholdelse og dermed beskytte overenskomstparternes rettigheder.

Nødvendigt i et demokratisk samfund – for at opnå det omhandlede formål (proportionalitetskravet)

Kravet om at indgrebet skal være nødvendigt i et demokratisk samfund indebærer et krav om, at indgrebet skal modsvare et presserende socialt behov og i særdeleshed at indgrebet er proportionalt i forhold til det forfulgte anerkendelsesværdige formål.⁵⁸ Behovet for at gøre indgreb skal godtgøres på en overbevisende måde. Ved vurderingen af, om kravet om proportionalitet er opfyldt, er det af betydning, om de anvendte foranstaltninger er rimelige og egnede til at opnå det anerkendelsesværdige formål.

Bodssystemet er et væsentligt sanktionssystem i den danske aftalemodel, som skal sikre overenskomsternes overholdelse, samt beskytte overenskomstparternes rettigheder. Det er derfor nødvendigt at sanktionere overenskomstbrud. Bodssystemets behandling af underbetalingsager skaber dog et helt særligt problem, fordi der er to krænkede parter, henholdsvis fagforeningen og den uorganiserede lønmodtager. De afleder formelt deres krav af to forskellige retsgrundlag, men i realiteten er der tale

⁵⁷ Case of Vördur Ólafsson v. Iceland, dom af 27.04.10, pr. 50.

⁵⁸ Jon Fridrik Kjølbro: Den europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2010, s. 599.

om to sager, der vedrører det samme forhold, nemlig underbetalingen.

Baggrunden for praksissen i underbetalingssager og at fagforeninger bliver gunstigere stillet end normalt

En fagforening kan påtale ethvert brud på overenskomsten uafhængigt af, om det vedrører dens egne medlemmer eller uorganiserede lønmodtagere. Formålet med at fagforeningen kan gøre et krav gældende mod arbejdsgiveren, som følge af underbetaling af uorganiserede er, at det ikke må kunne betale sig økonomisk for arbejdsgiveren at begå overenskomstbrud.⁵⁹ Jens Kristiansen anfører, at: *"Den involverede organisation har et berettiget krav på dette værn om overenskomsten i forhold til både medlemmer og udenforstående, men ikke et berettiget krav på, at den selv skal oppebære løndifferencen".*⁶⁰ Jens Kristiansen anfører endvidere, at det afgørende må være, at arbejdsgiveren ikke bliver gunstigere stillet end normalt.⁶¹

Spørgsmålet er herefter om det modsætningsvist også bør gælde, at *fagforeningen* ikke må blive gunstigere stillet end normalt, på bekostning af de underbetalte uorganiserede lønmodtagere. I underbetalingssager, hvor alle lønmodtagere er medlemmer af fagforeningen, udbetaler fagforeningen hele efterbetalingskravet til medlemmerne og kan udelukkende selv beholde en eventuel ekstra bod. Det er således kun i underbetalingssager, hvor der tillige er uorganiserede lønmodtagere, at fagforeningen kan beholde de store dele af bodsbeløbet, som for eksempel i Cipa-sagen. Jo flere uorganiserede lønmodtagere, der er blevet underbetalt, jo flere penge kan fagforeningen selv beholde. Der er derfor risiko for, at fagforeningen bliver gunstigere stillet end normalt, på bekostning af de underbetalte uorganiserede lønmodtagere.

I underbetalingssager er det arbejdsgiveren, der opnår en økonomisk fordel på bekostning af lønmodtagerne. Hvis en sag ender i det fagretlige system og fagforeningen tilkendes bod, er det i stedet fagforeningen, der risikerer at opnå en økonomisk fordel, på bekostning af de uorganiserede lønmodtagere. Den økonomiske fordel er således enten hos arbejdsgiveren eller fagforeningen, selvom det er de uorganiserede lønmodtagere, der har lidt et tab. Dette på trods af, at Jens Kristiansen anfører, at fagforeningen ikke har et berettiget krav på, at den selv skal oppebære løndifferencen.⁶²

Arbejdsgiveren kan vælge at udbetale pengene direkte til de uorganiserede

En arbejdsgiver, der har underbetalt sine medarbejdere, opnår ikke en økonomisk fordel, hvis fagforeningen tilkendes en bod (uden inkludering af det skyldige beløb), og lønmodtagerne tilkendes efterbetalingsbeløbet.⁶³ Der er også den mulighed, at arbejdsgiveren under sagen frivilligt efterbetaler de skyldige beløb til de involverede medarbejdere (forudsat kravene ikke er bestridt), således at det eneste udestående herefter er spørgsmålet om bodsudmålingen.⁶⁴ Arbejdsgiveren kan således vælge at udbetale pengene direkte til de uorganiserede lønmodtagere, hvilket resulterer i, at formålet med boden realiseres, og hverken arbejdsgiver eller fagforening opnår en økonomisk fordel, på bekostning af de uorganiserede lønmodtagere. Det er derfor ikke et uundværligt middel til at sikre en effektiv nydelse af fagforeningsfriheden, at fagforeningen beholder bod, der vedrører underbetalingen af de uorganiserede.

Staternes skønsmargin

Der består en vis usikkerhed i hvilken skønsmargin, der tilkommer medlemsstaterne ved indgreb i den negative foreningsfrihed. Ved Sørensen og Ras-

⁵⁹ Jens Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2014, s. 579.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² Jens Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2014, s. 579.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

mussen-dommen var staten alene tilskrevet en begrænset skønsmargin, fordi staten tillod brugen af eksklusivaftaler. I Gustafsson-dommen var staten tilskrevet en videre skønsmargin, grundet områdets følsomme politiske karakter og betydelige variationer i medlemsstaternes arbejdsretlige traditioner på området. I lyset af, at bodsystemet er et væsentligt sanktionssystem i den danske aftalemodel, kan det tyde på, at der vil tilkomme staten en vis skønsmargin grundet spørgsmålets følsomme politiske karakter. Som påpeget ovenfor, så har EMD imidlertid i sin praksis demonstreret, hvordan netop området for beskyttelsen af den negative foreningsfrihed til stadighed via EMD's praksis udvides med deraf følgende indsnævring af den nationale skønsmargin.

Proportionalitetsvurderingen

Ved den endelige proportionalitetsvurdering vil EMD foretage en samlet vurdering af alle omstændighederne, sammenholdt med statens skønsmargin. Der foretages en afvejning af de grundlæggende interesser, hvorefter de uorganiserede lønmodtageres ret til negativ foreningsfrihed skal afvejes over for fagforeningens værn mod overenskomstbrud og interesse i at kunne varetage medlemmernes interesser. Særligt i forhold til proportionalitetsprincippet forekommer det vanskeligt at forsvare den danske bodsmodel, der som påpeget med særligt Cipa-sagen og det efterfølgende forløb har dokumenteret, hvordan fagforeningen har opnået en markant økonomisk begunstiggelse i form af fastholdelse af betaling af ca. 10 millioner kr., der er indgået direkte i forbundets kasse og uden nogen sammenhæng med forbundets udgifter til at følge den pågældende underbetalingssag.

ARTIKEL 1 I TILLÆGSPROTOKOL NR. 1 TIL DEN EUROPÆISKE MENNESKERETTIGHEDSKONVENTION

Begrebet *ejendom* bliver i praksis tillagt et ganske vidt indhold efter artikel 1, og det fortolkes ikke snævert som et formelt eller teknisk udtryk. Begrebet *ejendom* har endvidere autonom betydning i konventionssammenhæng. Beskyttelsen efter artikel 1, beror derfor ikke på, om det aktuelle gode udgør en ejendomsrettighed i henhold til den pågældende stats nationale retssystem. Ejendomsbegrebet i artikel 1, må antages at være bredere end den ejendomsret, der i dansk ret nyder beskyttelse efter Grundlovens § 73.⁶⁵ Der kan derfor bestå en rettighed omfattet af artikel 1, uden at denne i national ret er klassificeret som ejendomsret. Der foretages ofte en helt konkret vurdering af, om der i de enkelte sager, består et beskyttet aktiv.

EMD har dog i praksis opstillet nogle generelle kriterier for, hvad der kan betragtes som *ejendom* i artikel 1's forstand. Der sondres mellem *allerede bestående ejendom og aktiver eller fordringer, som en person har en berettiget forventning om at realisere*.⁶⁶ Det afgørende er, om fordringen er fastslået på en sådan måde, at den kan gøres til genstand for fuldbyrdelse. Løn- og honorarkrav er omfattet af ejendomsbegrebet, når de enten er optjent eller der på andet grundlag er opstået et retsligt krav på lønnen.⁶⁷

Ifølge det danske kollektive overenskomsts system og dansk praksis er det fagforeningen, der har ejendomsretten til hele boden,⁶⁸ inklusiv de dele, der vedrører underbetaling af de uorganiserede lønmodtagere. På baggrund af ovenstående, er spørgsmålet om EMD vil anse ejendomsretten som retmæssigt tilhørende fagforeningen, eller om de vil

⁶⁵ Peer Lorenzen, Steen Schaumburg-Müller, Jonas Christoffersen, Peter Vedel Kessing, Jens Vedsted Hansen og Nina Holst Christensen, *Den Europæiske Menneskeretskonvention Bind II - Art. 10-59 samt Tillægsprotokollerne*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2011, s. 1249.

⁶⁶ Ibid.: s. 1249.

⁶⁷ Peer Lorenzen, Steen Schaumburg-Müller, Jonas Christoffersen, Peter Vedel Kessing, Jens Vedsted Hansen og Nina Holst Christensen, *Den Europæiske Menneskeretskonvention Bind II - Art. 10-59 samt Tillægsprotokollerne*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2011, s. 1255.

⁶⁸ Såfremt efterbetalingen ikke er specificeret.

anse ejendomsretten til den del af boden, der vedrører den uorganiserede lønmodtager, som tilhørende denne.

Det kan tale for, at EMD vil anse den del af boden, der vedrører den uorganiserede lønmodtager, som dennes ejendom i artikel 1's forstand, at lønkrav er omfattet af ejendomsbegrebet i artikel 1. Den uorganiserede lønmodtager har optjent lønnen og har i henhold til overenskomsten krav på lønnen, som måske kan gøres til genstand for fuldbyrdelse ved de almindelige domstole. Det kan endvidere tale for, at anse bod som den uorganiseredes ejendom, at arbejdsgiveren med frigørende virkning under sagen kan betale den manglende løn direkte til den uorganiserede lønmodtager. Det kan ligeledes tale for, at anse bod som den uorganiseredes ejendom, at fagforeningen ikke har et berettiget krav på, at den selv skal oppebære løndifferencen,⁶⁹ og at den uorganiserede lønmodtager for fremtiden automatisk vil modtage overenskomstmæssig løn, som følge af arbejdsgiverens overenskomstbrud. Det kan tale imod, at anse bod som den uorganiseredes ejendom, at ejendomsretten synes at tilhøre fagforeningen ifølge dansk lov og praksis, jf. dog Jens Kristiansen ovenfor, der netop anfører, at fagforeningen ikke har et berettiget krav på, at den selv skal oppebære løndifferencen.

Spørgsmålet er herefter om der er noget, der peger i retning af et *indgreb* i ejendom. Det er en betingelse for anvendelsen af artikel 1, at der foreligger en begrænsning i ejendomsretten ud over en vis minimumsgrænse. Intensiteten af indgrebet er afgørende. Det kan tale for et indgreb, at den uorganiserede lønmodtager ikke får adgang til de dele af boden, der vedrører underbetalingen af denne. Det kan tale for en betydelig intensitet. Det kan tale imod et indgreb, at den uorganiserede lønmod-

tagers manglende løn ikke direkte kan identificeres i boden.

Det skal herefter undersøges om der er noget, der peger i retning af en *berøvelse* eller *afståelse* af ejendom. Dette indebærer, at der sker en varig overførsel af ejendomsretten. Det faktum, at den uorganiserede lønmodtager ikke kan få udbetalt den del af underbetalingen, der vedrører ham, peger i retning af en varig overførsel af ejendomsretten. Set fra den uorganiserede lønmodtagers side, sker der en permanent tilbageholdelse af arbejdsgiverens primære ydelse, nemlig lønnen.

*Formålet og lovligheden af indgrebet*⁷⁰

Proportionaliteten af indgrebet

I Ewaldsson-dommen udtalte EMD, at en gebyrprokrævelse i de ansattes løn ikke bør anvendes som bidrag til fagforeningens generelle aktiviteter. I Geotech-dommen fandt EMD, at midlerne virksomheden var blevet tvunget til at betale, gik til generel velfærd for alle lønmodtagerne i byggebranchen, hvorfor der ikke var brud på artikel 1.

De 10 millioner kr. som fagforeningen har beholdt i Cipa-sagen, går til fagforeningens generelle aktiviteter.⁷¹ Der er ingen gennemsigtighed og bodsbeløb bruges blandt andet til bekæmpelse af social dumping.⁷² Bod, der vedrører underbetalingen af de uorganiserede, går blandt andet til at sikre, at de organiserede får overenskomstmæssig løn, men sikrer ikke, at også de uorganiserede får overenskomstmæssig løn, eller at fagforeningen ikke benytter midlerne til rent politiske formål i strid med den uorganiseredes ønsker og interesser. Der er ingen dokumentation for, at nogen del vil tilgå de uorganiserede lønmodtagere, der ikke har modtaget overenskomstmæssig løn.

⁶⁹ Jens Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2014, s. 579.

⁷⁰ Samme resultat som under artikel 11, s. 16.

⁷¹ 3F beholdt 10 mio. kr. fra underbetalte arbejdere: "Vi har udbetalt alle de penge, vi kan". Finans.dk, Jette Aagaard, d. 21. september 2016.

⁷² Ibid.

I Retten i Glostrups dom af 28. november 2014 anførte retten, at de *månedlige administrationsbidrag ikke stod i rimeligt forhold til de faktiske udgifter*, som 3F havde til vedligeholdelse af overenskomsten. I de danske underbetalingssager bliver der ikke blot tilbageholdt det beløb, der vedrører de rimelige faktiske udgifter, som fagforeningen har haft i forbindelse med anlæggelsen af sagen. Fagforeningen tilbageholder tillige hele det beløb, der svarer til den uorganiseredes manglende løn. Fagforeningens manglende udbetaling står derfor ikke i rimeligt forhold til de faktiske udgifter til sagens førelse.

I underbetalingssagerne har de organiserede lønmodtagere betalt et månedligt kontingent. De uorganiserede lønmodtagere har ikke betalt et månedligt kontingent, men ender med at "miste" hele den manglende løn til fagforeningen. Den organiserede lønmodtager får goder for sit kontingent og får ret til den manglende løn fra boden. Det gør den uorganiserede lønmodtager ikke. Den uorganiserede kommer derimod til at "yde" et væsentligt større økonomisk bidrag via boden, end det, den organiserede lønmodtager har betalt i medlemskontingent. Til illustration kan nævnes, at to af de rumænske underbetalte arbejdere fra Cipa-sagen, modtog henholdsvis 84.400 kr. og 73.000 kr. i efterbetaling efter skat.⁷³ Et medlemskontingent til 3F koster ca. 447 kr. pr. måned.

KONKLUSION

På baggrund af ovenstående analyse og prøvelse kan det konkluderes, at der er forhold i de danske underbetalingssager, der taler både for og imod en krænkelse af artikel 11 og artikel 1 til tillægsprotokol nr. 1. Ved en ren dansk prøvelse, vil de danske domstole eventuelt og af historiske årsager, herunder som følge af en traditionel fokus på kollektiviteten, være mere tilbageholdende end EMD, i forhold til en bred forståelse af den negative foreningsfrihed. Retspraksis fra Arbejdsretten vidner imidlertid om, at danske domstole også, hvor der reelt synes at være

tale om en omgåelse af den negative foreningsfrihed, vil sanktionere dette og underkende lovligheden af sådanne uforholdsmæssige betalinger.

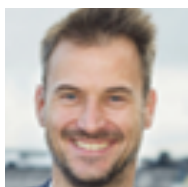
Uanset at EMD i sin praksis i eksempelvis Ewaldsson-dommen i forhold til beskyttelsen af den negative foreningsfrihed, har valgt en lidt mere forsigtig linje i forhold til de faglige organisationer, end i sager om beskyttelsen af ejendomsretten, så må en prøvelse af det danske bodssystem i underbetalingssager forventes at føre til en underkendelse af det eksisterende system.

Det vurderes særligt i forhold til ejendomsretten, at der er stor sandsynlighed for, at EMD vil anse praksisen i de danske underbetalingssager som stridende mod artikel 1 til tillægsprotokol nr. 1. På trods af, at staten vil have en meget vid skønsmargin, skal der være en rimelig grad af proportionalitet mellem de anvendte midler og det mål, der søges realiseret.⁷⁴ EMD vil i en klagesag foretage en vurdering af proportionaliteten mellem de samfundsmæssige hensyn, der begrundet indgrebet, og behovet for beskyttelse af den enkeltes grundlæggende rettigheder. Ved afvejningen af de grundlæggende interesser, vurderes det, at EMD sandsynligvis vil vægte de uorganiserede lønmodtagers ret til ejendom højt, idet der blandt andet ikke er en rimelig grad af proportionalitet mellem de anvendte midler og de mål, der søges realiseret i de danske underbetalingssager, særligt når formålet med sanktionssystemet som illustreret ovenfor, kunne opnås på samme effektive, men mindre indgribende vis.

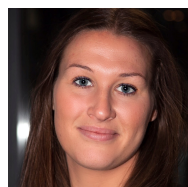
⁷³ *Snydt på metroen: Nu kan Aurelian bygge huset færdigt*, 14. juli 2015, Fagbladet 3F.

⁷⁴ F.eks. *Case of Ewaldsson and others v. Sweden*, dom af 13.02.07, pr. 55.

SAGLIGHEDSVURDERINGEN VED VÆSENTLIGE VILKÅRSÆNDRINGER



SØREN NARV PEDERSEN
PARTNER, ADVOKAT (H)



MIA BOESEN
ADVOKAT

Et hyppigt forekommende spørgsmål man støder på som rådgiver på arbejdsgiverside er, hvorledes og under hvilke omstændigheder en arbejdsgiver kan gennemføre ændringer i ansættelsesvilkårene for sine ansatte.

I praksis og litteratur vedrørende væsentlige vilkårsændringer er hoveddiskussionen oftest, hvornår der konkret blot er tale om en almindelig vilkårsændring, og hvornår vilkårsændringen er væsentlig. I de tilfælde, hvor ændringerne er væsentlige, er det imidlertid også centralt at vurdere, om den gennemførte væsentlige vilkårsændring egentlig vil blive vurderet som usaglig, hvis medarbejderen vælger at fratræde. Dette spørgsmål er genstand for denne artikel. For er vilkårsændringen ikke saglig, risikerer arbejdsgiveren at blive mødt med krav om godtgørelse for usaglig opsigelse, eksempelvis i henhold til funktionærlovens § 2b eller Hovedaftalens § 4, stk. 3. Det falder uden for artiklens emne at behandle andre mulige krav i anledning af en sådan varslings, herunder krav efter forskelsbehandlingsloven eller ligestillingsloven.

1. HVORNÅR ER VILKÅRSÆNDRINGER VÆSENTLIGE?

Indledningsvis skal vi for fuldstændighedens skyld kort berøre sondringen mellem en almindelig og en væsentlig vilkårsændring.

Ifølge ledelsesretten kan en arbejdsgiver disponere over arbejdskraften, herunder i en vis udstrækning forandre forholdene for sine medarbejdere. Det er dog diskuteret i både teori og praksis, hvor grænsen går for, hvad arbejdsgiveren kan ændre med hjemmel i den almindelige ledelsesret, og hvornår ændringen skal betragtes som en væsentlig vilkårsændring.

Såfremt ændringen af en medarbejders ansættelsesvilkår betragtes for omfattet af ledelsesretten, kan arbejdsgiveren foretage ændringen uden særligt varsel. Dette er typisk mindre ændringer, der ikke påvirker medarbejderens dagligdag, som f.eks. mindre omlægning af pauser, nye arbejdsopgaver, der ikke afviger væsentligt fra de hidtidige, samt effektivisering og sammenlægning af funktioner.

Udover disse tilfælde skelnes mellem om ændringen skal anses for væsentlig eller ikke-væsentlig. En ikke-væsentlig ændring skal varsles over for medarbejderen med "rimeligt varsel" – i praksis kræves typisk en halv til en hel måned.

Betragtes ændringen derimod som væsentlig, skal denne varsles med medarbejderens individuelle opsigelsesvarsel, således at ændringen som udgangspunkt ikke træder i kraft før udløbet af dette varsel¹.

Varslingen anses da som bekendt som en opsigelse med tilbud til medarbejderen om at fortsætte ved "genansættelsen" på de nye vilkår². Ønsker medarbejderen således ikke at acceptere den væsentlige vilkårsændring, kan han/hun derfor betragte sig som opsagt med sit individuelle opsigelsesvarsel og med de vilkår, dette måtte medføre (fratrædelsesgodtgørelse, bortfald af konkurrenceklausul m.m.), og må herefter fratræde.

Det er en konkret vurdering, om en vilkårsændring er væsentlig eller ej, idet det afgørende moment som udgangspunkt er, om ændringen vil være væsentlig for den enkelte medarbejder.

En lønnedgang vil som udgangspunkt altid være væsentlig, uanset om det drejer sig en lønnedgang på 1000 kr. eller 1 kr.³ Også lønnedgang på andre områder end grundlønningen, f.eks. fratagelse af bonusordning og lignende, vil som klart udgangspunkt være væsentlig⁴. Fratagelse af funktionærstatus er også i praksis anerkendt som en væsentlig vilkårsændring, jf. *Vestre Landsrets dom af 25. september 2007*⁵.

Mere tvivlsomt har det for eksempel været, om og hvornår en flytning af arbejdspladsen kan betragtes som en væsentlig vilkårsændring. Afgørende er først og fremmest, om der er tale om væsentlig ændring for den enkelte medarbejder, idet en flytning af arbejdspladsen ikke nødvendigvis er ensbetydende med længere transporttid til og fra arbejdet for alle medarbejdere. Er dette dog tilfældet, har en række domme taget stilling til, hvor meget ekstra transporttid en medarbejder må tåle. I *U2011.2104H* var tre medarbejdere A, B og C som led i en generel omstrukturering blevet flyttet. Medarbejderne måtte tåle en længere transporttid på mellem 14 og 37 minutter, og en forøgelse på mellem 20 og 30 km. Der var i dette tilfælde ikke tale om en væsentlig vilkårsændring.

Omvendt nåede *U1976.920H* det modsatte resultat, idet en forøget transporttid på mellem 27 og 34 minutter (19 km) blev anset for væsentlig. Der blev her tillige lagt vægt på en merudgift for medarbejderen ved transporten. Dommene kan dog kun betragtes som pejlemærker, da der som anført altid vil være tale om en konkret vurdering, og at vurdering af netop flytning af arbejdssted formentlig er undergivet en dynamisk vurdering.

I *Østre Landsrets dom af 8. februar 1999* blev en medarbejder opsagt den 1. august 1996 med sit individuelle opsigelsesvarsel og fik frataget sine supervisoropgaver og et dertil hørende tillæg, men valgte at fortsætte i stillingen med de pågældende ændringer. Den 31. maj 1997 sagde medarbejderen dog sin stilling op. Retten fandt, at sagsøger ikke ved at vælge at fortsætte ansættelsesforholdet på de ændrede vilkår – frem for at bringe det til ophør

¹ Som fastslået i *U2011.2602H* kan parterne aftale, at væsentlige vilkårsændringer kan træde i kraft straks. Der henvises i den forbindelse også til "Erhvervsjuridisk tidskrift 2015.9" af professor, lic.jur. Lennart Lyngé Andersen og adv. Henrik Karl Nielsen.

² Vælger medarbejderen at fortsætte, er medarbejdere ikke fratrådt, og kan derfor som klart udgangspunkt heller ikke kræve godtgørelser, der forudsætter fratræden, jf. *U2004.2751H*.

³ Der henvises også her til "Erhvervsjuridisk tidskrift 2015.9" af professor, lic.jur. Lennart Lyngé Andersen og adv. Henrik Karl Nielsen.

⁴ I VLD af 19. april 2011 i 7. afd., sag B-1943-10 fandt Vestre Landsret, at ændringer i principperne for provisionsberegning ikke var udtryk for en væsentlig vilkårsændring, og henviser her til byrettens præmisser, der blandt andet henviser til, at ændringerne var sagligt begrundede. Selvom væsentlighedsvurderingen og saglighedsvurderingen er to forskellige vurderinger, er dommen dog et eksempel på, at der kan gennemføres visse ændringer i eksempelvis provisionsgrundlaget, uden at det anses for væsentligt.

⁵ VLD af 25. september 2007, 9. afd., sag B-1437-06.

ved at betragte sig som opsagt – havde *afskåret* sig fra at kræve godtgørelse efter funktionærlovens § 2b. Der blev i sagen lagt vægt på, at medarbejderen havde protesteret mod vilkårsændringen og fulgt denne protest op med inddragelsen af forhandlerorganisation. Dommen er udtryk for en bred anvendelse af § 2b, da medarbejderen således kan vælge at rejse et krav om godtgørelse for usaglighed senere i forløbet, til trods for at medarbejderen i første omgang accepterede ændringerne. I den pågældende dom blev der statueret usaglighed, idet retten ikke fandt, at der var noget sagligt grundlag for at gennemføre ændringerne i medarbejderens forhold.

I en *Faglig Voldgifts kendelse fra 1. maj 2015*⁶ blev der foretaget en fortolkning af, om væsentlige ændringer i medarbejdernes overenskomstbestemte ansættelsesvilkår i forbindelse med virksomhedens overgang i 2014 fra en lokal overenskomst til de centrale overenskomstparters standardoverenskomst kunne kræves varslet med medarbejdernes individuelle opsigelsesvarsler. Den faglige voldgift udtalte herom, at:

"Det generelle udgangspunkt ved overenskomstfornyelse er, at løn- og arbejdsvilkårene i den opsagte overenskomst gælder frem til det tidspunkt, hvor den nye overenskomst træder i kraft, hvorefter løn- og arbejdsvilkårene i den nye overenskomst træder i stedet. Medarbejderne må endvidere, medmindre andet er aftalt, anses for ansat på de til enhver tid gældende vilkår, som følger af overenskomsten. Udgangspunktet er derfor, at det er en del af medarbejdernes ansættelsesgrundlag, at en opsagt eller udløbet overenskomst vil kunne blive afløst af en ny overenskomst, som ikke er lige så favorabel for dem som den hidtidige, og at medarbejderne derfor må påregne, at denne situation vil kunne indtræde."

Der var med andre ord her ikke grundlag for, at medarbejderne kunne betragte sig som opsagt med deres individuelle opsigelsesvarsler, selv om

ændringen grundet lønnedgangen måtte anses for væsentlig, hvorfor diskussionen vedrørende usaglighed heller ikke var relevant.

Ovenstående illustrerer, at der fortsat – udover de åbenlyse tilfælde – kan være usikkerhed omkring, hvornår en ændring er væsentlig eller ej. Der findes på baggrund af den omfattende praksis mange "pejlemærker", men praksis underbygger også, at man i høj grad må kigge på *alle* forhold, og at det i høj grad fortsat er en konkret vurdering om en ændring er væsentlig eller ej. Arbejdsgiveren må derfor i visse situationer tage en standpunktsrisiko, hvor denne vælger at betragte en ændring som ikke-væsentlig.

2. SAGLIGHEDSVURDERINGEN AF VILKÅRSÆNDRINGER

Ønsker en medarbejder ikke at acceptere en væsentlig vilkårsændring, kan medarbejderen som anført betragte sig som opsagt med sit individuelle opsigelsesvarsel – det være sig opsigelsesvarslet efter funktionærlovens § 2, efter eventuel overenskomst eller i henhold til individuel aftale.

I *U.2014.1678V* havde en varsling om lønnedgang ikke den fornødne klarhed til, at den indebar en opsigelse, hvis medarbejderen ikke accepterede de nye lønvilkår, og medarbejderen havde derfor krav på løn m.v. i opsigelsesperioden. Det skal således også tydeligt fremgå af den væsentlige vilkårsændring, hvad konsekvensen er, hvis medarbejderen ikke accepterer ændringen.

Da varsling af væsentlige vilkårsændringer således kan resultere i, at medarbejderen ikke accepterer ændringen og dermed kan betragte sig som opsagt, er det relevant, i hvilket omfang medarbejderen efterfølgende kan rette krav efter funktionærloven § 2b eller Hovedaftalens § 4, stk. 3, for usaglig opsigelse.

Skal arbejdsgiveren med andre ord godtgøre, *hvorfor* den væsentlige ændring var nødvendig? Altså

⁶ Sag FV2015.0066.

om selve ændringen og dermed også opsigelsen var saglig? Og stilles der de samme krav til sagligheden som, hvis der havde været tale om en "almindelig" opsigelse?

2.1. ALMINDELIGE BETINGELSER FOR GODTGØRELSE

Arbejdsgiveren risikerer naturligvis kun et godtgørelseskrav, hvis de almindelige betingelser herfor er opfyldt. Der skal således være hjemmel (funktionærlovens § 2b eller Hovedaftalens § 4, stk. 3), og de almindelige anciennitetskrav skal ligeledes være opfyldt. Det er således kun relevant at overveje problemstillingen vedrørende usaglighed, hvis medarbejderen opfylder anciennitetskravene på tidspunktet for den væsentlige ændring.

Endelig skal medarbejderen som klart udgangspunkt rent faktisk fratræde.

I tillæg til de almindelige usaglighedsbestemmelser, kan medarbejderen som ved enhver anden opsigelse også rette krav i henhold til f.eks. ligebehandlingsloven, forskelsbehandlingsloven m.fl. Her til stilles dog som bekendt ikke et anciennitetskrav eller et krav om særlig hjemmel i ansættelseskontrakten, hvorfor arbejdsgiveren også skal være opmærksom på disse forhold, hvis denne overvejer at varsle en væsentlig vilkårsændring⁷.

Arbejdsgiveren skal også huske at give skriftlig meddelelse om de ændrede ansættelsesforhold som foreskrevet i § 4, stk. 1, i ansættelsesbevisloven, idet undladelse heraf kan resultere i betaling af en godtgørelse til medarbejderen.

Det skal også bemærkes, at det normalt antages, at det ikke fratager medarbejderen sit krav på godtgørelse for usaglig opsigelse, såfremt medarbejderen efterfølgende vælger at kontraopsige⁸.

2.2. MEDARBEJDERENS FORHOLD

Også i forbindelse med saglighedsvurderingen ved væsentlige vilkårsændringer må der skelnes imellem, hvorvidt den væsentlige vilkårsændring er begrundet i virksomhedens eller medarbejderens forhold. Selvom en vilkårsændring i praksis oftest er begrundet i virksomhedens forhold, findes der imidlertid også eksempler på, at rimeligheden af en væsentlig vilkårsændring har kunnet begrundes i medarbejderens forhold.

Der er således set eksempler på, at virksomheden f.eks. varsler en lønnedgang, fordi ledelsen ikke mener, at medarbejderens kvalifikationer lever op til det nuværende lønniveau. Der skal i disse tilfælde meget til, at varslingen om en lønreduktion er saglig, og virksomheden skal under alle omstændigheder kunne påvise, at man har søgt at forbedre medarbejderens kvalifikationer m.m. således, at disse svarer til lønniveauet. Hvor dårlig performance påberåbes som baggrund for en varslet lønnedgang – og dermed opsigelse – fordres det således, at arbejdsgiveren leverer et overordentligt stærkt bevis herfor, og kravene skærpes, jo længere anciennitet medarbejderen har⁹.

Et eksempel er *Faglig Voldgift af 20. december 1988*, hvor Undervisningsministeriet nedlagde et institut og umiddelbart efter oprettede et nyt – stort set identisk – institut. De tidligere medarbejdere blev opsagt, men med mulighed for at søge de nye stillinger på lige fod med øvrige ansøgere. Opmand-en udtalte:

"På baggrund af det anførte må det antages, at den virkelige begrundelse for beslutningen om nedlæggelse af det hidtidige institut har været, at man fra Undervisningsministeriets side har ønsket at blive frigjort fra forpligtelsen til fortsat ansættelse af det personale, hvis samlede indsats ikke har været tilfredsstillende".

⁷ Et klassisk eksempel herpå er U2005.13V.

⁸ Se eksempelvis Jørgen Rønnow Bruun, "Usaglig afskedigelse – en håndbog" (1. udgave/2. oplag), 2006, side 49.

⁹ "Usaglig afskedigelse – en håndbog" (1. udgave/2. oplag), 2006, Jørgen Rønnow Bruun, side 184.

Opsigelserne var således *reelt* set begrundet i medarbejdernes kvalifikationer. På denne baggrund udtalte opmanden, at det ikke var godtgjort, at det personale, som var fagligt kvalificeret hertil, ikke havde krav på at blive overflyttet til det nye institut. Den faglige voldgift underbygger således, at en afskedigelse, der reelt er begrundet i medarbejderens arbejdsindsats, kræver konkret dokumentation herfor, for at opsigelsen kan være saglig.

I AN af 30. juni 1988 blev en sparekassefunktionær varslet ned i løn. Da funktionæren anfægtede sagligheden af denne vilkårsændring, anførte arbejdsgiveren, at anfægtelsen måtte tages som udtryk for, at funktionæren havde valgt at betragte sig som opsagt. Opmanden fandt ikke, at den omstændighed, at den pågældende havde *anfægtet* vilkårsændringen, kunne bevirke, at han, hvis arbejdsgiveren blev frifundet, ikke skulle kunne overtage eller fortsætte i den tilbudte nye stilling. Baggrunden herfor var, ifølge opmanden, at en anfægtelse i modsat fald ville være så risikabel, at adgangen til retlig efterprøvelse ville blive afgørende svækket¹⁰.

Er en væsentlig vilkårsændring begrundet i medarbejderens forhold, må bevisbyrden for, at ændringen – og dermed opsigelsen – kan betragtes som saglig, således formentlig anses for at være (mindst) lige så tung, som hvis der var tale om en almindelig opsigelse.

2.3. VIRKSOMHEDENS FORHOLD

Modsat medarbejderens forhold, kan der være flere grunde til, at en medarbejder varsles en væsentlig ændring med begrundelse i virksomhedens forhold.

Det er her overordnet set afgørende, at virksomheden kan påvise et reelt behov for vilkårsændringen. Ved en "almindelig" saglighedsvurdering ved en opsigelse synes praksis at fastlægge en tung bevisbyrde for virksomheden, og der er ifølge Lars Svenning Andersen m.fl.¹¹ generelt en stigende mu-

lighed for at opnå godtgørelse i takt med den øgede beskyttelse i ansættelsen, som samfundsudviklingen herhjemme og i EU er udtryk for. Spørgsmålet er dog, om bevisbyrden er lige så tung, når der er tale om en saglighedsvurdering som følge af en væsentlig ændring?

2.3.1. STRUKTURELT BEGRUNDEDE ÆNDRINGER

2.3.1.1. Ændringer i arbejdstid

Ændringer i henhold til deltidsloven er udtryk for en skærpelse af virksomhedens vurderingsmuligheder ved væsentlige stillingsændringer.

Virksomhedens vurdering af, at det er mest hensigtsmæssigt at have én fuldtidsansat – og ikke to deltidsansatte – i funktionen, ville før deltidsloven normalt ikke blive tilsidesat, jf. *Østre Landsrets dom af 29. juni 2001*¹². Med deltidslovens § 4a, stk. 3, blev indført et forbud mod afskedigelse på dette grundlag, hvis dette ønske ikke er objektivt begrundet i virksomhedens forhold, f.eks. ordnede gang. Der stilles høje krav til denne bevisbyrde.

U2012.3063H er udtryk for et sådant skærpet beviskrav. I dommen havde to tandlæger ansat A som klinikassistent på 24 timer. A blev tilbudt at arbejde på fuld tid, men afslog, og blev som følge heraf afskediget. Højesteret udtalte, at en lønmodtager ikke har ret til en godtgørelse efter deltidslovens § 4a, stk. 3, hvis virksomheden kan begrunde den væsentlige vilkårsændring i virksomhedens drift. Det blev lagt til grund, at der var et behov for at øge antallet af klinikassistenttimer, men tandlægerne havde ikke bevist, at det ville være forbundet med væsentlige ulemper eller uforholdsmæssige omkostninger at tilgodese behovet ved at ansætte en yderligere klinikassistent på deltid, eller at det ikke var muligt at tiltrække ansøgere til en sådan deltidsstilling. A blev tilkendt godtgørelse svarende til 3 måneders løn.

¹⁰ "Usaglig afskedigelse – en håndbog" (1. udgave/2. oplag), 2006, Jørgen Rønnow Bruun, side 49.

¹¹ "Funktionærret", 2016 (5. udgave), Lars Svenning Andersen m.fl., side 766.

¹² ØLD af 29. juni 2001, 3. afd., sag B-1989-00.

Fra dommen kan udledes, at det som udgangspunkt ikke er i strid med deltidsloven at varsle en deltidsmedarbejder op til fuldtid, men at dette skal være sagligt begrundet i virksomhedens drift.

I henhold til deltidsloven er situationen noget anderledes ved den "omvendte situation", dvs. en ændring af en fuldtidsstilling til en deltidsstilling. Ifølge lovens § 4a kan en sådan ændring alene aftales mellem arbejdsgiveren og medarbejderen. Uanset om der måtte være saglige omstændigheder, der kunne begrunde ændringen fra fuldtid til deltid, risikerer arbejdsgiveren således at skulle betale en godtgørelse, såfremt medarbejderen afviser ændringen, og medarbejderen opsiges som følge heraf. Deltidsloven indeholder ingen bestemmelser om godtgørelsens størrelse, hvorfor godtgørelserne principielt set kan være større end efter funktionærlovens § 2b og Hovedaftalens § 4, stk. 3. Dette vil dog næppe være realiteten i praksis.

Afgørende i situationer, hvor en arbejdsgiver har behov for enten en medarbejder på deltid eller fuldtid, er, at allerede ansatte medarbejdere som minimum har fået tilbuddet om at gå på deltid eller fuldtid. I *Vestre Landsrets dom af 13. december 1979*¹³ blev fire medarbejdere opsagt, men alle dog tilbudt ansættelse på $\frac{3}{4}$ af deres oprindelige tid. Dette afslog de alle, hvorfor de blev afskediget. Arbejdsgiveren ansatte herefter 3 fuldtidsansatte, herunder en af de opsagte. Opsigelserne blev ansat for saglige, men det skal bemærkes, at deltidsloven som beskrevet ovenfor endnu ikke havde set dagens lys på det pågældende tidspunkt, hvorfor resultatet næppe havde været det samme i dag.¹⁴ Også i *U2012.805V* blev en opsigelse ansat for saglig. Her havde F været ansat i selskab P i 25 år og været beskæftiget med administration, herunder IT-opgaver, da hun i 2008 blev opsagt som led i en omstrukturering som følge af vigende ordrebeholdning m.v. F var forinden blevet tilbudt en stilling med

kortere ugentlig arbejdstid, hvor F udelukkende skulle arbejde med IT-opgaver, men dette tilbud havde F afslået. Dommen illustrerer, at selv ikke en så lang anciennitet som 25 år er tilstrækkeligt for en § 2b-godtgørelse, hvis arbejdsgiver ellers har tilbudt medarbejderen et alternativ.

2.3.1.2. Ændring af arbejdsstedet:

Ved (væsentlig) ændring af arbejdsstedet må der gælde en absolut forhåndsformodning for, at en sådan ændring er sagligt begrundet, medmindre der kan påvises eller sandsynliggøres omstændigheder, der tyder på, at denne ændring skulle være båret af chikanøse hensyn. I modsat fald må det antages, at en domstol vil lade det være op til arbejdsgiver at beslutte, hvor arbejdspladsen skal være beliggende, og at der således vil blive udvist betydelig forsigtighed ved prøvelse heraf. Der henvises i den forbindelse til bl.a. *U2011.2104H*.

2.3.1.3. Ensretning af ansættelsesforhold

En anden baggrund for væsentlige ændringer i medarbejders ansættelsesvilkår kan være at ensrette en større medarbejdergruppes (eller alle medarbejders) forhold. Det vil naturligvis være mere relevant for forhold, der sjældent er individuelt betingede (såsom løn), men som anses for mere "almene" ansættelsesforhold.

Indførelsen af 120 dages-reglen i ansættelseskontrakten, jf. funktionærloven § 5, stk. 2 vil som udgangspunkt også være en væsentlig ændring, idet vilkårene ved en opsigelse i kraft heraf vil være forringet økonomisk. Dette var dog sagligt i *Østre Landsrets dom af 25. maj 2004*¹⁵, da dette var rimeligt begrundet i virksomhedens forhold¹⁶. Virksomheden havde overtaget funktionæren i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, og i den overtagende virksomhed var 120-dages reglen optaget i ansættelseskontrakterne, hvorfor virksomhe-

¹³ VLD af 13. december 1979, sag B-301-79.

¹⁴ "Funktionærret", 2016 (5. udgave), Lars Svenning Andersen m.fl., side 771.

¹⁵ ØLD af 25. maj 2004, 8. afd, sag B-67-04.

¹⁶ Se eksempelvis Jørgen Rønnow Bruun, "Usaglig afskedigelse - en håndbog" (1. udgave/2. oplag), 2006, side 49.

den ønskede at skabe ensartede ansættelsesforhold for alle ansatte.

Har virksomheden således en god begrundelse for, at nogle vilkår skal ensrettes for en gruppe af medarbejderne, f.eks. som led i en virksomheds-overdragelse, vil dette være sagligt, selv om indførelsen af vilkåret under normale omstændigheder ikke ville være det.

Det bemærkes dog, at hensynet til ensretning formentlig ikke i sig selv er tilstrækkeligt, hvis ændringen påvirker aftaleforholdets balance, jf. nedenfor, særligt pkt. 2.3.2.

2.3.2. ÆNDRINGER I AFTALEFORHOLDETS BALANCE

Til forskel fra de ovenfor under punkt 2.3.1 anførte væsentlig ændringer kan man forestille sig ændringer, der ikke blot er "strukturelt" betingede, men som griber ind i aftaleforholdets "balance". Der tænkes her på væsentlige ændringer, der indebærer, at der ændres i den aftalte balance mellem parternes ydelser og disses værdi. Det kunne eksempelvis være krav om lønnedgang.

2.3.2.1. Lønnedgang og bevarelse af arbejdstiden

Et ikke sjældent forekommende eksempel på ændringer i aftaleforholdets balance er varsling om lønnedgang uden tilsvarende nedsættelse af arbejdstiden. Spørgsmålet er imidlertid, om en sådan varsling vil blive vurderet som saglig.

Hvis man et kort øjeblik forlader denne artikels kontekst - væsentlige vilkårsændringer - og betragter den situation, hvor en arbejdsgiver vælger at opsiges sig ud af et behov for at spare, så er der ingen tvivl om, at et behov for besparelser i virksomheden som klart udgangspunkt udgør en saglig grund til at opsiges.

Sker der imidlertid genbesættelse af stillingen til en lavere løn, kræves der dog en vis tyngde i besparelserne, og domstolene udviser forståelse for virksomhedernes behov for besparelser, såfremt der er tale om ikke ubetydelige beløbsmæssige bespar-

elser. Dette følger af den almindelige hovedregel om, at straks genbesættelse af stillingen normalt vil gøre opsigelsen usaglig. Det forudsættes således i disse situationer, at der er et rimeligt forhold mellem ønsket om besparelse og den virkning, de foretagne dispositioner får.

I U1974.812VL blev en medarbejder afskediget efter 11 års ansættelse, og det lagdes til grund til, at formålet hermed var - via antagelse af en anden medarbejder til 2.500 kr./måned - at opnå en lønbesparelse. Opsigelsen ansås ikke for rimelig begrundet, idet besparelsen kun androg ca. 800 kr., i forhold til en månedsløn på 3.300 kr., og idet den økonomiske baggrund for besparelsesønskerne ikke var nærmere begrundet.

Spørgsmålet er herefter, hvorledes denne vurdering skal foretages, hvis der i stedet sker varsling af lønnedgang.

Der kan i den forbindelse opstilles et eksempel.

Hvis en virksomhed har f.eks. 10 medarbejdere, der alle får samme løn, og virksomheden skal spare 10 % af lønomkostningerne har virksomheden to muligheder

- Den kan enten vælge at opsiges én af de 10 medarbejdere, og derved miste 1/10 af arbejdskraften, men samtidig spare 10 % af lønomkostninger.
- Alternativt kan virksomheden vælge at varsle alle 10 medarbejdere 10 % ned i løn, og dermed få den samme "mængde" arbejdskraft til en mindre løn.

I den første situation risikerer virksomheden alene en § 2b-godtgørelse for den enkelte medarbejder, virksomheden har måttet udvælge til opsigelsen. Til gengæld mister virksomheden som nævnt ligeledes 1/10 af arbejdskraften.

Den anden situation må dog anses for den mest hensigtsmæssige set fra en samfundsmæssig vinkel, idet alle arbejdspladserne bibeholdes. Ved varsling-

en om lønnedgang risikerer virksomheden dog, at ingen af medarbejderne accepterer ændringen og dermed, at alle medarbejderne kan betragte sig som opsagt med deres individuelle varsel. Udover at virksomheden risikerer at miste al arbejdskraften, risikerer virksomheden dog også potentielt ti separate krav om godtgørelse for usaglighed (under forudsætning af, at de alle opfylder anciennitetsbetingelserne, jf. punkt 2.1) – medmindre man må anse sådanne lønned sættelser som saglige.

Denne situation sås bl.a. i *Østre Landsrets dom af 29. juni 2006*¹⁷, hvor 94 ansatte alle blev varslet 10 % ned i løn. I den pågældende sag var tvisten dog, om en medarbejder havde krav på godtgørelse efter ligebehandlingsloven, idet ledelsen havde udvalgt 15-20 medarbejdere, der fik mulighed for at forhandle om den varslede lønnedgang, og da sagsøgte, som var på orlov, ikke var blandt disse. Landsretten fandt, at kriterierne for udvælgelsen af disse medarbejdere var sagligt begrundet i virksomhedens dårlige økonomi, og at der kun var tale om 15-20 medarbejdere ud af i alt 94. På denne baggrund fandt landsretten ikke, at der var udøvet forskelsbehandling i strid med ligebehandlingsloven. Det bemærkes dog, at parterne for byretten havde tilkendegivet at være enige om, at lønomlægningen som sådan var sagligt begrundet.

I *Østre Landsrets dom af 16. oktober 2008* (3F Mølleåen)¹⁸ blev bl.a. varslet ændringer i A og B's lønforhold. Landsretten udtalte, at hovedparten af disse ændringer som udgangspunkt var saglige, idet ændringerne dels omfattede alle ansatte medarbejdere hos 3F Mølleåen, dels at flere af ændringerne havde baggrund i et ønske om at afspejle de løn- og ansættelsesforhold, som afdelingens medlemmer arbejdede under. Dog skete der med ændringen en så væsentlig ændring i B's lønforhold, at ændringen i dette tilfælde blev anset for usaglig. Landsretten tiltrådte her byrettens afgørelse og præmisser og henviste yderligere til, at B med ændringerne blev udsat for væsentlige ændringer, der

ikke kunne anses som rimeligt begrundede i 3F Mølleåens forhold. Efter at have konstateret at de nye vilkår betød, at B ville rykke betydeligt ned i løn, og at B's arbejde havde en sådan karakter og et sådant omfang, at B hermed ville blive aflønnet på samme måde som de ansatte, der havde en fast arbejdstid, fastslog byretten, at denne lønreduktion alene var begrundet i indførelsen af det nye lønsystem, hvilket derfor ifølge retten ikke kunne anses for rimeligt begrundet i 3F Mølleåens forhold. I landsretten var der dissens i forhold til medarbejder A med angivelse af, at "...de nye ansættelsesvilkår ikke efter bevisførelsen ses at være begrundet i virksomhedens rationelle drift, herunder i 3F Mølleåens driftsresultater og medlemstal."

På baggrund af denne dom er det således formentlig af væsentlig betydning, om en lønnedgang sker for *alle medarbejdere* på virksomheden. Selv hvis den betingelse er opfyldt, illustrerer dommen, at der stadig må ses på, om den enkelte specifikke ændring konkret kan begrundes sagligt i virksomhedens forhold. Der skal med andre ord – ikke overraskende – være en *særlig (god) grund*, førend en lønnedgang kan anses for saglig; består den alene i et (for arbejdsgiver kommercielt set fornuftigt) ønske om at spare i lønsummen (i hvert fald hvor dette ikke er absolut nødvendigt for at sikre virksomhedens overlevelse), og er der ikke andre saglige grunde, vil lønnedgangen formentlig blive vurderet til at være usaglig.

2.3.2.2. Lønnedgang og tilsvarende nedsættelse af arbejdstiden

Gennemføres der varsling af lønnedgang samtidig med en forholdsmæssig nedsættelse af arbejdstiden, kan det overvejes, om vurderingen er den samme som ovenfor i punkt 2.3.2.2, eller om en sådan ændring snarere skal kategoriseres som en strukturel ændring (og dermed egentlig hører til under punkt 2.2 ovenfor).

¹⁷ ØLD af 29. juni 2006, 1. afd., sag B-1819-05.

¹⁸ ØLD af 16. oktober 2008, 11. afd., sag B-2441-07.

Vi er ikke bekendt med nyere retspraksis¹⁹, der specifikt behandler dette spørgsmål, men der er næppe megen tvivl om, at *ikke blot lønnen*, men også ansættelsesforholdets karakter af enten fuldtids- eller deltidsansættelse af den enkelte medarbejder opleves som et helt grundlæggende vilkår, og at selv om arbejdstiden i forbindelse med et varsel om lønnedgang samtidig måtte blive nedsat forholdsmæssigt, så indebærer det et alvorligt indgreb i den ansattes dagligdag. Ønsker den ansatte at opretholde sin indkomst, vil det derfor være påkrævet at skaffe sig bibeskæftigelse, hvilket ikke altid er muligt.

Desuagtet er der næppe tvivl om, at en varsling af en lønnedgang med tilhørende nedsættelse af arbejdstiden lettere vil blive accepteret af domstolene som saglige. Uagtet ovenstående gener, sker der ikke (i hvert fald ikke på samme måde) en forrykkelse af balanceforholdet mellem parterne.

2.3.2.3. Ændring i bonusvilkår

Også en (set med medarbejderens øjne) forringelse af bonusvilkårene forrykker balancen i parternes aftale. Umiddelbart kunne man derfor forvente, at domstolene vil stille de samme krav, som til lønnedgang, jf. punkt 2.3.2.1 ovenfor. Dette er givetvis også tilfældet, idet der dog formentlig i højere grad vil bestå en forhåndsformodning for, at ændringen er båret af saglige hensyn – i hvert fald hvis ændringen ikke får effekt med det samme. I den ovenfor i note 3 refererede Vestre Landsretsdom fandt landsretten, at ændring af bonusvilkårene end ikke var væsentlige.

2.3.2.4. Indførelse af ansættelsesklausuler

Endelig kan som et typisk eksempel på en balanceforrykkende vilkårsændring nævnes indførelsen af ansættelsesklausuler. Indfører arbejdsgiveren ansættelsesklausuler, vil dette alt andet lige blive anset

som forringelser af ansættelsesvilkårene, som er væsentlige. Men er ændringerne saglige?

Vi er ikke bekendt med retspraksis, der specifikt behandler dette spørgsmål, men med indførelsen af Ansættelsesklausulloven, herunder at der nu – bortset fra i ganske særlige tilfælde ved langt opsigelsesvarsel – for det første stort set altid skal betales i hvert fald engangskompensation, og for det andet at der særligt ved indførelse af konkurrenceklausuler er sket en betydelig skærpelse af kravet om "påkrævedhed"²⁰ og ved indførelse af kundeklausuler er sket en betydelig indskrænkning i disses dækningsområde²¹, må det formentlig antages, at domstolene i væsentlig udstrækning vil anse indførelse af sådanne klausuler (forudsat at de opfylder disse krav) for sagligt begrundede.

2.4. HAR DET BETYDNING FOR SAGLIGHEDSVURDERINGEN, OM STILLINGEN GENBESÆTTES?

Det kan også overvejes om det har betydning for saglighedsvurderingen, om stillingen efterfølgende bliver genbesat. Dvs. i det tilfælde, hvor baggrunden for selve ændringen ikke umiddelbart kan anses for saglig, kan det så "hjælpe" på sagligheden, at arbejdsgiveren efterfølgende vælger ikke at genbesætte stillingen?

Normalt vil en genbesættelse af en stilling, hvor en medarbejder er opsagt fra pga. selskabets forhold, således være en indikation af, om det reelt var selskabets forhold (og ikke medarbejderens forhold), der var den reelle årsag. Hvis en stilling således er nedlagt pga. selskabets økonomi, skal denne stilling således forblive nedlagt i hvert fald i en vis periode efter opsigelsen. Ansættes der derimod en ny medarbejder i samme eller lignende stilling, taler det for en opsigelse begrundet i medarbejderens forhold.

¹⁹ Af ældre retspraksis kan dog nævnes U1947.669Ø, hvor der skete en reduktion af den daglige arbejdsdag med korresponderende lønreduktion.

²⁰ Jf. Lovens § 5, nr. 1 og 2.

²¹ Jf. Lovens § 6, stk. 1. nr. 1 i kombination med stk. 2.

Hvis en medarbejders vilkår således er ændret med begrundelse i virksomhedens forhold, kunne det faktisk, at stillingen ikke genbesættes, således tale for, at baggrunden for ændringens nødvendighed var reel og dermed saglig. Dette dog ikke tilfældet for alle situationer, hvor vilkårsændringen er begrundet i virksomhedens forhold, men formentlig kun hvor ændringen var begrundet i de tilfælde, hvor der sker en ændring i aftaleforholdets balance, jf. punkt 2.3.2 ovenfor. Var ændringen således begrundet i, at virksomheden havde behov for medarbejderen på nogle andre tider, vil en manglende genbesættelse formentlig ikke kunne ændre afgørende på dette.

I *Østre Landsrets dom af 12. august 2004*²² havde en afdelingsleder i et byggeområde ikke krav på godtgørelse for usaglig afsked som følge af omstrukturering af virksomheden, da en afskedigelse som følge af en omstrukturering, der har overflødiggjort arbejdskraft som udgangspunkt er saglig. Landsretten stadfæstede byrettens dom, der lagde til grund, at den nye stilling krævede en erfaring og uddannelse, som den afskedigede ikke, selv efter en vis tillæring eller omstillingsperiode, ville kunne udfylde.

Domstolene synes således i høj grad at overlade vurderingen af, om den pågældende medarbejder ville kunne bestride stillingen, til arbejdsgiveren.

Dette var således også tilfældet i *Østre Landsrets dom af 12. april 2002*²³, hvor F, der blev ansat den 1. april 1999 som designer hos A, blev opsagt den 14. september 2000 begrundet i, at F's stilling i tegnestuen ville blive nedlagt som følge af omstrukturering, og at F's arbejdsopgaver i fremtiden ville blive outsourcet. Kort før opsigelsen af F havde en anden medarbejder på tegnestuen opsagt sin stilling, og en tredje medarbejder opsagde sin stilling efter opsigelsen af F, men før F's fratrædelse den 31. december 2000. Begge disse medarbejdere var DTP'ere (Desk Top Publishing). Der fandtes ikke

grundlag for at tilsidesætte A's skøn over, at F ikke var i stand til at bestride en af de ledige stillinger, og det kunne ikke fastslås, at A burde have søgt F efteruddannet til at varetage en af stillingerne. Opsigelsen af F var herefter ikke usaglig.

Omvendt dog i *U2002.2413H*, hvor det ikke var godtgjort, at afskedigelse begrundet i driftsmæssig rationalisering var saglig, og medarbejderen havde krav på godtgørelse iht. funktionærlovens § 2b, idet arbejdsgiveren burde have tilbudt medarbejderen den fornødne oplæring til at kunne varetage stillingen med de ændrede vilkår.

Hvis en medarbejders vilkår er ændret med begrundelse i medarbejderens egne forhold, vil det omvendt næppe ændre på saglighedsvurderingen, om stillingen genbesættes eller ej. Afgørende er således baggrunden for, hvorfor stillingsændringen var nødvendig, og ikke hvorledes forholdene er efterfølgende. Hvis baggrunden var medarbejderens forhold, kan saglighedsvurderingen således næppe "afværges" ved blot at lade være med at genbesætte stillingen. Dette ville heller ikke være tilfældet ved "normale" opsigelser begrundet i medarbejderens forhold.

3. KONKLUSION

Det kan på baggrund af ovenstående først og fremmest konkluderes, at der stadig ikke er – og nok heller ikke kommer – et entydigt svar på, hvornår en ændring er væsentlig, og hvornår den ikke er. Dette beror i udgangspunktet på en konkret vurdering.

Dernæst kan det ydermere konkluderes, at der formentlig vil være en større risiko for, at en væsentlig ændring er usaglig, hvis ændringen er begrundet i medarbejderens forhold, end hvis ændringen er begrundet i virksomhedens forhold, idet der som nævnt kræves stærke beviser for, at ændringen og dermed opsigelsen var saglig. Dette skyldes også, at der oftest vil blive stillet højere krav til virksomhedens indsats for at rette op på forholdene i først-

²² ØLD af 12. august 2004, 7. afd., sag B-3810-03.

²³ ØLD af 12. april 2002, sag BS 1-513/2001.

nævnte tilfælde, end tilfældet vil være i sidstnævnte tilfælde.

Under alle omstændigheder vil det for begges vedkommende være relevant, hvilken form for vilkårsændring, der er tale om. Herunder synes praksis at være mere "skrap" i sin vurdering, når vilkårsændringen har direkte økonomiske konsekvenser for medarbejderen, og hvis der bliver rykket afgørende ved balancen mellem medarbejderen og virksomheden, end hvis der "alene" er tale om mere praktiske ændringer, f.eks. i arbejdstiden.

Vi kan dog også slutteligt konkludere, at der gives længere line, hvis ændringen sker for at skabe ensartethed mellem kontrakterne i forbindelse med overtagelse af en række medarbejdere ved en virksomhedsoverdragelse.



Arbejdsretsportalen

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

Arbejdsretsportalen indeholder bl.a.:

- ▀ Arbejds- og ansættelsesretlig lovgivning
- ▀ Voldgiftkendelser i fuld-tekst
- ▀ Flere end 30.000 centrale domme og afgørelser i fuld-tekst
- ▀ Grundlæggende og speciallitteratur fra Djøf Forlag

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.

ANSÆTTELSESKLAUSULER - NY REGULERING - NYE HENSYN



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

Ansættelsesklausuloven i kraft den 1. januar 2016. Loven har affødt et væld af nyhedsbreve og artikler ja sågar egentlige bøger. Denne artikel er ikke en minutøs gennemgang af den nye lov. Den er i stedet et forsøg på at beskrive de grundlæggende økonomiske erkendelser og tankesæt, der har forårsaget den nye lov. De har relevans ved anvendelse af loven, men har også betydning, hvis man ønsker at forudsige, hvilke lovændringer der kan støde til efter den kommende evaluering af loven – eller senere. Det er denne artikels tese, at ansættelsesklausuloven ikke blot er en korrektion af klausulreglerne. Loven og dens baggrund udgør starten på en ny fortælling om klausulerne. Med ansættelsesklausuloven er jobklausuler blevet stort set forbudt. Jeg vil ikke behandle denne type klausuler i artiklen.

EN FORTÆLLING OM TO BYER

AnnaLee Saxenian udgav i 1994 bogen *Regional Advantage: Culture and Competition in Silicon Valley and Route 128*.¹ Det har vist sig, at bogen fik

afgørende betydning for afdækningen af, hvad der fører til, at industriklynger skaber større vækst, og navnlig hvad der skaber større vækst i nogle klynger frem for andre. Saxenian undersøgte hvilke forhold, der havde ført til, at udviklingen havde været så forskellig i hightechklyngen omkring Harvard og MIT i Boston (kaldet Route 128) og hightechklyngen omkring Stanford (Silicon Valley). Saxenian konstaterede, at hvis man gik tilbage til fyrrerne og halvtredserne, så var Route 128 den suverænt største hightechklynge i USA – Silicon Valley lå langt bag efter. Dette ændrede sig imidlertid hurtigt i årerne efter. I 1975 var Silicon Valley størst. Også i tiden herefter har Silicon Valley vokset langt hurtigere.

Saxenian undersøgte virksomhedskulturen i de to områder. Hun konstaterede, at Route 128 var præget af store selskaber. Arbejdstagerne blev typisk i samme virksomhed i mange år, hvis ikke deres hele karriere. Kulturen i Silicon Valley var præget af, at arbejdstagerne hyppigere skiftede

¹ Saxenian, AnnaLee, *Regional Advantage: Culture and Competition in Silicon Valley and Route 128*, Harvard University Press (March 1996) For en kort og let tilgængelig gennemgang se Saxenian, AnnaLee *Inside-out: Regional Networks and Industrial Adaption in Silicon Valley and Route 128*, *Cityscape: A Journal of Policy Development and Research*, nr. 2, may 1996.

arbejdsplads, samt at arbejdstagerne brugte deres netværk langt mere aktivt til at finde løsninger på de opgaver, som de blev stillet overfor på arbejdet. Netværk til kolleger på andre virksomheder – også konkurrenter – blev anvendt aktivt. Det var disse effekter, der ifølge Saxenian førte til Silicon Valleys succes.

Saxenians artikel blev fulgt op af en artikel af Ronald Gilson.² Han pegede på, at retlige forskelle kunne være årsagen til de forskelle, som Saxenian havde konstateret. Massachusetts tillader konkurrenceklausuler med rimelighed som begrænsning. I Californien har konkurrenceklausuler imidlertid længe været helt forbudt. Gilson underbyggede ikke sin artikel med empirisk forskning. De to forfatters arbejde medførte, at der blev igangsat omfattende forskning i effekterne af konkurrenceklausuler og den retlige regulering heraf. Jeg vil i det følgende referere en håndfuld:

En artikel viser, at når konkurrenceklausuler anvendes, da skifter arbejdstagere mindre arbejdsplads, de bliver lavere lønnet og i højere grad med fast løn. Selskaber afholder samtidig færre udgifter på forskning og udvikling.³

En anden artikel viser, at delstater i USA, der har forbud mod konkurrencebegrænsende klausuler, har større tilgang af venturekapital.⁴

En undersøgelse af konsekvenserne af afskaffelse af forbuddet mod konkurrenceklausuler i Michigan i 1985 har vist, at "patenterende" arbejdstagere i årene herefter i højere grad udvandrede til stater, hvor konkurrenceklausuler ikke håndhæves.⁵

En studie har vist, at konkurrenceklausuler har en skadelig effekt på patentholderes karrierer og lønninger.⁶

Et par studier har vist, at når vidensmedarbejdere skifter job, er det ikke blot til fordel for den virksomhed, som medarbejderen flytter til. Også den virksomhed, som medarbejderen forlader, har en fordel af jobskiftet. Der flyder så at sige viden tilbage til den gamle virksomhed.⁷

Dette er blot et lille udpluk af den omfattende forskning på området. Som det er med økonomisk forskning, viser virkeligheden sig at være mange-facetteret. Der er også forskning, der viser visse fordele ved konkurrencebegrænsende klausuler. Eksempelvis viser Evan Starrs forskning, at anvendelse af klausulerne fører til færre spinouts indenfor samme industri, men at de, der kommer, er bedre til at overleve.⁸ Han har også påvist, at virksomheder afholder flere udgifter til efteruddannelse, når de kan håndhæve klausuler. Bedre håndhævelse medfører dog også lavere lønninger.⁹

² Gilson, Ronald J., The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128 and Covenants not to compete, New York University Law Review s. 575-629, june 1999.

³ Garmaise, Mark J., Ties that Truly Bind: Non-competition Agreements, Executive Compensation and Firm Investment, Journal of Law, Economics, and Organization, 27.2, pp. 376-425.

⁴ Samila, Sampsa; Sorensen, Olav, Non-Compete Covenants: Incentives to Innovate or Impediments to Growth, Management Science 57(10-02), January 2010

⁵ Marx, Matthew; Singh, Jasjit and Lee Fleming, Regional Disadvantage? Employee Non-compete Agreements and Brain Drain, Research Policy Vol. 44, No. 2 (2015): 394-404.

⁶ Marx, Matthew, The Firm Strikes Back: Non-Compete Agreements and the Mobility of Technical Professionals. American Sociological Review Vol. 76, No. 5 (2011): 695-712.

⁷ Corredoira, R. A. and Rosenkopf, L. (2010) Should Auld Acquaintance Be Forgotten? The Reverse Transfer of Knowledge through Mobility Ties, Strategic Management Journal 31 (2): 159-181, Kaiser, Ulrich; Kongsted, H.C.; Rønde, Thomas / Does the Mobility of R&D Labor Increase Innovation?, Journal of Economic Behavior & Organization, Vol. 110, 2.2015, s. 91-105

⁸ Starr, Evan; Balasubramanian, Natarajan and Sakakibara, Mariko Screening Spinouts? How Noncompete Enforceability Affects the Creation, Growth, and Survival of New Firms, with, Management Science 2017

⁹ Starr, Evan, Consider This: Training, Wages and the Enforceability of Covenants Not to Compete under review.

Går man 10-20 år tilbage i tiden, så har de fleste jurister abonneret på en fortælling om, at konkurrencebegrænsende klausuler var nødvendige for at beskytte arbejdsgiveres erhvervshemmeligheder. Når klausulerne var reguleret, så var det først og fremmest for at hindre, at de blev for belastende for arbejdstagerne og i yderste konsekvens for at forhindre, at de medførte urimelige begrænsninger i den fri konkurrence. Denne fortælling var også afspejlet i lovgivningen.

Den nye økonomiske forskning erstatter den gamle fortælling med en ny i to dele. Den første del siger, at konkurrencebegrænsende klausuler er skadelige for væksten i samfundet. De skal derfor begrænses. Den anden del siger, at selv ved begrænset anvendelse, vil skadevirkningerne af klausulerne på samfundsplan overstige eventuelle fordele for de enkelte arbejdsgivere.¹⁰ Af hensyn til væksten vil den logiske konsekvens af fortællingens anden del være at forbyde klausulerne helt, og således give alle arbejdsgivere ens beskyttelse af deres erhvervshemmeligheder.

Den nye forskning i konkurrencebegrænsende klausuler blev i 2013 samlet i en oversigtsartikel udarbejdet af Michael S. Dahl og Jørgen Stamhus.¹¹ Den artikel udgjorde en betydelig del af produktivitetskommissionens grundlag, da den gjorde regnebrættet op for de konkurrencebegrænsende klausuler i den anden analyserapport fra maj 2013. Kommissionen konkluderede i kapitel 5.3:

"Det er Produktivitetskommissionens vurdering, at udbredelsen af arbejdsmarkedsklausuler er en barriere for mobilitet og videnspredning på arbejdsmarkedet – og dermed også for iværksætter og pro-

*duktivitet. Kommissionen anbefaler derfor, at lovgivningen skærpes, så danske virksomheders muligheder for brug af arbejdsmarkedsklausuler begrænses væsentligt."*¹²

I dansk sammenhæng var det radikalt nyt, at en økonomisk kommission rettede så hård kritik af de konkurrencebegrænsende klausuler. Også andre steder har stater forholdt sig kritisk til konkurrencebegrænsende klausuler. Norge gennemførte som Danmark stramninger i lovgivningen i 2015. I Sverige er den kollektive overenskomst om konkurrenceklausuler blevet moderniseret. I marts 2016 udgav det amerikanske finansministerium en rapport, hvor man forholdt sig kritisk til den udbredte anvendelse af klausulerne og anbefalede lovændringer.¹³

Også på EU-plan er arbejdstagernes mobilitet i fokus. I erhvervshemmelighedsdirektivet bestemmes det således:

"3. Intet i dette direktiv må forstås således, at det giver anledning til at begrænse arbejdstagernes mobilitet. Navnlig giver dette direktiv i forbindelse med udøvelsen af en sådan mobilitet ikke anledning til:

- a) at begrænse arbejdstagernes brug af oplysninger, der ikke udgør en forretningshemmelighed som defineret i artikel 2, nr. 1)*
- b) at begrænse arbejdstagernes brug af erfaringer og kompetencer, som de normalt og på ærlig vis erhverver i løbet af deres ansættelse*
- c) at pålægge arbejdstagere flere begrænsninger for i deres ansættelseskontrakter end de begrænsninger, der er pålagt i overens-*

¹⁰ Forskningen nævnt i fodnote 7 indikerer endog, at selv den arbejdsgiver, der anvender konkurrenceklausuler, kan lide skade af klausulerne, eftersom han pga. klausulerne afgiver færre arbejdstagere til ansættelse indenfor branchen, og derfor ikke får viden tilbage fra arbejdstagere, der har forladt virksomheden.

¹¹ Dahl, M. S., & Stamhus, J. (2013). Økonomiske effekter af konkurrenceklausuler: En oversigtsartikel. Institut for Økonomi og Ledelse, Aalborg Universitet. (Department of Business and Management Working Paper Series; Nr. 7, 2013).

¹² http://produktivitetskommissionen.dk/media/150140/Analyserapport2_revideret.pdf, side 57.

¹³ <https://www.treasury.gov/resource-center/economic-policy/Documents/UST%20Non-competes%20Report.pdf>

stemmelse med EU-retten eller national ret.”¹⁴

EU's direktiv, den internationale udvikling og den brede tilslutning til ansættelsesklausuloven i Folkettingen viser, at der på politisk plan er bred tilslutning til den nye fortællings første del. Både når loven skal anvendes, og når det overvejes, hvordan lovændringer kan komme til at se ud, er det relevant at se på, hvorledes den nye fortælling har fået udtryk i ansættelsesklausuloven.

DEN GRUNDLÆGGENDE BALANCERING AF INTERESSER I AFTALELOVENS § 38

Før ansættelsesklausuloven blev reguleringen af konkurrence- og kundeklausuler i det væsentlige set som en afvejning af to hensyn, nemlig arbejdstagers behov for at kunne udnytte sin viden til at få en indtægt og en karriere på den ene side og arbejdsgivers interesse i at beskytte sig mod urimelig konkurrence forårsaget af uberettiget videregivelse af erhvervshemmeligheder på den anden side. Herudover har samfundet en interesse i, at arbejdstagere kan stifte egen virksomhed og dermed fremme konkurrencen generelt, samt en interesse i at virksomheder kan få kompetent arbejdskraft. Det er imidlertid værd at bemærke, at samfundets interesse ikke nævnes i lovgivningen. I forarbejderne er interessen nævnt, men først efter det klart er slået fast, at den væsentlige afvejning er mellem arbejdstagers og arbejdsgivers interesse.¹⁵ Før 1999 kunne det kun med tvivl konstateres, at der formentlig var hjemmel til at lægge vægt på samfundets interesse herunder konkurrenceretlige hensyn i sager om konkurrencebegrænsende klausuler.¹⁶ I retspraksis er disse hensyn ikke tillagt væsentlig vægt – hvis de overhovedet er blevet inddraget.¹⁷

DEN GRUNDLÆGGENDE BALANCERING AF INTERESSER I ANSÆTTELSESKLAUSULOVEN

Med den nye økonomiske forskning står det klart, at konkurrencebegrænsende klausuler virker – ja konkurrencebegrænsende. Forskningen giver også grundlag for at konkludere, at ubegrænset brug af klausulerne er skadelig for væksten i samfundet. Derfor er samfundets interesser nu klart medtaget i lovgivningen:

”Reglerne for brugen af ansættelsesklausuler skal kunne medvirke til at skabe en balance mellem lønmodtagerens, virksomhedens og samfundets interesser. Der er derfor et behov for at sikre en kontrolleret brug af ansættelsesklausuler, da deres anvendelse kan få uønskede konsekvenser for væksten i samfundet. Ansættelsesklausuler medfører i deres natur en række hindringer for lønmodtagere, som får begrænset mulighederne for at tage imod nye jobtilbud eller selv opsøge nye ansættelser og udfordringer inden for deres kompetenceområde.”¹⁸

Med disse bemærkninger og forslagens gengivelse af produktivitetskommissionens konklusion står det nu klart, at samfundets interesse i arbejdstageres mobilitet, videnspredning, iværksætteri og produktivitet er et af de tre centrale hensyn bag loven. Hensyn der skal inddrages, når loven anvendes. Det står også klart, at et bredt politisk flertal nu abonnerer på den nye fortællings første del.

DEN KONKRETE AFVEJNING AF INTERESSER I ANSÆTTELSESKLAUSULOVENS § 11, STK. 2

Loven står nu på tre søjler i stedet for to. Dette har imidlertid ikke slået tydeligt igennem i alle lovens bestemmelser. Afvejningen af interesser er flyttet fra aftalelovens § 38, stk. 1 til den nye lovs § 11, stk. 2. I forslagens bemærkninger til bestemmelsen oplyses, at der ikke er tiltænkt en ændring af retstilstanden.

¹⁴ Direktiv (EU) 2016/943, artikel 1, stk. 3.

¹⁵ Lovforslag 1998/1 LF 172, almindelige bemærkninger.

¹⁶ Bjørst, Byrial, Konkurrence- og kundeklausuler set ud fra en ansættelsesretlig synsvinkel, Justitia 2, april 1998 s. 14-15.

¹⁷ Se Bjørst i note 16. Det er også værd at bemærke sig, at konkurrenceret og erhvervsfrihed ikke er opslag i den i øvrigt grundige behandling af området i Langer, Morten og Ritter, Morten Phister, Konkurrence- og kundeklausuler, 4. udgave, Thomson Reuters, 2010.

¹⁸ Lovforslag 2015/16 L 25, s. 5, almindelige bemærkninger

Det er dog ikke desto mindre værd at bemærke, at hvor aftaler tidligere ikke måtte gå videre end påkrævet for at værne imod konkurrence, så er ordene "imod konkurrence" nu blevet erstattet med "værne om arbejdsgiverens tarv". Denne ændring er formentlig udtryk for, at den stadig skrappe konkurrenceregulering er begyndt at smitte af på dette område. Trods bemærkningen om at der ikke er tiltænkt en ændring, så må det forventes, at den ændrede ordlyd og inddragelse af samfundets interesser i grundlaget for loven med tiden også vil komme til at påvirke retspraksis efter § 11, stk. 2. Inddragelse af samfundets interesser kommer dog næppe til at revolutionere afvejningerne efter § 11, stk. 2. For det første er staten eller andre repræsentanter for samfundets interesser normalt ikke parter i sagerne. For det andet er det svært at føre bevis for, hvilke skadevirkning en konkret klausul vil få på samfundsplan.

Hvis en arbejdstager under en ansættelsesproces afviser en ansættelsesklausul, vil det af arbejdsgiver opfattes som et uacceptabel signal om illoyalitet og det netop i den følsomme periode, hvor parterne skal blive enige om ansættelse. I praksis kan arbejdstager hverken forhandle en ansættelsesklausul eller dens formulering i en ansættelsessituation. Selv om klausulerne i deres ordlyd er lavet til at virke efter arbejdstager er holdt op, så har de i realiteten den største effekt, medens arbejdstager stadig er ansat. Klausulen begrænser mulighederne for job-søgning og etablering af egen virksomhed for den arbejdstager, der er i gang med at søge væk.¹⁹

Der kan ofte sættes spørgsmålstejn ved, om en arbejdstager er helt særligt betroet, eller om klausulen er mere omfattende i branche, tid og rum end rimeligt er. En arbejdstager, der er i be-

skæftigelse, ønsker dog stort set aldrig disse spørgsmål prøvet. En sag om urimelig konkurrenceklausul i et eksisterende ansættelsesforhold vil være fuldstændig ødelæggende for parternes samarbejde.

Både vurderingen af rimelighed og særlig betroethed beror på et skøn. Det er derfor ikke muligt at give et sikkert svar til en arbejdstager, der gerne vil vide, om hun er helt særligt betroet, eller om klausulen kan helt eller delvis tilsidesættes som urimelig. Klausulerne hjemler ofte drakoniske konventionalbøder ved overtrædelse.²⁰ Arbejdstagerne vælger derfor normalt at respektere klausuler også i situationer, hvor en domstol måtte forventes at ville tilsidesætte dem helt eller delvis.

Afvejningen i § 11, stk. 2 er kun virkningsfuld i de yderst få tilfælde, hvor en arbejdstager løber en betydelig risiko og etablerer konkurrerende virksomhed eller tager job hos en konkurrent trods en klausul. I de resterende tilfælde lægger § 11, stk. 2 i realiteten ingen begrænsninger for konkurrenceklausulerne. Afvejning af interesser er et stort set uegnet middel til at begrænse udbredelsen og anvendelsen af konkurrenceklausuler.²¹

Afvejningsnormens manglende anvendelighed har ført til, at man ved revision af funktionærloven i 1999 og ved indførelse af ansættelsesklausulloven har søgt at begrænse udbredelsen af klausulerne ved hjælp af formkrav og økonomisk incitament. Det må forventes, at eventuelle fremtidige stramninger vil følge samme spor, i hvert fald så længe lovgiver ikke skridter til egentlige forbud.

¹⁹ Det er klausulens effekt forinden opsigelsen der begrunder, at arbejdstager har krav på en engangsgodtgørelse på 2 mdr. selv om klausulen falder bort eks. pga. arbejdsgivers opsigelse af arbejdstager. Denne problematik er behandlet yderligere i Langer, Morten og Baldus, Sara, Lov om ansættelsesklausuler en længere vej til beskyttelsen mod konkurrence, HR Jura Magasinet nr. 11, 2017, s 25-26.

²⁰ Paulsen, Jens, Konkurrence- og kundeklausuler 10 år efter, UfR 2010B137 indeholder en efterlysning af en bedre regulering af konventionalbøder. Et synspunkt denne forfatter kan tilslutte sig.

²¹ For et modsat synspunkt se Hasselbalch, Ole Ansættelsesklausuler / konkurrenceklausuler i ansættelsesforhold, referat Nordisk juristmøde Helsinki, 2017.

SAMMENFATNING OG DISKUSSION

Ny forskning har vist, at udbredt anvendelse af konkurrenceklausuler begrænser arbejdstageres mobilitet og væksten i økonomien. Hensynet til væksten var den afgørende drivkraft bag loven om ansættelsesklausuler. Grundlaget for reguleringen af ansættelsesklausuler er gået fra at omfatte hensynet til arbejdsgiver og lønmodtager til også at omfatte samfundets interesser herunder arbejdstageres mobilitet, videnspredning, iværksætteri og produktivitet. Med loven er hensynet til samfundets interesser gået fra at være et sekundært hensyn til at være et af de tre centrale hensyn bag loven. Dette skal der tages højde for ved anvendelse af loven. Ansættelsesklausulloven er udtryk for, at ikke blot økonomer abonnerer på en ny fortælling om ansættelsesklausuler, det samme gælder et bredt flertal i Folketinget.

Regulering af ansættelsesklausuler med krav om ganske særlig stilling, afvejningsnormer og krav om rimelighed giver ikke den fornødne forudsigelighed for arbejdstager. Denne reguleringsform er uegnet, hvis målet er at begrænse anvendelsen af konkurrencebegrænsende klausuler. Anvendelse af formkrav og økonomiske incitamenter har vist sig mere effektive.

Den nye fortælling har en anden del. Den siger, at selv ved begrænset anvendelse vil skadevirkningerne af klausulerne på samfundsplan overstige eventuelle fordele for de enkelte arbejdsgivere. Af hensyn til væksten vil den logiske konsekvens være at forbyde klausulerne helt og således give alle arbejdsgivere ens beskyttelse af deres erhvervshemmeligheder. Ansættelsesklausullovens hurtige gennemførelse, de internationale politiske vinde og afsmitning fra konkurrenceretten viser, at der politisk set er en åben holdning til den nye fortællings anden del.²² Hvis den anden del får bredere gennemslag blandt økonomer, så må det forventes, at vejen til yderligere stramning eller totale forbud vil være kort.

²² Et fint eksempel på internationale fortalere er Lobel, Orly med hendes roste og bestsellene *Talent Wants to Be Free: Why We Should Learn to Love Leaks, Raids and Free Riding*, Yale University Press, 2013

FORFATTERLISTE



ANTON KRAEV
ADVOKATFULDMÆGTIG
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, retssagsbehandling, rådgivning og kommunikation, undervisning og andet formidling.

Derudover har jeg indgående erfaringer med forhandlinger, såvel i forbindelse med forhandlinger af konkrete sager og kontrakter som forhandlinger af overenskomster, herunder OK14 og OK17, løsning af diverse konflikter og uoverensstemmelser, behandling af sager fagretligt (herunder Afskedigelsesnævnet, Faglige Voldgift og Tvistighedsnævnet) og civilretligt. Jeg har siddet som sidderdommer i Tvistighedsnævnet og Afskedigelsesnævnet.



SHALINA KACHCHI
FULDMÆGTIG

Shalina Kachchi blev Cand.jur. i april 2017. Hun har en stor interesse for ansættelsesret og arbejdsret, såvel individuel som kollektiv. Shalina Kachchis kompetencer ligger primært inden for rådgivning, forhandling, undervisning, formidling og konfliktløsning. Hun arbejder som fuldmægtig i Nævnenes Hus, Erhvervsministeriet og som juridisk rådgiver i Gellerupparkens Retshjælp.

Shalina Kachchi har desuden arbejdet på Justitsministeriets område, undervist på Aarhus Universitet og arbejdet på et advokatkontor.

Pr. 1. oktober tiltræder hun en stilling som jurist på Aarhus Universitet, hvor hun primært skal rådgive forskere, forhandler og udarbejde kontrakter.



JACOB SAND
PARTNER, ADVOKAT (H)

Jacob Sand er partner og leder af Arbejds- & Ansættelsesret hos Gorrissen Federspiel. Han har en enestående viden om og forståelse af alle aspekter af EU-ansættelsesret fra sine mere end 3½ år som referendar ved EU-Domstolen, kombineret med erfaring som aktiv procedør for EU-Domstolen.

Jacob har endvidere ført adskillige sager ved Arbejdsretten, faglig voldgift og landsretten om udstationering af udenlandske arbejdstagere til Danmark, han har været udpeget som voldgiftsmand i en række af disse sager og har i øvrigt ført en række principielle sager med EU-retlig islæt for Højesteret og landsretterne.

Jacob har med afsæt i sit EU-retlige fokus været med til at præge udviklingen i dansk ansættelses- og arbejdsret i de seneste 10 år.



SØREN NARV PEDERSEN
PARTNER, ADVOKAT (H)

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 masseafskedigelser 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.



MIA BOESEN
ADVOKAT

Mia Boesen er advokat i Bird & Birds danske ansættelsesretsafdeling, og medlem af Bird & Birds internationale HR-services gruppe.

Mia rådgiver både danske og udenlandske klienter og har blandt andet erfaring med udarbejdelse af ansættelseskontrakter, og direktørkontrakter, kunde- og konkurrenceklausuler og fratrædelsesaftaler. Herudover rådgiver hun blandt andet om vilkårsændringer, warrantprogrammer, masseafskedigelse, virksomhedsoverdragelse samt opsigelse og bortvisning af medarbejdere.

Mia er også en del af Bird & Birds processuelle afdeling, og bistår i forberedelse af retssager samt møder i retten.



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

Byrial Bjørst har siden 2006 arbejdet som faglig sekretær og advokat hos Teknisk Landsforbund.

Han har deltaget i forhandlingerne om fornyelserne af industriens overenskomster herunder implementeringen af ligelønsloven i overenskomsterne. I de senere år har han bl.a. deltaget i arbejdet med ansættelsesklausulloven, EUs forretningshemmelighedsdirektiv og den kommende ferielov.

Udvalgt litteratur:

- 2016 - The ban on indirect discrimination as an instrument to create progress in equality,
- 2005 - Ligeløn for job af samme værdi, PhD afhandling
- 1998 - Konkurrence- og kundeklausuler set ud fra en ansættelsesretlig synsvinkel.

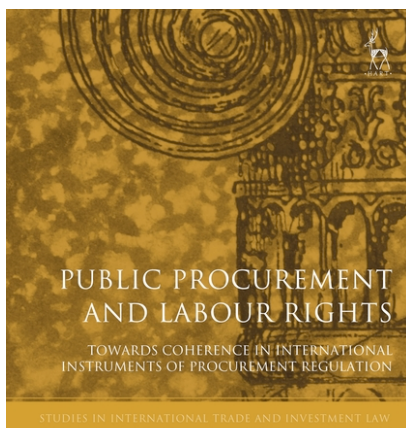


FOUNDATIONS OF INDIRECT DISCRIMINATION LAW

Hugh Collins, Tarunabh Khaitan

1. udgave, marts 2018, Hart Publishing

Indirect discrimination (or disparate impact) concerns the application of the same rule to everyone even though that rule significantly disadvantages one particular group in society. Ever since its recognition by the Supreme Court of the United States in 1971, liberal democracies around the world have grappled with the puzzle that it can sometimes be unfair and wrong to treat everyone equally. The law's regulation of private acts that unintentionally (but disproportionately) harm vulnerable groups has remained extremely controversial, especially in the United States and the United Kingdom. In original essays in this volume, leading scholars of discrimination law from North America and Europe explore [...]



PUBLIC PROCUREMENT AND LABOUR RIGHTS

Maria Anna Corvaglia

1. udgave 2017, Hart Publishing

This book investigates patterns of fragmentation and coherence in the international regulatory architecture of public procurement. In the context of the major international instruments of procurement regulation, the book studies the achievement of social and labour policies, the most controversial and problematic instrumental uses of public procurement practices.

MARIA ANNA CORVAGLIA

BLOOMSBURY

WHEN IS A PARTNER/LLP MEMBER NOT A PARTNER/LLP MEMBER? THE INTERFACE WITH EMPLOYMENT AND WORKER STATUS

Elspeth Berry

Industrial Law Journal, Volume 46, Issue 3, 1 September 2017, Pages 309-334

The answer to the question of whether a partner can also simultaneously be an employee of his partnership has long been considered to be settled law. However, the introduction of limited liability partnerships (LLPs) in 2001 has not only raised the new question of whether LLP members can also be employees but has, in doing so, reopened the question of the employment status of partners, questions which now need to be viewed in the context of the widespread practice of having both equity and other types of partner/member. Furthermore, with much legislation now giving rights to 'workers' rather than employees, the question has arisen of whether LLP members or partners can also simultaneously be workers, regardless of whether they can also be employees. The answers to these questions go to the very heart of what the law regards as an employer-employee or firm-worker relationship, yet recent legislation and jurisprudence have failed to clarify the legal position. This article explores the employee and worker status of partners and LLP members, and the consequences both for them and for the development of the law.

THE CONCEPT OF 'WORKER' IN EUROPEAN LABOUR LAW: FRAGMENTATION, AUTONOMY AND SCOPE

Nicola Kountouris

Industrial Law Journal, 30. august 2017, dwx014, <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwx014>

This article offers a critical analysis of the concept of 'worker' in European Labour Law as predominantly shaped by the CJEU on the basis of its jurisprudence in the area of free movement of workers. It suggests that, while nominally broad, this concept suffers from many of the strictures arising from the traditional binary divide between employment and self-employment on which it is essentially premised. Having analysed the residual fragmentation and legitimacy problems arising from a rather incomplete development of this area of EU law, the article advocates a broader concept of 'worker' shaped by reference to the fundamental rights language embraced by various regional and international labour and human rights mechanisms, including the Social Charter, the European Convention on Human Rights and the International Labour Organisation.

The article concludes by identifying a number of possible reform options that may serve the purpose of establishing a suitably broad and autonomous concept of 'worker' for the purposes of EU labour law, and by offering a cursory analysis of some recent EU Pillar of Social Rights initiatives.

NON-STANDARD WORK AND LIMITS ON FREEDOM OF ASSOCIATION: A HUMAN RIGHTS-BASED APPROACH

Valerio De Stefano

Industrial Law Journal, Volume 46, Issue 2, 1 July 2017, Pages 185-207

The debate on how to adjust existing regulation to keep pace with the rise and spread of the non-standard workforce worldwide has mainly concentrated on individual employment law. This article means to draw attention to some collective labour regulation issues that have a significant impact on the labour protection of non-standard workers. Without subscribing to the idea that the standard employment relationship is an outmoded model of regulation, this article argues that some existing restrictions on collective rights are failing to keep pace with transformations of labour markets that occurred in recent decades and in particular with the growth in the number of non-standard workers. Consequently, these workers are legally or practically denied access to the meaningful exercise of collective rights. Some of these restrictions, such as antitrust bans on collective bargaining, regulations imposing strike ballots, limitations of secondary action and the distinction between political and economic strikes, are called into question since they disproportionately affect non-standard workers and are at odds with the recognition of collective rights, and in particular the right to strike, as human rights.

FORHANDLINGER PÅ ARBEJDSPLADSEN - NÅR CENTRALE OVERENSKOMSTER ANVENDES LOKALT

Steen E. Navrbjerg & Trine P. Larsen

FAOS, Forskningsnotat, juni 2017

I et nyt forskningsnotat analyserer Steen E. Navrbjerg & Trine P. Larsen fra FAOS, hvordan centrale overenskomster på industriens område anvendes lokalt. De to forskere har set nærmere på syv case-virksomheder, der alle er omfattet af industriens overenskomst og fokuseret på tre centrale temaer - samarbejde og konflikt, vikarers vilkår og kreative lokalaftaler.

Undersøgelsen viser, at mange virksomheder benytter mulighederne for at indgå lokale aftaler - især når det gælder løn og arbejdstid. Men der viser sig også betydelige forskelle i forhandlingsmiljøet på de undersøgte case-virksomheder; på nogle har forhandlingerne været præget af tillid, mens man på andre har haft store problemer med at nå til enighed om en lokalaftale. Særligt vikarer og atypisk ansattes repræsentation i lokalforhandlingerne kan være en udfordring.

Selv om notatet overordnet peger på, at der forhandles livligt på virksomhederne, er der tilsyneladende størst tryk ved at forhandle det kendte - løn og arbejdstid. Når det gælder de bløde områder - som fx arbejdsrelateret stress, mobning og skånejobs - eller vikarernes betingelser, er der større usikkerhed og uenighed. Alligevel findes der også eksempler på virksomheder, som netop via lokalaftaler har været i stand til at forbedre vikarernes situation, fx ved at sikre dem efteruddannelse, selv om de ikke har den i overenskomsten krævede anciennitet.

PÅ VEJ MOD EN LIVSFASE OVERENSKOMST

Trine P. Larsen, Jens Arnholtz & Mikkel Mailand
FAOS, Forskningsnotat, juni 2017

I dette forskningsnotat opridser vi hovedresultaterne af OK2017 på de vigtigste forhandlingsområder og gennemgår resultatet af urafstemningen. Vi ser nærmere på uoverensstemmelserne internt i LO-fagbevægelsen og reflekterer over, hvordan en af grundpillerne i den danske model, sammenkædningsretten, igen er under kritik. Afsluttende diskuterer vi, hvordan en 'forandringsoverenskomst' med mange nye elementer kunne føre til så megen modstand i baglandet, herunder hvilken rolle sociale medier og fake news spillede.

ER PLATFORMEN ARBEJDSGIVER?

HVAD ER DIGITALE PLATFORME, OG HVILKE SPØRGSMÅL REJSER DE FOR ARBEJDSMARKEDET?

Ane Kristiansen & Søren Kaj Andersen
FAOS, Forskningsnotat, april 2017

I et nyt FAOS-forskningsnotat forsøger Ane Kristiansen og Søren Kaj Andersen at kortlægge og systematisere begreber og spørgsmål omkring digitale platforme i et arbejdsmarkedsperspektiv.

Formålet med dette notat er at skabe et overblik over de spørgsmål, som digitale platforme rejser i forhold til arbejdsmarkedet generelt og vedrørende vilkår og rettigheder mere specifikt. Det er ikke ambitionen at besvare disse spørgsmål, som er store og komplekse, men at samle vurderinger og synspunkter i debatten og dermed forhåbentlig skabe et vist overblik for læseren. Endvidere forsøger vi at systematisere de mange begreber, der anvendes om fænomenet samt at kaste lys over den debat, der har pågået omkring de mest udbredte tjenester.

Notatet inddrager synspunkter og vurderinger fra arbejdsmarkedets parter, regeringen, EU-Kommissionen og tjenesterne selv. Notatet bygger på nyere artikler og rapporter, danske såvel som udenlandske, samt interviews med en række nøglepersoner fra danske arbejdsmarkedsorganisationer.

Vil du befri din indre forfatter?

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

Har du en særlig interesse for ansættelses- og arbejdsret?

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

