HRJURA
MAGASINET
ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET

14. NUMMER / FORÅR 2019

ISSN
2245-3989

HR JURA V/ANTON KRAEV
TAGENSVEJ 105 A, 2. TH.
2200 KØBENHAVN N

CVR.NR. 34379866

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

HRJURA
MAGASINET
ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET

REDAKTION

ANTON KRAEV
ANSVARSHAVENDE REDAKTØR
ADVOKAT, CAND.MERC.JUR

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

INDHOLD

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

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

CITERING

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

HR JURA MAGASINET
14. NUMMER / FORÅR 2019

ISSN
2245-3989

HR JURA V/ANTON KRAEV
TAGENSVEJ 105 A, 2. TH.
2200 KØBENHAVN N

CVR.NR. 34379866

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

Komplekse problemstillinger har det med at skabe flere spørgsmål end svar. Vi gennemskuer kompleksiteten, så du kommer direkte til sagens kerne. Uden for meget snak.

Find din advokat på www.horten.dk

HORTEN

INDHOLDSFORTEGNELSE

7 **NY LITTERATUR**

11 **LØNGAB.**
ÅRSAG TIL ULIGHED MEN OGSÅ NØGLE TIL LIGESTILLING.

BYRIAL RASTAD BJØRST
FAGLIG SEKRETÆR, ADVOKAT (L)

23 **GODTGØRELSE OG UDMÅLINGSPRINCIPPER I LOV OM GENNEMFØRELSE AF DELE AF ARBJEDSTIDSDIREKTIVET, FORTOLKNING AF UFR 2018.763 H**

RUNE ASMUSSEN
ADVOKAT (H)

31 SEXCHIKANE I UDVIKLING ELLER UNDER AFVIKLING?

METTE KLINGSTEN
ADVOKAT (H)

SIDSEL DEVANTIER
ADVOKATFULDMÆGTIG

40 FORTOLKNING AF ANSÆTTELSESKONTRAKTER MED HEVISNING TIL EN KOLLEKTIV OVERENSKOMST

MARTIN BONDESEN
CHEFADVOKAT (H)

46 FORFATTERLISTE

DEN NYE FERIELOV
– ER DU KLAR TIL OVERGANGEN?

Læs mere og tilmeld dig på www.juc.dk/FERIE

25. APR.	4 LEKT.	KR. 3.500,- ekskl. moms	Afholdes kl. 09.00 – 12.30 på Axelborg, Vesterbrogade 4A,1620 København V

Danmark skal have en ny ferielov, og det resulterer i en række ændringer af praktisk og økonomisk karakter. Den nye lov får virkning for ferie optjent fra den 1. september 2019, så har du endnu ikke sat dig ind i overgangsordningen, er det ved at være tid.

På kurset får du en grundig gennemgang af den nye ferielov med særlig fokus på ændringerne og overgangsreglerne.

Du får bl.a.:

- Overblik over den nye ferielov med særlig fokus på de ændringer, som overgangen til samtidighedsferie medfører
- Overblik over overgangsordningen, som har stor både praktisk og økonomisk betydning for virksomhederne

På kurset gennemgås bl.a.:

- Det nye feriesystem – samtidighedsferie
- Optjening og afholdelse af ferie i det nye system, herunder den nye ferieafholdelsesperiode
- Feriekonto, feriekort og ferie med løn samt beskatning
- Afholdelse af ferie på forskud
- Differenceberegning
- Elevers særlige ferierettigheder
- Muligheden for at fravige ferieloven ved aftale og overenskomst
- Sygdom og ferie
- Det forkortede ferieår fra 1. maj – 30. september 2020
- Indefrysning af "overskudsferie" optjent fra 1. september 2019 – 31. august 2020.
- Udbetaling af de indefrosne feriepenge fra den nye fond

Underviser

Charlotte Vester

Underdirektør og ansættelsesretschef i Dansk Erhverv

Charlotte Vester er uddannet advokat og er underdirektør hos Dansk Erhverv, hvor hun er ansvarlig for det ansættelsesretlige område. Hun er specialiseret inden for ansættelsesret og kollektive overenskomster – herunder særligt virksomhedsoverdragelse. vikarjura, sygdom og sygedagpenge, lige- og forskelsbehandling, persondatalovgivning og klausuler.

ANDRE HR-KURSER FRA JUC

Ansættelsesretligt grundkursus
13.-14. marts 2019

Sygedagpenge og refusion
21. marts 2019

Persondata i ansættelsesretten
3. april 2019

Graviditet, barsel og ligebehandling
14. maj 2019

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

NY LITTERATUR

FUNKTIONÆRLOVEN 80 ÅR

Aage Jacob Jensen (red.), Lars Svenning Andersen (red.)
1. udgave 2018, DJØF Forlag

Dette skrift er udgivet af HK, som ønsker, at funktionærloven og dens indhold får en ekstraordinær omtale, som den med sine mange år på bagen, vitterlig har fortjent.

Jubilæumsbogen indeholder artikler både om den historiske udvikling og om de enkelte bestemmelser i funktionærloven. Bogen rummer bidrag fra organisationer og advokater, der har arbejdet for eller over for HK.

PSYKISKE ARBEJDSSKADER

Marlene Louise Buch Andersen
1. udgave 2018, DJØF Forlag

Det psykiske arbejdsmiljø på de danske arbejdspladser udgør et vægtigt element i den enkelte medarbejders trivsel, og gennem de seneste mange år er der kommet større fokus på at sikre et godt psykisk arbejdsmiljø – både fra samfundet, virksomhederne og den enkelte medarbejder.

I lyset af denne udvikling undersøger afhandlingen, med fokus på virksomhedernes adfærd, de juridiske virkemidler, der potentielt kan forebygge psykiske arbejdsskader. Dette med udgangspunkt i problemformuleringen: *Må det antages, at gældende dansk ret medvirker til forebyggelsen af psykiske skader?*

DEN DANSKE MODEL I DEN OFFENTLIGE SEKTOR

Danmark i et nordisk perspektiv

Laust Kristian Høgedahl
1. udgave 2019, DJØF Forlag

Den såkaldt danske model på det offentlige område er de senere år blevet udfordret. Den danske model indebærer, at arbejdsmarkedets parter, dvs. lønmodtagere og arbejdsgivere, forhandler kollektive overenskomster og løser konflikter uden statslig indblanding. Modellen virker imidlertid bedre på det private end på det offentlige område. Denne bog analyserer nogle af de store udfordringer, der opstår, når et forhandlings- og konfliktløsningssystem flyttes fra den private til den offentlige sektor.

DATABESKYTTELSE I ARBEJDSRETTEN

Line Budtz Pedersen, Peer Schaumburg-Müller
1. udgave 2019, DJØF Forlag

Databeskyttelse i arbejdsretten – fra jura til praksis indeholder en samlet fremstilling af databeskyttelsesretten med fokus på arbejdsretten.

Bogen indeholder både en analyse af de nye databeskyttelsesretlige regler og en lang række praktiske anvisninger på, hvordan reglerne kan håndteres i praksis – i form af paradigmer, vejledninger og forslag til forretningsgange.

Bogen giver en præcis, konkret og brugbar gennemgang af de nye regler, uden at læseren skal kaste sig ud i nærmere studier af et meget kompliceret retsområde.

FRA ARBEJDERBESKYTTELSE TIL SUNDHEDSFREMME PÅ ARBEJDSPLADSEN

Nicole Christiansen
1. udgave 2018, DJØF Forlag

I de senere år er der kommet stigende fokus på arbejdsgiverens rolle over for sine medarbejdere, når det gælder til medarbejdernes generelle sundhed.

Fra arbejderbeskyttelse til sundhedsfremme på arbejdspladsen behandler den retlige regulering af kost, rygning, alkohol, motion og stress. Særligt initiativerne vedrørende kost og motion er nye og omfatter såvel frivillige som tvungne motionsordninger på arbejdspladsen.

DANSK FUNKTIONÆRRET (H.G. CARLSEN)

Danielle Buhl og Jeppe Høyer Jørgensen
9. udgave 2019, Karnov Group

Denne 9. udgave giver i lighed med tidligere udgaver en objektiv og grundig gennemgang af de centrale rettigheder og forpligtelser, som parterne påtager sig i et ansættelsesforhold.

9. udgaven behandler og systematiserer en betydelig mængde såvel trykte som utrykte afgørelser fra danske domstole og EU-domstolen inden for såvel klassiske funktionærretlige emner som nye væsentlige områder af betydning for funktionærer.

RETSPLEJELOVEN OG BRUXELLES I-FORORDNINGEN

Jens Møller (red.), Oliver Talevski (red.), Peter Thønnings (red.) mf.
10. udgave 2017, Djøf Forlag

Kommenteret retsplejelov foreligger nu i en gennemgribende omarbejdet 10. udgave opbygget som en traditionel lovkommentar med sammenhængende tekstafsnit.

ARBEJDSMARKEDETS REGLER 2019

Ole Hasselbalch
20. udgave 2019, Djøf Forlag

Arbejdsmarkedets regler 2019 indeholder de vigtigste nationale og internationale arbejds- og ansættelsesretlige love, regler og overenskomster, udvalgt af professor em., jur.dr. Ole Hasselbalch.

Alle lovændringer, som har været offentliggjort til og med 1. januar 2019, er indarbejdet. Vedtagne lovændringer, som endnu ikke er trådt i kraft, er medtaget i notatform.

LØNGAB.
ÅRSAG TIL ULIGHED MEN OGSÅ NØGLE TIL LIGESTILLING.

BYRIAL RASTAD BJØRST
FAGLIG SEKRETÆR, ADVOKAT (L)

Artiklen beskriver de udfordringer som arbejdet med ligeløn står overfor, samt hvilke løsningsmodeller der tegner sig. Artiklens konklusion er, at fokus bør flyttes fra initiativer til at fremme ligelønslovens overholdelse over mod bredere virkemidler med henblik på at lukke løngabet. Artiklen behandler forhindringerne for at ligelønsloven får stærkere gennemslag, Lønkommissionens konklusioner samt ligelønsinitiativer i Canada, Sverige, Island og England.

Med jævne mellemrum kommer uligheden i løn mellem kønnene op i medierne. Resultatet er normalt en forvirret diskussion af begreber, jura og statistik, som ikke fører nogen steder hen. Denne artikel beskriver baggrunden for dette problem og peger på, at en løsning vil være at fokus for ligelønsarbejdet flyttes fra initiativer til at fremme ligelønslovens overholdelse over mod bredere virkemidler med henblik på at lukke løngabet.

Gabet mellem mænd og kvinders lønindtægt var i 2016 på 14,5 procent (standardberegnet timefortjeneste). Løngabet har direkte indflydelse på kvinder og mænds muligheder - ikke blot i dagligdagen, når vi køber ind, men også når vi køber hus, når vi vælger om vi vil leve alene gå ind i et parforhold eller forblive i et forhold. Løngabet påvirker pars beslutninger om, hvem der skal tage orlov med børnene eller hvilken af vores karrierer, der skal have forrang. Løngabet medfører også forskel i vores muligheder, når vi går på pension. Løngabet er ikke blot et udtryk for uligheden i mænds og kvinders indtægt. Løngabet er også i sig selv en årsag til ulighed i alle livets forhold. Forbedring af ligheden mellem mænd og kvinder forudsætter en mindskning af løngabet. Det afgørende er ikke, om løngabet er ulovligt eller om det er forklaret eller uforklaret. Det afgørende er, at det bliver lukket.

LIGELØN FOR SAMME ARBEJDE – ACCEPTERET AF ALLE, MEN IKKE HELT GENNEMFØRT

Tiltag i overenskomster og lovgivning har gennem tiden medvirket til en mindskning af løngabet. I 1973 afskaffede arbejdsmarkedets parter de kønsbestemte lønsatser i overenskomsterne. Dermed var den eksplicitte uligeløn afskaffet i Danmark. Retten til ligeløn for samme arbejde blev indført i 1976.

Men hvordan fungerer reglerne i praksis? Retten til ligeløn for samme arbejde er alment accepteret og bliver også efterlevet langt hen ad vejen. Når reglen ikke altid overholdes, så skyldes det dels, at nogle arbejdsgivere ikke er bevidste om reglens rækkevidde. Det kan for eksempel være, når de giver nyansatte mænd højere løn uden samtidig at forhøje

lønnen for allerede ansatte kvinder med samme arbejde. Men problemet er først og fremmest, at kvinderne i realiteternes verden ikke er i stand til at kontrollere reglens overholdelse. Mange ved grundlæggende ikke, hvad deres mandlige kolleger tjener. Et godt eksempel på den situation er Højesterets dom af 24. september 2009.[1] Den sag opstod alene, fordi en mandlig kollega valgte at fortælle den berørte kvinde, at han fik 8.000 kr. mere i løn pr. måned. Efter sagen var vundet i Højesteret, fik hun 1.065.000 kr. i efterbetaling og renter.

LIGELØN FOR ARBEJDE AF SAMME VÆRDI - SVAGT GENNEMSLAG

Retten til ligeløn for arbejde af *samme værdi* har en langt sværere gang på jorden. Reglen stammer fra ILO konvention nr. 100 fra 1951, som Danmark ratificerede i 1960. Et mere håndfast krav om en bindende indarbejdelse i dansk ret kom med ligelønsdirektivet i 1975. Modstand hos arbejdsmarkedets parter og regering medførte dog, at reglen først blev formelt indarbejdet i dansk ret i 1986 efter en tabt sag for EF-domstolen.[2] I realiteternes verden har reglen imidlertid haft meget svært ved at slå igennem på alle planer.

Ser vi til udlandet, så har retten til ligeløn for arbejde af samme værdi haft vidtrækkende konsekvenser. I England er reglen med fremgang anvendt til sammenligning af temmelig forskelligartede job som skibsværftsarbejdere og kantinemedarbejdere,[3] kantinemedarbejdere og minearbejdere,[4] ledende talepædagoger og ledende psykologer samt farmaceuter.[5] I 00'erne blev der ført (og vundet/forligt) sager, der vedrørte titusinder af ansatte på grundlag af retten til ligeløn for ligeværdigt arbejde.[6] Også I Canada har reglen haft gennemslag. Jeg vender tilbage hertil.

I Norden har reglens gennemslag været noget mere beskedent. Den svenske arbetsdomstol accepteret, at jordemødre og klinikingeniører[7] samt sygeplejersker og medicintekniske ingeniører[8] udfører arbejde af samme værdi. Retten frikendte dog arbejdsgiverne med henvisning til, at markedet gjorde det nødvendigt at betale de mandlige sammenligningspersoner mere. Disse domme er meget omdiskuterede, og det kan ikke udelukkes, at de havde fået et andet resultat i eksempelvis England eller Canada.[9] Fra Norge kendes en sag, hvor en kommune blev dømt til at betale en SFO-leder ligeløn med ledere i den tekniske sektor.[10]

Når det kommer til Danmark, så har reglen om ligeløn for arbejde af samme værdi kun i få tilfælde været anvendt til sammenligning af forskelligartet arbejde. Det drejer sig om Royal Copenhagen-sagen, hvor en gruppe kvindelige blåmalere sammenlignede sig med en gruppe af mandlige rollerdrejere,[11] samt en sag om sammenligning af smørrebrødsjomfruer med kokke.[12] Ingen af sagerne blev vundet.

---

[1] 2-. afd., sag 471/2006

[2] For en nøje beskrivelse af forløbet se Byrial, Bjørst, Ligeløn for Job af samme værdi, DJØF forlag, 2005, afsnit 6. Den er frit tilgængelig på projekt jurabog https://jura.ku.dk/jurabog/juridiske-monografier/byrial_rastad_bjoerst/

[3] I.C.R. 1986.862.

[4] I.C.R. 1996.515.

[5] Sag C-127/92, Enderby, I.C.R. 1991.382 og I.C.R. 2000.612.

[6] Simon Deakin, Sarah Fraser Butlin, Colm McLaughlin and Aleksandra Polanska, Are litigation and collective bargaining complements or substitutes for achieving gender equality? A study of the British Equal Pay Act, 2015

[7] AD 2001:13, Barnmorske-målet II.

[8] AD 2001:76, Danderyd-målet.

[9] Se eksempelvis Susanne Fransson (red.), Marknaden – saklig grund för lönesättning? Nordstedt, 2007

[10] Diskrimineringsnemda 42/2009

[11] Faglig voldgiftskendelse af 19. marts 1996 Royal Copenhagen. Om kendelsens argumentation se Byrial Bjørst, afsnit 9.7.

[12] Opmandskendelse af 9. april 1997 afsagt af højesteretsdommer Per Sørensen i sag mellem Restaurations- og Bryggeriarbejderforbundet, Gastronomerne mod Hotel- Restaurant- & Turisterhvervets Arbejdsgiverforening for De Danske Færgerestauranter, Helsingør/Helsingborg-overfarten.

I de nordiske lande har de dømmende organer i princippet anerkendt, at der kan foretages sådanne sammenligninger. Men der er ført få sager, og med undtagelse af den norske sammenligning af ledere, så har klagerne ikke vundet nogen af sagerne. I de nordiske lande er kollektive overenskomster dominerende, når det gælder reguleringen af løn og ansættelsesvilkår. Både arbejdsmarkedets parter og dommere har en stor respekt for reguleringsformen og deler holdningen om, at hvad man ikke kan nå ved forhandlingsbordet ikke skal kunne opnås ved sagsanlæg.[13] I dag indeholder de fleste overenskomster ikke faste lønsatser, men alene regler om hvordan lønningerne skal fastsættes. Ikke desto mindre bygger overenskomsterne på en forståelse af de enkelte fags lønniveauer. En sag om ligeløn for arbejde af samme værdi, hvor sammenligningen går på tværs af faggrænser, vil fremstå som et direkte angreb på lønfastsættelsen i overenskomsterne. Mange fagforeninger vil være tilbageholdende med at tage et sådant skridt, og dommere vil være endnu mere tilbageholdende med at ændre overenskomsters lønniveauer.[14]

LIGELØN FOR ARBEJDE AF SAMME VÆRDI – MANGLENDE POLITISK ACCEPT

På det politiske plan er retten til ligeløn for arbejde af samme værdi heller ikke alment accepteret. Dette illustreres fint ved, at når politikere taler om ligeløn, så nævner de normalt ikke arbejde af samme værdi, men nøjes med at tale om ligeløn for samme arbejde.

"Kvinder og mænd skal selvfølgelig have lige løn for lige arbejde. Det opnår vi ved at arbejde sammen med virksomhederne og give dem de konkrete og praktiske værktøjer, der skal til. Der skal ikke være nogen undskyldning for ikke at give lige løn for det samme arbejde," Udtalte ligestillingsminister Eva Kjer Hansen den 12. januar 2007, da regeringen lancerede forslaget til nye regler om lønstatistik.

Et andet godt eksempel er Claus Hjort Frederiksens udtalelse da lønkommissionens rapport blev offentliggjort: *"Ligelønsloven overholdes. Kvinder og mænd får samme løn for samme arbejde i den offentlige sektor. Men redegørelsen viser samtidig, at mænd og kvinder vælger at arbejde inden for forskellige fag. Det er en generel strukturel problemstilling, der gælder hele arbejdsmarkedet."* Claus Hjort nævner ikke retten til ligeløn for arbejde af samme værdi, og han forholder sig ikke til, at denne regel kunne have som konsekvens, at visse kvindefag i det offentlige skulle have højere løn, således at kvindernes valg af fag ikke medførte et løngab.

En af lønkommissionens opgaver lød som følger: *"Undersøge, om der i forhold til ligelønsloven er problemer med ligeløn på det offentlige område."* Med den opgave ligger det lige for at kortlægge kvinde- og mandsdominerede grupper i det offentlige. Finde ud af, hvilke grupper, der udfører arbejde af samme værdi, og så se, om der er en lønforskel, samt om den kan forklares med andre begrundelser end køn. Kapitlet om ligeløn i kommissionens rapport fik da også overskriften: Ligelønsloven og arbejde af samme værdi. Ligelønsspørgsmålet havde sin egen undergruppe til kommissionen. Der fremførte bl.a. LO forslag om at foretage sammenligninger ved hjælp af et kønsneutralt jobvurderingssystem, der var udviklet og anvendt af den svenske Jämställdhetsombudsmann.[15] Den nødvendige ekspertise var tilgængelig. Forslaget blev imidlertid aldrig ført ud i livet. I rapporten anføres det lakonisk:

"Det har været drøftet, om vurderingen af arbejdets værdi skulle tage udgangspunkt i et jobvurderingssystem eller en metode, der kendes fra sådanne systemer. Der har imidlertid ikke været generel tilslutning hertil i Lønkommissionen."[16]

---

[13] Lena Svenaeus, Konsten att upprätthålla löneskillnader mellan kvinnor och män, Lund University, 2017 s 322 ff.

[14] Barnmorske og Danderydmålet blev ikke ført af de to klageres fagforeninger, men derimod af Jämställdhetsombudsmannen

[15] Analys Lönelots

[16] Lønkommissionens redegørelse løn, køn, uddannelse og fleksibilitet bind 1, s 336

Lønkommissionen havde direkte til opgave at undersøge, om ligelønsloven var overholdt for kvindedominerede grupper i det offentlige. I redegørelsen formuleres det som følger:

"Anden del af Lønkommissionens undersøgelse i relation til ligeløn har været at afdække, om der inden for hver af de tre offentlige sektorer findes overenskomster eller lønaftaler, der dækker identiske arbejdsopgaver eller arbejdsopgaver af samme værdi, og i givet fald, om der er forskel i lønvilkårene."

Opgaven var klar. Værktøjerne var til rådighed. Men man veg tilbage. Også dette eksempel tjener til en fin illustration af den stærke modstand, der er mod, at retten til ligeløn for arbejde af samme værdi skal medføre ændringer i kvinde- og mandsdominerede gruppers aflønning. Vel er retten (efter en del modstand) skrevet ind i ligelønsloven, men den er aldrig accepteret af arbejdsgiverne. Blandt politikere er der stor skepsis og selv i lønmodtagerorganisationer møder retten modstand.

Men var det ikke lønkommissionens konklusion, at ligelønsloven overholdes i det offentlige? Det fremgår jo af citatet fra Claus Hjort Frederiksen ovenfor.

Lønkommissionen foretog en gennemgang af de kendte ligelønssager på det offentlige arbejdsmarked. På den baggrund konkluderede kommissionen:

"Samtlige ligelønssager på det offentlige område omfatter ufaglærte eller kortuddannede personalegrupper.

De få ligelønssager, der er rejst eller forhandlet mellem parterne på det offentlige arbejdsmarked, indikerer ikke, at der er problemer med overholdelse af ligelønsloven på det offentlige område."

Der er jo ikke noget i vejen med den konklusion. Men at påstå, at Lønkommissionen dermed har konkluderet, at ligelønsloven overholdes i det offentlige, svarer til at stå to meter ude på isen i Kalvehave og hævde, at fordi den har holdt så langt, så vil den også holde hele vejen hen over Bøgestrømmen til Lindholm. Undersøgelsen og konklusionen udelukker ikke, at der er kvinder, der får mindre i løn end mænd for samme arbejde, men som ikke har rejst en sag, fordi hun ikke er bekendt med de mandlige kollegers løn. Konklusionen siger heller ikke noget om, hvorvidt der er uafdækkede problemer i relation til arbejde af samme værdi. De overfladiske undersøgelser, som kommissionen trods alt foretog, indicerer tværtimod, at der er et problem. Kommissionens sammenligninger af lønninger for kvinde- og mandedominerede grupper giver et generelt billede af, at de kvindelige grupper er dårligere betalt for arbejde, der umiddelbart ser ud til at være ligeværdigt. Kommissionen anførte:

"Der tegner sig således en tendens til, at de udvalgte grupper, der arbejder inden for det tekniske område, og som har en overvægt af mænd, aflønnes højere end de udvalgte grupper, der arbejder inden for omsorgsrelaterede fag, og som har en overvægt af kvinder. Tendensen ses tydeligst i sammenligningerne blandt grupperne med en mellemlang videregående uddannelse."

LIGELØNSSTATISTIKKER

Ligelønslovens bestemmelse om lønstatistik har været under nærmest konstant omformning, siden den blev introduceret i 2007. Den nuværende bestemmelse pålægger arbejdsgivere med mindst 35 ansatte at udarbejde en årlig kønsopdelt lønstatistik. Virksomheden modtager en statistik fra Danmarks Statistik eller den arbejdsgiverorganisation, som de måtte være medlem af. Virksomhederne behøver således ikke selv at lave statistikken. Statistikken viser lønforskellen mellem mænd og kvinder, hvis lønninger er indberettet efter samme DISCO-kode. DISCO er en statistiks fagklassifikation. Lønforskellen vises kun, hvis mindst 10 mænd og 10 kvinder er indberettet efter samme kode.

Formålet med statistikken er at fremme arbejdet med at reducere eventuelle lønforskelle. Ordningen lider imidlertid af flere væsentlige mangler. For det

første forpligter ligelønsloven ikke virksomhederne til at vise statistikkerne til lønmodtagerne. En sådan pligt kan dog følge af samarbejdsaftalen eller Lov om information og høring af lønmodtagere. Hvis en virksomhed uden overenskomst vurderer, at en ligelønsstatistik ikke indeholder oplysninger om forhold af væsentlig betydning for de ansatte, så kan virksomheden vælge ikke at vise lønmodtagerne statistikken.

For det andet viser statistikken kun tal, hvis mindst 10 kvinder og 10 mænd udfører arbejde, der er indrapporteret under samme DISCOkode. Grundet det kønsopdelte arbejdsmarked vil det rigtigt hyppigt forholde sig således, at der ikke er *både* 10 mænd og 10 kvinder under samme DISCOkode. For disse grupper vil statistikken altså være ubrugelig.

For det tredje er det ikke obligatorisk at anvende et kønsneutralt lønbegreb i statistikken. Statistikkerne fra Danmarks Statistik har et kønsneutralt lønbegreb – standardberegnet timefortjeneste. Men virksomheden kan også selv udarbejde en statistik eksempelvis ved hjælp af arbejdsgiverforeningens værktøjer, og i den anvende ikke kønsneutrale lønbegreber som for eksempel løn pr. præsteret time. En sådan statistik vil danne et misvisende grundlag for en diskussion om ligeløn.

Endelig anvender statistikkerne indekstal. Det betyder, at de ikke kan anvendes til at sammenligne forskelligartede men ligeværdige job. Også på dette punkt slår den manglende accept af retten til ligeløn for arbejde af samme værdi igennem.

En undersøgelse fra SFI konstaterede i 2011, at kun en tredjedel af de omfattede virksomheder overholdt statistikreglen.[17] Kun 15% af disse virksomheder mente, at statistikkerne havde bibragt dem ny viden. På baggrund af SFI-undersøgelsen må det konkluderes, at statistikbestemmelsen næppe har stor betydning for udviklingen i løngab og ligeløn. Den efterfølgende udvikling eller mangel på samme giver ikke grundlag for en anden konklusion i 2019.[18]

I de over 10 år, der er blevet lavet ligelønsstatistikker, har disse ikke spillet nogen bemærkelsesværdig rolle i arbejdet med ligeløn. Hvis ordningen skal fungere som andet end facadepynt overfor omverdenen, vil det være nødvendigt at forbedre bestemmelsen væsentligt. Følgende bør gennemføres: Gruppestørrelsen skal sættes ned, så statistikken viser tal allerede, når der er 3 mænd og tre kvinder under samme DISKOkode. Arbejdstagerne skal have en ubetinget ret til at få statistikkerne udleveret. Statistikkerne skal udarbejdes med et kønsneutralt lønbegreb. Endelig skal lønningerne angives i absolutte tal, så det bliver muligt at sammenligne arbejde af samme værdi. Alternativt kan anvendes samme indekstal for alle ansatte på virksomheden.

AKTIVT LIGELØNSARBEJDE - ERFARINGER FRA ONTARIO I CANADA

Løngabet lukker sig kun langsomt. Selv 40 år efter vedtagelsen har ligelønsloven ikke fået fuldt gennemslag. Det kalder på handling. Kunne man med en ekstraordinær indsats sikre, at ligelønsloven respekteres og lukke løngabet med nogle procenter? Det har været forsøgt, lad os tage et nærmere kik på det.

---

[17] SFI 11:48, Kønsopdelt lønstatistik og redegørelse om lige løn

[18] Kravet om 10 mænd og 10 kvinder indenfor samme DISCOkode medfører, at statistikkerne kun sjældent vil vise tale før antallet af ansatte er langt over 35. Hertil kommer, at kendskabet til loven og konkret brug af statistikkerne er meget begrænset på mindre virksomheder. Dette og andre forhold fører til, at det er svært være sikker på forbindelsen mellem statistikbestemmelsen og den effekt som følgende artikel har konstateret: Morten Bennedsen m.fl. Do Firms Respond to gender pay gap transparency?, november 2018

I 1987 vedtog provinsstyret i Ontario et regelsæt, der en gang for alle skulle genemføre ligelønnen.[19] De største virksomheder skulle gennemføre ligeløn inden 1990. I de følgende år blev reglerne rullet ud helt ned til virksomheder med 10 ansatte. Reglerne indebærer en aktiv pligt til at indføre ligeløn for arbejde af samme værdi. Retten til ligeløn for samme arbejde er reguleret af andre regelsæt. Disse indeholder ikke en pligt til aktivt ligelønsarbejde.[20]

Systemets grundstruktur har været den samme siden 1990. Arbejdsfunktionerne på arbejdspladsen findes. Der laves jobbeskrivelser. De enkelte job vurderes ud fra de krav jobbet stiller til den, der udfører det. Arbejdsgiver er fri til at vælge vurderingssystem, når blot vurderingen er kønsneutral. Vurderingen tager typisk udgangspunkt i hvilke krav, jobbet stiller ud fra følgende kriterier: kvalifikationer, belastning, ansvar, arbejdsvilkår.[21] På små virksomheder vil vurderingen typisk ske ved at samtlige job sammenlignes. På større virksomheder er det mere hensigtsmæssigt at give hvert job point, hvorefter jobbenes pointsum sammenlignes.

De kvindedominerede jobklasser findes. De defineres som grupper med mere end 60 % kvinder. De mandsdominerede jobklasser findes. De defineres som grupper med mere end 70 % mænd. Herefter konstateres det, om der er kvindedominerede jobklasser, der får lavere løn end mandsdominerede jobklasser, som har samme eller lavere værdi. Er det tilfældet undersøges det, om lønforskellen kan forklares i andre forhold end køn. Loven tillader, at lønforskellen kan være begrundet i: 1. et anciennitetsbaseret lønsystem, 2. Medarbejdere under uddannelse, 3. Et ydelsesafhængigt lønsystem, 4. Rødcirkling[22] og 5. Mangel på arbejdskraft.

Hvis lønforskellen ikke kan forklares med de fem forklaringsmuligheder, skal lønnen for den underbetalt gruppe korrigeres.

Loven indeholder endvidere en række bemærkelsesværdige bestemmelser:

- Loven indeholder regler for, hvorledes arbejdstagere inddrages i arbejdet.
- Den giver mulighed for begrænsning af sammenligninger til en enkelt overenskomsts område.
- I tilfælde, hvor der ikke er en mandlig sammenligningsgruppe, der udfører arbejde af samme værdi, har den kvindelige gruppe krav på proportional løn i forhold til en anden mandlig sammenligningsgruppe.
- Hvor en kvindegruppe ikke kan finde en sammenligningsgruppe hos samme offentlige arbejdsgiver, kan der foretages sammenligning med en mandegruppe hos en anden offentlig arbejdsgiver.

Ontarios systematiske ligelønsarbejde var og er epokegørende. Det er blevet beundret verden over. Det er naturligt at stille spørgsmålet, hvordan har det fungeret?

Loven fylder over 25 tæt skrevne sider. Den er svær at følge, og rettelser til den oprindelige lov har kun øget kompleksiteten. Gunderson og Lanoie påpeger, at kompleksiteten risikerer at medføre, at arbejdsgivere opgiver at overholde lovgivningen. Arbejdsgivers velvilje og midlerne til ligeløn risiker-

[19] Quebec vedtog en lignende lovgivning i 1994. Quebecs lovgivning har samme hovedprincipper som Ontarios. Da det ikke hidtil er lykkedes mig at finde materiale, der belyser effekten af Quebecs lovgivning, foretager jeg ikke en nærmere gennemgang i denne oversigtsartikel.

[20] Employment Standards Act & Ontario's Human Rights Code.

[21] En grundig beskrivelse af hvorledes kønsneutral jobvurdering findes i: Ligeløn for lige arbejde uanset køn, ILO, 2008

[22] Om rødcikrling se Byrial Bjørst s. 459 ff.

er at blive ædt op af udgifter til administration. Samtidig er det svært at se præcist, hvilken indflydelse lovgivningen har haft på løngabet.[23] En undersøgelse har forsøgt at sammenligne med et syntetisk Ontario sammensat af økonomiske oplysninger fra andre Canadiske stater. Det konkluderedes, at reglerne ikke har haft målbar effekt på løngabet.[24] En anden undersøgelse viser en beskeden effekt hos kontoransatte kvinder samt kvinder på større ikke-overenskomstdækkede virksomheder.[25] En årsag kan være, at de små virksomheder kun i stærkt begrænset omfang har forsøgt at leve op til lovgivningen. En undersøgelse viste, at blandt private virksomheder med 10-19 ansatte var det kun 12 %, der havde gennemført processen. Hertil kommer, at et antal af små arbejdsgivere vil have svært ved at gennemføre sammenligningen, fordi de mangler mandlige sammenligningspersoner.[26]

Pay Equity Commission har i de senere år opgjort de resultater af loven, som de kender til. I årene 2012-2018 er der gennemsnitligt foretaget 1.550 årlige korrektioner til en samlet værdi af cirka 23 mio kr. pr. år.[27] Ved besøg hos kommissionen fik jeg oplyst, at loven har været en anvendt i en række tilfælde, hvor kvindedominerede grupper i den offentlige og navnlig i den semioffentlige sektor blev betalt mindre end ligeværdige mandsdominerede grupper.

AKTIVT LIGELØNSARBEJDE - ERFARINGER FRA SVERIGE

I Sverige indeholdt den første ligestillingslov fra 1979 et krav om, at arbejdsgivere skulle udføre et målrettet arbejde for at fremme ligestillingen.[28] I 1994 indførtes et krav om, at arbejdsgivere med ned til 10 ansatte skulle lave årlige lønkortlægninger. I år 2000 blev kravene strammet væsentligt op. Alle arbejdsgivere blev forpligtet til aktivt ligestillingsarbejde. Arbejdsgivere med mindst 10 ansatte blev forpligtet til at lave årlige planer for ligestillede lønninger: Arbejdsgiveren skulle kortlægge og analysere lønforskelle mellem mænd og kvinder, der udfører samme eller ligeværdigt arbejde. Arbejdet skulle resultere i en handlingsplan, hvor arbejdsgiver redegjorde for resultaterne af kortlægningen og analysen, samt hvilke lønjusteringer, der som følge heraf skulle foretages indenfor de næste 3 år. Arbejdstagere og arbejdsgivere skulle samarbejde omkring ligestillingsarbejdet, og arbejdsgiveren var forpligtet til at udlevere oplysninger til arbejdstagerrepræsentanterne, så de kunne deltage i arbejdet.

2000-loven var kraftigt inspireret af reglerne fra Ontario og Quebec, og indeholdt samme hovedprincipper. Dog omhandlede den svenske lov både ligeløn for samme arbejde og ligeløn for arbejde af samme værdi. Lovene fra 1979 og 1994 var kun blevet efterlevet i begrænset omfang. Med loven fra år 2000 var lovgiver opsat på, at nu skulle det sikres, at det aktive ligestillingsarbejde rent faktisk skete. I årerne 2006-08 foretog Jämställdhetsombudsmannen (JÄMO) sin såkaldte miljongranskning. Man indkaldte ligestillingsplanerne for 568 arbejdsgivere med i alt 750.000 ansatte. Planer berørende 703.000 ansatte blev gennemgået. Ifølge planerne havde 5.246 ansatte fået korrigeret deres lønninger heraf mellem fire og fem tusinde kvinder. Hvis det antages, at cirka halvdelen af de 703.000 var kvinder, betyder det, at cirka 1,3% af kvinderne i undersøgelsen har fået en lønforhøjelse. Den gennemsnitlige lønforhøjelse var på 1.120 SEK pr. måned.

---

[23] Morley Gunderson & Paul Lanoie, Program Evaluation Criteria Applied to Pay Equity in Ontario, Montréal, 1999, Morley Gunderson, The Evolution and Mechanics of Pay Equity in Ontario, Canadian Public Policy, 2002. Der ses heller ikke nogen tydelig effekt af reglerne i Graferne i appendix 3 til Final Report and Recommendations of the Gender Wage Gap Strategy Steering Committee, 2016

[24] Judith A. MacDonald & Robert Thorton, "Coercive cooperation"? Ontario's pay equity act of 1988 and the gender pay gap, Contemporary Economic Policy, 2015

[25] Michael Baker & Nicole Fortin, Comparable worth in a decentralized labour market: the case of Ontario, 2004

[26] Baker & Fortin

[27] Pay Equity Commission Annual Report 2017-2018, s. 14.

[28] For en oversigt over den svenske udvikling se Byrial Bjørst, kapitel 5 og Susanne Fransson og Eberhard Stüber, Diskrimineringslagen, anden udgave (med tillæg), Nordstedt, 2015

70 % af forhøjelserne vedrørte samme arbejde, mens 30 % vedrørte arbejde af samme værdi. Det er ikke muligt at måle en effekt på løngabet af 2000-loven. I perioden 2009-2016 skulle lønkortlægningen kun foretages hvert tredje år og kun af virksomheder med mindst 25 ansatte, i 2017 blev reglerne strammet op på en række punkter. JÄMO og den efterfølgende diskrimineringsombudsmannen har ikke gentaget miljongranskningen. I 2018 igangsatte den svenske regering en undersøgelse af, hvilke tiltag der skal til for at sikre, at bestemmelserne om aktivt ligestillingsarbejde efterleves. Regeringen bemærkede i den forbindelse: "*Trots att diskriminering på grund av kön är förbjuden och att det finns tydliga krav på arbetsgivare att genomföra löne-kartläggning i syfte att upptäcka, åtgärda och förhindra osakliga löneskillnader i diskrimineringslagen finns det tecken på att lagen inte följs i tillräckligt hög grad.*"[29]

ISLAND – STANDARD FOR LIGELØN

I 2008 vedtog det islandske alting, at der skulle udarbejdes en standard for ligeløn. Standarden blev til i regi af Islandsk Standard (IS) ved trepartsforhandlinger mellem islandsk FH & DA samt Ministeriet for velfærd. I en følgegruppe sad andre organisationer på arbejdsmarkedet samt en repræsentant for ligestillingscentret. Standarden blev udarbejdet på baggrund af en ISO-standard for miljøarbejde. Det er første gang, at aktivt ligelønsarbejde beskrives i en sådan ramme. Til at starte med var standarden frivillig. Ikke overraskende var det meget få virksomheder, der valgte at implementere den. Derfor besluttede Altinget i 2017, at standarden skulle være lovpligtig for alle virksomheder med ned til 25 ansatte. Virksomheder med over 250 ansatte skulle have gennemført standarden i 2018. De andre virksomheder skulle følge efter, så de mindste havde gennemført ved udgangen af 2021. I efteråret 2018 er fristen for gennemførelse dog blev skubbet med 1 år for alle virksomheder.

ISO-systemet sætter rammen om standarden. Standarden er som andre ISO-standarder tænkt som en gentagende proces: Etablere, dokumentere, gennemføre, opretholde og forbedre.

Processen opstartes ved at ledelsen vedtager en ligelønspolitik. Ud over nævnte fire procespunkter skal politikken inkludere en beslutning om forsat forbedring og en beslutning om at overholde ligelønsloven. Et medlem af topledelsen har ansvaret for processens gennemførelse. Organisationen informeres om lovgivningen, der udformes ligelønsmål, alle med ansvar for løn uddannes. Ligelønssystemet dokumenteres og kontrolleres. Systemet kommunikeres til personer med indflydelse på lønfastsættelse og andre medarbejdere. Analysen foretages og rettelser iværksættes.

Virksomheden beslutter kriterier for jobklassifikation, der gennemføres en jobklassifikationsproces. Virksomheden beslutter system og fremgangsmåde. Standarden indeholder eksempler på processer. Disse eksempler ligner, hvad der kendes fra Canada og Sverige. Lønnen for de enkelte job fastsættes, og der fastlægges principper for, hvorledes personlige faktorer inddrages i lønfastsættelsen.

Medarbejderne og disse repræsentanter tildeles ikke nogen rolle i processen, hverken i forbindelse med de beslutninger der tages, i forbindelse med beskrivelsen af de enkelte job eller i forbindelse med analysen og beslutninger om lønkorrektioner.

Når processen er gennemført, informeres medarbejderne om de kønsbestemte lønforskelle indenfor de enkelte jobklasser, medmindre det giver problemer i relation til medarbejderes privatliv. Standarden pålægger ikke at informere medarbejderne om lønforskelle mellem jobklasser af samme værdi og pålægger ej heller at informere om lønforskelle indenfor jobklasser, når virksomheden vurderer, at de ikke har sammenhæng med køn.

Virksomhedens ligelønssystem og en rapport om implementeringen sendes til Islandsk Standard, der gennemgår materialet, og giver certifikat på at stan-

[29] Kommittédirektiv: En effektiv och ändamålsenlig tillsyn över diskrimineringslagen, dir. 2018:99

darden er overholdt. IS sender en kopi af certifikatet og en rapport om gennemgangen af virksomhedens ligelønssystem og implementering til ligestillingscentret. IS informere også, hvis det ikke er lykkedes virksomhed at få certifikat. Loven åbner mulighed for, at arbejdsmarkedets parter kan aftale, at små virksomheder kan vælge, at lade en fagforening foretage gennemgangen af materiale i stedet for IS.

Virksomheder skal gennemføre processen hvert tredje år for at bevare certifikat.

STYRKER OG SVAGHEDER VED DET ISLANDSKE SYSTEM

Det islandske system har en række styrker: For eksempel kan systemet medvirke til, at lønfastsættelsen systematiseres i de berørte virksomheder. Forankringen i topledelsen kan sikre at systemet implementeres. Systemet sikrer, at kernemedarbejdere får undervisning i ligeløn. I de tilfælde, hvor virksomheder i forvejen anvender ISO eller IS standarder, da kommer ligelønsarbejdet ind i en fast og kendt ramme. Certificeringen overvåges af IS.

Det islandske system har imidlertid også en række klare svagheder: Når man sikrer overholdelse af en miljøstandard, så foretager man målinger af fysiske forhold og bearbejder disse data via en naturvidenskabelig proces. Hvis prøverne er taget rigtigt og maskinerne korrekt kaliberet, så opnår man klare og uomtvistelige resultater. Arbejdet med ligeløn er anderledes. Medarbejderne sidder med en afgørende viden. Når et job beskrives, så er det kun muligt at få alle aspekter med, hvis den person, der udfører jobbet, deltager i processen. Ved vurderingen af jobbets værdi, sidder medarbejderne med en vigtig viden om, de krav jobbet stiller. Ved analysen af eventuelle forklaringen på lønforskelle har medarbejderne vigtig viden om, hvorvidt de enkelte forklaringer holder i virkeligheden. Uden al relevant viden og en nøje tilrettelagt proces, så risikerer selv den mest ambitiøse arbejdsgiver ikke at opdage overtrædelser af ligelønsloven på virksomheden.[30]

En ligelønsproces kan medføre forandringer. Hvis det besluttes at lave lønkorrektioner, vil de kunne opfattes som en kritik af den hidtidige lønfastsættelse – (*hvem har lyst til at være ham eller den virksomhed, der har diskrimineret?*) Korrektioner vil også medføre udgifter for virksomheden. Endelig kan processen medføre, at nogle grupper (typisk mandsdominerede) fremadrettet vil få lavere lønforhøjelser. Alle disse forhold medfører, at ligelønsprocessen vil møde modstand fra nogle måske endog alle sider. Denne modstand vil tage form af et udtalt ønske om at bevare status quo. Modstand kan overkommes af en ambitiøs ledelse (hvis den har fået den fornødne viden fra medarbejderne). Men hvis ledelsen ikke er meget ambitiøs, så vil det også være nødvendigt, at de grupper, der kan vinde noget ved processen, gives mulighed for at deltage aktivt i den. De skal have mulighed for at udfordre det eksisterende.

ILO samt svenske og norske betænkninger har gentagende gange har anbefalet af de berørte medarbejdere og medarbejderrepræsentanter inddrages i hele ligelønsprocessen.[31] I Ontario og Quebec inddrages medarbejderne på de større virksomheder, og i det svenske system er medarbejderinddragelse et centralt element.

Det islandske system sikrer ikke medinddragelse af de berørte medarbejdere og medarbejderrepræsentanter. Arbejdet med implementeringen risikerer derfor ikke at blive tilført den fornødne viden og vil heller ikke få den fornødne opbakning. Uden den nævnte inddragelse lider systemet af en væsentlig - ja formentlig fatal mangel.

LØNÅBENHED I ENGLAND - EN NY VEJ

Sammen med Canada og USA er England det land, hvor der har været flest sager om ligeløn, herunder

[30] Ikke blot viden med også udvælgelse af grupper kan have væsentlig betydning for det endelige resultat se Diskrimineringsombudsmannens rapport 2016:1, Sakligt motiverad eller koppling til kön?

[31] Se ligeløn for lige arbejde – uanset køn, ILO, 2011 og Byrial Bjørst kapitel 7.2.7

en række sager, der afprøvede grænserne for retten til ligeløn for arbejde af samme værdi. Med det seneste tiltag om lønåbenhed, har man imidlertid valgt at gå en hel anden vej. Engelske virksomheder med mindst 250 ansatte skal hvert år offentliggøre deres løngab på deres egen og en statslig hjemmeside. Der er tale om en simpel indmelding af få tal:

- det gennemsnitlige løngab mellem de mandlige og kvindelige ansatte på virksomheden.
- de mandlige og kvindelige ansattes fordeling på 4 lønkvartiler samt
- oplysninger om, hvor mange i virksomheden, der får bonus og bonussens fordeling på køn.

Få let forståelige oplysninger men tilsyneladende med stor effekt. I forbindelse med den første offentliggørelse i 2008 har medierne dækket løngabet intenst. Men endnu mere positivt er det, at virksomhederne har meldt sig på banen.[32] På mange store virksomheders hjemmesider ligger nu rapporter, der forklarer om virksomhedens løngab og årsagen hertil. Men ikke nok med det. Virksomhederne har iværksat strategier og programmer for at få flere kvinder ind i de fagområder, hvor de er underrepræsenteret, og mål for hvor mange kvinder virksomhederne vil have på de forskellige ledelsesniveauer.

Den engelske direktør for Siemens i England Juergen Maier udtalte eksempelvis: *"Offentliggørelsen af vores løngab mellem kønnene er en god lejlighed til at bruge oplysningerne til at sætte mål, dele bedste fremgangsmåder og måle fremgangen. Hver eneste leder i vores virksomhed stræber efter betydelig forbedring"*.

Ledende partner hos revisionsfirmaet EY udtalte: *"Offentliggørelsen af vores løngab for både køn og etnicitet hjælper os med, at vi har et lige og opretholdt fokus internt på at forbedre målingerne af diversitet. Vi håber også at fremme forandring gennem at opfordre andre virksomheder til at følge samme tilgang. For EY er det kommercielt uomgængeligt og en del af vores forretnings formål at arbejde for en bedre fungerende verden, fremme diversitet og inddragelse i vores egen virksomhed og at bidrage til forandring bredt i samfundet."*

Også danske virksomheder som Mærsk og H+H har udtalt sig positivt om loven i dagbladet Børsen.[33]

Det engelske system er simpelt og billigt. Det stiller stort set ingen krav til virksomhederne. Til gengæld gør det løngabet konkret for ansatte, offentligheden og virksomhederne.

Når løngabet er konkret og offentligt, så er det lettere for de ansatte at tage det op til diskussion internt. Virksomheden vil have en anledning til selv at overveje sine politikker og mål. Endelig vil den årlige indrapportering gøre det muligt for de ansatte og offentligheden at følge med i udviklingen i gabet og tage det til debat. Løngabsrapporteringen kan være det lille puf, der både har evnen til at sætte gang i og opretholde arbejdet for ligestilling på arbejdsmarkedet.

Det engelske system medfører ikke i sig selv, at konkrete medarbejdere får lønforhøjelser, men tilsyneladende sætter det positive processer i gang i de berørte virksomheder. Disse processer berører kun i begrænset omfang den juridiske ret til ligeløn. I stedet iværksætter virksomhederne arbejde med, hvorledes man rekrutterer medarbejdere, hvordan man får flere kvinder ind i mandefag, hvordan man får forældrene til at tage et mere ligeligt udtag af barselsorlov og hvordan man sikre stærkere karrierer for kvindelige medarbejdere.

Det er også værd at bemærke, at da regeringen i Ontario ønskede at gøre mere for ligelønnen i 2018 foretog den ikke en opstramning af den eksisterende lovgivning, men indførte i stedet en lov-

[32] Se også IPPR, the Institute for Public Policy Research, How transparency can help tackle inequalities, 2018

[33] Børsen 5. April 2018

givning om lønåbenhed af samme karakter som den engelske.[34]

DISKUSSION OG SAMMENFATNING

Det er en forjættende tanke at igangsætte en aktiv ligelønsproces på virksomheder og derigennem gennemføre ligelønnen en gang for alle. De lande, der har prøvet, har dog blandede erfaringer. Man kan pålægge virksomhederne at arbejde aktivt med ligeløn ved lov, men kun hvis der lægges et betydeligt kontrolpres på virksomhederne, bliver arbejdet gennemført.

Hvis den aktive ligelønsproces skal ende i et retvisende resultat, der kan danne grundlag for forandringer, skal der gennemføres en omhyggelig proces, hvor de berørte medarbejdere og disses repræsentanter deltager oplyst og aktivt og på alle niveauer. Det er f.ek.s ikke tilfældet med den islandske model

Heller ikke en velgennemført aktiv ligelønsproces efter svensk forbillede må forventes at have en væsentlig effekt i Danmark. Kun få kvinder vil opleve at få deres lønninger korrigeret. Det vil næppe være muligt at måle resultatet af processen på den generelle løngab. Processen vil være dyr at gennemføre og forudsætte betydeligt pres fra myndighedernes side. Det forekommer dog sandsynligt, at virksomhederne på den lange bane kan få gavn af, at den aktive ligelønsproces fremmer et mere systematisk arbejde med lønfastsættelsen.

Som beskrevet nyder retten til ligeløn for arbejde af samme værdi kun stærkt begrænset opbakning blandt arbejdsmarkedets parter, dommere og politikere. Der skal meget til, for at en aktiv ligelønsproces vil medføre ikke blot korrektioner vedrørende samme arbejde men også korrektioner for arbejde af samme værdi. Grundet modstanden forekommer det usandsynligt, at der vil ske korrektioner for så vidt angår større kvindegrupper.

Lønåbenhed og forbedrede statistikker synes at være den mest farbare vej. Ovenfor nævnes de forbedringer, der skal til, før den danske statistikbestemmelse kan medføre en reel forbedring af lønåbenheden og dermed føre til fremgang i ligelønsarbejdet på virksomhederne.

Herudover kan man lade sig inspirere af det engelske system: Det er billigt og let forståeligt. Virksomhedernes løngab kan ikke blot kontrolleres af medarbejderne men også af potentielle ansatte, medier og interessegrupper. Den årlige offentliggørelse sikrer indsigt i både løngabets størrelse og dets udviklingen. De første erfaringer tyder på, at systemet har foranlediget virksomheder til at arbejde med ligestilling på flere niveauer, og har potentiale til at lukke løngabet med flere procent end det er lykkedes med aktivt ligelønsarbejde i andre lande.

[34] An Act respecting transparency of pay in employment, 7. Maj 2018

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!

HR JURA
CVR.NR. 34379866

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

GODTGØRELSE OG UDMÅLINGSPRINCIPPER I LOV OM GENNEMFØRELSE AF DELE AF ARBJEDSTIDSDIREKTIVET, FORTOLKNING AF UFR 2018.763 H

RUNE ASMUSSEN
ADVOKAT (H)

Artiklen kommer med bud på svar, på nogle af de spørgsmål præmisserne i UfR 2018.763 H rejser. Højesteret nævner flere forskellige skærpende omstændigheder og opdeler disse i 3 sætninger, og artiklens hovedpointe er, at det afgørende for fastsættelse af godtgørelsesniveauet er, om faktum falder ind under en eller under flere af de forhold, der er nævnt i hver af disse 3 sætninger. Artiklen er skrevet af Rune Asmussen, advokat i LO, der repræsenterede arbejdstager i sagen.

INDLEDNING

UfR 2018.763 H faldt på et tørt sted. Dommen fastsatte godtgørelsesniveauer og udmålingsprincipper i det tilfælde, hvor arbejdstager har erlagt arbejde i mere end 48 timer om ugen i gennemsnit set henover en periode på 4 måneder. Hidtidig retspraksis var ganske arbitrær både i forhold til godtgørelsesniveauet og udmålingsprincipper.

Selv om en del står ganske meget klarere efter Højesterets dom, er der imidlertid fortsat uafklarede spørgsmål. Denne artikel behandler nogle af disse uafklarede spørgsmål ved at fortolke præmisserne i UfR 2018.763 H.

I et forsøg på at operationalisere retsanvendelsen af dommens præmisser og for at simplificere de pointer artiklen kommer frem til, er de forskellige skærpende og formildende omstændigheder med tilhørende godtgørelsesniveau sat på formel. For nogle vil denne fremgangsmåde gøre problemstillingerne og pointerne i analysen nemmere at overskue, mens det for andre vil være nemmere blot at læse teksten i stedet.

BAGGRUND

Lov om gennemførelse af dele af arbejdstidsdirektivet (direktiv 2003/88) har til formål at sikre arbejdstagernes sikkerhed og sundhed.[1] I denne artikel fokuseres på fortolkning af lovens § 8 udelukkende set i lyset af UfR 2018.763 H.

> ***§ 4.*** *Den gennemsnitlige arbejdstid i løbet af en syvdagesperiode beregnet over en periode på 4 måneder må ikke overstige 48 timer inkl. overarbejde. Perioder med årlig betalt ferie og perioder med sygeorlov medtages ikke i eller er neutrale i forhold til beregningen af gennemsnittet.*

[1] Direktivets art. 1, stk. 1.

> ***§ 8.*** *En lønmodtager, hvis rettigheder i henhold til denne lov er krænket, kan tilkendes en godtgørelse.*
>
> *Stk. 2. Afskediges en lønmodtager, fordi denne har rejst krav i henhold til denne lov, skal arbejdsgiveren betale en godtgørelse.*

Som det ses af lovteksten beskytter lovgivningen arbejdstager mod at arbejde mere end 48 timer i gennemsnit set henover en periode på 4 måneder, som kaldes referenceperioden.[2] Ved overtrædelse kan arbejdstager tilkendes en godtgørelse af arbejdsgiver.[3]

Lovens ordlyd (og forarbejder) siger intet om godtgørelsens størrelse eller om hvilke udmålingsprincipper der måtte finde anvendelse.

Inden UfR 2018.763 H var der ganske stor usikkerhed om godtgørelsens størrelse efter § 8, og ikke mindst hvilke kriterier der kunne indgå som henholdsvis skærpende eller formildende omstændigheder ved fastsættelse af godtgørelsen, og hvorledes disse kriterier skulle vægtes.

Inden Højesterets afgørelse var der afsagt mindst 12 afgørelser (5 afgørelser fra landsretterne, 6 upåankede afgørelser fra byretterne og 1 afgørelse i fagretligt regi[4]), hvor der blev tildelt godtgørelse. Derudover findes der en del afgørelser, hvor loven er blevet påberåbt af arbejdstager, men hvor det ikke lykkedes for arbejdstagersiden at løfte bevisbyrden for, at det tilstrækkelige antal timer var erlagt i referenceperioden, hvorfor loven konkret ikke var overtrådt.

Af de 12 afgørelser fremgik det, at godtgørelsesniveauet for overtrædelse lå mellem 12.500 kr. og op til lidt over 184.000 kr., og at kriterierne for fastsættelse af godtgørelsen på ingen måde lå fast. Denne historik er det efter højesterets dom ikke relevant at gå nærmere ind i, men derimod er det interessant at analysere, hvad der nærmere ligger i Højesterets præmisser. Med afgørelsen fastlagde Højesteret ikke kun godtgørelsesniveauet, men ligesom i UfR 2011.805 H (der vedrørte godtgørelsesniveau og udmålingsprincipper efter ansættelsesbevisloven) fastsatte Højesteret udmålingsprincipper for fastsættelsen af godtgørelsens størrelse.[5] Disse kriterier, som Højesteret inddeler i formildende og skærpende omstændigheder, vil blive analyseret med henblik på operationelt at kunne fastslå, hvilket godtgørelsesniveau en konkret sag vil ende med fremtidigt.

LIDT OM BEVISBYRDE

Arbejdstagers påstand om at der er erlagt mere end 48 timer kan vise sig at blive et bevismæssigt problem for arbejdstager.[6] Arbejdsgiver påstår ofte, at der ikke er erlagt et så højt antal arbejdstimer, at det er i strid med lovens § 8. Hvis hverken timesedler, arbejdssedler, lønsedler eller andre beviser støtter arbejdstagers påståede antal erlagte arbejdstimer, har det vist sig svært, men ikke umuligt for arbejdstager at løfte bevisbyrden for, at de påståede arbejdstimer reelt er erlagt.

En anden bevisproblematik, der ofte er et tema i disse sager, angår spørgsmålet om, hvorvidt arbejdsgiver har pålagt arbejdstager at erlægge de mange arbejdstimer, eller om de mange arbejdstimer er blevet erlagt efter arbejdstagers eget

---

[2] Referenceperioden i loven er på 4 måneder. Det er således kun ved arbejde over 48 timer pr. uge i gennemsnit inden for en given referenceperiode, at arbejdstager er berettiget til en godtgørelse efter lovens § 8.

[3] I modsætning til alle andre EU-lande, der i stedet for en godtgørelse til arbejdstager arbejder med en bøde til arbejdsgiver fastsat af myndighederne og som betales til myndighederne ved overtrædelse af den nationale lovgivning baseret på direktiv 2003/88.

[4] På DA/LO-området er der indgået hovedaftale om aftale om implementering af dele af direktivet.

[5] UfR 2011.831 H, jf. afsnittet "udmålingsprincipper" i Højesterets præmisser. Det var ønsket om at få en sådan principiel afgørelse med nogle generelle og brugbare kriterier og et mere operationelt godtgørelsesniveau, der fik arbejdstagersiden til at søge om 3. instansbevilling.

[6] En del af disse sager rejses efter ansættelsesforholdet er ophørt. Arbejdstager vil ofte tillige fremsætte krav om efterbetaling af manglende løn for erlagte arbejdstimer.

ønske. Ifølge hidtidig retspraksis har tendensen været, at det har påhvilet arbejdsgiver at påvise, at de mange erlagte arbejdstimer ikke var pålagt arbejdstager af arbejdsgiver.

Som det fremgår af næste afsnit, var disse bevisbyrdeproblemtikker imidlertid ikke en del af sagen i UfR 2018.763 H, idet parterne var enige om faktum.

FAKTUM I SAGEN

UfR 2018.763 H drejede sig om en mand, der var ansat som "fører" (herefter A) af landbrugsmaskiner på en maskinstation, der lejede landbrugsmaskiner ud.

Parterne var enige om følgende faktum: Arbejdstiden var i gennemsnit på årsbasis[7] 50,91 – 53,40 timer pr. uge i perioden januar 2010 – december 2013. Den maksimale arbejdstid i en referenceperiode (på 4 måneder) pr. år i årene 2010 til og med 2013 var på 57,99 og op til 65,48 timer pr. uge i gennemsnit. Der var 32 (fortløbende) referenceperioder (4 måneder) med en arbejdstid på 48 timer i gennemsnit pr. uge set henover de 4 år A var ansat på maskinstationen.

Omfanget af arbejde i sagen både i form af antallet af timer, længden af disse perioder (langt over 4 måneder) og mængden af disse perioder og af referenceperioder (á 4 måneder) var væsentligt højere, end hvad der har været tilfældet i de tidligere nævnte 12 sager, hvor der er blevet tildelt godtgørelse.

I sagen var parterne enige om præcis hvor mange timer, der var erlagt, og at der var sket betaling for hver erlagt arbejdstime. Efter forklaringerne for byretten stod det desuden klart, at A havde påtaget sig de mange timer efter eget ønske. De erlagte arbejdstimer var således ikke blevet A pålagt af maskinstationen.

UfR 2018.763 H var derfor uden de ellers typiske bevismæssige problematikker på dette område, og parterne var enige om, at der skulle betales en godtgørelse. Sagen for Højesteret handlede udelukkende om godtgørelsens størrelse og hvilke udmålingsprincipper, der skulle gælde ved fastsættelsen af denne godtgørelse.

ANALYSE AF AFGØRELSEN

Som forkortelser og med henblik på at kunne opstille præmisserne på formler senere i artiklen anvendes herfra følgende forkortelser; g = godtgørelsesniveau, s = skærpende omstændigheder, f = formildende omstændigheder og tal for at indikere forskellige godtgørelsesniveauer[8], skærpende omstændigheder eller formildende omstændigheder.

Udgangspunktet for godtgørelse, 25.000 kr.

Højesteret fastslog i første præmis følgende omkring udgangspunktet for godtgørelsesniveauet (min tilføjelse i skarp parentes):

> *"Højesteret finder, at godtgørelse i medfør af lovens § 8, stk. 1, ved overtrædelse af lovens § 4 som udgangspunkt bør udmåles til 25.000 kr. [g2], medmindre der er særlige holdepunkter for at gå op eller ned."*

Udgangspunktet er således 25.000 kr. (herefter benævnt g2).

Udover standardgodtgørelsesniveauet på 25.000 kr. (g2) fastslog højesteret, at der kan være tale om formildende omstændigheder, der medfører et godtgørelsesniveau 0-25.000 kr.(g1), skærpende omstændigheder der medfører et godtgørelsesniveau på 25.000-50.000 kr. (g3) eller ganske særlige tilfælde der medfører et godtgørelsesniveau på over 50.000 kr. (g4). Disse 4 godtgørelsesniveauer vil fremadrettet være benævnt g1, g2, g3 og g4.

---

[7] Ikke gennemsnitlig arbejdstid pr. uge på månedsbasis, som ellers er den normale måleenhed, man arbejder med i sager af denne karakter.

[8] Jo højere et tal jo højere godtgørelsesniveau, g1-g4.

Godtgørelsesniveau g3, 25.000-50.000 kr.
Højesteret udtalte følgende (mine tilføjelser i skarpe parenteser):

> *"Skærpende omstændigheder, der taler for at udmåle en godtgørelse på over 25.000 kr. og op til 50.000 kr. [g3], kan f.eks. være, at overskridelsen af 48-timers grænsen har et meget betydeligt omfang [s1a] eller i øvrigt er foregået i flere [s1b] eller længere [s1c] perioder. Det kan også tale for at udmåle en godtgørelse på over 25.000 kr., hvis lønmodtageren har fået pålæg [s2a] om at arbejde ud over 48-timers grænsen, eller arbejdsgiveren har truet med afskedigelse [s2b], hvis lønmodtageren ikke ville udføre sådant arbejde. Det samme gælder, hvis lønmodtageren ikke har fået betaling for overarbejdet [s3]. I ganske særlige tilfælde, f.eks. hvis der foreligger flere forskellige skærpende omstændigheder, kan der udmåles en godtgørelse på over 50.000 kr. [g4]"*

Højesterets præmisser opremser således følgende skærpende omstændigheder, som kan inddeles i kategori 1-3 (som jeg antager er "ligestillede"):

1) Første sætning om skærpende omstændigheder (s1):
   a) Betydeligt omfang (timeantalsmæssigt)
   b) Flere (reference)perioder og/eller
   c) Længere perioder (end 4 måneder)

2) Anden sætning om skærpende omstændigheder (s2):
   a) Pålæg om arbejde udover 48 timer[9] og/eller
   b) Trussel om afskedigelse hvis ikke arbejde udover 48 timer påtages

3) Tredje sætning om skærpende omstændigheder (s3): Manglende betaling af fuld løn[10] for timer udover 48.

Disse præmisser giver to fortolkningsmuligheder a) og b).

Fortolkningsmulighed a)
Ordlyden af den sidste sætning vedr. de ganske særlige tilfælde kunne umiddelbart give det indtryk, at hvis blot "flere forskellige" af de nævnte skærpende omstændigheder (f.eks. 1a og 1b) er til stede, så vil arbejdstager være berettiget til en godtgørelse på mere end 50.000 kr. (g4-niveau).

Fortolkningsmulighed b)
På den anden side kunne man også fortolke ordlyden "flere forskellige" således, at der menes flere forskellige af de skærpende omstændigheder nævnt i første, anden eller tredje sætning (f.eks. 1a og 2a), og der derfor ikke skal gives en godtgørelse på det høje g4-niveau, selv om flere af forholdene inden for hver enkelt af de 3 sætninger er til stede. Ved denne fortolkning skal ordet "forskellige" forstås som flere forskellige skærpende omstændigheder inden for hver enkelt sætning, hvori der nævnes skærpende omstændigheder.

Svaret på dette spørgsmål er måske lidt overraskende fortolkningsmulighed b.

---

[9] Arbejdsgiver påstod under sagen, at det forhold at A selv havde ønsket at påtage sig de erlagte arbejdstimer skulle være en *formildende* omstændighed i forhold til godtgørelsens størrelse, mens det fra A's side blev påstået, at hvis arbejde over 48 timer var pålagt, så kunne dette udgøre en skærpende omstændighed, men at A's frivillighed i forhold at påtage sig de mange arbejdstimer ikke kunne være en formildende omstændighed. Med præmisserne i UfR 2018.763 H fik arbejdstagersiden medhold i deres synspunkt, hvorefter en arbejdstagers frivillighed ikke i sig selv kan udgøre en formildende omstændighed i forhold til udmåling af godtgørelsens størrelse.

[10] Arbejdsgiver påstod under sagen, at det forhold at A havde fået løn for hver erlagte arbejdstime skulle være en *formildende* omstændighed i forhold til godtgørelsens størrelse, mens der fra A's side blev argumenteret for, at opfyldelse af en arbejdsgivers hovedydelse (lønudbetaling) umuligt kunne være en formildende omstændighed ved udmåling af godtgørelse. Med præmisserne i UfR 2018.763 H fik arbejdstagersiden medhold i dette synspunkt, hvorefter arbejdsgivers betaling af løn for de erlagte timer ikke i sig selv kan udgøre en formildende omstændighed i forhold til udmåling af godtgørelsens størrelse.

Denne konklusion kan ses i det afsnit, hvor Højesteret foretager subsumptionen i den konkrete sag udfra de netop angivne generelle retningslinjer for fastsættelse af godtgørelse (mine tilføjelser i skarpe parenteser):

> *"Som ovenfor anført arbejdede A gentagne gange inden for en flerårig periode [s1c] ud over lovens 48-timers grænse, og i flere referenceperioder [s1b] arbejdede han betydeligt ud over grænsen [s1a]. Han udførte dette overarbejde efter eget ønske [s2a] og har modtaget fuld betaling herfor [s3].*
>
> *Under hensyn til de omfattende [s1a/s1b/s1c] og gentagne [s1a/s1b/s1c] overskridelser af 48-timers grænsen tiltræder Højesteret, at godtgørelsen til A er fastsat til 50.000 kr. [g3]"*

Højesteret fastlægger i deres præmisser 3 (antageligt ligestillede) "kategorier" af skærpende omstændigheder ovenfor angivet som s1-s3. I den konkrete subsumption nævner Højesteret "flere" - men ikke "flere forskellige" - af de kategoriserede skærpende omstændigheder under benævnt kategorien s1. Samtlige disse 3 skærpende omstændigheder (s1a, s1b, og s1c) opremses i den første og samme sætning. Da disse 3 skærpende omstændigheder alle er i samme kategori (s1), befandt A sig i en situation, hvor han "kun" var berettiget til en godtgørelse i spændet 25.000 – 50.000 kr. (g3), men ikke i en situation, der kan udløse en godtgørelse på over 50.000 kr. (g4), da Højesteret netop afviser, at der i den konkrete sag findes de omstændigheder, der er nævnt i kategorierne s2a (og dermed også s2b)[11] og 3. Havde det f.eks. forholdt sig sådan, at A f.eks. også var blevet pålagt at udføre overarbejdet (s2a), må præmisserne forstås sådan, at A ville have været berettiget til en godtgørelse på det høje g4-niveau over 50.000 kr.

Hvis denne analyse er korrekt, ser en udtømmende oversigt over de skærpende omstændigheder og godtgørelse i godtgørelsesniveauet 25.000 - 50.000 kr. (g3) sat på formel således ud;

s1a, s1b, s1c, s2a, s2b eller s3 = g3.[12]
s1a+s1b+s1c = g3.[13]
s1a+s1b = g3.
s1a+s1c = g3.
s1b+s1c = g3.
s2a+s2b = g3.

Alle disse situationer vil udløse en godtgørelse i godtgørelsesrammen 25.000 – 50.000 kr., g3.

De i formlen anvendte omstændigheder er kaldt "s" for at indikere, at det er skærpende omstændigheder. Tallet herefter (1, 2 eller 3) indikerer i kronologisk rækkefølge, hvilken en af de 3 sætninger Højesteret nævner, hvad jeg har valgt at kalde kategorier af skærpende omstændigheder. Bogstavet (a, b og c) efter tallet er for at sondre mellem de forskellige skærpende omstændigheder inden for hver kategori (eller sætning).

s1a = betydelig omfang (timeantalmæssigt)

s1b = flere referenceperioder

s1c = længere perioder (end 4 måneder)

s2a = pålæg om at arbejde mere end 48 timer.

s2b = trussel om afsked hvis ikke arbejdstager påtager sig at arbejde udover de 48 timer.

3 = manglende betaling af fuld løn for timer udover de 48 timer.

Godtgørelsesniveau, g4, 50.000 og op

Er faktum derimod således, at der ifølge Højesterets terminologi er "flere forskellige" forhold til stede (som de er opremset i sætning/kategori 1, 2 og/eller

[11] Hvis arbejdstimerne ikke er pålagt af arbejdsgiver, kan arbejdsgiver heller ikke have truet med afskedigelse for ikke at overholde dette pålæg.

[12] Hvis blot en af de 6 skærpende omstændigheder foreligger, så er man på g3-godtgørelsesniveau.

[13] Situationen i UfR 2018.763 H.

3), er der tale om "ganske særlige omstændigheder" og dermed et godtgørelsesniveau på mere end 50.000 kr. Fortolkning af ordlyden "flere forskellige" er som nævnt, at der skal være mindst 2 momenter fra hver "kategori" af skærpende omstændigheder til stede før mulighed for, at godtgørelsen kan stige til godtgørelsesniveauet g4 (mere end 50.000 kr.).

I UfR 2018.763 H afviste Højesteret i deres subsumption, at der skulle foreligge "flere forskellige skærpende omstændigheder" i den konkrete sag, således som denne artikel udlægger, at Højesteret forstår begreberne. For det første nævnte Højesteret, at A udførte overarbejdet efter eget ønske – en direkte henvisning til, at A ikke havde fået pålæg om at udføre arbejde (s2a), og en indirekte henvisning til, at der ikke forelå en trussel om afskedigelse, hvis ikke arbejdet udover 48 timer blev udført (s2b). For det andet nævnte Højesteret, at A havde fået fuld betaling for de erlagte timer, hvorfor denne skærpende omstændighed (s3) heller ikke forelå i den konkrete sag.

Som eksempler på skærpende omstændigheder sat på formel, der skulle udløse en godtgørelse på g4-niveau kan nævnes:

s1a + s1b + s2b = g4
s1c + s3 = g4

Det må være åbenbart, at hvis f.eks. de skærpende omstændigheder betydeligt omfang (s1a), flere referenceperioder (s1b), pålæg af arbejdet udover de 48 timer (s2a) og manglende betaling af løn for de erlagte timer (s3) var til stede i en og samme sag, så vil dette selvsagt udløse en godtgørelse på over 50.000 kr. (g4).

Godtgørelsesniveau, g1, 0-25.000 kr.

I relation til formildende omstændigheder udtalte Højesteret følgende (mine tilføjelser i skarpe parenteser);

"Formildende omstændigheder, der taler for at udmåle en godtgørelse under 25.000 kr. eller i særlige tilfælde ingen godtgørelse [g1], kan f.eks. være, at overskridelsen af 48-timers grænsen er bagatelagtig [f1a], eller at der i øvrigt er tale om en enkeltstående [f1b], tilfældig [f1c] eller undskyldelig [f1d] overskridelse, og arbejdsgiveren straks har taget skridt til [f2] at undgå gentagelser."

For så vidt angår de formildende omstændigheder må analysen fremsættes med noget større forsigtighed end ved de skærpende omstændigheder, idet Højesteret ikke havde lejlighed til at foretage en konkret subsumption, der angik formildende omstændigheder.

I relation til de formildende omstændigheder er det imidlertid min opfattelse, at det må tillægges vægt, om Højesteret har anvendt ordet "eller" eller ordet "og". Hvis denne opfattelse er korrekt, så må det forholde sig således, at flere af de formildende omstændigheder benævnt "f1a", "f1b", "f1c" og "f1d" kan foreligge på samme tid, uden at dette i sig selv medfører, at man ender på godtgørelsesniveau g1. Jeg forstår præmissen således, at arbejdsgiver "straks" skal have taget skridt til at undgå gentagelser "f2", og derudover skal en eller flere af de øvrige 4 formildende omstændigheder foreligge, for at arbejdsgiver kan falde ind under godtgørelsesniveauniveauet g1.

Som eksempler på formildende omstændigheder sat på formel, der skulle udløse en godtgørelse på g1-niveau kan nævnes:

f1a + f1d + f2 = g1
f1b + f1c + f2 = g1

Det vil selvsagt være således, at hvis der foreligger flere formildende omstændigheder end én i kategorien f1, så vil dette også kunne udløse en godtgørelse; Hvis f.eks. overskridelsen er bagatelagtig (f1a), tilfældig (f1c) og undskyldelig (f1d), vil dette selvsagt også kunne medføre et godtgørelsesniveauet inden for rammen 0-25.000 kr. (g1) – dog forudsat at arbejdsgiver har straks har taget skridt til at undgå gentagelser (f2).

Godtgørelsens størrelse inden for de enkelte godtgørelsesniveauer, g1, g3 og g4

Den analyse, der angivet overfor angår, hvilke omstændigheder der skal være til stede for, at der i en konkret sag skal betales godtgørelsesniveau g1, g3 eller g4. I dette afsnit vil der kort blive redegjort for, hvorledes det beløbsmæssige spænd inden for hvert af niveauerne skal fastsættes.

Der vil selvsagt altid være konkrete forhold at tage i betragtning, og der kan også foreligge forhold af relevans for fastsættelse af godtgørelsens størrelse inden for rammerne af g1, g3 og g4, der ikke er opremset i UfR 2018.763 H, jf. Højesterets anvendelse af ordlyden "f.eks." i UfR 2018.763 H ved definitionen af omstændighederne, der kan medføre g1, g3 og g4.

Til trods for dette kan der udfra Højesterets afgørelse sluttes visse generelle tendenser. Som man kan se af den konkrete subsumption i UfR 2018.763 H, befandt A sig i g3-godtgørelsesniveauspændet, og A fik den højst mulige godtgørelse på 50.000 kr. Dette skal formentlig tilskrives, at der forelå flere skærpende omstændigheder (dog inden for samme kategori, s1), og med større sikkerhed det forhold, at overtrædelserne af både s1a, s1b og s1c var "omfattende" og "gentagne", som Højesteret selv nævner ved fastsættelsen i deres præmisser.

Det må antages, at det samme vil gøre sig gældende i relation til g4-godtgørelsesniveauet. Udover graden af overtrædelsen må mængden af skærpende omstændigheder, der er til stede i en konkret sag, antages at spille en rolle ved fastsættelse af godtgørelsen. Hvis f.eks. de skærpende omstændigheder s1a og s2b er til stede, vil godtgørelsen skulle være over 50.000 kr., g4, men i og med at der "kun" er tale om 2 af de skærpende omstændigheder vil dette tale for et lavere godtgørelsesniveau i den høje g4-kategori, end hvis f.eks. 4 af de skærpende omstændigheder (f.eks. s1a, s1b, s1c og s2b) var til stede i en og samme sag.

Det samme må antages at gøre sig gældende for så vidt angår de formildende omstændigheder men med omvendt fortegn. Jo flere formildende omstændigheder der er til stede i en sag, jo lavere en godtgørelse må forventes at blive tildelt arbejdstager; hvis kun forholdene f1a og f2 er tilstede, vil dette tale for en relativt høj godtgørelse inden for g1-godtgørelses-spændet 0-25.000 kr., mens at hvis f.eks. forholdene f1a, f1b, f1d og f2 er til stede, må dette tale for en lavere godtgørelse inden for g1-spændet.

KONKLUSION

Denne artikels formål er at besvare nogle af de spørgsmål, som ordlyden i præmisserne i UfR 2018.763 H rejser for at gøre præmisserne mere anvendelige i praksis fremadrettet.

Udgangspunktet for godtgørelse efter loven fastsættes af Højesteret i dommen til at være 25.000 kr. Højesteret fastsætter herefter 3 andre godtgørelsesniveauer (i denne artikel kaldet g1, g3 og g4). Højesteret benævner ret specifikt – men dog ikke udtømmende – hvilke skærpende og formildende omstændigheder, der kan begrunde en højere eller en lavere godtgørelse end udgangspunktet. Denne artikels hovedpointe er, at Højesteret nævner flere forskellige skærpende omstændigheder og opdeler disse i 3 sætninger, og at det afgørende for fastsættelse af godtgørelsesniveauet er, om faktum falder ind under en eller under flere af de forhold, der er nævnt i hver af disse 3 sætninger. I relation til formildende omstændigheder er pointen, at det afgørende for, om godtgørelsen skal fastsættes inden for den laveste ramme (g1), er, om arbejdsgiver straks har taget skridt til at undgå gentagelse af overtrædelsen (f2).

Domstolenes skøn i forhold til fastsættelse af godtgørelsen og anvendelse af skærpende og formildende omstændigheder ved udmålingen er efter Højesterets dom begrænset, og hvis de metoder for fastsættelse af godtgørelsesniveauerne, der fremsat

i denne artikel viser sig at vinde gehør i retspraksis, er domstolenes skøn nærmest "sat under regel".[14]

Men selv hvis pointerne og metoder præsenteret i denne artikel anvendes i fremtidig retspraksis, og dermed er medvirkende til at skabe større klarhed og konsensus på området, så rejser præmisserne fortsat nogle spørgsmål, som denne artikel ikke beskæftiger sig med. Her skal blot nævnes to.

Hvorledes skal man forholde sig, hvis der er både formildende og skærpende omstændigheder i en og samme sag? Dette kunne f.eks. være tilfældet, hvis overtrædelsen var et enkeltstående tilfælde (f1a), der rent timemæssigt var omfangsrigt (s1a), og måske endda, at arbejdsgiver straks havde taget skridt til at undgå gentagelser (f2).

Med anvendelse af ordlyden "kan f.eks. være" ved benævnelse af mulige skærpende og formildende omstændigheder, har Højesteret i præmisserne åbnet for, at andre (end de i dommen nævnte) skærpende og formildende omstændigheder kan spille en rolle ved fastlæggelse af om forholdet falder ind godtgørelsesniveauerne g1, g2, g3 eller g4. Hvilke omstændigheder disse kunne være, og hvorledes de i så fald vil kunne spille ind på, hvilket af godtgørelsesniveauerne g1-g4 man måtte ende med, er uvist.

Uanset at der fortsat er uafklarede spørgsmål, så har Højesteret med dommen i høj grad fastlagt retstilstanden, for så vidt angår godtgørelsesniveau og udmålingsprincipper ved overtrædelse af reglen om maksimalt 48 timers arbejde i gennemsnit pr. uge inden for en referenceperiode.

[14] Dette er blevet resultatet i retspraksis af den principielle UfR 2011.805 H om udmålingsprincipper og godtgørelsesstørrelser ved fastsættelse af godtgørelse efter ansættelsesbevisloven, der følges slavisk ved de civile domstole.

SEXCHIKANE I UDVIKLING ELLER UNDER AFVIKLING?

METTE KLINGSTEN
ADVOKAT (H)

SIDSEL DEVANTIER
ADVOKATFULDMÆGTIG

1. INTRO

#MeToo-kampagnen har de seneste 2 år øget fokus på sexchikane på arbejdsmarkedet. I medierne har man kunnet følge sexchikanesager og beskyldninger om sexchikane, som har været rettet mod kendte og offentlige personer. Blandt disse tæller både større internationale mediepersoner og politikere, såsom Donald Trump og Harvey Weinstein, men også i Danmark har medierne fulgt flittigt med, da der fremkom anklager om sexchikane.

I lyset af den stigende fokus på emnet har Folketinget 20. december 2018 vedtaget et lovforslag om ændring af ligebehandlingsloven med henblik på at tydeliggøre forbuddet mod sexchikane. Der er nu også hjemmel til et højere godtgørelsesniveau. I denne artikel får du et nærmere indblik i udviklingen af begrebet sexchikane på arbejdsmarkedet, og hvordan praksis de seneste år har udviklet sig på området.

2. REGELGRUNDLAG FORUD FOR DEN 20. DECEMBER 2018

Det følger af ligebehandlingslovens § 1, stk. 2[1], at sexchikane som defineret i loven betragtes som forskelsbehandling på grund af køn, og at det derfor er forbudt. Sexchikane er "*enhver form for uønsket verbal, ikkeverbal eller fysisk adfærd med seksuelle undertoner med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed, navnlig ved at skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima.*" Definitionen findes i ligebehandlingslovens § 1, stk. 6.

Ligebehandlingslovens § 4 forbyder arbejdsgivere at udsætte medarbejdere for kønsdiskriminerende arbejdsvilkår. Denne bestemmelse anses i praksis for overtrådt, når en medarbejder bliver udsat for sexchikane i forbindelse med arbejdet.

Begrebet sexchikane i ligebehandlingsloven er blandt andet udviklet med udgangspunkt i henstillinger i Ministerrådets resolution af 29. maj 1990 om

[1] I dansk retspraksis er begrebet sexchikane indfortolket i ligebehandlingslovens §§ 2-4, således at forskelsbehandling på grund af køn omfatter sexchikane og derfor er i strid med ligebehandlingsprincippet. Ved en lovændring i 2005 blev der indsat en definition af sexchikane i § 1 stk. 6.

beskyttelse af kvinders og mænds værdighed på arbejdspladsen og Europa-Kommissionens henstilling 92/131/EØF af 27. november 1991 om beskyttelse af mænd og kvinders værdighed på arbejdspladsen. Ifølge denne definition er der to elementer i sexchikane. Det første element udgør de omstændigheder, man objektivt kan konstatere, i form af en fx fysisk eller verbal adfærd med seksuelle undertoner. Den anden del udgør et subjektivt element i form af en konstatering af, om den pågældende adfærd er uønsket. I retspraksis er der endvidere blevet fastslået en række faktorer, som tillægges vægt ved vurderingen af, hvorvidt en adfærd kan anses for at høre under sexchikanebegrebet.

Som eksempel på det objektive element i sexchikanebegrebet kan nævnes, at sexchikane af fysisk art kan være kys, berøringer eller lignende. Den verbale chikane kan bestå af seksuelle spørgsmål eller kommentarer. Adfærden kan endvidere være nonverbal i form af fx forevisning af fotos med et sexrelateret indhold.

Det subjektive element består i en vurdering af, hvorvidt den pågældende adfærd var uønsket af den, der krænkes. Der er tale om en subjektiv vurdering hos den krænkede person, der afgør, om der er tale om sexchikane. Det er altså ikke chikanørens hensigter, der er afgørende.

Bestemmelserne i ligebehandlingsloven definerer imidlertid ikke en grænse for, hvornår seksuel adfærd objektivt set bliver til sexchikane. Den subjektive vurdering af den krænkede persons grænser er forskellig fra person til person, fra situation til situation, og fra arbejdsplads til arbejdsplads. Det kan også være forskelligt, hvad der opleves som acceptable omgangsformer, og hvad der opleves som sexchikane. Derfor kan det i nogle tilfælde være svært at finde ud af, hvornår der er tale om sexchikane. For så vidt angår spørgsmålet om, hvad der er acceptable omgangsformer på en arbejdsplads fører de nye regler til stramninger, og der skal ikke (længere) tages hensyn til særlige forhold på arbejdspladsen, begrundet i arbejdspladsens art.

3. RETSPRAKSIS FORUD FOR DEN 20. DECEMBER 2018

Spørgsmålet om, hvornår der er tale om sexchikane, er fastlagt i retspraksis ved domstolene og praksis fra Ligebehandlingsnævnet. Der har været en stor udvikling, og med ændringen af ligebehandlingsloven ligger en vigtig praksisændring om omgangstonen på arbejdspladsen. Fremadrettet skal der ikke ved vurderingen af, om der har fundet seksuel chikane sted i strid med ligebehandlingsloven, lægges vægt på, at der på den pågældende arbejdsplads generelt er et "*frisprog*", som er seksuelt ladet. Det er derfor interessant at se på, hvor vi kommer fra, i forhold til praksis fra domstolene og Ligebehandlingsnævnet.

Omgangstonen

I praksis findes særligt mange eksempler på sager, hvor domstolene har lagt vægt på, at der generelt var et vist "*frisprog*" eller en uformel omgangsform på arbejdspladsen, og derfor ikke har fundet, at den udviste adfærd udgjorde sexchikane i strid med ligebehandlingsloven. Der er sket en stor udvikling i forhold til, hvilken omgangstone man som medarbejder skal finde sig i på en arbejdsplads. I en sag fra 1993[2], fandt en kvindelig medarbejder inden for renovationsområdet, at de mandlige medarbejderes omgangstone var "klam". Det fremgår af sagen, at kollegerne i skurvognen læste i pornoblade, som var blevet samlet op i forbindelse med renholdningsarbejdet og underholdt hinanden om, hvad de så i de pågældende blade. Den kvindelige medarbejder fik ikke medhold i sit synspunkt om sexchikane.

I Østre Landsrets dom fra 2002[3] var det ubestridt, at en inspektør var fremkommet med adskillige verbale ytringer om seksuelle emner over for en kvindelig ansat. Retten lagde til grund, at den kvin-

[2] Østre Landsrets dom af 19. august 1994, sag B-3016-93.

[3] Østre Landsrets dom af 20. december 2002, B-2524-01.

delige ansatte i den sidste periode af ansættelsesforholdet havde følt disse seksuelle ytringer særdeles generende og belastende, men lagde samtidig vægt på, at hun ikke tydeligt havde sagt fra over for inspektøren.

Under disse omstændigheder og efter oplysningerne om omgangstonen på arbejdspladsen fandtes det ikke godtgjort, at inspektøren burde have indset, at hans adfærd krænkede hende. Lands-retten fandt derfor ikke, at ligebehandlingsloven var tilsidesat, eller at den kvindelige ansatte var krænket på anden retsstridig måde. Det er værd at bemærke, at landsretten bevæger sig væk fra det lovmæssige udgangspunkt, hvorved der tages udgangspunkt i den krænkedes subjektive oplevelse af adfærden, og stedet lægger vægt på den krænkendes intentioner i vurderingen af, om adfærden udgjorde sexchikane.

I Østre Landsrets dom af 2. december 2003, fandt retten ikke, at der var sket en overtrædelse af ligebehandlingslovens § 4. Landsretten lagde vægt på, at brød, der var formet som en penis, og vittigheder med seksuelt indhold ikke havde været af en sådan karakter, at de af den pågældende kvindelige medarbejder i situationen var blevet eller kunne være blevet opfattet som sexchikane.

Derudover findes der en række sager om sexchikane af elever i uddannelsesstillinger. I Tvistighedsnævnets kendelse af 21. november 2006[4], som omhandlede sexchikane af en elev, fandt nævnet, at der alene var grundlag for at fastslå, at arbejdsgiveren i et par tilfælde har anvendt udtrykket "suttetøs" om eleven. Dette kunne imidlertid ikke karakteriseres som en krænkelse, der er omfattet af ligebehandlingsloven. Eleven var derfor ikke berettiget til at ophæve uddannelsesaftalen og havde heller ikke krav på en godtgørelse. Det skal imidlertid bemærkes, at afgørelsen var konkret begrundet i sagens omstændigheder, herunder at eleven også havde haft en særdeles frisk omgangstone.

Tilkendegivelse af modvilje mod den krænkende adfærd og den krænkerens gode tro

I praksis er der også en del sager, hvor der lægges vægt på medarbejderens manglende tilkendegivelse af modvilje mod en given adfærd. Inddragelsen af den krænkedes manglende tilkendegivelse af modvilje mod den pågældende adfærd læner sig ofte op ad en vurdering af krænkerens gode tro i relation til sine handlinger, sådan som det også blev tillagt vægt i ovennævnte Østre Landsrets dom fra 2002[5].

Vestre Landsrets afsagde den 20. november 1995[6] dom i en sag, som vedrørte to elever på 18-19 år, der havde været udsat for verbal sexchikane. De to elever var ansat i en forretning, hvor indehaveren på 65 år også arbejdede i forretningen sammen med dem. Indehaveren af forretningen stillede meget personlige og seksuelle spørgsmål til den ene af eleverne, men ikke lige så personlige spørgsmål til den anden. Begge elever følte sig meget krænkede og generede af indehaveren.

Landsretten fandt, at den ene af de to elever ikke var blevet krænket, men at den anden var blevet krænket. Afgørelsen er med dissens[7] og indeholder en temmelig detaljeret gennemgang af, hvilke forhold, de tre dommere lagde vægt på. Den ene dommer mente, at arbejdsgiveren burde have haft forståelse for den mulighed, at eleverne, navnlig i kraft af deres unge alder og ansættelsessituation, ville være mindre tilbøjelige til udtrykkeligt at sige fra over for arbejdsgiveren. Denne dommer var derfor af den opfattelse, at arbejdsgiveren havde pligt til at sikre sig, at de to elever accepterede hans adfærd. Dette havde arbejdsgiveren ikke sikret sig, og ifølge

[4] Tvistighedsnævnets kendelse af 21. november 2006.

[5] Østre Landsrets dom af 20. december 2002, B-2524-01.

[6] Trykt i UfR1996.323V.

[7] Dissens betyder, at der ikke er enig mellem dommerne. Dissensen er udtryk for mindretallets synspunkter og står i modsætning til flertallet af dommerne.

denne dommer skulle begge elever derfor tilkendes en godtgørelse. En anden dommer udtalte, at der var en fri omgangstone på arbejdspladsen, idet de to elever også selv fortalte vittigheder, og at de ved juletid havde givet arbejdsgiver en uro bestående af figurer af det mandlige kønsorgan. I forhold til den ene af eleverne havde arbejdsgiveren imidlertid overskredet det acceptable niveau for udtalelser ved at stille hende meget direkte, personlige og krænkende seksuelle spørgsmål. Den sidste af de tre dommere mente også, at spørgsmålene til den ene elev utvivlsomt krænkede hende, men han tillagde det også afgørende betydning, at hun ikke sagde fra over for krænkelsen, og ville derfor ikke tilkende nogen af de to elever en godtgørelse. Der blev således lagt vægt på, at de to unge, kvindelige elever ikke sagde tydeligt fra, ligesom krænkelsernes grovhed og den store aldersforskel mellem de to elever og arbejdsgiveren havde en betydning.

Passivitet

Den krænkede persons passivitet har i praksis betydning for udfaldet af en sag om sexchikane. En person, der mener at være udsat for sexchikane, kan således ikke vente adskillige år med at fremkomme med en påstand om sexchikane. Dette gælder særligt, når medarbejderen er fratrådt og derfor ikke længere er i risiko for, at påstanden vil have konsekvenser for ansættelsesforholdet. Vurderingen af den krænkedes passivitet kan ikke siges direkte at relatere sig til fortolkningen af sexchikanebegrebet, men må alligevel anses for at have væsentlig betydning for reglernes anvendelse.

Til belysning heraf kan nævnes Østre Landsrets dom fra 2001[8], hvor kravet mod krænkeren blev afvist, allerede fordi den krænkede person "*først ca. 1 1/2 år efter episoden og arbejdsforholdets ophør rejste sit krav*". Østre Landsret fandt derfor, at den krænkede persons mulige krav på erstatning var bortfaldet ved passivitet.

Endvidere kan henvises til Vestre Landsrets dom fra 1997[9]. Sagen vedrørte en medarbejder, der arbejdede på en kro med at rengøre værelser. Hun opsagde efter eget udsagn sin stilling, fordi hun ikke kunne klare arbejdsgiverens chikane mere. Hun begrundede dog officielt opsigelsen med "dårlige nerver" og fortalte ikke nogen om chikanen. Først efter 8 måneder rejste den tidligere medarbejder et krav over for kroen. Retten fandt ikke, at det var godtgjort, at kvinden havde været udsat for sexchikane, herunder fordi arbejdsgiveren benægtede, og idet det kom den tidligere medarbejder til skade, at hun havde fortiet krænkelserne og først 8 måneder efter opsigelsen kom med oplysningerne om, at hun var blevet krænket.

Der kan også henvises til Østre Landsrets dom fra 2003[10]. I den pågældende sag oplyste medarbejderen først lang tid efter ansættelsens ophør, at hun under den meget korte ansættelse havde været udsat for sexchikane. Dette skulle navnlig ses i lyset af, at hun allerede umiddelbart efter ophøret af sin ansættelse hos arbejdsgiveren havde kontaktet sin fagforening, men ikke på dette tidspunkt fortalte, at hun havde været udsat for sexchikane. Retten lagde desuden vægt på, at medarbejderen påstod, at hun havde sagt fra over for de seksuelle bemærkninger gennem hele sin ansættelse. Retten bemærkede i den forbindelse, at det måtte lægges til grund, at den tidligere medarbejder først har omtalt sexchikane i forbindelse med en sag mod en anden arbejdsgiver efter sin fratrædelse. Hun havde ikke i sine samtaler med arbejdsgiveren omtalt episoder eller udtalelser af seksuel karakter. På den baggrund lagde landsretten til grund, at vittighederne ikke havde været af en sådan karakter, at de af den tidligere medarbejder i situationen blev eller kunne blive opfattet som sexchikane. Medarbejderen kunne derfor ikke godtgøre, at hun havde været udsat for sexchikane.

---

[8] Østre Landsrets dom af 31. oktober 2001.

[9] Vestre Landsrets dom af 6. maj 1997.

[10] Østre Landsret dom af 2. december 2003.

I sager af denne type, hvor passivitet bliver et afgørende spørgsmål, tages der som regel hensyn til, hvorvidt medarbejderen fortsat er i ansættelsesforholdet og derved har et afhængighedsforhold til arbejdsgiveren. Der gives således medarbejderen længere tid til at fremkomme med en påstand om sexchikane, når medarbejderen fortsat er ansat, sammenholdt med en situation, hvor medarbejderen er fratrådt. På tidspunktet, hvor medarbejderen ikke længere er i et ansættelsesforhold, er der ikke længere et afhængighedsforhold, og der er således ikke længere grund til, at medarbejderen tilbageholder informationen.

Andre væsentlige tendenser i praksis

Helt overordnet har man i praksis gennem årene set en stramning i forhold til, hvilken adfærd der kan anses for at udgøre sexchikane. Der skal således mindre til i dag end fx i 1990'erne, hvor der, hvis man lægger vægt på retspraksis, var en tendens til en vis overbærenhed over for visse typer af adfærd. Dette gjaldt særligt, hvis den krænkede ikke tydeligt nok havde sagt fra. Særligt efter #MeToo-kampagnens start har man kunne spore en stramning i Ligebehandlingsnævnets praksis.

Det formentlig bedste eksempel herpå må være Ligebehandlingsnævnet afgørelse[11] fra august 2018 i en sag, som omhandlede en kvinde, der søgte job på en café. Kvinden havde sendt en ansøgning til ejeren af caféen, hvor hun havde vedlagt CV og et foto af sig selv. Samme dag besvarede ejeren kvindens ansøgning i en e-mail, hvor han takkede for ansøgningen og endvidere skrev "*u really look amazing*". Ejeren sendte den næste dag igen en e-mail til kvinden, hvori han skrev "*I really would love to have u in my coffeeshop, cuz u have very amazing appearance. will u be mad if I ask u out for a nice dinner ? ?*". Derudover sendte ejeren et foto af sig selv til kvinden.

Ligebehandlingsnævnet gav kvinden medhold i hendes påstand om, at ejeren havde udvist sexchikane. Ligebehandlingsnævnet begrundende afgørelsen med, at det ud fra "*indholdet af de pågældende e-mails er det nævnets vurdering, at ejeren ved at fremsende disse e-mails i en situation, hvor klager var ansøger til en stilling hos indklagede, har udvist en adfærd, der er omfattet af Ligebehandlingslovens definition af sexchikane*." Ligebehandlingsnævnet begrundede ikke afgørelsen yderligere, og det kan ikke ses, om der har været andre forhold, der er tillagt vægt end de pågældende mails fra den potentielle arbejdsgiver. Afgørelsen må imidlertid anses for at være den formentlig mest vidtgående fortolkning af sexchikanebegrebet hidtil. Kvinden blev tildelt en godtgørelse på 12.500 kr. i en situation, hvor hun endnu ikke var blevet ansat (og bestemt heller ikke ønskede ansættelse på caféen).

4. FORSLAG TIL LOV OM ÆNDRING AF LOV OM LIGEBEHANDLING AF MÆND OG KVINDER MED HENSYN TIL BESKÆFTIGELSE M.V. [12]

Den 13. november 2018 fremsatte beskæftigelsesministeren forslag til lov om ændring af ligebehandlingsloven[13]. Dette var med henblik på at styrke fokus på omgangstonen på arbejdspladsen i sager om sexchikane, samt forhøjelse af godtgørelsesniveauet i sager om sexchikane. Det fremgår af de generelle bemærkninger til lovslaget, at forslaget om ændring af ligebehandlingsloven blandt andet skyldes #MeToo-bevægelsen og det fokus på sexchikane, som den har medført.

Lovforslaget er fremsat som følge af regeringens Perspektiv- og Handlingsplan for Ligestilling 2018 af 27. februar 2018, hvori regeringen har tilkendegivet flere initiativer, som ønskes iværksat for at bekæmpe sexchikane på arbejdspladser. Regeringen har heri besluttet, at forbuddet mod sexchikane, som allerede findes i ligebehandlingsloven, ønskes ty-

[11] Ligebehandlingsnævnets kendelse nr. 9732 af 9. august 2018 j.nr. 18-27799

[12] LFV 2018-12-20 nr. 93

[13] LFF 2018-11-13 nr. 93

deliggjort. Lovforslaget, som blev vedtaget den 20. december 2018, har derfor til formål at tydeliggøre dette forbud ved, at der indsættes et stk. 2 i ligebehandlingslovens § 4, hvor det fastslås, at lige arbejdsvilkår efter stk.1 også omfatter et forbud mod sexchikane, jf. § 1, stk. 4 og 6.

Det fremgår endvidere af bemærkningerne til lovforslaget, at man ved dette ønsker at ændre den tidligere praksis, hvorved der i vurderingen af, hvorvidt en adfærd udgjorde sexchikane, kunne lægges vægt på omgangstonen på arbejdspladsen. Det fremgår herunder af lovforslaget, at "*Omgangsformen på en arbejdsplads kan godt være uformel uden at være seksuelt ladet, og det vil i en arbejdsmæssig sammenhæng ikke være relevant eller hensigtsmæssigt at udtrykke sig eller opføre sig på en måde, der er seksuelt ladet*" og "*Omgangstonen på en arbejdsplads er ikke den enkelte medarbejders valg, og den bør derfor ikke indgå i vurderingen af, om ligebehandlingslovens forbud mod sexchikane er overtrådt*".

Med lovforslaget er der således gjort endeligt op med den tidligere praksis, hvorved omgangstonen på en arbejdsplads kunne tillægges vægt. Endvidere kan man forestille sig, at praksis vil udvikle sig i retning mod udgangspunktet om, at der lægges vægt på den krænkedes subjektive opfattelse af den pågældende adfærd, mens man bevæger sig væk fra at tillægge den krænkerens gode tro vægt.

Efter ligebehandlingslovens § 14 kan personer, hvis rettigheder er krænkede ved overtrædelse af §§ 2-5, tilkendes en godtgørelse. Godtgørelsesniveauet ligger ifølge retspraksis som hovedregel i niveauet 10.000 kr. til 25.000 kr.[14] Med udgangspunkt i den nuværende praksis ligger godtgørelsesniveauet på gennemsnitligt 23.700 kr. Ved lovforslaget er der tilsigtet en forhøjelse af godtgørelsesniveaet med en tredjedel i forhold til det nuværende gennemsnitlige godtgørelsesniveau.

Ligebehandlingsloven behandler forholdet mellem arbejdsgiver og den enkelte medarbejder, uanset om chikanen er udført af en leder eller en kollega. Dette gælder ifølge retspraksis også, selvom arbejdsgiveren ikke er bekendt med den udførte sexchikane, jf. fx en Vestre Landsrets dom fra 2015[15]. Arbejdsgiveren skal således stille et chikanefrit miljø til rådighed for medarbejderne og sikre dem mod sexchikane fx fra andre medarbejdere.

5. ARBEJDSGIVERENS ANSVAR OG HÅNDTERING AF EN PÅSTAND OM SEXCHIKANE

Det er kun arbejdsgiveren, der kan sanktioneres efter ligebehandlingsloven. I tillæg hertil kan erstatningsansvarslovens § 26 anvendes som hjemmel til at sanktionere en kollega, der krænker en anden medarbejder. Erstatningsansvarslovens § 26 kan anvendes samtidig med ligebehandlingsloven med henblik på at etablere solidarisk hæftelse for krænkeren og arbejdsgiveren, jf. eksempelvis afgørelsen trykt i UfR1993.331SH[16], hvor arbejdsgiveren og den hovmester, der havde udøvet chikanen, blev solidarisk ansvarlige. Sø- og Handelsretten fastslog i den konkrete afgørelse, at skibsføreren, der repræsenterede arbejdsgiveren, burde have grebet ind i forhold til chikanen, der fandt sted ombord på det skib, der både var arbejdsplads og fungerede som bopæl i det tidsrum, hvor de sejlede.

En arbejdsgiver er imidlertid ikke altid ansvarlig for sexchikane udøvet af medarbejdere. I Østre Landsrets dom fra 2017[17] fandt landsretten, at arbejdsgiv-

---

[14] Til eksempel se Vestre Landsrets dom af 20. november 1995 trykt i UfR 1996.323V, Vestre Landsrets dom af 5. marts 2001 trykt i FED2001.282 og Vestre Landsrets dom af 19. februar 2009 trykt i UfR2009.1309V. Vestre Landsrets dom af 27. november 2014 (sag B-0477-13), Vestre Landsrets dom af 28. januar 2015 (sag B-2116-13). Endvidere kan henvises til Tvistighedsnævnets afgørelse af 2. juli 2014 (Sag 04.2014), hvor arbejdsgiveren også blev pålagt at betale 25.000 kr. samt udgift til psykologbistand.

[15] Vestre Landsrets dom af 28. januar 2015 (B-2110-13).

[16] Sø- og Handelsrettens dom af 5. august 1992 i trykt i UfR1993.331SH om en stewardesse på et skib, der både arbejdede og boede ombord på skibet, når hun gjorde tjeneste.

[17] Østre Landsrets dom af 6. september 2017 (B-2788-16).

eren ikke var ansvarlig for sexchikane udført af en medarbejder. Landsretten lagde vægt på, at arbejdsgiveren havde reageret med det samme, da vedkommende blev gjort bekendt med påstanden om sexchikane. Arbejdsgiveren havde afholdt samtaler, undersøgt påstanden grundigt, tildelt krænkeren en advarsel mv. Der skete derfor ikke en identifikation af arbejdsgiveren og lederen i den pågældende sag, idet der var tale om en leder, der selv var et stykke nede i ledelseshierarkiet.

Det kan være svært at afdække faktum i sager i sexchikane, især hvis der er ikke kopi af mails, sms'er, fotos eller andre håndgribelige beviser, der kan bruges til at afdække, hvad der er sket. Det er ikke tilstrækkeligt, at den krænkede person påstår, at der foreligger forhold, der giver anledning til at formode, at der er udøvet sexchikane. Påstanden skal tillige være underbygget af fx skriftligt bevismateriale, vidneforklaringer eller lignende. Hvis det er påstand mod påstand, er det op til retten ud fra en fri bevisbedømmelse at tage stilling til, om der foreligger sexchikane. I mange tilfælde ønsker arbejdsgiveren ikke at føre sager om sexchikane ved domstolene og ønsker at bringe sexchikanen til ophør, give krænkeren en advarsel eller bringe ansættelsesforholdet med krænkeren til ophør og eventuelt også at betale en godtgørelse, hvis det må lægges til grund, at der er udøvet chikane.

Dette kan eventuelt løses ved, at arbejdsgiveren rekvirerer en ekstern undersøgelse af, hvorvidt en medarbejder eller en leder har udsat en medarbejder eller en tidligere medarbejder for sexchikane. Arbejdsgiveren kan i den forbindelse have brug for en juridisk redegørelse for, i hvilket omfang arbejdsgiveren har pådraget sig et ansvar, og hvorvidt det er sandsynligt, at arbejdsgiveren vil blive dømt i en eventuel sag vedrørende sexchikane, jf. ligebehandlingslovens § 4. En sådan redegørelse vil også kunne påpege, hvilke forhold, der skal arbejdes med i forhold til den konkrete arbejdsplads, såfremt det må lægges til grund, at der ikke er ordentlige foranstaltninger til at sikre et chikanefrit arbejdsmiljø.

I forbindelse med en afdækkende undersøgelse kan det være relevant at inddrage tillidsrepræsentanten, den medarbejdervalgte arbejdsmiljørepræsentant, resultaterne af tidligere APV'er, interviewe kollegaer og andre med viden, såfremt der ikke foreligger skriftlige beviser for, at der er udøvet sexchikane. Formålet med sådanne interviews er en afdækning af de faktiske forhold. I forbindelse med en sådan ekstern afdækning af, hvad der er sket, kan de interviewede personer ikke pålægges at deltage eller at udtale sig under vidneansvar. Det er imidlertid vores erfaring, at de fleste mennesker faktisk gerne udtaler sig efter bedste overbevisning om de faktiske forhold, således som de husker de faktiske episoder. I den forbindelse kan det selvfølgelig spille en rolle, hvor lang tid, der er gået, siden episoderne har fundet sted. Der må også lægges vægt på, om den pågældende selv har overværet episoderne, eller om der er tale om viden, som den pågældende har fået på anden hånd.

I forhold til forebyggelse af sexchikane har det nok traditionelt været opfattelsen, at sexchikane ofte hænger sammen med kvinders placering i beskæftigelseshierarkiet. Løsningen af problemerne med sexchikane kunne derfor indeholde en overordnet strategi til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder på arbejdsmarkedet. I forhold til at tage hånd om kulturen på arbejdspladsen og de sager, der er opstået, har der imidlertid også været sager fremme i medierne, hvor det lægges til grund, at der også er kvindelige chefer, der ikke har taget hånd om de opståede sager om sexchikane. I forhold til ledelsens rolle og ansvar har det derfor ikke nogen betydning, om der er tale om kvindelige eller mandlige ledere i forhold til, om der gribes ind over for chikanen.

Det er vores vurdering, at erfaringerne med #MeToo viser, at virksomhederne har brug for redskaber til at forebygge seksuel chikane. Reglerne om ligebehandling kan sammentænkes med virksomhedens arbejdsmiljøregler, når det handler om forebyggelse af seksuel chikane.

De ændrede regler i ligebehandlingsloven indeholder ikke en pligt for arbejdsgiveren til at iværksætte tiltag med henblik på at forebygge sexchikane. Det er i modsætning til norske og svenske regler om ligebehandling af mænd og kvinder, der indeholder en generel forebyggelsespligt for arbejdsgiveren. Uanset at der ikke gælder et sådant udtrykkeligt krav om forebyggelse af sexchikane i henhold til ligebehandlingsloven, kan arbejdsgiveren godt blive ansvarlig som beskrevet ovenfor. De fleste ledere vil også have blik for virksomhedens almindelige omdømme i forhold til sager om sexchikane, især hvis man ikke har gjort noget for at forebygge chikanen i en situation, hvor man som leder er gjort opmærksom på faresignaler.

Det vigtigste i en virksomheds sexchikanestrategi må være at forebygge chikanen ved at søge adfærds- og holdningsændringer. Dette kan løses ved relevante politikker på den enkelte arbejdsplads, frem for lovgivning om sexchikane.

Det faktum, at der ikke er klaget over sexchikane i en virksomhed, behøver ikke at betyde, at der ikke er tilfælde af sexchikane på arbejdspladsen. Mange medarbejdere vil være nervøse for at stå frem med en sag om sexchikane af frygt for at blive latterliggjort, afvist eller blive udsat for repressalier.

Forebyggelse af sexchikane indebærer, at det først må afdækkes, om sexchikane forekommer på arbejdspladsen, fx i forbindelse med anonyme spørgeskemaundersøgelser, herunder i forbindelse med APV, og dernæst at der arbejdes aktivt med at skabe en kultur, der er fri for sexchikane.

Virksomhedens strategier og fremgangsmåder bør drøftes i samarbejdsudvalg eller lignende organer.

Det kan være fornuftigt at etablere en politik vedrørende sexchikane. Der er i dag flere arbejdspladser, der er multikulturelle end fx for 10 år siden. Det kan derfor af den grund nødvendiggøre spilleregler for, hvordan man omgås hinanden på arbejdspladsen, for at undgå at der opstår uønskede situationer som på grund af kulturelle forskelle kan være svære at forudse.

En sådan politik kan eventuelt kombineres med politikker om andre former for chikane, herunder mobning. Det bør fremgå af politikken, hvad formålet er med politikken, herunder hvad det er for værdier, der er gældende på arbejdspladsen i forhold til sexchikane, og hvad det er for en omgangsform, der forventes i virksomheden. Det kan også overvejes at indsætte en definition på sexchikane, således at det er klart, hvilke forhold, der betragtes som sexchikane. Det bør også fremgå af politikken, at det er helt i orden at sige fra over for sexchikane, uanset om chikanen udøves af en leder eller en kollega.

Politikken bør endvidere indeholde en beskrivelse af de enkelte aktørers rolle, det vil sige ledelsens, tillidsrepræsentantens og arbejdsmiljørepræsentantens rolle, samt en drøftelse og opdatering af politikken i samarbejdsudvalget. Som en del af politikken kan kolleger, der overværer sexchikane, opfordres til at gribe ind, således at det står klart, at den enkelte medarbejder også har en rolle, hvis der opleves chikane. Det vil også ofte være en fordel at drøfte sexchikanepolitikken på personalemøder, således at politikken forankres i virksomheden.

Sexchikanepolitikken kan også med fordel indeholde en procesbeskrivelse i forhold til, hvordan sexchikane kan anmeldes, herunder hvordan man håndterer ønsker om diskretion og anonymitet. Der kan ligeledes gives tilbud om psykolog eller andre former for ekstern bistand, hvis den krænkede har behov for det.

Politikken bør indeholde en gennemgang af sanktionsmuligheder, herunder advarsel, opsigelse eller i grove tilfælde, bortvisning i forhold til den, der udøver sexchikane.

En del virksomheder og uddannelsesinstitutioner, der ellers har haft personalepolitikker i en årrække, der skulle sikre det psykiske arbejdsmiljø ved at hindre mobning, sexchikane og overgreb, er allerede gået i gang med at genoverveje tidligere person-

alepolitikker. Der ses, at der nu indføres en "nultolerance" over for mobning, sexchikane og andre adfærdsformer, som krænker medarbejdere og studerende, såfremt der er tale om en uddannelsesinstitution.

Det er i denne forbindelse vigtigt, at man ved indførelsen af en sexchikanepolitik holder sig for øje, at politikkerne skal sikre mod krænkelser rettet mod konkrete personer, baseret på køn, seksuel orientering m.v. og ikke begrænse generelle ytringer. Under #MeeToo-bevægelsen er opstået et begreb, det i medierne er kaldt "krænkelsesparathed" eller "krænkelseskultur", hvor opmærksomheden på krænkelserne antages at have skabt en øget og uproportional sensitivitet over for krænkelser. Det kan være udfordrende at finde balancen mellem, at sikre et godt og chikanefrit miljø på arbejdspladsen uden samtidigt at begrænse ytringsfriheden. Det er derfor væsentligt også at indtænke ytringsfrihed og kulturen på arbejdspladsen, når der udarbejdes en sådan politik.

FORTOLKNING AF ANSÆTTELSESKONTRAKTER MED HEVISNING TIL EN KOLLEKTIV OVERENSKOMST

MARTIN BONDESEN
CHEFADVOKAT (H)

Der findes efterhånden adskillige afgørelser, der omhandler uorganiseredes retsstilling ved ansættelse i en overenskomstdækket virksomhed. Udgangspunktet er her, at der er en formodning for, at uorganiseredes arbejde udføres på de vilkår der er aftalt i overenskomsten. I samme boldgade opstår så problemer, når virksomheden ikke er overenskomstdækket, men helt eller delvist aftaler at overenskomsten skal gælde.

Artiklen sætter således fokus på, hvad der skal til for at lønmodtageren kan påberåbe sig rettigheder efter en given overenskomst.

1. HVORNÅR ER DER AFTALT OVERENSKOMSTDÆKNING?

I forlængelse af Shalina Kachichi og Jacob Sands udmærkede indlæg i HR JURA nr. 12 om "Underbetaling af uorganiserede lønmodtagere" kan et par nyligt afsagte domme i Østre Landsret bidrage til vurderingen af, hvornår lønmodtageren kan påberåbe sig overenskomstdækning.

Siden Ansættelsesbevisloven trådte i kraft for efterhånden mange år siden, er der afsagt adskillige domme på området, de fleste dog omhandlende godtgørelsesbestemmelsen som naturligt nok har tiltrukket sig mest opmærksomhed.

Loven hviler på et EU-direktiv af 14. oktober 1991 (91/533/EØF), hvis formål var at ensarte medlemsstaternes lovgivning, da der var væsentlige forskelle med hensyn til hvilke grundlæggende forhold, arbejdstageren blev oplyst om i ansættelseskontrakten. EU-direktivet fastlagde derfor nogle bestemmelser, hvorefter arbejdsgiverne skulle oplyse om alle væsentlige vilkår og som minimum nogle nærmere specificerede oplysninger.

Formålet var endvidere at yde arbejdstagerne en bedre beskyttelse mod en tilsidesættelse af deres rettigheder og gøre selve arbejdsmarkedet mere gennemskueligt.

Ansættelsesbevisloven der implementerede direktivet, har overordnet set betydet, at der er kommet langt mere ordnede forhold mellem arbejdstagerne og arbejdsgiveren forstået på den måde, at langt de fleste ansættelseskontrakter opfylder lovens bestemmelser og klarlægger, hvad der er aftalt mellem

parterne. Men kontrakterne giver dog til stadighed anledning til tvister om hvad der er aftalt, særligt når oplysningerne er uklare eller tvetydige.

Ifølge § 2 i ansættelsesbevisloven skal der oplyses om alle væsentlige vilkår, herunder mindst 10 nærmere specificerede punkter. Et af disse punkter er:

> *"Angivelse af, hvilke kollektive overenskomster eller aftaler der regulerer arbejdsforholdet. Hvis der er tale om overenskomster eller aftaler indgået af parter uden for virksomheden, skal det endvidere oplyses, hvem disse parter er."*

Rækkevidden af bestemmelsen kan diskuteres, idet Højesteret tilbage i 2008 (UfR 2009.724H) kom frem til, at man ikke har krav på, at få de relevante kollektive aftaler udleveret. Der er heller ikke krav om, at arbejdsgiveren skal oplyse den ansatte om, hvor aftalerne kan findes. Det giver ikke anledning til store problemer, idet de fleste overenskomster er tilgængelige på arbejdsgiver- og lønmodtagerorganisationernes hjemmesider, men en del organisationer udleverer kun overenskomsten til medlemmer hvorfor en uorganiseret medarbejder kan være underlagt en overenskomst, han ikke kan få indsigt i og således vanskeligt kan kende sine pligter eller rettigheder.

I sagen for Højesteret var der ikke tvivl om, at ansættelsesforholdet var underlagt den dagældende overenskomst mellem Kristelig Arbejdsgiverforening og Kristelig Fagforening indenfor kontor- og handelsområdet, men området giver stadig anledning til tvister, når det er mere tvetydigt formuleret om ansættelsen helt eller delvist er omfattet af en overenskomst.

Der er som udgangspunkt tre måder hvorpå et ansættelsesforhold kan være omfattet af en overenskomst:

- Hvis arbejdsgiveren er medlem af en arbejdsgiverorganisation, indtræder man som udgangspunkt automatisk i organisationens overenskomst og har pligt til at overholde den.

- Hvis arbejdsgiveren laver en tiltrædelsesoverenskomst, er han som udgangspunkt ikke medlem af den relevante arbejdsgiverorganisation, men har lavet en direkte aftale med den forhandlingsberettigede fagforening om at følge overenskomsten.

- Endelig kan man som arbejdsgiver til enhver tid aftale at følge en overenskomst uden at være medlem af en arbejdsgiverorganisation eller have lavet en tiltrædelsesoverenskomst. Det følger af princippet om aftalefrihed på det danske arbejdsmarked.

Denne sidste måde, hvor arbejdsgiveren uden at være medlem en arbejdsgiverorganisation eller have lavet en tiltrædelsesoverenskomst vælger at følge en overenskomst, giver anledning til en del finurlige måder at koncipere denne aftale på i ansættelsesbeviset – og således også anledning til tvister, når man skal tolke på denne aftale.

2. RETSPRAKSIS

I to nyligt afsagte afgørelser fra Østre Landsret blev det nærmere prøvet, "hvor meget" der skal til, for at man kan påberåbe sig at ansættelsesforholdet er underlagt overenskomst. Normalt giver dette sjældent anledning til problemer, men i de to sager var det meget uklart formuleret, hvorvidt arbejdstagerne var omfattet af en overenskomst eller ej.

Den ene sag for Østre Landsret[1] omhandlede en polsk statsborger, der i 2011 blev ansat som lagermedarbejder hos en vinduesfabrik. Størstedelen af arbejdsstyrken på lageret bestod af udenlandsk arbejdskraft, fortrinsvist polakker.

Lagermedarbejderen blev indledningsvist ansat midlertidigt i 5 måneder og ifølge kontrakten var

[1] Østre Landsrets dom af 20. september 2017 Sag B-471-17

timelønnen 120 kr., og der var i de to sidste linjer af kontrakten anført:

> "*Agreement*[2] *and other applicable laws. The guidelines of the current personnel manual and rules for the workplace.*"

Lagermedarbejderen blev senere i 2011 fastansat og fik udleveret en ny ligeledes på engelsk affattet kontrakt. Af betydning for sagen fremgik endvidere følgende af kontrakten:

> *"Overtime: There might be overtime. If so the compensation will be subject to TIB Agreement.*
> *Holidays: You leave and salary / compensation leave in accordance with the Holidays Act and the Agreement.*
>
> *The employment relationship in fact refer to the TIB Agreement and other applicable laws.*
> *Furthermore, the guidelines of the current personnel manual and rules for the workplace."*

Lagermedarbejderen fratrådte i 2015 uden at have modtaget pension i henhold til industrioverenskomsten mellem Dansk Byggeri og Forbundet Træ-Industri- Byg i Danmark.

Vinduesfabrikken blev først i 2016 medlem af Dansk Byggeri og derved forpligtet til at følge overenskomsten.

Spørgsmålet for landsretten var derfor, om lagermedarbejderen ud fra ansættelsesaftalen kunne kræve pensionsbetaling efter overenskomsten for sin ansættelsesperiode i 2011-15.

Medarbejderens opfattelse var, at der var henvist til TIB-overenskomsten flere steder i aftalen ligesom der til sidst i aftalen generelt set var henvist til den, hvorfor han måtte være omfattet.

Virksomhedens opfattelse var, at der ikke var aftalt noget om pension, idet man overordnet set ikke havde overenskomst, men i stedet valgt at udbetale en højere løn, idet der ofte var tale om kortere ansættelsesforhold, ligesom de udenlandske medarbejdere ikke havde interesse i pensionsbetaling. De udenlandske medarbejdere arbejdede som hovedregel en kortere tid og rejste tilbage, hvorefter de alligevel blot ville kunne få udbetalt deres pension, når de fraflyttede Danmark.

For byretten og landsretten blev der ført en del vidner herunder en del polske ansatte på lageret. Lagermedarbejderen forklarede, at han under ansættelsen havde spurgt ind til pensionen, men fik det indtryk, at det ikke var noget man spurgte til, da der var en del udskiftning og derfor bragte han det først på bane i forbindelse med afslutningen af ansættelsesforholdet.

De øvrige lagermedarbejdere forklarede, at der ikke var aftalt nogen pensionsordning herunder, at man nok ikke skulle tale om det, da der var risiko for opsigelse forbundet med det.

Landsretten lagde indledningsvist til grund, at vinduesfabrikken ikke under lagermedarbejderens ansættelse var organiseret i en arbejdsgiverorganisation eller overenskomstdækket i øvrigt, hvorfor et krav om pension i givet fald skulle hvile på en individuel pensionsaftale mellem parterne.

Herefter kiggede landsretten på ansættelsesaftalens indhold og lagde til grund, at pensionsspørgsmålet ikke var særskilt omtalt i aftalen og fandt endvidere ikke, at den afsluttende henvisning i kontrakten til "TIB Agreement" skulle forstås således, at der herved var indgået aftale om, at ansættelsesforholdet generelt var omfattet af overenskomsten mellem Dansk Byggeri og Forbundet Træ-Industri-Byg i Danmark. Dette begrundede landsretten med, at man havde lagt vægt på ordlyden af den omhandlede passus samt den sammenhæng, hvori den

[2] Agreement: der var mellem parterne under retssagen enighed om at "agreement" skulle forstås som og oversættes til "overenskomst"

indgik, herunder at der i den efterfølgende sætning var henvist til "rules of the workplace".

Endelig lagde landsretten vægt på forholdene på arbejdspladsen samt baggrunden for at lønnen var fastsat over mindstelønnen, ligesom man tillagde de øvrige medarbejderes forklaringer vægt. Som følge af det var der ikke krav på betaling af pension og der heller ikke var grundlag for at kalde ansættelsesbeviset mangelfuldt.

Knap 5 måneder senere nåede landsretten til det modsatte resultat i en lignende sag[3].

En kvinde blev i 2015 ansat som "dyrebruger" hos et fynsk dyreinternat. Ifølge kontrakten var timelønnen kr. 160,00 og der var på næstsidste linje af kontrakten anført:

> *"Ansættelsesforholdet reguleres i øvrigt, af Jordbrugsoverenskomsten mellem 3F og GLS-A".*

Kvinden blev opsagt efter 7 måneders ansættelse og rettede henvendelse til sin fagforening der konstaterede, at der ikke var betalt pension, og at søgnehelligdagsbetalingen var afregnet med en for lav sats.

Virksomheden gjorde gældende, at der ikke var traditionel overenskomstdækning, ligesom man havde afregnet en højere timeløn i stedet for pension.

Byretten gav kvinden medhold i sit efterbetalingskrav. Byretten havde lagt til grund, at en bestemmelse om at "et ansættelsesforhold i øvrigt reguleres af en overenskomst" må forstås således, at medmindre der er aftalt særlige vilkår som fraviger overenskomsten, vil den være gældende i sin helhed.

Sagen blev af virksomheden anket til Landsretten der kom med en mundtlig tilkendegivelse, som sagens parter accepterede.

I tilkendegivelsen lagde landsretten til grund, at der ikke var tale om et overenskomstdækket ansættelsesforhold i sædvanlig forstand hvorfor en aftale om pension og søgnehelligdagsbetaling, måtte bero på en individuel aftale.

Landsretten tilkendegav herefter at aftalen indeholdt konkrete bestemmelser om eks. løn, men ikke bestemmelser om pension eller søgnehelligdagsbetaling og der ikke var uklarhed eller tvivl om, at bestemmelsen hvori der var henvist til en konkret overenskomst, så måtte omfatte alt, hvad der ikke specifikt var fraveget i overenskomsten.

Egentlig faldt landsretten tilbage på koncipistreglen, men vurderede også hvorvidt virksomheden på trods af formuleringen, havde bevist at noget andet var aftalt. Da der var modstridende forklaringer om hvad der var aftalt, måtte man læne sig op ad aftalens indhold, som der ikke var tvivl om rækkevidden af. Da landsretten lagde til grund, at der i overensstemmelse med ansættelsesaftalens indhold var krav på overenskomstmæssig betaling, var der derfor ikke nogen fejl i aftalen, hvorfor landsretten ville stadfæste byrettens afgørelse. Virksomheden accepterede herefter at hæve sagen.

Af øvrige domme om samme problematik kan henvises til eks. U.2003.1597V, Vestre Landsrets dom af 16. oktober 2017 i sag B-0614-17 og U.2009.2871Ø.

3. KONKLUSION

På baggrund af retspraksis må man konkludere, at det er en vanskelig opgave at vurdere, hvor meget der skal til for at arbejdsgiveren bliver "fanget" af en overenskomst.

Domstolene har dog en meget systematisk tilgang til vurderingen. Indledningsvist konstaterer landsretten i begge afgørelser, om man er omfattet af overenskomst på "den sædvanlige måde" og herefter gennemgår man aftalen for at efterprøve, om der skulle være tale om en individuel aftale, herunder gennem almindelig ordlydsfortolkning. Såfremt der

[3] Tilkendegivelse afsagt af Østre Landsret den 22. februar 2018 i sag B-0847-17

er tvivl, bevæger man sig et skridt længere ud og inddrager evt. parts- og vidneforklaringer sammenholdt med, om parterne har ageret ud fra om der var en aftale om overenskomstdækning eller ej.

I begge sager blev der procederet på, at en arbejdsgiver ikke omkostningsfrit og efter forgodtbefindende kan indføje passuser i ansættelseskontrakter om at ansættelsesforholdet i det hele refererer til en navngiven overenskomst – uden derved at blive omfattet af overenskomstens bestemmelser.

Konsekvenserne af en sådan retstilstand inviterer til misbrug, idet det udadtil og overfor en lønmodtager kommer til at fremstå som om, at man er sikret visse rettigheder i lyset af henvisningen – uden overhovedet at være det. Ansættelseskontrakten vil med andre ord fremstå mere "legitim" og troværdig ved en generel henvisning til en specifik overenskomst, mens lønmodtageren ikke er sikret de minimumsrettigheder der fremgår af den pågældende overenskomst.

Endelig synes det at være bemærkelsesværdigt, at landsretten i sagen med vindues-fabrikken ikke anså ansættelseskontrakten for at være mangelfuld i lovens forstand set i lyset af, at ansættelseskontrakten henviste til en overenskomst, som landsretten fandt ikke var gældende og som derved ikke kunne påberåbes af lønmodtageren som en del af aftalegrundlaget.

Man risikerer en retstilstand hvor arbejdsgivere får mulighed for at "smykke sig med lånte fjer" ved henvisninger til overenskomsterne på arbejdsmarkedet og skabe berettigede forventninger om ordnede ansættelsesforhold uden derved at være bundet af ansættelsesaftalernes indhold. Landsretten har dog med afgørelsen fra dyreinternattet sat visse grænser for den praksis.

UDKOMMER MARTS

Dansk Funktionærret

AF DANIELLE BUHL OG JEPPE HØYER JØRGENSEN

FORFATTERLISTE

BYRIAL RASTAD BJØRST
FAGLIG SEKRETÆR,
ADVOKAT (L)

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 ferieloven.

Udvalgt litteratur:

- 2017 – Ansættelsesklausuler – ny regulering – nye hensyn
- 2016 - The ban on indirect discrimination as an instrument to create progress in equality,
- 2005 - Ligeløn for job af samme værdi, PhD afhandling

RUNE ASMUSSEN
ADVOKAT (H)

Rune Asmussen er advokat i FH (Fagbevægelsens Hovedorganisation).

Rune Asmussen har beskæftiget sig med ansættelsesret siden 2004. Rune Asmussen har bl.a. været ansat som procedureadvokat med speciale i sager om især individuel ansættelsesret i 3F i en lang årrække.

Derudover har han undervisningserfaring fra en lang række fora om forskellige grene indenfor individuel ansættelsesret, og han har været konstitueret landsdommer.

SIDSEL DEVANTIER
ADVOKATFULDMÆGTIG

Sidsel Devantier er advokatfuldmægtig hos Mette Klingsten Advokatfirma. Sidsel Devantier beskæftiger sig med arbejds- og ansættelsesret og har erfaring med diskriminations- og ligestillingssager.

Sidsel Devantier har løbende bistået klienter i ind- og udlandet med rådgivning om diskriminationssager samt sager for Ligebehandlingsnævnet.

METTE KLINGSTEN
ADVOKAT (H)

Mette Klingsten er advokat med møderet for Højesteret og indehaver af Mette Klingsten Advokatfirma. Mette Klingsten har lang erfaring indenfor arbejds- og ansættelsesret, retssager og bestyrelsesarbejde. Mette Klingsten har rådgivet såvel nationale som internationale virksomheder og institutioner gennem en årrække, og har derudover ført en række principielle sager ved domstolene.

Mette Klingsten har sideløbende med arbejdet som advokat været ekstern lektor på Københavns Universitet og undervist i individuel arbejdsret.

Mette Klingsten er forfatter og medforfatter til en række bøger om ansættelsesretlige emner, blandt andet om personalepolitikker og kollektive afskedigelser. Mette Klingsten er blandt andet medforfatter til "Funktionærretten", "Personalehåndbogen – Jura og HR", "Lov om kollektive afskedigelser" og "Erhvervsstrafferetten". Mette Klingsten har senest i 2016 udgivet 2. udgaven af "Ansættelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelse".

MARTIN BONDESEN
CHEFADVOKAT (H)

Martin Bondesen har siden 2010 arbejdet som advokat og er chef for advokatgruppen i afdelingen Faglig Hjælp og Retssager ved Det Faglige Hus.

Martin har indgående viden om ansættelsesretlige emner, herunder en særlig viden om og interesse for ansættelsesklausuler, konkurrencehandlinger og virksomhedsoverdragelser. Han er også en del af overenskomstgruppen der varetager overenskomstforhandlingerne med Kristelig Arbejdsgiverforening. Endelig er han ekstern lektor i erhvervsret ved Syddansk Universitet.

HRJURA
MAGASINET
ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET