

DOMMANN REU



NYE VEJLEDNINGER OM ARBEJDSGIVERENS ADGANG TIL AT UDBEDE SIG LÆGEERKLÆRINGER

Lægeforeningen, PLO, har netop sendt nye vejledninger om mulighedserklæringer og friattest på gaden. I de nye vejledninger er PLO mere på linje med hidtidig gældende praksis for arbejdsgiverens adgang til at indhente lægeerklæringer end tidligere.

To nye dokumenter

Den 1. februar 2010 har PLO lagt to nye dokumenter på deres hjemmeside.

Af "Lægeattest ved sygefravær" fremgår bl.a., at friattesten vil være anvendelig, hvis:

- den sygemeldte ikke ser sig i stand til at medvirke ved sygesamtale med arbejdsgiver,
- medarbejderen har meldt sig syg i opsigelsesperioden,
- medarbejderen har meldt sig syg i sin ferie,
- arbejdsgiveren ønsker at afskedige medarbejderen begrundet i dennes sygdom.



Det anføres tillige, at:

“lægen må på grundlag af arbejdsgiverens anmodning vurdere, om der er tale om et tilfælde egnet til friattest. Er det ikke tilfældet, bør (vores fremhævelse) lægen alligevel udfærdige friattest, men samtidig bemærke, at fx Mulighedserklæringen er en mere velegnet attest i lignende tilfælde.”

PLO vejleder således lægerne til at udarbejde friattesten, selvom lægen vurderer, at en mulighedserklæring havde været mere relevant. Dog anføres det andetsteds i vejledningen, at lægeforeningen vurderer, at:

“anmodninger om lægelig dokumentation ved få dages fravær, der alene begrundes med henvisning til bestemmelse i personalehåndbog eller lignende virksomhedsintern regel, ikke er nyttige og derfor kan afvises.”

Dette citat synes at ligge i forlængelse af PLO's tidligere opfattelse af de nye regler, hvorefter der skulle foreligge “særlige omstændigheder”, før friattesten skulle udarbejdes.

Hvad kan arbejdsgivere så regne med?

Efter denne nye vejledning vil en arbejdsgiver formentlig ikke møde modstand fra medarbejderens læge, når der anmodes om friattest begrundet i sygefravær i en situation omfattet af de nævnte situationer ovenfor.

Uden for de nævnte situationer kan arbejdsgiveren fortsat risikere, at lægen afviser at udstede en friattest, hvis begrundelsen for anmodningen om lægeerklæringen eksempelvis er, at virksomheden pr. automatik beder om dokumentation for sygefravær

under henvisning til en fast procedure eller reglerne i en sygefraværspolitik.

Når medarbejderen går tomhændet hjem

Ud fra et ansættelsesretligt perspektiv har det interesse, hvordan arbejdsgiveren kan forholde sig, hvis medarbejderen bliver sendt tomhændet hjem fra sit lægebesøg, eller går derfra med en skriftlig “kvittering”, hvor lægen opfordrer til, at der i stedet udarbejdes en mulighedserklæring. Hvilke muligheder har arbejdsgiveren herefter?

Hvis medarbejderen kan dokumentere at have bedt lægen om en friattest, f.eks. ved at fremlægge en kvittering fra lægen, kan det forhold, at lægen nægter at efterkomme medarbejderens anmodning, ikke få ansættelsesretlige konsekvenser.

Arbejdsgiveren er herefter nødsaget til at udarbejde en skriftligt begrundet anmodning til lægen om udstedelse af en friattest, som medarbejderen kan medbringe til lægen.

Afviser lægen fortsat at udarbejde en friattest, er dette næppe medarbejderens risiko, hvis medarbejderen kan dokumentere, at anmodningen er nået frem til lægen.

FAKTA

Up-to-date med sygefraværreglerne?

Er du ikke helt up-to-date med de nye sygefraværregler?

Så læs vores [tema-nyhedsbrev fra januar her](#).



NYE DOMME OM MEDARBEJDERES VIDERE- REGIVELSE AF ERHVERVSHEMMELIGHEDER

Sø- og Handelsretten har inden for den seneste tid afsagt to domme om medarbejderes overtrædelse af markedsføringsloven §§ 1 og 19. dommene vækker særlig interesse, idet Sø- og Handelsretten nåede til forskellige resultater.

Dom fra september 2009

Sagen omhandlede en medarbejder, der var ansat som administrerende direktør hos en ejendomsadministration. Efter medarbejderens fratreden erfarede arbejdsgiveren, at medarbejderens nye arbejdsgiver anvendte næsten enslydende paradigmer og andre oplysningsskemaer, som den tidligere arbejdsgiver.

Sø- og Handelsretten lagde ved sin afgørelse til grund, at medarbejderen havde kopieret formularerne fra den tidligere arbejdsgiver. Retten fandt imidlertid, at sådanne paradigmer til aftaleindgåelse og formularer til afgivelse af oplysninger, herunder uddrag af lovtekst, ikke kunne betegnes som hemmelige. Derfor var der ikke grundlag for at dømme medarbejderen for overtrædelse af markedsføringsloven § 19 om uberettiget videregivelse af erhvervshemmeligheder.

Om markedsføringsloven § 1 udtalte Sø- og Handelsretten, at denne bestemmelse ikke fandt anvendelse på handlinger udført af almindelige arbejdstagere, men alene gjaldt for erhvervsdrivende.

Dommen er anket til Højesteret.

Dom fra januar 2010

Sagen omhandlede en medarbejder, der kort inden sin fratreden havde udvekslet oplysninger om specifikke produktbetegnelser, priser m.v. med arbejdsgiverens konkurrent. Dette havde afstedkommet, at

konkurrenten havde fremsat tilbud til en af arbejdsgiverens vigtigste kunder, hvorefter denne kunde opsagde samarbejdet med arbejdsgiveren. Ligeledes erfarede arbejdsgiveren, at medarbejderen havde tilbudt konkurrentens produkter til en lavere pris end arbejdsgiverens egne produkter.

Efter fratredelse hos arbejdsgiveren, tiltrådte medarbejderen en stilling hos konkurrenten.

Sø- og Handelsretten lagde efter bevisførelsen til grund, at medarbejderen i perioden op til sin opsigelse havde forsynet arbejdsgiverens konkurrent med oplysninger om arbejdsgiverens samlede salg til andre kunder. Retten fandt, at sådanne oplysninger havde karakter af erhvervshemmeligheder.

Ligeledes lagde retten til grund, at medarbejderen i samme periode på vegne af konkurrenten havde fremsat tilbud til arbejdsgiverens agent i Mellempøsten. Herefter fandt retten, at medarbejderen ved at overdrage fortrolige oplysninger til konkurrenten, og ved at fremsætte et tilbud på dette firmas vegne som sket, havde handlet i strid med markedsføringsloven § 19.

Hertil kom, at medarbejderen i månederne op til sin ansættelsesstart hos konkurrenten i større omfang havde forsynet konkurrenten med oplysninger om arbejdsgiverens vigtigste kunde. De overførte oplysninger var i sig selv ikke erhvervshemmeligheder. Retten fandt dog uanset dette, at en sådan systematisk videreformidling af en viden var i strid med markedsføringsloven § 1.

Endelig fandt retten det godtgjort, at konkurrenten aktivt havde brugt de oplysninger, som medarbejderen forsynede konkurrenten med, til at fremsætte et tilbud til arbejdsgiverens kunde. Oplysningerne satte således konkurrenten i stand til at fremsætte



et konkurrencedygtigt tilbud hurtigere, end det ellers ville have kunnet ske. Konkurrenten havde dermed opnået et uberettiget forspring i konkurrencen og derfor handlet i strid med markedsføringsloven §§ 1 og 19. Medarbejderen og konkurrenten skulle i fællesskab betale en erstatning til arbejdsgiveren på 300.000 kr.

Hvad kan udledes af dommene?

Dommene er interessante, da de bidrager til afgrænsningen af markedsføringsloven §§ 1 og 19.

Derudover rejses problematikken om anvendelsesområdet for markedsføringsloven § 1. Sø- og Handelsretten fastslår i dommen fra september 2009, at markedsføringslovens generalklausul i § 1 ikke gælder for medarbejdere, men alene for erhvervsdrivende. I dommen fra januar 2010 fastslår Sø- og Handelsretten imidlertid, at medarbejderen havde overtrådt markedsføringsloven § 1. En endelig afklaring af spørgsmålet må afvente Højesterets afgørelse.

BEDRE TILSYN MED AFLØNNING I BANKER

Den 27. januar 2010 præsenterede Økonomi- og erhvervsminister Lene Espersen en "model", der skal sikre bedre kontrol og større ansvarlighed med lønning og bonusser i den finansielle sektor.

Modellen er et led i en udvikling, der startede med finanskrisens indtog. En udvikling, som navnlig tog sit afsæt i de store amerikanske og engelske bankers lønningsstrukturer, der i en årrække havde opereret med eksorbitante, variable lønningsandele.

I Danmark – såvel som i resten af EU – har der siden finanskrisens begyndelse været en erkendelse af, at der burde ske en opstramning af reglerne for aflønningen af de medarbejdere i finansielle virksomheder,

hvis arbejde har betydning for virksomhedernes risikoprofil. Det drejer sig først og fremmest om bestyrelsesmedlemmer og medlemmer af ledelsen, men derudover også andre medarbejdere, hvis aktiviteter har betydning for den enkelte virksomheds risikoprofil.

Modellen har været undervejs igennem længere tid. Den er baseret på en henstilling fra EU-kommissionen fra april 2009 om aflønning inden for den finansielle sektor.

Modellen består af fem tiltag, der alle foreslås iværksat på én gang:

- 1. Anbefalinger fra Komiteen for god Selskabsledelse:** Komiteen for god Selskabsledelse har fået til opgave at udarbejde et sæt anbefalinger om aflønning i finansielle virksomheder. De finansielle virksomheder opfordres til at følge disse. Anbefalingerne er endnu ikke vedtaget (forventes i april 2010), men der lægges op til, at generalforsamlingen i de enkelte finansielle virksomheder fremover skal godkende en vederlagspolitik for det øverste ledelsesorgan og direktionen. Der skal heri fastsættes maksimumgrænser for fratrædelsesgodtgørelser, at bonusser skal udbetales over 3 år m.v.
- 2. De fem organisationers bindende kodeks for lønpolitik:** De fem organisationer (Finansrådet, Forsikring & Pension, Realkreditrådet, Realkreditforeningen og Finanssektorens Arbejdsgiverforening) skal udarbejde et bindende kodeks om lønpolitik i den finansielle sektor. Heri skal der fastsættes regler, der sikrer og fremmer en forsvarlig og effektiv risikostyring og modvirker overdreven risikotagning. Kodekset skal omfatte både virksomhedernes direktion og andre medarbejdere, der er risikotagere.
- 3. Finanstilsynet fører tilsyn med aflønningspolitik:** Som opfølgning på kodeks, skal Finanstilsynet



fremover føre tilsyn med, om de enkelte virksomheders aflønningspolitik er i overensstemmelse med virksomhedens langsigtede mål, samt

- at der er et passende forhold mellem variable og faste lønkomponenter,
- at der ved fastsættelsen af bonus tages højde for den risiko, der ligger på det opnåede resultat,
- at udbetaling af bonus baseres på resultater over en længere periode, og
- at mindst 60 % af den variable lønandel skal fordeles over mindst 3 år.

4. Oplysning om variable lønudgifter i årsrapporten: Der indføres et krav for finansielle virksomheder om, at der i årsrapporten skal oplyses om, hvor stor en del af de samlede lønudgifter, der er variable.

5. Oplysning til kunder om medarbejderes variable aflønning: Der indføres et krav for finansielle virksomheder om, at de skal oplyse deres kunder om, hvorvidt de medarbejdere i virksomheden, der har kundekontakt, har en variabel aflønning, der afhænger af opfyldelse af salgsmål.

Modellen er endnu ikke et egentligt lovforslag, men derimod en anbefaling af, hvordan Kommissionens henstilling kan blive implementeret i dansk ret. Det må derfor forventes, at den endelige lov kommer til at fremstå i en ændret form.

Vi vil i den kommende tid følge udviklingen på området nøje og i nyhedsbreve løbende orientere om væsentlige udviklinger.

BORTVISNING UBERETTIGET PÅ GRUND AF ARBEJDSGIVERS PASSIVITET

Faglig Voldgift fastslog i denne kendelse, at virksomheden havde fortabt retten til berettiget at bortvise en medarbejder.

Sagen omhandlede en medarbejder, der den 5. november 2008 tilbød en kunde "sort" pris for reparation af en bilrude. Kunden betalte kontant og uden kvittering, hvorefter medarbejderen stak pengene i lommen. Kunden var imidlertid specialagent, som var hyret af arbejdsgiveren til at forestå kontrolbesøg. Kunden optog derfor samtalen med medarbejderen på bånd.

Den 7. samme måned bortviste arbejdsgiveren syv andre medarbejdere for lignende begåede forhold.

Få dage efter disse bortvisninger blev arbejdsgiveren telefonisk gjort bekendt med betalingen til medarbejderen. Medarbejderen blev imidlertid først den 19. november 2008 foreholdt lydoptagelsen, hvor han erkendte at have dummet sig. Den efterfølgende dag blev medarbejderen bortvist.

Voldgiftsrettens tilkendegivelse

Opmanden fandt, at medarbejderen ved at modtage betaling for det udførte arbejde som beskrevet, havde gjort sig skyldig i alvorligt tillidsbrud og dermed klart havde misligholdt ansættelsesforholdet.

Selvom arbejdsgiveren måtte have en vis tid til at undersøge sagen, og dermed søge et alvorligt tillidsbrud bekræftet, fandt opmanden, at virksomheden havde fortabt sin ret til at bortvise medarbejderen.

Hvad kan udledes af kendelsen?

Bortvisning skete dagen efter, at medarbejderen var blevet bekendt med, at arbejdsgiveren kendte til episoden, hvor medarbejderen havde modtaget "sort"



betaling for en bilreparation. Medarbejderen havde dermed ikke nået at indrette sig på, at arbejdsgiveren ikke ville iværksætte sanktioner over for ham på grund af det passerede.

Opmanden tillægger det imidlertid implicit vægt, at medarbejderen havde indrettet sig på, at arbejdsgiveren ikke var vidende om hans tillidsbrud, og at dette i sig selv var et beskyttelsesværdigt forhold.

Kendelsen er derfor meget vidtgående, og det kan udledes, at der stilles strenge krav til arbejdsgivere om, at de skal reagere kort tid efter de har fået kendskab til en episode, som kan berettige til en bortvisning, selv i tilfælde, hvor medarbejderen ikke ved, at arbejdsgiveren har opnået kendskab til episoden. Hvis dette ikke sker, risikerer arbejdsgiveren at fortabe retten til at bortvise på grund af passivitet.

OPSIGELSE MED FORLÆNGET VARSEL

Østre Landsret har fastslået, at en medarbejder kunne opsiges sin stilling med et længere varsel end én måned, som ellers fastsat i funktionærloven.

En medarbejder havde siden slutningen af august 2007 været sygemeldt på grund af kronisk rygbesvær, og hun var ifølge en lægeerklæring psykisk nedbrudt over at være blevet mobbet på arbejdet. Hun opsagde den 3. september 2007 sin stilling som "oldfrue" til fratræden ved udgangen af januar 2008. Medarbejderens ansættelseskontrakt var underlagt funktionærlovens regler.

Arbejdsgiveren meddelte imidlertid skriftligt medarbejderen, at denne ifølge sin ansættelseskontrakt havde en måneds opsigelse, hvorfor ansættelsesforholdet ville ophøre ved udgangen af oktober 2007.

Under sagen gjorde medarbejderen krav på løn og feriepenge indtil udgangen af januar 2008 samt erstatning for psykologudgifter.

Østre Landsrets dom

Det var ubestridt, at opsigelsesvarslet i medarbejderens ansættelseskontrakt skulle forstås i overensstemmelse med funktionærlovens regler om medarbejderes opsigelsesvarsel. Af disse følger, at opsigelse fra funktionærens side skal ske med 1 måneds varsel til ophør ved udgangen af en måned.

Retten lagde i sin bedømmelse vægt på, at det fremgår af lovforarbejderne, at denne bestemmelse "fastsætter ufravigelige minimumsregler...for varslets længde". Medarbejderen var således berettiget til at opsiges sin stilling den 3. september 2007 til fratræden ved udgangen af januar 2008. Det forhold, at medarbejderen var sygemeldt på tidspunktet for sin opsigelse, ændrede ikke herved.

Følgelig var arbejdsgiveren forpligtet til at betale løn og feriepenge indtil opsigelsesperiodens udløb den 31. januar 2008. Efter bevisførelsen fandt retten imidlertid ikke, at det var godtgjort, at medarbejderen havde været udsat for mobning på sin arbejdsplads, hvorfor arbejdsgiveren blev frifundet for at skulle betale erstatning for medarbejderens afholdte udgifter til psykologbehandling.

Hvad kan udledes af dommen?

Dommen bekræfter gældende opfattelse, hvorefter en medarbejder er berettiget til at opsiges sit ansættelsesforhold med et forlænget varsel i forhold til funktionærlovens minimumsopsigelsesvarsel på en måned.

Imidlertid har det været den almindelige antagelse, at en undtagelse kunne gælde, såfremt arbejdsgiveren kan påvise, at opsigelsen med forlænget varsel ikke er sagligt begrundet, men måske nærmere er udtryk for



en "udnyttelse" af systemet.

Dommen er derfor interessant, idet Østre Landsret ikke tillagde det vægt, at medarbejderen på grund af den afgivne sygemelding ikke var i stand til at udføre arbejde i den forlængede opsigelsesperiode. Dette var ikke tilstrækkeligt til at medarbejderen fortabte sin ret til at opsiges med forlænget opsigelsesvarsel.

LØN UNDER MEDARBEJDERENS BARSEL?

EF-Domstolen har i en sag om en belgisk medarbejder på deltidsforældreorlov fastslået, at medarbejderen var berettiget til fuld løn i opsigelsesperioden.

Sagen omhandlede en fuldtidsansat medarbejder i en trykkerivirksomhed. Medarbejderen havde i overensstemmelse med de belgiske regler om forældreorlov arbejdet på halv tid på grund af, at hun afviklede forældreorlov. Som følge af nedsættelse af arbejdstiden til det halve, fik medarbejderen alene udbetalt halv løn.

9 dage før forældreorlovens udløb blev medarbejderen opsagt uden varsel, hvilket efter belgisk lovgivning udløste 10 måneders fratrædelsesgodtgørelse. Denne løn skulle beregnes på grundlag af den løn, som medarbejderen oppebar på opsigelsestidspunktet.

Medarbejderen gjorde under sagen gældende, at fratrædelsesgodtgørelsen skulle beregnes på grundlag af den fuldtidsløn, som hun ville have oppebåret, hvis hendes arbejdstid ikke havde været nedsat på grund af afviklingen af forældreorlov.

Som følge heraf stillede den belgiske domstol et præjudicielt spørgsmål til EF-domstolen om, hvorvidt rammeaftalen vedrørende forældreorlov skulle fortolkes således, at den fratrædelsesgodtgørelse,

som medarbejderen havde krav på (når arbejdsgiveren tilsidesatte det ved lov fastsatte opsigelsesvarsel), skulle beregnes på grundlag af medarbejderens grundløn, som om hun ikke havde nedsat arbejdstid på grund af sin forældreorlov.

EF-Domstolens dom

EF-Domstolen fastslog, at rammeaftalen havde til formål at beskytte arbejdstagere mod afskedigelse under forældreorloven, og det fremgik af rammeaftalen, at erhvervede rettigheder opretholdes uændret indtil forældreorlovens ophør. Rammeaftalen sikrer dermed, at arbejdstageren er stillet på samme måde med hensyn til disse rettigheder ved orlovens ophør, som før den begyndte.

Herefter fandt EF-Domstolen, at "rammeaftalen vedrørende forældreorlov var til hinder for, at den fratrædelsesgodtgørelse, som en arbejdstager har krav på – såfremt arbejdsgiveren, uden skellig grund og uden at respektere det ved lov fastsatte opsigelsesvarsel, ensidigt opsiger ansættelsesforholdet med en arbejdstager ansat på grundlag af en tidsubegrænset kontrakt og på fuld tid, mens denne har forældreorlov bevilget i form af nedsat arbejdstid – beregnes på grundlag af den på opsigelsestidspunktet oppebårne deltidsløn".

Hvad kan udledes af dommen

Flere fagforeninger, bl.a. DJØF og Teknisk Landsforbund fortolker EF-Domstolens svar på det præjudicielle spørgsmål således, at hvis en medarbejder opsiges under barsel eller forældreorlov, vil medarbejderen da være berettiget til at modtage fuld løn i opsigelsesperioden.

Kromann Reumert finder denne fortolkning meget vidtgående, og EF-Domstolens svar kan ikke ukritisk tages til indtægt for en holdningsændring.

EF-Domstolens svar var konkret begrundet i de belgiske



regler, hvorefter fratrædelsesgodtgørelsen trådte i stedet for et opsigelsesvarsel. Desuden ville en sådan fortolkning stride mod reglerne i funktionærloven, hvorefter en medarbejder, som bliver opsagt efter 14. uge af sin orlov og som ikke modtager løn fra arbejdsgiveren, alene er berettiget til dagpenge i opsigelsesperioden.



Hvis du har spørgsmål eller bemærkninger til dette nyhedsbrev, er du naturligvis velkommen til at kontakte:



KØBENHAVN
Tlf.: 70 12 12 11
Fax: 70 12 13 11
Claus Juel Hansen
cjh@kromannreumert.com



KØBENHAVN
Tlf.: 70 12 12 11
Fax: 70 12 13 11
Marianne Granhøj
mrg@kromannreumert.com



ÅRHUS
Tlf.: 70 12 12 11
Fax: 70 12 14 11
Helene Amsinck
ham@kromannreumert.com



KØBENHAVN
Tlf.: 70 12 12 11
Fax: 70 12 13 11
Jens Lund Mosbek
jlu@kromannreumert.com

TILMELD DIG NYHEDSBREVET!

Få nyhedsbrevet fra Kromann Reumerts Ansættelses- og arbejdsretsgruppe direkte i din mailboks.

Tilmeld dig på www.kromannreumert.com/nyhedsbreve

København

Kromann Reumert
Sundkrogsgade 5
DK-2100 København
Danmark

Tlf.: +45 70 12 12 11
Fax: +45 70 12 13 11
E-mail: cph@kromannreumert.com

Århus

Kromann Reumert
Rådhuspladsen 3
DK-8000 Århus C
Danmark

Tlf.: +45 70 12 12 11
Fax: +45 70 12 14 11
E-mail: arh@kromannreumert.com

Dette nyhedsbrev kan ikke erstatte juridisk rådgivning. Kromann Reumert påtager sig intet ansvar for skader eller tab, der direkte eller indirekte kan afledes af brugen af nyhedsbrevet. Dette gælder, hvad enten skaden eller tabet er forårsaget af fejlagtig information i nyhedsbrevet eller af øvrige forhold, der relaterer sig til nyhedsbrevet.

**KROMANN
REUMERT**