

Beskæftigelsesministeriet
Ved Stranden 8
1061 København K

KRONPRINSESSEGADE 28
1306 KØBENHAVN K
TLF. 33 96 97 98
FAX 33 36 97 50

DATO: 12. februar 2010
J.NR.: 04-014102-10-0069
REF.: rmm-hfe

pjaicenter@bm.dk

Høring vedr. bidrag til brug for revision af lov om arbejdsgivers brug af jobklausuler

Ved e-mail af 11. januar 2010 har Beskæftigelsesministeriet anmodet om Advokatrådets bemærkninger til ovennævnte høring.

Advokatrådet har følgende bemærkninger:

Det er Advokatrådets opfattelse, at anvendelse af jobklausuler er steget efter lovens ikrafttræden, men at jobklausuler generelt ikke anvendes i overvældende grad.

I forhold til relevante problemstillinger og sager om jobklausuler finder Advokatrådet, at begrebet "arbejdsgiver" i § 2 i lov om arbejdsgivers brug af jobklausuler (herafter jobklausuloven) giver anledning til en vis fortolkningstvivl. Det er således usikkert, om begrebet også omfatter aktionærer, i de tilfælde hvor en aftale indgås mellem en aktionær/aktionærkreds og en anden virksomhed, hvorefter denne virksomhed ikke må ansætte medarbejdere, som er ansat i det af aktionæren ejede selskab.

Advokatrådet er bekendt med, at Beskæftigelsesministeriet ved brev af 24. november 2009 til Plesner Advokatfirma hertil har anført, at arbejdsgiverbegrebet i lovens § 2 henset til lovens formål ikke bør fortolkes indskrænkende, men at det i sidste ende må være en konkret vurdering i forhold til selskabets konstruktion og forholdet mellem aktionærkredsen og den virksomhed, hvis medarbejder pålægges en binding. Beskæftigelsesministeriet bemærkede, at i en situation, hvor aktionærkredsen ejer 100 pct. af driftsselskabet, vil aktionærkredsen efter Beskæftigelsesministeriets umiddelbare opfattelse kunne betragtes som arbejdsgiver, således som dette begreb skal forstås i lovens § 2. Advokatrådet finder, at det ville være hensigtsmæssigt, hvis arbejdsgiverbegrebet i denne henseende blev præciseret i loven eller i lovens forarbejder.

Jobklausulovens § 8 indeholder en undtagelse for så vidt angår jobklausuler, der indgås i forbindelse med forhandlinger om virksomhedsoverdragelse. Imidlertid

fremgår det hverken af loven eller af lovens forarbejder, om virksomhedsoverdragelsesbegrebet omfatter den situation, hvor en virksomhed overdrages ved salg af aktier. I ovennævnte brev af 24. november 2009 fra Beskæftigelsesministeriet til Plesner Advokatfirma anføres det af ministeriet, at hensynene bag en virksomhedsoverdragelse med aktier kan være de samme som hensynene bag en virksomhedsoverdragelse med aktiver, således at behovet for hemmeligholdelse og for et fortroligt forhandlingsmiljø er identisk. Det er derfor Beskæftigelsesministeriets umiddelbare opfattelse, at begrebet virksomhedsoverdragelse i forhold til lovens § 8 kan omfatte aktieoverdragelse. Samtidig bemærkede Beskæftigelsesministeriet, at det imidlertid ikke vil være enhver aktieoverdragelse, der vil være en virksomhedsoverdragelse, idet der efter ministeriets opfattelse må være tale om en endog betydelig aktiepost. Advokatrådet finder, at det ville være hensigtsmæssigt, hvis loven eller lovens forarbejder tog stilling til, hvorvidt og i hvilket omfang aktieoverdragelse er omfattet af virksomhedsoverdragelsesbegrebet i jobklausullovens § 8.

Jobklausullovens § 1 bestemmer, at lovens formål er at begrænse brugen af jobklausuler og sikre, at nødvendige jobklausuler indgås på en loyal måde over for de berørte lønmodtagere. Det fremgår imidlertid hverken af loven eller lovens forarbejder, om begrebet "nødvendig" skal tillægges et selvstændigt indhold forstået på den måde, at der er tale om en retlig standard, der kan efterprøves ved domstolene, eller om der alene er tale om en formålsbestemmelse uden selvstændigt indhold. Advokatrådet finder på den baggrund, at det ville være hensigtsmæssigt, hvis loven eller lovens forarbejder tog stilling til dette spørgsmål.

I henhold til jobklausullovens § 10, stk. 2, finder jobklausuloven fra den 1. juli 2009 tillige anvendelse på jobklausuler, der er indgået før lovens ikrafttræden. På grund af lovens tilbagevirkende kraft i relation til eksisterende jobklausuler er det i forarbejderne til loven anført, at staten skal betale fuldstændig erstatning efter grundlovens § 73 om ekspropriation, hvis lovens indgreb overfor eksisterende klausuler rammer en virksomhed atypisk hårdt i det enkelte tilfælde, sådan at der vil være tale om et ekspropriativt indgreb. Hverken loven eller lovens forarbejder omtaler, hvornår lovens tilbagevirkende kraft må antages at ramme en virksomhed atypisk hårdt, ligesom der hverken i loven eller lovens forarbejder er fastsat retningslinjer for, hvorledes en eventuel ekspropriationserstatning skal udmåles, herunder hvilke principper der skal anvendes. Særligt taget i betragtning af, at det i sådanne situationer kan være ganske svært at opgøre et tab, er det Advokatrådets opfattelse, at det ville være hensigtsmæssigt, at loven eller lovens forarbejder tog stilling til disse spørgsmål.

Undtagelsen i jobklausullovens § 2, stk. 2, hvorefter ordninger, hvorved vikarbureauer modtager en rimelig betaling for en brugervirksomheds ansættelse af en udsendt vikar, ikke er omfattet af loven, giver begrebsmæssigt også anledning til betænkeligheder. Selvom der ved vurderingen af, hvad der udgør en rimelig betaling, er en vis hjælp at hente i loven, består der stadig en vis usikkerhed i relation til, hvad der udgør en rimelig betaling for en brugervirksomheds ansættelse af en udsendt vikar. Denne usikkerhed er særlig problematisk taget i betragtning af, at ordningen i

lovens § 2, stk. 2, ikke er, at en urimelig høj betaling i givet fald skal reduceres til et rimeligt niveau, men derimod at den urimelige betaling medfører, at undtagelsen i § 2, stk. 2, slet ikke finder anvendelse. Virkningen heraf vil være, at begrænsningen er fuldstændig ugyldig. Henset hertil finder Advokatrådet, at det ville det være hensigtsmæssigt, hvis loven eller lovens forarbejder, i højere grad end på nuværende tidspunkt, tog stilling til spørgsmålet om, hvad der i henhold til jobklausullovens § 2, stk. 2, udgør en rimelig betaling.

I henhold til jobklausullovens § 3 kan en arbejdsgiver kun gøre en jobklausul gældende i forhold til en lønmodtager, hvis arbejdsgiveren har indgået en skriftlig aftale herom med lønmodtageren. Der kan i relation til kravet om, at der skal indgås en skriftlig aftale med lønmodtageren, stilles spørgsmålstegn ved, om der herved stilles større krav til gensidighed end i de tilfælde, hvor arbejdsgiveren mere ensidigt over for medarbejderen meddeler, hvilke vilkår der skal gælde i en given sammenhæng. Det er efter ordlyden oplagt, at der skal være tale om en skriftlig aftale, men det kan hverken af ordlyden eller forarbejderne udledes, at denne aftale nødvendigvis skal være underskrevet af medarbejderen. Det er Advokatrådets opfattelse, at det med fordel kunne præciseres, om der kræves en sådan skriftlig accept fra medarbejderen, eller om medarbejderen må anses at have accepteret disse vilkår, hvis medarbejderen tiltræder og arbejder i stillingen uden at gøre indsigelse.

Det fremgår af jobklausullovens § 4, at en arbejdsgiver skal betale lønmodtageren kompensation i den periode efter lønmodtagerens fratrædelse, hvor lønmodtagerens jobmuligheder begrænses som følge af klausulen. Det er imidlertid uafklaret i forarbejderne, om der skal betales kompensation til medarbejderen, hvis denne fratræder på et tidspunkt, hvor den ledende medarbejder, der er direkte aftalepart, stadig er ansat i virksomheden. Det er således Advokatrådets opfattelse, at det med fordel kunne præciseres, ligesom det bør præciseres, hvis det antages, at der ikke skal betales kompensation, og om kompensationen indtræder, hvis den ledende medarbejder senere fratræder sin stilling.

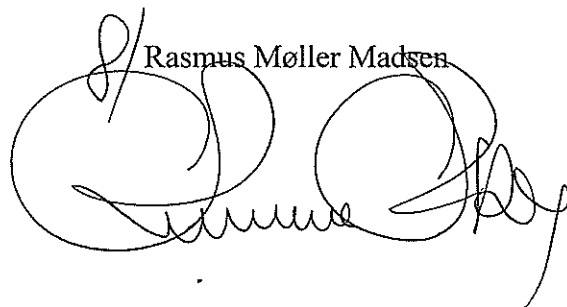
Det fremgår af jobklausullovens § 4, stk. 2, at kompensationen skal udgøre mindst 50 pct. af lønnen på fratrædelsestidspunktet. Af forarbejderne fremgår det, at kompensationskravet for funktionærer skal beregnes på samme måde som kompensation i henhold til funktionærlovens § 18 a. I relation til ikke-funktionærer fremgår det af forarbejderne til loven, at Beskæftigelsesministeriet har forestillet sig, at man vil kunne tage udgangspunkt i den sædvanlige løn i de sidste fire uger før fratrædelsestidspunktet efter samme principper som i ferielovens § 25, stk. 1, om sygeferiegodtgørelse. Imidlertid er en sådan løsning uhensigtsmæssig i forhold til ikke-funktionærer, der udover sædvanlig løn også løbende optjener bonus eller lignende, der beregnes og forfalder på et senere tidspunkt, f.eks. halvårligt eller årligt. Advokatrådet finder, at det med fordel kunne præciseres, hvordan kompensationskravet beregnes i sådanne situationer.

I henhold til jobklausullovens § 7 kan en arbejdsgiver opsig en aftale omfattet af § 3 med det varsel, der gælder for arbejdsgivernes opsigelse af ansættelsesforholdet efter tre måneders ansættelse. Imidlertid må det erindres, at opsigelsen af jobklausulen over for den berørte medarbejder ikke nødvendigvis får fuld virkning, hvis den tredjemand, hvormed den grundlæggende aftale er indgået, ikke får kendskab til opsigelsen. Der kan derfor rejses det spørgsmål, om arbejdsgiveren i tilfælde af opsigelse af klausulen over for den berørte lønmodtager er forpligtet til at orientere den egentlige aftalepart, således at opsigelsen kan siges også reelt at få fuld virkning. Advokatrådet finder, at det ville være hensigtsmæssigt, hvis loven eller forarbejderne hertil tog stilling til dette spørgsmål.

Advokatrådet skal samtidig henvise til rådets høringsvar af 29. januar 2008 til Beskæftigelsesministeriet i forbindelse med den oprindelige høring over udkast til lovforslag om arbejdsgivers brug af jobklausuler.

Afslutningsvist skal Advokatrådet oplyse, at Advokatrådet gerne vil være behjælpeligt med at udarbejde en oversigt og redegørelse over de verserende og afgjorte sager på området fra domstolene o.l., hvis Beskæftigelsesministeriet skulle have interesse heri.

Med venlig hilsen


Rasmus Møller Madsen