

Juridisk kandidatuddannelse  
Maj 2015  
Speciale  
Aalborg Universitet

# **Ansættelse i fleksjob**

Employment in fleksjob

Udarbejdet af:  
Mette Søre Snejstrup  
Studienr.: 20132128  
Vejleder: John Klausen  
Anslag: 143.657

# Indholdsfortegnelse

<b>KAPITEL 1: INDLEDNING .....</b>	<b>3</b>
1.1. PROBLEMFOMULERING .....	3
1.2. AFGRÆNSNING .....	3
1.3. DISPOSITION OG METODE .....	4
1.4. OUTLINE OF THE THESIS .....	4
<b>KAPITEL 2: BEVILLING AF FLEKSJOB .....</b>	<b>6</b>
2.1. VISITATION TIL FLEKSJOB .....	6
2.1.1. <i>Hvornår varig?</i> .....	6
2.1.2. <i>Hvornår væsentlig?</i> .....	7
2.1.3. <i>Afklaring af, om der er mulighed for ordinær beskæftigelse</i> .....	8
2.2. VISITATION TIL FASTHOLDELSESFLEKSJOB .....	9
2.3. FLEKSJOB SOM UDGANGSPUNKT MIDLERTIDIG .....	15
2.4. OPFØLGNING .....	16
<b>KAPITEL 3: ANSÆTTELSE I FLEKSJOB .....</b>	<b>17</b>
3.1. LØN- OG ARBEJDSVILKÅR .....	17
3.1.1. <i>Det overenskomstdækkede område</i> .....	18
3.1.2. <i>Det ikke-overenskomstdækkede område</i> .....	19
3.1.3. <i>Forholdet til ansættelsesbevisloven</i> .....	21
3.2. FUNKTIONÆRSTATUS .....	22
3.3. FLEKSLØNTILSKUD .....	22
3.4. FLEKSJOBONUS .....	23
3.5. ANSÆTTELSESBEVISLOVEN .....	23
3.6. FORSKELSBEHANDLINGSLOVEN .....	24
3.6.1. <i>Handicapbegrebet</i> .....	24
3.6.2. <i>Når det er konstateret, at den fleksjobansatte er handicappet</i> .....	27
3.6.2.1. Retspraksis .....	28
3.6.2.2. <i>Handicappet i FBSL's forstand?</i> .....	30
3.6.2.3. <i>Hvornår direkte/indirekte forskelsbehandling?</i> .....	31
3.6.2.4. <i>Er den indirekte forskelsbehandling saglig?</i> .....	31
3.6.2.5. <i>Har arbejdsgiveren opfyldt sin handlepligt efter FBSL § 2a?</i> .....	31
3.7. DELTIDSLOVEN .....	32
<b>KAPITEL 4: ÆNDRINGER UNDER ANSÆTTELSESFORHOLDET .....</b>	<b>34</b>
4.1. FORUM .....	34
4.2. VÆSENTLIGE STILLINGSÆNDRINGER .....	36
4.2.1. <i>Ansættelsesretligt</i> .....	36
4.2.2. <i>I relation til forskelsbehandlingsloven</i> .....	37
4.2.3. <i>Socialretligt</i> .....	38
4.3. ÆNDRINGERNES BETYDNING FOR FLEKSJOBBEVILLINGEN .....	39
<b>KAPITEL 5: ANSÆTTELSESFORHOLDETS OPHØR .....</b>	<b>43</b>
5.1. OPHØR, NÅR DEN FLEKSJOBANSATTE ER FUNKTIONÆR .....	43
5.1.1. <i>Opsigelsesvarsel</i> .....	43
5.1.2. <i>Saglighed</i> .....	46
5.2. KRAV OM SAGLIGHED I OVERENSKOMSTER .....	47
5.3. FORVALTNINGSLOVENS KRAV TIL SAGLIGHED .....	47
5.4. SPECIELLE HJEMLER – FORSKELSBEHANDLINGSLOVEN .....	48
<b>KAPITEL 6: SAMMENFATNING/PERSPEKTIVERING .....</b>	<b>51</b>
<b>LITTERATURFORTEGNELSE .....</b>	<b>53</b>

## **Kapitel 1: Indledning**

Fleksjobordningen inkluderer personer med begrænsninger i arbejdsevnen på arbejdsmarkedet, hvor dette ellers ikke var muligt, på en måde så arbejdsforholdene tilpasses den ansattes skånebehov, f.eks. ved nedsat arbejdstid eller nedsat arbejdstempo.

Idéen med indførelse af ordningen i 1998 var at skabe et rummeligt arbejdsmarked, så personer uden fuld arbejdsevne kunne yde en indsats svarende til den arbejdsevne, de havde i behold.

Ordningen berører i dag rigtig mange mennesker. I februar 2015 er der således 57.500 personer i fleksjob og yderligere 15.203, som modtager ledighedsydelse,<sup>1</sup> hvilket gør de retlige problemstillinger, der opstår, praktisk relevante for en stor gruppe ansatte og arbejdsgivere.

Den seneste reform på området trådte i kraft d. 01.01.2013. Reformens overordnede mål var at flest muligt skulle i arbejde og forsørge sig selv, så færrest muligt vil ende på passiv varig forsørgelse.<sup>2</sup> Området bærer imidlertid præg, at der ikke er taget stilling til en lang række retlige problemstillinger. Det særegne er navnlig, at den socialretlige lovgivning, som sigter mod at fastholde personer på arbejdsmarkedet, skal spille sammen med ansættelsesretten, som modsat regulerer rammerne for den aftale, der mellem parterne er indgået, med pligter for både lønmodtager og arbejdsgiver, med minimumsbetingelser til beskyttelse af lønmodtageren i de forskellige love.

Denne manglende stillingtagen og uklarhed fører i det praktiske retsliv til, at der kan opstå tvivl om retsstillingen ved at have en person ansat i fleksjob, hvilket indirekte kan skade de personer, fleksjobordningen skal tilgodese, fordi arbejdsgiverne forbinder ansættelse af personer i fleksjob med store risici.

### **1.1. Problemformulering**

Specialet tilsigter at give et overblik over de problemstillinger der kan opstå i forbindelse med fleksjobordningen pr. 01.01.2013. Hensigten er at undersøge hvordan disse retlige problemstillinger løses, særligt hvor den socialretlige og ansættelsesretlige lovgivning ikke umiddelbart er forenelige.

### **1.2. Afgrænsning**

Reglerne for fleksjobordningen gældende forinden d. 01.01.2013 er fortsat aktuelle, jf. herved LAB §§ 71-73 samt § 75, da ansættelsesforhold oprettet forinden denne dato reguleres af de daværende regler. I specialet vil de daværende regler imidlertid kun blive behandlet i det omfang, de har betydning for forståelsen af de nye, da tyngden i opgaven bliver lagt på udfordringerne i forbindelse med den nye ordning. Herudover behandles kort hvad der skal til for at ansættelsesvilkårene

---

<sup>1</sup> Nøgletal fra Beskæftigelsesministeriet

<sup>2</sup> L 53 2012-13, pkt. 1.2.

har ændret sig i tilstrækkeligt omfang til at ansættelsesforholdet bliver omfattet af de nye regler, hvor ændringen sker efter d. 01.01.2013, jf. afsnit 4.2.3.

Specialet vil alene behandle fleksjobordningen efter det er konstateret, at en person er visiteret til fleksjob, og således ikke det socialretlige forløb op til selve fleksjobvisiteringen, ligesom en dybdegående behandling af afgrænsningen til førtidspension ikke vil blive gennemgået. Fokus vil således blive lagt på fleksjobs særegne konstruktion ved både at være reguleret af den socialretlige og ansættelsesretlige lovgivning, og ikke udelukkende på det socialretlige forløb.

Ved gennemlæsning af specialet er det vigtigt at have for øje, at der på de enkelte områder kan være overenskomster, som giver den ansatte en yderligere beskyttelse end de, der følger af lovgivningen. Af omfangsmæssige årsager er det ikke muligt at medtage en gennemgang heraf, da en sådan undersøgelse ville kræve en systematisk behandling af et forholdsvist stort antal overenskomster for at give et retvisende billede.

### **1.3. Disposition og metode**

I kapitel 2 bliver de grundlæggende regler for visitering til fleksjob behandlet for kort at beskrive den persongruppe, specialet omhandler. I kapitel 3-5 bliver ansættelsessituationen behandlet i kronologisk rækkefølge og vedrører dels selve ansættelsessituationen, eventuelle ændringer under ansættelsen, samt ansættelsesforholdets ophør.

Da specialet vedrører lovgivning trådt i kraft d. 01.01.2013, er området forholdsvist nyt og mangler på mange områder vigtige fortolkningsbidrag til oplysning af gældende ret. Det har derfor været nødvendigt at medtage Vejledning for fleksjob mv., som ikke er en egentlig retskilde, da ministeriet ikke har fået delegeret lovgivningskompetence til udfærdigelse heraf, men som alligevel har betydning, da kommunerne i praksis må antages at anvende vejledningen som fortolkningsinstrument.

I specialet anvendes disse forkortelser for de forskellige love:

- LAB – Lov om aktiv beskæftigelsesindsats
- FVL – Forvaltningsloven
- ABL – Ansættelsesbevisloven
- FBSL – Forskelsbehandlingsloven
- FUL – Funktionærloven
- AFTL – Aftaleloven
- RL – Lov om retssikkerhed og administration på det sociale område
- VOL - Virksomhedsoverdragelsesloven

### **1.4. Outline of the thesis**

This thesis regards employment in fleksjob, which is a unique Danish employment constellation with the aim of retaining people in the work force. The act was passed in 1998 and has since had several changes submitted. The latest reform came into effect on January 1<sup>st</sup> 2013. The aim of the legislator with the 2013-

reform was to further limit the amount of citizens living on social services so that a wider range of the population would be equipped to make a living without government support.

The 2013-reform is not flawless. Whilst the fleksjob act aims to exploit the entire ability of the person to work, labour law conversely focuses on the agreement between the employer and employee, with single acts protecting the employee from discrimination etc. Disputes happen e.g. when the employee claims that the employer is obligated to grant him more working hours as his working ability develops as intended when the fleksjob was appropriated, and the employer on the contrary claims that he is obligated to no more than he agreed to in the contract. Also, legal challenges arise regarding the fact that most employees approved for fleksjob are disabled and so possibly are protected by the Danish Forskelsbehandlingsloven that is based on an EU directive. When a person is disabled in the sense of Forskelsbehandlingsloven the protection of the employee is extensive; he has the right to be treated equally to other employees, unless the discrimination is based on pertinent reasons and the employer has fulfilled his obligation to try to make the work environment fit the needs of the disabled person.

The main goal is to discuss these legal challenges the reform and the fleksjob act in general causes from a labour law perspective. It is possible that these protective acts in the combination to the wide range of unsolved legal challenges in the field indirectly harms the employee too, as the employers might withhold from the risk of hiring a person in fleksjob. Because of this, the legal challenges are very interesting and will be presented in this thesis along with a possible solution on the matter.

First, the thesis will go through the rules of approval to a fleksjob in general to illustrate who the people in question are. Second, the thesis will show the different stages of the employment in a chronological order; the employment phase, changes during the employment, and last the termination of the employment. Possible legal challenges and solutions will be presented in each phase.

## **Kapitel 2: Bevilling af fleksjob**

Det er kommunens opgave at bevilge fleksjob og sørge for, at der i forbindelse med etablering af fleksjobbet foretages en vurdering af den fleksjobsvisiteredes arbejdsevne i forhold til det konkrete job, herunder de konkrete skånebehov, jf. LAB § 70 d, stk. 1. Når fleksjobbet er etableret betaler arbejdsgiveren løn for det arbejde, der rent faktisk bliver udført, som suppleres med et fleksløntilskud, der reguleres på baggrund af lønindtægten og udbetales af kommunen til den ansatte, jf. LAB § 70f, jf. § 70e. Løn og tilskud behandles under afsnit 3.1.

### **2.1. Visitation til fleksjob**

Jobcentret kan visitere til fleksjob, når personen er under folkepensionsalderen, og der er varige og væsentlige begrænsninger i arbejdsevnen, jf. LAB § 69, stk. 1. For at arbejdsevnen er begrænset varigt og væsentligt, skal vedkommende ikke være i stand til at fastholde eller opnå beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet, jf. LAB § 2, nr. 7.

#### **2.1.1. Hvornår varig?**

Med varige begrænsninger i arbejdsevnen forstås, at kommunen på vurderings-tidspunktet skal kunne skønne over den aktuelle tilstand og den fremtidige udvikling frem til folkepensionsalderen, og nå frem til, at tilstanden er varig.

Af LAB § 70, stk. 1 fremgår, at tilbud om fleksjob kan gives til personer, som ikke modtager førtidspension, og som ikke kan fastholde beskæftigelse på normale vilkår. Beskæftigelse i fleksjob udgør afgrænsningen til førtidspension, idet varighedskriteriet i hhv. pensionsloven og LAB må være den samme, hvis systemet skal være uden overlap, som det følger af bemærkningerne til lovforslaget med 2003-reformen.<sup>3</sup> Som trinnet lige inden tilkendelse af førtidspension, har fleksjob således karakter af den mest vidtgående støttemulighed, som har til formål at fastholde personer på arbejdsmarkedet.

Med 2013-reformen er der kommet nye støttemuligheder til, herunder muligheden for tilkendelse af fleksjob ved meget begrænset arbejdsevne, som inden for en rimelig periode kan udvikles, jf. LAB § 70, stk. 2. Persongruppen for potentielle ansatte i fleksjob er således med 2013-reformen udvidet og muligheden for tilkendelse af førtidspension tilsvarende skærpet.

Det er denne sammenhæng interessant, hvori snitfladen nærmere består efter 2013-reformen mellem retten til fleksjob og tilkendelse af førtidspension, da sondringen har betydning for, hvornår tilstanden i praksis vurderes at være varig uden mulighed for udvikling. Ankestyrelsen behandlede dette spørgsmål i principafgørelse nr. 25-14. Under 1. sag vurderede Ankestyrelsen, at en person, som havde en effektiv arbejdstid på 2 timer pr. uge med et dagligt fremmøde på 30 min. pr. dag,

---

<sup>3</sup> L127 2000-01, bem. til § 1, nr. 5

var omfattet af den personkreds, der havde ret til fleksjob. Ankestyrelsen fandt personens arbejdsevne aktuelt meget begrænset samt væsentligt og varigt nedsat, men det vurderedes, at der var mulighed for, at arbejdsevnen inden for en rimelig periode kunne udvikles bl.a. under henvisning til, at der var en vis behandlingsmulighed for så vidt angik lidelserne i form af depression og emotionel ustabil personlighedsstruktur. Ankestyrelsen lagde desuden vægt på, at der ikke var problemer med at udføre opgaverne rent praktisk, samt at fremmødet var stabilt. Under 2. sag nåede Ankestyrelsen tilsvarende frem til, at personen var omfattet af den personkreds, der havde ret til fleksjob, da der var mulighed for, at arbejdsevnen kunne udvikles. Til forskel fra 1. sag, var personens effektive arbejdstid i gennemsnit kun 13,3 minutter pr. dag, 3 dage om ugen, dvs. en ugentlig arbejdstid på bare 40 min. Ankestyrelsen lagde vægt på, at der var en vis arbejdsevne, idet visse arbejdsopgaver kunne udføres, samt at der fortsat var mulighed for behandling med medicin og rygtræning, og at ryggen i en MR-scanning ikke viste tegn på prolaps eller kompromitterende arvæv. Retstilstanden med LAB § 70, stk. 2 er således i sin ordlyd og i sin fortolkning meget vidtgående, da en arbejdsevne på blot 40 min. pr. uge er tilstrækkelig til at opfylde LAB § 70, stk. 2, så længe det *ikke er udelukket*, at den kan udvikles, som også anført i begrundelsen i begge sager.

Hvor god idéen end måtte være fra politisk side i forhold til at stramme op på muligheden for tilkendelse af førtidspension, efterlader ordningen med LAB § 70, stk. 2 ansættelsesretligt særlige udfordringer i forhold til, om ansættelsesforholdet skal kunne bære en sådan udvikling af arbejdsevnen, se mere herom under kapitel 4.

### **2.1.2. Hvornår væsentlig?**

Ud over varighedskriteriet er det endvidere en betingelse, at arbejdsevnen skal være nedsat væsentligt. At tilstanden er varig er ikke i sig selv nok. Ifølge lovforslaget til 2001-reformen,<sup>4</sup> fokuseres på personens muligheder for aktuelt eller i fremtiden at blive i stand til at udføre beskæftigelse på normale vilkår, og der skal ses bredt på nuværende og fremtidige beskæftigelsesmuligheder i fuldt omfang, og således ikke alene på en evt. nedsættelse i forhold til tidligere erhverv eller erhverv, som pågældende måtte have et personligt ønske om at varetage. Der vurderes på antallet af arbejdstimer og med hvilken intensitet, vedkommende kan arbejde.

En fast linje i forhold til, hvornår arbejdsevnen vurderes at være væsentlig, kan ikke drages, men man kan nå det nærmere ved at se på loven i et historisk perspektiv. Den tidligere tilskudsordning, som nu er afskaffet, indebar, at kommunen enten ydede tilskud til arbejdsgiveren med 2/3, 1/2 eller 1/3 af lønnen, afhængig af arbejdsevnen. I 2001 afskaffedes muligheden for at der kunne ydes til-

---

<sup>4</sup> L136 2000-01, alm. bem. pkt. 2

skud med 1/3 af lønnen, og det præciseredes med lovforslaget,<sup>5</sup> at ordningen var rettet mod personer med væsentlig nedsættelse af arbejdsevnen, hvilket således måtte være større end 1/3, svarende til en nedsættelse på mindst 5/12 teoretisk set, som er grænsen mellem 1/3 og 1/2-tilskud, hvilket medfører, at det ikke er en væsentlig nedsættelse, hvor personen kan arbejde mere end 22 timer pr. uge effektivt.<sup>6</sup> Ifølge bemærkningerne til lovforslaget<sup>7</sup> til 2013-reformen, var der herved ikke tilsigtet en praksisændring, selvom den ansatte nu modtager et fleksjobtilskud, hvor det tidligere var arbejdsgiveren, der modtog et tilskud. Der blev under udvalgsbehandlingen til lovforslaget til 2013-reformen spurgt ministeren,<sup>8</sup> om man kunne blive visiteret til fleksjob på mere end 18,5 effektive arbejdstimer, hvortil ministeren svarede, at det afhang af det konkrete indhold i den konkrete sag. Der er således ikke i lovgivning eller forarbejder lagt et klart timetal fast, men det må formodes, at en effektiv ugentlig arbejdstid på over 22 timer, ikke er en væsentlig arbejdsevnenedsættelse.

Ankestyrelsen har ej heller i sin praksis fastlagt et bestemt antal timer for, hvornår man kan få bevilliget et fleksjob, men i en praksisundersøgelse fra 2010<sup>9</sup> gør Ankestyrelsen opmærksom på, at arbejdsevnen ikke nødvendigvis er nedsat varigt og væsentligt, hvor der f.eks. er tale om, at lidelsen medfører funktionsnedsættelse i begrænset omfang hvor personen i øvrigt har gode ressourcer, når problemerne skyldes arbejdsmiljø, eller hvor oplysninger om funktionsnedsættelse er i modstrid med funktionsniveauet i hjemmet mv.

Vurderingen af arbejdsevnen forudsætter ud over en vurdering af arbejdstimer og effektivitet, også en vurdering af, om de skånehensyn der f.eks. er blevet taget i forbindelse med arbejdsprøvning, er optimale, og om disse fortsat vil kunne tages i et almindeligt ansættelsesforhold, samt en vurdering af restitutionsmulighederne, når en ansat i fleksjob sættes i beskæftigelse.<sup>10</sup>

Det er således ikke nok generelt at forholde sig til funktionsnedsættelsen, da væsentlighedsvurderingen må anlægges konkret og ud fra specifikke oplysninger om begrænsninger i personens daglige livsførelse.

### **2.1.3. Afklaring af, om der er mulighed for ordinær beskæftigelse**

Kommunen er undergivet officialprincippet, jf. RL § 10, og har således pligt til at undersøge alle muligheder for at hjælpe ansøgeren efter den sociale lovgivning, og ikke kun vurdere, om personen er berettiget til fleksjob eller ej, når vedkommende søger herom.

---

<sup>5</sup> L 136 2000-01, alm. bem. pkt. 5

<sup>6</sup> Retten til fleksjob, af John Klausen, Juristen nr. 2, 2014, s. 67f.

<sup>7</sup> L 53 2012-13, bem. til § 1, nr. 36 og 40

<sup>8</sup> L 53 2012-13, ministerens svar på spm. 21

<sup>9</sup> Ankestyrelsens praksisundersøgelse om fleksjob og ledighedsydelse, juni 2010, s. 12

<sup>10</sup> Retten til fleksjob, af John Klausen, Juristen nr. 2, 2014, s. 70



Fleksjob kan først tilbydes, når alle relevante tilbud efter LAB samt andre foranstaltninger, herunder evt. forsøg på omplacering på arbejdspladsen, har været afprøvet for at bibeholde personen i ordinær beskæftigelse, med undtagelse af situationer, hvor dette måtte være åbenbart formålsløst, jf. LAB § 70, stk. 3. Dokumentation for, at personens ressourcer og udfordringer er afklarede, relevante indsatser er afprøvet, og at arbejdsevnen anses for varigt og væsentligt begrænset, skal foreligge, jf. LAB § 70a, stk. 1, nr. 1-3.

I denne forbindelse er det også værd at inddrage den problemstilling der kan opstå, hvor en persons arbejdsevne er nedsat væsentligt og varigt, men hvor der er mulighed for, at behandlingsmæssige foranstaltninger kan medføre, at arbejdsevnen kan forbedres. Dette forhold reguleres af LAB § 70a, stk. 4, hvorefter kommunen kan træffe afgørelse om, at personen ikke opfylder betingelserne for fleksjob, hvis personen ikke ønsker at medvirke til, at sagen forelægges regionens kliniske funktion i det tilfælde, at personen nægter at modtage lægebehandling. Vurderes det, at en specifik behandling vil forøge arbejdsevnen, og nægter personen at modtage behandling, er varighedskriteriet følgende ikke opfyldt. I denne vurdering er det afgørende, om behandlingen udgør en realistisk mulighed for forbedring af arbejdsevnen, og om den er uden fare for liv og førlighed i forhold til, om kommunen kan kræve sådanne udnyttet med den følge, at der i modsat fald ikke kan bevilliges et fleksjob.<sup>11</sup>

## **2.2. Visitation til fastholdelsesfleksjob**

Med 2013-reformen indførtes LAB § 70b, som indeholder reglen om fastholdelsesfleksjob, hvorefter en person kun kan blive ansat på sin hidtidige arbejdsplads i fleksjob, hvis han forinden har været ansat på arbejdspladsen i mindst 12 måneder under overenskomstens sociale kapitler eller på særlige vilkår, og opfylder betingelserne i øvrigt, jf. stk. 1. Dette krav er ifølge bemærkningerne til lovforslaget<sup>12</sup> skabt ud fra et ønske om at medvirke til at fremme brugen af andre ansættelsesformer end fleksjob, der tager de fornødne skånehensyn, og som skal sikre, at arbejdsmarkeds parter fortsat tager ansvar for at gøre arbejdsmarkedet mere rummeligt uden brug af offentlige tilskudsordninger ved fastholdelse af medarbejdere, der får en nedsat arbejdsevne. Man har således ønsket at modvirke misbrug af fleksjobordningen, da løsningen med tilskud fra det offentlige nu kræver, i hvert fald i en periode, at arbejdsgiveren fastholder personen i ordinær beskæftigelse på særlige vilkår.

Realiteten bag ordningen er, at en person, som får det gradvist dårligere, og som med tiden ikke længere er i stand til at varetage sin nuværende stilling i hidtidigt omfang, kun kan blive ansat i fleksjob på sin nuværende arbejdsplads, såfremt han i en periode på 12 måneder forinden har været ansat på særlige vilkår, enten efter de sociale kapitler eller efter aftale, og såfremt denne aftale, som skal

---

<sup>11</sup> Retten til fleksjob, af Klausen, Juristen nr. 2, 2014, s. 66f.

<sup>12</sup> L 53 2012-13, bem. til § 1, nr. 41

indeholde både hvilke skånehensyn der bliver taget samt hvilke forsøg der er gjort på at etablere ustøttet vedvarende job, kan dokumenteres, jf. stk. 2. Reglen er barsk og kræver en særlig overvågenhed, da det er relativt nemt at ende i en situation, hvor personen kan ansættes i fleksjob andre steder end netop på sin nuværende arbejdsplads, til trods for at både arbejdsgiver og den ansatte måtte ønske dette.

Den eneste undtagelse findes i stk. 3, hvorefter stk. 1 ikke finder anvendelse, hvor den ansatte har været udsat for akut opstået skade eller sygdom, som gør det formålsløst at gennemføre foranstaltninger med henblik på job efter overenskomstens særlige kapitler eller på særlige vilkår.

Der er i bemærkningerne til lovforslaget<sup>13</sup> givet nogle konkrete eksempler på, hvornår arbejdsgiveren kan ansætte en medarbejder i fastholdelsesfleksjob. Et forløb som ender ud i ansættelse i fastholdelsesfleksjob, kan f.eks. bestå i, at en medarbejder, der har været ansat på samme arbejdsplads de sidste 15 år, bliver tiltagende dårligere og ikke længere er i stand til at klare sit arbejde på hidtidige vilkår. Den ansatte og arbejdsgiveren indgår aftale om, at den ansatte går ned i tid fra fuld tid til 32 timer om ugen med en tilsvarende lavere løn, men med bevarelse af sin fulde pensionsindbetaling for 37 timer om ugen. Medarbejderen får det imidlertid tiltagende dårligere, og efter 15 mdr. ansættelse på særlige vilkår synes arbejdsgiveren ikke længere, at ordningen fungerer. Den ansatte bliver herefter visiteret til fleksjobordningen og kan blive ansat i et fleksjob på den hidtidige arbejdsplads, fordi han opfylder betingelsen om ansættelse i mindst 12 måneder på særlige vilkår.

Et eksempel på, at betingelsen om 12 måneders forudgående ansættelse på særlige vilkår ikke er opfyldt, kan f.eks. være et forløb, hvor den ansatte bliver afskediget efter langvarig sygdom og efter 6 måneder bliver tilbudt at komme tilbage til virksomheden i et fleksjob. Da medarbejderen senest har været ansat i samme virksomhed, vil der, uanset at han opfylder betingelserne for fleksjob, blive stillet et krav om, at han bliver tilbudt job efter stk. 1, inden han kan komme i fleksjob på den hidtidige arbejdsplads. Har der forud for ønsket om ansættelse i fastholdelsesfleksjob således været en længerevarende sygeperiode, er en sygemelding ikke i sig selv nok til, at der kan ske ansættelse i fleksjob på nuværende arbejdsplads. Det kræver en forudgående aftale om ansættelse på særlige vilkår, som tilfældet er i det første eksempel.

Hvordan LAB § 70b nærmere skal forstås, og hvordan man praktisk griber bestemmelsen an, er der ikke nærmere taget stilling til fra lovgivers side. Et lille bidrag til fortolkningen kom ministeren med under lovforarbejdet,<sup>14</sup> hvor en mere udførlig beskrivelse af den persongruppe, der ikke behøvede at være ansat i 12 mdr. efter LAB § 70b, stk. 3, efterspurgtes. Ministeren svarede, at der ved akut

---

<sup>13</sup> L 53 2012-13, bem. til § 1, nr. 41

<sup>14</sup> L 53 2012-13, ministerens svar på spørgsmål 20

opstået skade eller sygdom i medfør af LAB § 70b, stk. 3, f.eks. kunne være tale om alvorlige trafikulykker eller arbejdsskader, men at det ikke ville være hensigtsmæssigt at lave en liste over en række sygdomme, da denne om alle omstændigheder ikke ville være udtømmende, og da det måtte være en konkret vurdering fra sag til sag, da diagnosticerede sygdomme kunne forløbe forskelligt fra person til person, og behandlingsmulighederne kunne ændre sig over tid. Svaret giver således ikke noget nærmere bidrag til fortolkningen af, hvornår undtagelsesbestemmelsen i LAB § 70b, stk. 3 finder anvendelse, da det afhænger af en konkret vurdering. En uddybning af, hvordan LAB § 70b, stk. 1 og 2 nærmere forstås, blev der ikke spurgt om.

Et fortolkningsbidrag der havde været behjælpeligt er bl.a. til den retlige problemstilling der opstår i forbindelse med overgangen til LAB § 70b med 2013-reformen. Når en person f.eks. ønsker ansættelse i fleksjob på sin nuværende arbejdsplads d. 01.01.2013, og der ikke foreligger en aftale om ansættelse på særlige vilkår eller efter de sociale kapitler i overenskomsten, om end sådanne skånehensyn til den ansatte rent faktisk måtte have været taget, er det så muligt at blive ansat i fastholdelsesfleksjob på dette tidspunkt? På den ene side har arbejdsgiver og den ansatte ikke haft mulighed for at indrette sig på den nye lovgivning, forinden den trådte i kraft d. 01.01.2013. På den anden side er loven klar. En person kan kun blive ansat på den hidtidige arbejdsplads, hvis en skriftlig aftale herom foreligger mindst 12 måneder forinden, jf. LAB § 70b, stk. 1, medmindre omfattet af undtagelsesbestemmelsen i LAB § 70b, stk. 3.

Går man ud fra, at det fra lovgiverside *ikke* har været hensigten helt at afskære personer fra ansættelse i fastholdelsesfleksjob i en periode, leder det faktum at der ikke er udfærdiget overgangsregler ikke ligefrem til en opfattelse af, at ordningen er et veludført juridisk håndværk.

Går man modsat ud fra, at det har været hensigten, at man i overgangsperioden nøje skal følge LAB § 70b stk. 1 og 2's ordlyd, opstår der herved et hul i lovgivningen, da det sætter arbejdsgiveren og den ansatte i den obskure situation, at de, for at den ansatte kan ansættes i fastholdelsesfleksjob d. 01.01.2013, skulle have taget forholdsregler d. 01.01.2012 efter en lov, der endnu ikke var trådt i kraft. Rent praktisk ville det således ikke være muligt at blive ansat i fastholdelsesfleksjob forinden d. 01.01.2014, på hvilket tidspunkt arbejdsgiver og den ansatte har haft mulighed for at indrette sig på den nye lovgivning på en måde, som møder lovens krav.

Vejledning om fleksjob mv., som er udarbejdet af en styrelse under Beskæftigelsesministeriet, indeholder oplysninger om ministeriets opfattelse af, hvordan LAB § 70b skal fortolkes. Denne opfattelse har ingen egentlig retskildemæssig værdi, da ministeret ikke har fået delegeret lovgivningskompetence i fortolkningen af LAB § 70b. Vejledningen har dog indirekte en væsentlig betydning, da man må formode at kommunerne særligt på et område som her, hvor lovgivningen efterlader flere spørgsmål end svar, støtter sig til vejledningen, når de træffer af-

gørelser i det praktiske retsliv. Der kan derfor være god grund til at kigge i vejledningen for yderligere idéer om, hvad der ligger bag LAB § 70b og dens håndtering, særligt hvad der nærmere forstås ved at det ikke er nok, at en person har været sygemeldt 12 mdr. forinden, problemstillingen i forbindelse med de manglende overgangsregler, samt skriftlighedskravet.

Ved gennemlæsning af vejledningen efterlades man grundlæggende med det indtryk, at betingelserne for at være berettiget til fastholdelsesfleksjob forsøges blødt lidt op, som om ministeriet er af den opfattelse, at man under lovgivningsarbejdet har været for bombastisk i forsøget på at afværge misbrug af fleksjobordningen. Som nævnt er det ikke efter LAB § 70b nok, at personen har været sygemeldt i en periode 12 mdr. forinden. Ifølge vejledningen<sup>15</sup> er bestemmelsen imidlertid ikke til hinder for, at der også under sygdom kan indgås aftale om arbejde på særlige vilkår eller efter overenskomstens sociale kapitler. LAB § 70b's betingelse om, at der skal have været en forudgående aftale om ansættelse på særlige vilkår eller efter overenskomstens særlige kapitler, står herefter, hvis vejledningen følges, tilbage som et ligegyldigt formkrav for den ansatte, der efter lang tids sygdom ønsker at komme tilbage til samme virksomhed i fastholdelsesfleksjob.

I forhold til overgangsproblematikken med indførelse af LAB § 70b, nævner vejledningen<sup>16</sup> om aftaler indgået forud for d. 01.01.2013, at personer, der har været ansat på særlige vilkår mv. inden kravet blev indført d. 01.01.2013, ikke skal rammes uhensigtsmæssigt hårdt. Derfor skal kommunen efter en konkret vurdering acceptere, at lovens krav om dokumentation er opfyldt, selvom den skriftlige aftale mellem arbejdsgiver og den ansatte først er blevet indgået efterfølgende. Vejledningen forholder sig herved alene til de situationer, hvor særlige aftaler om ansættelse i skånejob rent faktisk blev indgået med arbejdsgiveren, men blot ikke er dokumenteret. Lovens betingelser finder derfor i øvrigt anvendelse på forhold forinden d. 01.01.2013, men henset til vejledningens lempelige fortolkning af kravene til indholdet i den aftale, der skal foreligge, herunder at det er tilstrækkeligt hvis blot der er en ændring i arbejdstid eller arbejdsopgaver,<sup>17</sup> er det pludseligt ikke vanskeligt at falde under den persongruppe, som er berettiget til fastholdelsesfleksjob i overgangsperioden og i øvrigt, som LAB § 70b's ordlyd ellers lægger op til.

I forhold til skriftlighedsbetingelsen i LAB § 70b, stk. 2, kan bestemmelsen med fordel deles op i 1. og 2. pkt., hvor 1. pkt. regulerer det forhold, at aftalen mellem arbejdsgiver og den ansatte om ansættelse på særlige vilkår skal være skriftlig med oplysninger om, hvilke funktioner den ansatte har svært ved at udføre, samt hvilke skånehensyn, der er aftalt. Vejledningen<sup>18</sup> nævner, at der skal være redegjort for initiativerne bag den skriftlige aftale, og at oplysningerne medvirker

---

<sup>15</sup> Vejledning om fleksjob mv., pkt. 2.2.

<sup>16</sup> Vejledning om fleksjob mv., pkt. 2.6.

<sup>17</sup> Vejledning om fleksjob mv., pkt. 2.1.

<sup>18</sup> Vejledning om fleksjob mv., pkt. 2.1.

til afklaringen af, om betingelserne for fastholdelsesfleksjob er opfyldt efter 12 mdr. Herudover nævner vejledningen i forhold til 1. pkt., at aftalen kan være en selvstændig aftale, og at det ikke er et krav efter fleksjobreglerne, at aftalen fremgår af selve ansættelsesaftalen, da denne eksempelvis også kan fremgå af den ansattes personalesag.

Der behøver altså ikke ifølge vejledningen at være tale om en selvstændig aftale og ej heller, at aftalen fremgår af den ansattes ansættelsesaftale for at opfylde betingelserne for at blive visiteret til et fastholdelsesfleksjob. Sidstnævnte afviger fra bemærkningerne til lovforslaget,<sup>19</sup> hvoraf fremgår, at de 12 mdr., medarbejderen som minimum skal have været ansat forud for fastholdelsesfleksjobbet, regnes fra det tidspunkt, hvor den skriftlige aftale om ansættelse under de sociale kapitler eller på særlige vilkår løber fra, hvilket *forudsættes at fremgå af ansættelsesaftalen*. Vejledningen står dermed nærmest i kontrast til forarbejderne, da lovgiver med ordvalget i bemærkningerne formentligt har været af den opfattelse, at det alt andet end lige, i hvert som udgangspunkt, skal være sådan, at en aftale om ansættelse på særlige vilkår skal fremgå af ansættelsesbeviset. Som tidligere nævnt har vejledningen ikke nogen egentlig retskildeværdi, men det er bekymrende, at vejledningen, som praktikerne må antages at hente væsentlige fortolkningsbidrag fra, afviger så meget fra lovstoffet, da dokumentation for aftalen i medfør af LAB § 70b, stk. 2 er en forudsætning for, at personen kan bevilliges et fastholdelsesfleksjob efter LAB § 70b, stk. 1. Selvom lovgiver i bemærkningerne til lovforslaget<sup>20</sup> forudsætter, at aftalen om ansættelse på særlige vilkår fremgår af ansættelsesbeviset, er der dog ikke holdepunkter for at antage, at fastholdelsesfleksjob ikke er en mulighed, hvis ikke aftalen fremgår af ansættelsesbeviset, jf. herved bemærkningernes vage ordvalg ”forudsættes”, samt det forhold, at bestemmelsens ordlyd eller forarbejder i øvrigt ikke behandler spørgsmålet. Det må dog konstateres, at vejledningen tager skridtet langt videre ved at nævne, at skriftlighedskravet i forhold til, hvilke funktioner medarbejderen har svært ved at udføre og hvilke skånehensyn, der er tale om, er opfyldt, når blot aftalen fremgår af den ansattes personalesag.

En anden problemstilling, der rejses i forbindelse med § 70b, stk. 2, er i relation til bestemmelsens 2. pkt., hvorefter det skal være dokumenteret, at der er gjort et reelt forsøg på at etablere et vedvarende ustøttet job efter de sociale kapitler eller efter en aftale på særlige vilkår. Hvor 1. pkt. stiller krav om, at aftalen mellem parterne skal indeholde oplysninger om den ansattes tilstand, stiller 2. pkt. krav om, at arbejdsgiveren skal dokumentere, at han så reelt også har gjort noget for at fastholde den ansatte i ordinær beskæftigelse. Ligesom efter 1. pkt., er der ikke mange fortolkningsbidrag at hente i lovgivningen, hvorfor det fremstår usikkert, hvad der nærmere ligger bag ”et reelt forsøg”, dvs. hvor langt arbejdsgiveren

---

<sup>19</sup> L 53 2012-13, bem. til § 1, nr. 41

<sup>20</sup> L 53 2012-13, bem. til § 1, nr. 41

forventes at gå i forsøget på at imødegå den funktionsnedsættelse, den ansatte er begrænset af, for at fastholde ham i ordinær beskæftigelse.

Vejledningen<sup>21</sup> bemærker, at der er tale om et reelt forsøg på at etablere et vedvarende ustøttet job, når der f.eks. er en aftale om nedsat arbejdstid/ændring af arbejdsopgaverne for at forebygge yderligere belastning af den ansatte. Dette evt. kombineret med støtte til arbejdspladsindretning, hjælpemidler mv. Vejledningen bemærker videre, at der skal være redegjort for initiativerne bag den skriftlige aftale efter stk. 1, og at disse skal være *forsøgt* efterlevet i ansættelsesforholdet efter 2. pkt. Vejledningen stiller således intet krav om, at arbejdsgiverens forsøg skal have ført til resultater, hvilket har sin naturlighed, da dette i så fald indebærer, at tiltagene virker efter lovgivers hensigt med deraf intet behov for ansættelse i fleksjob til følge. Ud fra, at vejledningen nævner, at der skal være redegjort for initiativerne bag den skriftlige aftale efter stk. 1, og at *disse* skal være forsøgt efterlevet i ansættelsesforholdet efter 2. pkt., må man gå ud fra, at ministeriet er af den opfattelse, at det er de funktioner og skånehensyn opregnet i aftalen, arbejdsgiveren skal forsøge at afhjælpe, således at arbejdsgiverens forpligtelse ikke går videre end til at afhjælpe den funktionsnedsættelse, som den ansatte i medfør af aftalen efter 1. pkt. er begrænset af. Denne problemstilling er navnlig relevant, f.eks. hvor arbejdsgiver og den ansatte efter 6 mdr. ansættelse på særlige vilkår når frem til, at yderligere tiltag er nødvendige for at fastholde personen i ordinær beskæftigelse. Vil arbejdsgiveren så på dette tidspunkt være forpligtet til at iværksætte yderligere foranstaltninger, så den ansatte 6 mdr. senere, når 12-mdr. perioden efter loven er gået, er berettiget til et fastholdelsesfleksjob? Henset til, at problemstillingen ikke behandles nogetsteds i lovgivning eller forarbejder, og da vejledningen kun nævner, at *disse* (foranstaltninger efter stk. 1) skal være forsøgt efterlevet, må spørgsmålet besvares benægtende. Arbejdsgiveren kan naturligvis have øvrige forpligtelser over for den ansatte, f.eks. i medfør af FBSL, men isoleret set i forhold til betingelserne for visitation til fastholdelsesfleksjob efter LAB § 70b, kan der ikke stilles yderligere krav om, at arbejdsgiveren træffer foranstaltninger der møder den ansattes skånehensyn ud over de, der indgår i aftalen efter 1. pkt.

Hvordan arbejdsgiveren herefter opfylder kravet til selve dokumentationen efter 2. pkt., nævner vejledningen intet selvstændigt om, men man må gå ud fra, på baggrund af 1. og 2. pkt. nære sammenhæng, jf. ovenfor, at forventningerne hertil ikke vil blive mødt med strengere krav end de, der følger af 1. pkt.

Ud over reglerne i LAB, skal arbejdsgiveren i denne sammenhæng også være opmærksom på ABL, da ABL opstiller nogle krav til indholdet i ansættelsesbeviset, som begrænser arbejdsgiverens mulighed for løst at aftale væsentlige vilkår, hvis ikke han vil blive mødt med et krav om godtgørelse efter ABL § 6. En nærmere gennemgang af ABL behandles nedenfor under afsnit 3.5. Her skal blot kort

---

<sup>21</sup> Vejledning om fleksjob mv., pkt. 2.1.

nævnes, at en fleksjobansat har krav på en skriftlig erklæring, f.eks. et ansættelsesbevis, indeholdende væsentlige vilkår for aftalen, såfremt han i gennemsnit arbejder over 8 timer pr. uge, jf. ABL § 1, stk. 1. Væsentlige vilkår består som minimum af de vilkår, der er opregnet i ABL § 2, stk. 2, samt herudover de oplysninger, som arbejdsgiveren måtte finde væsentlige for det pågældende ansættelsesforhold, jf. stk. 1. Spørgsmålet er herefter, om særlige vilkår efter LAB § 70b, stk. 2 og væsentlige vilkår efter ABL § 2 minder om hinanden i den forstand, at særlige vilkår efter LAB § 70b, stk. 1 også er væsentlige vilkår efter ABL. Her må svaret være, at det ikke er det samme, selvom begreberne må have store sammenfald. Dette støttes på, at særlige vilkår i henhold til vejledningen<sup>22</sup> til LAB f.eks. kan være nedsat arbejdstid/ændring i arbejdsopgaverne, hvor førstnævnte er et væsentligt vilkår efter ABL § 2, stk. 2, nr. 9, og sidstnævnte mange gange, men ikke altid, vil være et væsentligt vilkår efter ABL § 2, stk. 2, nr. 3. Også en ændring i arbejdsintensiteten må alt andet end lige være et væsentligt vilkår for arbejdsgiveren i ABL's forstand, da arbejdsintensiteten med 2013-reformen direkte får betydning for den løn, der fastsættes, jf. LAB § 70e, stk. 1. Er den fleksjobansatte således omfattet ABL's personkreds, er det svært at komme udenom, at arbejdsgiveren i en stor del af sagerne har en pligt til at udstede et opdateret ansættelsesbevis til den ansatte, hvor disse særlige vilkår nærmere opregnes, da arbejdsgiveren i modsat fald kan blive mødt med et krav om godtgørelse efter ABL § 6.

### **2.3. Fleksjob som udgangspunkt midlertidig**

Efter 2013-reformen bevilger kommunen fleksjob for en periode på 5 år, hvorefter der på ny tages stilling til, om personen fortsat opfylder betingelserne i LAB § 70 for et nyt fleksjob, jf. LAB § 70c. Er personen over 40 år når han bliver bevilget sit første fleksjob, bliver ordningen permanent ved bevilling af nyt fleksjob, hvis jobcentret vurderer, at overgang til det normale arbejdsmarked ikke er en mulighed, og betingelserne for fleksjob fortsat er opfyldt, jf. LAB § 70c, stk. 2. Bevilliger kommunen ikke på ny fleksjob til den ansatte er lovens sigte, at den ansatte fortsætter på arbejdsmarkedet i ordinær beskæftigelse. Med 2013-reformen er ansættelse i fleksjob således i højere grad blevet en midlertidig foranstaltning.

Hvordan den femårige periode beregnes, er der hverken i lov eller forarbejder taget stilling til. Vejledningen<sup>23</sup> nævner, at den femårige periode skal beregnes fra ansættelsestidspunktet i fleksjob, og perioden skal være sammenhængende. Stopper en fleksjobansat i fleksjob inden der er gået 5 år, skal et nyt fleksjob bevilliges for en periode på 5 år.

---

<sup>22</sup> Vejledning om fleksjob mv., pkt. 2.4.

<sup>23</sup> Vejledning om fleksjob mv., pkt. 3

## 2.4. Opfølgning

Når en person er visiteret til fleksjob, skal kommunen ifølge LAB § 70d, stk. 1 løbende følge op på ansættelsen for derved at sikre, at den ansatte udnytter sine evner bedst muligt i jobbet, og at de nødvendige skånehensyn bliver tilgodeset, samt at betingelserne for fleksjob fortsat er opfyldt. Kommunen skal følge op ved en midtvejsstatus efter 2 ½ års ansættelse efter en personlig samtale med den ansatte hvor det vurderes, om der er sket ændringer i den ansattes forhold. Kommunen skal også ved opfølgningen vurdere, om den begrænsede arbejdsevne fortsat kan udvikles inden for en rimelig periode, hvor visitation til fleksjob er sket efter LAB § 70, stk. 2. Hvis ikke arbejdsevnen vurderes at kunne forbedres, og hvis den pågældende kun kan arbejde få timer om ugen, skal kommunen vurdere, om der skal indledes en sag om førtidspension. Når en person i midlertidig fleksjob har været ansat i fleksjobbet i 4 ½ år, skal jobcentret udarbejde en status hvor der tages stilling til, om personen skal forblive i fleksjobordningen, jf. § 70d, stk. 3. Denne status skal indeholde evt. baggrund for ændringer i arbejdstid, skånehensyn samt tilbagemeldinger fra den ansatte og arbejdsgiveren med deres opfattelser af, om den pågældende kan overgå til ordinær beskæftigelse.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> L 53 2012-13, bem. til § 1, nr. 41



## Kapitel 3: Ansættelse i fleksjob

I nærværende kapitel behandles de regler, som gør fleksjobansættelsen til en speciel konstruktion i forbindelse med selve ansættelsen af en person i fleksjob.

### 3.1. Løn- og arbejdsvilkår

Det fremgår af LAB § 70e, stk. 1, at arbejdsgiveren betaler løn til den ansatte for det arbejde, der bliver udført, som suppleres med et fleksløntilskud, der reguleres på baggrund af lønindtægten og udbetales af kommunen. Hensigten er, at arbejdsgiveren ikke skal betale løn for fuld tid, men alene for det udførte arbejde, og at personer i fleksjob kun skal have løn for den arbejdsindsats, der reelt ydes. Således fastsættes lønnen ikke blot ud fra antallet af arbejdstimer, men også ud fra arbejdsintensiteten, så lønnen bliver en reel afspejling af arbejdsgiverens vinding, som ifølge bemærkningerne til lovforslaget<sup>25</sup> er begrundet i, at der ellers kan være en risiko for, at fleksjob ikke kan etableres. Bestemmelsen er en væsentlig ændring af tidligere retstilstand, hvor arbejdsgiveren betalte den fulde løn til den ansatte i fleksjob, og kommunen ydede tilskud til arbejdsgiveren med halvdelen eller totredjedele af lønnen, jf. daværende LAB § 71, som fastsat ved L 2003-06-10 nr. 419.

Af denne årsag er det væsentligt, at kommunen ved etablering af fleksjobbet kommer med en vurdering af den pågældendes arbejdsevne, jf. LAB § 70e, stk. 2, som kan danne grundlag for aftalen om fleksjob mellem den ansatte og arbejdsgiveren. Med intensitet menes, at det skal vurderes, om personen f.eks. har behov for pauser, så han arbejder på nedsat kraft. Kommunen skal tage udgangspunkt i, om personen kan arbejde med fuld produktivitet i et reduceret antal timer, arbejde fuld tid med reduceret produktivitet, eller arbejde i et reduceret antal timer med reduceret produktivitet.<sup>26</sup>

På det overenskomstdækkede område fastsættes løn og arbejdsvilkår efter de gældende overenskomster, jf. LAB § 70e, stk. 3, 1. Pkt. Det er således forudsat, at ansættelse i fleksjob sker på samme måde, som andre ansættelser omfattet af kollektive overenskomster. Der kan dog være overenskomster som ikke kan rumme fleksjobordninger, fordi der ikke er taget højde for, at arbejdsgiveren med 2013-reformen alene skal betale løn for det arbejde, der udføres. Det er derfor med LAB § 70e, stk. 3, 2. pkt. fastsat, at overenskomster kan fraviges, hvor overenskomsten ikke indeholder bestemmelser om fleksjob eller hvor disse ikke kan anvendes. Fravigelse kan ske i det omfang det er nødvendigt til fordel for en aftale mellem den ansatte og arbejdsgiveren, der tager højde for personens arbejdsevne efter LAB § 70e, stk. 2. I så tilfælde modtager kommunen og den overenskomstbærende faglige organisation kopi af aftalen, hvis den ansatte samtykker hertil,

---

<sup>25</sup> L 53 2012-13, pkt. 2.2.2.2.

<sup>26</sup> L 53 2012-13, bem. til § 1, nr. 41, § 70e, stk. 2

med det formål at organisationen kan medvirke til at sikre, at fravigelsen af overenskomsten afspejler den ansattes reelle arbejdsevne.<sup>27</sup>

På områder, som ikke er dækket af en overenskomst, fastsættes løn og arbejdsvilkår efter aftale mellem den ansatte og arbejdsgiveren, jf. LAB § 70e, stk. 4, 1. pkt. På områder, hvor der findes en sammenlignelig overenskomst, skal parterne tage udgangspunkt i den, jf. LAB § 70e, stk. 4, 2. pkt.

LAB § 70e, stk. 3 og 4 blev ændret med 2013-reformen og var tidligere at finde i LAB § 72 med en anden formulering; ”Når kommunen har givet tilbud om fleksjob, fastsættes løn og øvrige arbejdsvilkår, herunder arbejdstiden, som udgangspunkt efter de kollektive overenskomster på ansættelsesområdet, herunder efter de sociale kapitler. I ikke overenskomstdækket ansættelse skal overenskomsten på sammenlignelige områder gælde”. Formuleringen har således ændret sig, i hvilken forbindelse det er interessant at se nærmere på, om det har været hensigten at ændre den hidtidige retstilstand og i så fald, i hvilket omfang.

For at sammenligne retstilstanden før og efter 2013-reformen, opdeles daværende LAB § 72 og LAB § 70e, stk. 3 og 4 i hhv. den del, der berører ansættelse på overenskomstdækkede områder, og den del, der ikke gør, da loven sonderer mellem de to.

### **3.1.1. Det overenskomstdækkede område**

I forhold til ansættelse på overenskomstdækkede områder, var ordlyden af daværende LAB § 72 formuleret således, at løn og arbejdsvilkår som udgangspunkt fastsættes efter de kollektive overenskomster på området, herunder de sociale kapitler. Formuleringen med LAB § 70e, stk. 3, 1. Pkt. er næsten den samme. Ændringen på det overenskomstdækkede område består primært i tilføjelsen i LAB § 70e, stk. 3, 2. pkt., som daværende LAB § 72 ikke regulerede, nemlig muligheden for fravigelse i det omfang det er nødvendigt for at fastsætte en løn, der er i overensstemmelse med den ansattes arbejdsevne i fleksjobbet. Hvordan LAB § 70e, stk. 3, 2. pkt. nærmere skal forstås, svarer ministeren på under lovforarbejdet,<sup>28</sup> hvor der blev spurgt ind til begrundelsen for, hvorfor overenskomstens bestemmelse om løn og arbejdstid skal kunne fraviges. Ministeren præciserer, at hensigten med lovforslaget er, at overenskomster fortsat er gældende for fleksjobansættelser ligesom for andre ansættelser, men at der kan være tilfælde, hvor overenskomsten ikke er dækkende efter den nye ordning, da den ansatte nu kun skal have løn for det arbejde, der udføres. I disse tilfælde er der adgang til mellem den ansatte og arbejdsgiveren at aftale andre vilkår, men kun for så vidt angår de dele af overenskomsten, der ikke giver mulighed for at fastsætte en løn, der afspejler den ansattes arbejdsevne. Det er altså ikke hensigten med lovforslaget, at denne fravigelse giver adgang til at aftale andre, herunder ringere, vilkår, eller fravige overenskomstens øvrige bestemmelser om f.eks. løn under sygdom mv.

<sup>27</sup> L 53 2012-13, bem. til § 1, nr. 41, § 70e, stk. 3

<sup>28</sup> L 53 2012-13, ministerens svar på spørgsmål 62

For så vidt angår fleksjobansættelser, som er omfattet en kollektiv overenskomst på området, er retsstillingen således den samme som tidligere, nemlig at overenskomsten er gældende også for den fleksjobansatte, dog med mulighed for fravigelse alene i det omfang det er nødvendigt for at fastsætte den rigtige løn, som afspejler arbejdsevnen. At der har været behov for denne tilføjelse med 2013-reformen er en afledt følge af, at arbejdsgiveren nu kun skal betale løn for det arbejde, der reelt udføres, jf. LAB § 70e, stk. 1, hvilket nogle overenskomster kan have svært ved at rumme for fleksjobansatte, ikke for så vidt angår arbejde på fuld intensitet i et reduceret antal timer, men for så vidt angår de tilfælde, hvor arbejdet udføres med en ringere arbejdsintensitet. Historisk set har overenskomster haft som mærkesag at fastsætte en minimums timeløn, hvilket ikke harmonerer med LAB § 70e, stk. 1. I forsøget på at nå ud over dette problem, er LAB § 70e, stk. 3, 2. pkt. blevet en realitet.

### **3.1.2. Det ikke-overenskomstdækkede område**

I forhold til ansættelse på ikke-overenskomstdækkede områder, var ordlyden af daværende LAB § 72 formuleret således, at overenskomsten på sammenlignelige områder skulle gælde. Med den nye formulering i LAB § 70e, stk. 4, fastsættes løn og øvrige arbejdsvilkår efter aftale mellem den ansatte og arbejdsgiveren, og på områder, hvor der findes en relevant sammenlignelig overenskomst, skal parterne tage udgangspunkt i den. Forskellen i formuleringen før og efter 2013-reformen ligger således i, at den nye LAB § 70e, stk. 4 tager sit afsæt i, at lønnen aftales mellem arbejdsgiver og den ansatte, modsat daværende LAB § 72, og at LAB § 72 var formuleret således, at overenskomsten på det sammenlignelige område skulle gælde, mens der efter den nye LAB § 70e, stk. 4 skal tages udgangspunkt i den relevante sammenlignelige overenskomst. Det er derfor muligt, at der med den nye formulering med LAB § 70e, stk. 4, er sket en ændring i retstilstanden.

I bestræbelsen på at nå nærmere hvad ændringen medfører og dermed også forståelsen af LAB § 70e, stk. 4, er det i første omgang relevant at se på, hvad formuleringen med daværende LAB § 72 indebar. Højesteret ændrede med UfR 2011.831 H en dom afsagt af Sø- og Handelsretten, hvor en lønmodtager, A, i 2005 blev ansat i et fleksjob med en ugentlig arbejdstid på 20 timer hos en arbejdsgiver, B, der ikke var omfattet af den kollektive overenskomst på området. Af den skriftlige aftale mellem kommunen og B, som B havde skrevet under på, fremgik det, at overenskomst var gældende. I ansættelsesaftalen havde A sat kryds ud for en rubrik hvor der stod, at ansættelsesforholdet ikke var omfattet en kollektiv overenskomst. B havde i ansættelsesaftalen angivet, at den ugentlige arbejdstid var 37 timer. Senere opstod tvist mellem A og B om bl.a. betaling af værdien af 5 ikke afholdte feriefridage ifølge overenskomsten. A gjorde gældende, at fleksjobansatte var berettigede til både løn og ansættelsesvilkår efter overenskomsten, og at der kun kunne indgås andre aftaler for så vidt overenskomsten hjemlede adgang

hertil. ”Som udgangspunkt” i lov om aktiv beskæftigelsesindsats § 72, stk. 1 skulle altså ikke forstås således, at der var fri adgang til at fravige overenskomsten. B gjorde modsat gældende, at ”som udgangspunkt” måtte forstås således, at der var fri adgang til at fravige overenskomsten, hvilket parterne havde været enige om derved, at A havde sat kryds ud for denne rubrik i ansættelsesaftalen. Sø- og Handelsretten nåede frem til, at udgangspunktet måtte anses at gælde for såvel ansættelse i overenskomstdækket virksomhed som i ikke overenskomstdækket virksomhed, og at der med § 72, stk. 1 ikke var tilsigtet at afskære indgåelse af ansættelsesaftaler på andre vilkår end dem, der ville være gældende i tilfælde af, at virksomheden var overenskomstdækket. Da det fremgik af ansættelsesaftalen, at ansættelsesaftalen ikke var omfattet af en overenskomst, var A ikke berettiget til feriefridage efter overenskomsten. Sø- og Handelsretten fortolkede altså LAB § 72 således at ordet ”udgangspunkt” i bestemmelsens 1. pkt. medførte, at overenskomsten kunne fraviges, uanset om ansættelsesforholdet var omfattet en overenskomst, eller der fandtes en overenskomst på et sammenligneligt område. Højesteret fandt modsat, at ordlyden af LAB § 72, stk. 1, i overensstemmelse med forarbejderne måtte forstås således, at den pågældende overenskomsts bestemmelser om løn og øvrige arbejdsvilkår kun kunne fraviges ved aftale mellem det konkrete ansættelsesforholds parter i det omfang, overenskomsten åbnede mulighed herfor. Da Højesteret herefter ikke fandt det godtgjort, at den sammenlignelige overenskomst på området åbnede mulighed for, at A og B ved aftale kunne fravige bestemmelsen om ret til feriefridage, kunne A støtte sit krav på kompensation for ikke afholdte feriefridage på lovens § 72, stk. 1.

Forinden 2013-reformen fortolkede man således daværende LAB § 72, stk. 1 sådan, at en overenskomst på sammenligneligt grundlag kun kunne fraviges i det omfang, overenskomsten hjemlede det. Den praktiske konsekvens af Højesterets dom var, at der for den ansatte i fleksjob gjaldt en overenskomst på sammenligneligt grundlag, hvor det modsatte mellem parterne ellers var aftalt. Mange arbejdsgivere stod således i en situation, hvor de skulle være opmærksom på, at de ansatte i fleksjob kunne være omfattet en overenskomst til forskel fra de øvrige medarbejdere, som indeholdt gunstige arbejdsvilkår, som f.eks. pensionsordninger, samtidig med, at de nød godt af virksomhedens øvrige arbejdsvilkår, som f.eks. et højt lønniveau.

Efter 2013-reformen og omformuleringen i LAB § 70e, stk. 4, jf. tidligere, er det uvist, hvorvidt en ændring af retstilstanden er tilsigtet. Desværre kommer bemærkningerne til lovforslaget<sup>29</sup> ikke med fortolkningsbidrag i den retning. Det blev under lovforarbejdet spurgt ministeren<sup>30</sup> hvad der menes med, at parterne skal tage udgangspunkt i en relevant sammenlignelig overenskomst på områder, der ikke er dækket af en overenskomst. Ministeren svarede, at § 70e, stk. 4 skal

---

<sup>29</sup> L 53 2012-13, bem. til § 1, nr. 41, § 70e, stk. 4

<sup>30</sup> L 53 2012-13, ministerens svar på spm. 18

forstås således, at parterne ikke nødvendigvis skal følge alle områder i den sammenlignelige overenskomst, men har mulighed for at aftale afvigelser herfra. Svaret er ikke uddybende, og kunne sagtens indikere en ændring af retstilstanden og UfR 2011.831 H, da ministeren i sit svar ikke nævner noget om, at fravigelse kun er muligt i det omfang, overenskomsten hjemler det, som ellers var klokkeklart forinden 2013-reformen, som følge af UfR 2011.831 H. På den anden side svarer ministeren, at det ikke nødvendigvis er *alle* områder i den sammenlignelige overenskomst, der skal følges, hvilket modsat kan lede til en opfattelse af, at *nogle* områder i den sammenlignelige overenskomst skal følges. Sammenholder man dette med tilføjelsen på det overenskomstdækkede område efter LAB § 70e, stk. 3, 2. Pkt., kunne det være en indikation af, at ministeren blot ikke ønskede at udelukke, at overenskomsten på det ikke-overenskomstdækkede område kan fraviges i et omfang, overenskomsten ikke tager højde for, at personen kun får løn for det arbejde, der udføres, når vedkommende arbejder med en lavere intensitet.

Grundet ordlyden af LAB § 70e, stk. 4 er det svært at nå til et andet resultat, end at kravet om, at der skal tages udgangspunkt i overenskomsten, er lempet i et eller andet omfang, i forhold til daværende LAB § 72. Denne formentlige videre mulighed for at aftale sig ud af den relevante sammenlignelige overenskomst på området med LAB § 70e, stk. 4, rejser herefter nogle spørgsmål i relation til, hvad denne lempelse nærmere måtte bestå i. Hvorvidt det fra lovgiverside har været hensigten at alle dele i den sammenlignelige overenskomst skal kunne fraviges, er vanskeligt at spå om. Om alle omstændigheder må en sådan fravigelse kræve klare holdepunkter, således at en klar aftale mellem arbejdsgiver og den ansatte skal foreligge efter LAB § 70e, stk. 4, 1. pkt., da parterne efter LAB § 70e, stk. 4, 2. pkt.'s ordlyd *skal* tage udgangspunkt i overenskomsten på det sammenlignelige område, hvor en sådan findes. Hvis ikke der foreligger en sådan klar aftale må udfaldet være, at vi er tilbage i den gamle retstilstand med UfR 2011.831 H, forinden 2013-reformen trådte i kraft, således at den sammenlignelige overenskomst på området finder anvendelse.

### **3.1.3. Forholdet til ansættelsesbevisloven**

Arbejdsgiveren skal i forhold til ABL være opmærksom på, hvilke vilkår der gælder for den ansatte i fleksjob, særligt hvor en relevant sammenlignelig overenskomst finder anvendelse. Når arbejdsgiveren ikke udviser agtpågivenhed i den retning, risikerer han både at være forpligtet til at give den fleksjobansatte yderligere gunstige arbejdsvilkår, f.eks. i form af pensionsopsparing, samt at skulle betale et evt. godtgørelseskrav i medfør af ABL § 6, ved ikke at have indføjet disse væsentlige vilkår i ansættelsesbeviset, som påkrævet efter ABL § 2.

Et andet element i denne forbindelse er problemstillingen i forhold til, i hvilket omfang arbejdsgiveren nærmere er forpligtet til at inddrage vilkårene fra en evt. sammenlignelig overenskomst, da der i medfør af LAB § 70e, stk. 4 kun skal tages udgangspunkt heri. Hertil må svaret være, at vilkår mellem parterne,

der lever op til LAB § 70e, stk. 4, og som samtidig er omfattet af ABL's begreb om væsentlige vilkår i medfør af ABL § 2, skal medtages i ansættelsesbeviset, da ABL ikke skildrer mellem de forskellige måder, hvorpå vilkåret måtte være blevet en del af aftalen mellem parterne.

### **3.2. Funktionærstatus**

For at opnå funktionærstatus efter FUL skal den ansatte udføre funktionærarbejde og gennemsnitligt arbejde mere end 8 timer ugentligt, jf. FUL § 1, stk. 1 og 2. FUL sikrer en række minimumskrav under ansættelsen, herunder i relation til barsel, løn under sygdom, opsigelsesvarsler og beskyttelse mod usaglig opsigelse. Ansatte i fleksjob har funktionærstatus, hvis de opfylder lovens betingelser. Da lovgiver har ønsket at give alle ansatte i fleksjob, som udfører funktionærarbejde, samme beskyttelse, har arbejdsgiveren pligt til at ansætte personer i fleksjob på funktionærlignende vilkår, hvor disse gennemsnitligt arbejder under 8 timer pr. uge, jf. LAB § 70e, stk. 5.<sup>31</sup>

### **3.3. Fleksløntilskud**

Fleksløntilskuddet udbetales af kommunen direkte til den ansatte som supplement til den løn, den ansatte får gennem arbejdet, svarende til maksimalt 98 % af arbejdsløshedsdagpengenes højeste beløb, jf. § 47 i lov om arbejdsløshedsforsikring mv., jf. LAB § 70f, stk. 1. Fastsættelse af tilskuddets endelige størrelse beregnes på baggrund af lønindtægten. Tilskuddet nedsættes i 2014 med 30 % op til et beløb på 13.648 kr. før skat, og nedsættes progressivt med 55 % af den lønindtægt, der overstiger 13.648 kr. pr. måned før skat, jf. LAB § 70f, stk. 2<sup>32</sup>. Det medfører, at fleksløntilskuddet er fuldt aftrappet ved en lønindtægt inkl. pensionsbidrag på 38.113 kr. pr. måned i 2015.

Ifølge bemærkningerne til lovforslaget,<sup>33</sup> skønnes den nye indtægtsregulerende model at medføre et lavere gennemsnitligt fleksløntilskud end tidligere, hvor ordningen var forholdsvist firkantet. Kommunen ydede tilskud med enten 1/2 eller 2/3 af lønnen til arbejdsgiveren, som udbetalte den fulde løn til den ansatte, jf. daværende LAB § 71.

Som følge heraf kan den fleksjobansatte føle sig stavnsbundet til sit nuværende arbejde tiltrådt forinden d. 01.01.2013, da de gamle regler, med den deraf følgende tilskudsordning, i så fald finder anvendelse, jf. LAB § 71, hvilket kan gøre, at det er fordelagtigt for fleksjobbereren at blive i nuværende stilling så længe som muligt, frem for at skifte arbejde.

---

<sup>31</sup> L 53 2012-13, bem. til § 1, nr. 41, § 70e, stk. 5

<sup>32</sup> Aktuelle beløb, d. 01.01.2015

<sup>33</sup> L 53 2012-13, alm. bem. til pkt. 3.2.1.

### **3.4. Fleksjobbonus**

En lille bemærkning skal knyttes til en forsøgsordningen vedr. fleksjobbonus, jf. bek. nr. 410 af d. 28.04.2014. En arbejdsgiver, som har ansat en person i fleksjob på 10 timer eller mindre pr. uge, kan få udbetalt en fleksjobbonus, som udgør et engangsbeløb på 20.000 kr., jf. § 2, stk. 1.

### **3.5. Ansættelsesbevisloven**

ABL er en minimumslov, der opstiller nogle formkrav til ansættelsesaftalen med det formål at klargøre lønmodtageres retsstilling og skabe gennemsigtighed på arbejdsmarkedet.

Arbejdsgiveren skal skriftligt oplyse lønmodtageren om alle væsentlige vilkår for ansættelsesforholdet, senest 1 mdr. efter ansættelsesforholdet er begyndt, jf. ABL § 2, stk. 1.

Der er tale om lønmodtagere i ABL's forstand, når den gennemsnitlige ugentlige arbejdstid overstiger 8 timer, jf. ABL § 1, stk. 1, og når personen modtager vederlag for personligt arbejde i et tjenesteforhold, jf. ABL § 1, stk. 2. Tjenesteforhold efter ABL forstås bredere end tjenesteforhold efter FUL, og omfatter f.eks. også personer der lejlighedsvis udfører arbejde, f.eks. for et vikarbureau, så længe der er tale om et reelt ansættelsesforhold.

Ansatte i fleksjob er lønmodtagere i ABL § 1, stk. 2's forstand, da hele humlen bag fleksjobordningen netop er at fastholde personer på arbejdsmarkedet. Spørgsmålet er herefter, om ansatte i fleksjob, der gennemsnitligt arbejder under 8 timer om ugen, på trods af ABL § 1, stk. 1, har krav på et ansættelsesbevis, lidt i tråd med, at arbejdsgiveren har pligt til at ansætte den fleksjobansatte på funktionær-lignende vilkår, hvor de ikke har funktionærstatus som følge af, at de gennemsnitligt arbejder under 8 timer pr. uge, jf. LAB § 70e, stk. 5. Da ingen lovregler pålægger arbejdsgiveren en sådan pligt, må spørgsmålet besvares benægtende. Arbejdsgiveren skal dog være opmærksom på, at hvor timetallet under ansættelsesforholdet udvides, f.eks. i en LAB § 70, stk. 2 ansættelse, kan en sådan pligt opstå i løbet af ansættelsesperioden.

Et særligt spørgsmål rejser sig i relation til hvordan timetallet efter ABL beregnes. På den ene side bygger den nye fleksjobordning med 2013-reformen på, at arbejdsgiveren kun skal betale for det arbejde, der udføres, uanset hvor længe den ansatte måtte være om at udføre det pågældende stykke arbejde. På den anden side behandler ABL ikke med hvilken intensitet, den ansatte arbejder. Der er i lovgivningen ikke taget stilling til spørgsmålet, hvilket er uhensigtsmæssigt, eftersom klare retningslinjer er at foretrække for den arbejdsgiver, som risikerer at blive mødt med et godtgørelseskrav efter ABL § 6. Da intet andet fremgår, må arbejdsgiveren skulle rette sig efter det faktiske antal timer, den ansatte befinder sig på arbejdspladsen ved vurderingen af, om han har krav på et ansættelsesbevis efter ABL, jf. ABL § 1, stk. 1, uanset med hvilken intensitet han i øvrigt måtte arbejde.

Såfremt ansættelsesforholdet falder inden for ABL's anvendelsesområde, er der en række krav til arbejdsgiverens oplysningspligt, idet han senest 1 mdr. efter ansættelsesforholdets påbegyndelse skal give lønmodtageren oplysninger om alle væsentlige vilkår for ansættelsesforholdet, herunder altid de oplysninger, der er opregnet i stk. 2, nr. 1-10, jf. ABL § 2, stk. 1. Til væsentlige vilkår henregnes desuden oplysninger om vilkår, som arbejdsgiveren finder væsentlige for det pågældende ansættelsesforhold efter en konkret vurdering. Oplysningspligten kan kun opfyldes skriftligt, i form af skriftlig erklæring, ansættelsesbrev mv., jf. ABL § 2, stk. 3. Bevisbyrden for, at lønmodtageren har fået oplysningerne påhviler arbejdsgiveren. Reglerne gælder tilsvarende, hvor der under ansættelsesforholdet sker ændringer af en vis betydning i ansættelsesforholdet.<sup>34</sup>

En ansat i fleksjob ansættes på vilkår, som afviger fra de øvrige ansattes, hvilket ansættelsesbeviset skal afspejle. Dette var f.eks. tilfældet i ovennævnte sag, UfR 2011.831 H, hvor Højesteret slog fast, at gældende overenskomst på området fandt anvendelse trods parternes aftalte fravigelse, og hvor spørgsmålet endvidere var, om lønmodtageren, A, havde krav på godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis. Højesteret fandt, at arbejdsgiveren havde tilsidesat sin oplysningspligt efter ABL § 2, stk. 2, nr. 10, ved ikke at oplyse om, hvilken kollektiv overenskomst der regulerede arbejdsforholdet. Arbejdsgiveren havde endvidere tilsidesat sin oplysningspligt efter ABL § 2, stk. 2, nr. 9, ved, at det ikke fremgik af ansættelsesaftalen, at den normale ugentlige arbejdstid var 20 timer. Arbejdsgiveren skulle derfor betale en godtgørelse til A på 4.000 kr., jf. ABL § 6, stk. 1, som bl.a. fastsattes ud fra, at ordlyden af daværende LAB § 72, stk. 1, havde kunne give anledning til tvivl om, hvorvidt en bestemt overenskomst skulle følges. Således skal arbejdsgiveren have for øje, hvilke individuelle ansættelsesvilkår der på baggrund af kommunens fleksjobbevilling og lovgivning i øvrigt gør sig gældende for den ansatte i fleksjob, og medtage det i ansættelsesbeviset, hvor der er tale om et vilkår opregnet i ABL § 2, stk. 2, nr. 1-10, eller som i øvrigt er væsentligt.

### **3.6. Forskelsbehandlingsloven**

#### **3.6.1. Handicapbegrebet**

Som følge af den ansatte i fleksjobs begrænsede arbejdsevne opstår spørgsmålet, i hvilket omfang arbejdsgiveren har en yderligere forpligtelse end hvad der følger af den sociale lovgivning, da man kan tænke sig, at personen pga. den væsentlige og varige nedsættelse af arbejdsevnen vil falde ind under handicapbegrebet, og således er beskyttelsesværdig ud fra princippet om ligebehandling i dansk ret. For at finde ud af, om handicapbegrebet og betingelsen om en varig og væsentlig nedsat arbejdsevne efter LAB § 69, stk. 1 er sammenfaldende, må der først stilles skarpt på, hvad handicapbegrebet nærmere omfatter.

---

<sup>34</sup> Funktionærret, Lars Svenning Andersen m.fl., 4. udgave, 2011, s. 147ff.



Forbuddet mod forskelsbehandling af handicappede på arbejdsmarkedet blev indført i FSBL for at implementere direktiv 2000/78/EF. Handicapbegrebet er dog ikke defineret i direktiv 2000/78/EF, som ej heller overlader fortolkningen heraf til de enkelte medlemsstater. Der er derfor tale om et fællesskabsretligt begreb, jf. lighedsprincippet og kravet om ensartet anvendelse af EU-retten, som det nærmere er op til medlemsstaterne, og i sidste ende EU-domstolen, at fastlægge uafhængigt og ensartet under hensyntagen til bestemmelsens kontekst og formål, jf. *Chacón Navas-sagen*.<sup>35</sup> Da man ved implementering af direktivet ikke var af den opfattelse, at man herved ændrede det eksisterende danske handicapbegreb, blev der ikke indsat en definition af handicapbegrebet i FBSL.<sup>36</sup> Den nærmere definition af handicapbegrebet må således søges andetsteds.

Spørgsmålet blev behandlet i en artikel i Ugeskriftet fra 2010,<sup>37</sup> hvor det påvises, at der findes to indbyrdes modstridende principper for fastlæggelse af handicapbegrebet i FBSL § 1, stk. 1, afhængig af hvilken tilgang, der anvendes. I forhold til social- og arbejdsmarkedsløvgivningens handicapbegreb, følger det af LAB § 74, at der kan ydes støtte til arbejdsredskaber mv. til personer ansat i fleksjob, når hjælpen har afgørende betydning for, at den pågældende kan fastholde eller opnå ansættelse i fleksjob. LAB § 74's handicapbegreb er således afhængig af, hvornår arbejdsevnen er nedsat i medfør af LAB § 69, stk. 1. Arbejdsevnen kan ifølge forarbejderne<sup>38</sup> til LAB være en begrænsning af fysiske, psykiske eller sociale grunde. Og netop det forhold, at man kan visiteres til fleksjob pga. en arbejdsevnenedsættelse, som skyldes sociale grunde, gør, at den personkreds, der er berettiget til hjælpemidler efter LAB § 74, er bredere end den kreds, der er omfattet af den personkreds, der bruges i praksis ifølge forarbejderne til FSBL,<sup>39</sup> da der ved handicapbegrebet herved forstås en fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse. På denne måde argumenteres i artiklen for, at den social- og arbejdsmarkedetsretlige lovgivning anvender et snævert handicapbegreb, hvorefter man kun er handicappet, hvis der er et kompensationsbehov, hvilket ikke har været lovgivers intention, da formålet med FSBL taler for, at det er det brede miljøbestemte handicapbegreb, der anvendes. Det brede handicapbegreb tager nemlig højde for, at funktionsnedsættelse kan føre til forskelsbehandling, uanset et konkret behov for compensation eller ej, da det her er afgørende, om der er en begrænsning i erhvervsdeltagelsen på lige fod med andre. Ifølge artiklen falder en person ansat i fleksjob således ikke nødvendigvis under handicapbegrebet efter FSBL, da arbejdsevnebegrebet i LAB § 69, stk. 1 ikke er synonymt hermed.

Spørgsmålet om, hvorledes ”handicap” skal forstås efter direktiv 2000/78/EF, og således efter FSBL, blev forelagt EU-domstolen i sag nr. C-

---

<sup>35</sup> EU-domstolens afgørelse af d. 11.07.2006 sag nr. C-13/05, afsnit 5.6

<sup>36</sup> LFF 2004-11-11 nr. 92 alm. bem. til pkt. 4.1

<sup>37</sup> U.2010B.115 af Anne Mortensen og Maria Topholm Skarum

<sup>38</sup> L 270 1996/97, bem. til § 1, nr. 6

<sup>39</sup> LFF 2004-11-11 nr. 92 alm. bem. til § 1, nr. 2

335/11 afgjort d. 11.04.2013. Spørgsmålet gik bl.a. på, om en varig funktionsnedsættelse, som ikke afføder behov for særlige hjælpemidler eller lignende, og som alene eller i det væsentligste består af, at den pågældende person ikke er i stand til at arbejde på fuld tid, anses for et handicap efter direktiv 2000/78/EF. Under sagen bestred arbejdsgiverne for hhv. A, som led af slidgigt, og B, som led af en piskesmældsskade, at A og B var omfattet af begrebet "handicap" som omhandlet i direktivet, idet deres eneste funktionsnedsættelse var, at de ikke var i stand til at arbejde på fuld tid. Der var således ikke noget kompensationsbehov, som f.eks. særlig indretning af arbejdspladsen, fritagelse fra bestemte opgaver mv. A og B var begge blevet afskediget efter 120-dages sygefravær. EU-domstolen slog fast, at begrebet »handicap« i direktivet skulle fortolkes således, at det omfattede en tilstand, der var forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uheldelig sygdom, når denne sygdom medførte en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kunne hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning var af lang varighed. Karakteren af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren skulle træffe, var ikke afgørende for, om en persons helbredstilstand skulle anses for omfattet af dette begreb. Således blev det slået fast, at direktivet anvender det man i artiklen i Ugeskriftet fra 2010<sup>40</sup> vil kalde det brede, miljøbestemte handicapbegreb som tager højde for, at funktionsnedsættelse kan føre til forskelsbehandling, uanset et konkret behov for kompensation. Sygdom kan således også efter en konkret vurdering være et handicap, såfremt den medfører en relevant begrænsning af lang varighed. Efter C-335/11 er retstilstanden herefter den, at man er handicappet i FBSL's forstand, når man har en fysisk, psykisk eller mental funktionsnedsættelse, hvor sidstnævnte må svare til forarbejderne til FBSL's<sup>41</sup> beskrivelse af en intellektuel funktionsnedsættelse, af lang varighed, som kan hindre den berørte person i at deltage på lige fod med andre. Det hidtidige handicapbegreb på social- og arbejdsmarkedslovgivningens område må hermed anses for afskaffet i relation til FBSL, da forbuddet mod diskrimination herefter ikke forudsætter, at den diskriminerede har et behov for at blive kompenseret for sin funktionsnedsættelse.

Forskellen mellem handicapbegrebet i FBSL's forstand og betingelserne for at blive visiteret til fleksjob, er herefter, at handicapbegrebet efter FBSL forudsætter en tilstand med begrænsning af lang varighed, mens LAB § 69, stk. 1 stiller betingelse om en væsentlig og varig nedsættelse af arbejdsevnen, uden mulighed for udvikling inden for en rimelig periode, jf. LAB § 70, stk. 2. Det er således vanskeligere at falde under LAB's kriterium om en varig arbejdsevnenedsættelse, end det er at falde under FBSL's kriterium om en relevant begrænsning af lang varighed. Da EU-domstolen ikke når frem til, at man kan være handicappet efter

---

<sup>40</sup> U.2010B.115 af Anne Mortensen og Maria Topholm Skarum

<sup>41</sup> LFF 2004-11-11 nr. 92 alm. bem. til § 1, nr. 2

direktivet af sociale grunde, som er tilfældet efter forarbejderne til LAB,<sup>42</sup> er det fortsat muligt at være berettiget til fleksjob efter LAB § 69, stk. 1, uden samtidig at være handicappet i FBSL's forstand.

Handicapbegrebet efter FBSL og det forhold, at man er ansat i fleksjob, er således ikke synonyme, hvorfor der må anlægges en konkret vurdering af, om den fleksjobansatte har en fysisk, psykisk eller mental funktionsnedsættelse, for yderligere at være beskyttet af FBSL's regler om ligebehandling på arbejdsmarkedet. Det er både muligt at stå i en situation, hvor man er handicappet efter FBSL, f.eks. hvor man er syg i en lang periode, men ikke opfylder betingelserne for at blive visiteret til fleksjob, da arbejdsevnen ikke er nedsat varigt uden mulighed for udvikling, samt at stå i en situation, hvor man opfylder betingelserne for at blive visiteret til fleksjob, hvor arbejdsevnen er varigt nedsat af sociale grunde, men ikke er handicappet i FBSL's forstand, da der ikke er en fysisk, psykisk eller mental funktionsnedsættelse.

### **3.6.2. Når det er konstateret, at den fleksjobansatte er handicappet**

Er en person omfattet handicapbegrebet efter FBSL § 1, stk. 1, er der et forbud mod direkte og indirekte forskelsbehandling, jf. FBSL § 1, stk. 2 og 3. Ved direkte forskelsbehandling forstås, at en handicappet person f.eks. får direkte afslag på sin ansøgning med den begrundelse, at han er handicappet, således at han bliver behandlet ringere end en anden ville blive behandlet i en tilsvarende situation. Indirekte diskrimination foreligger, hvor kriterierne i praksis forekommer neutrale, men som de facto fører til diskrimination.<sup>43</sup> Der er dog ikke indirekte forskelsbehandling, hvis forskelsbehandlingen er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, jf. FBSL § 1, stk. 3. En betingelse for at kunne anvende denne undtagelsesbestemmelse er, at arbejdsgiveren har iagttaget handlepligten i FBSL § 2a, som indebærer, at arbejdsgiveren skal have truffet de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give en person med handicap adgang til beskæftigelse, medmindre han herved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. Arbejdsgiveren har således efter FBSL § 2a en forpligtelse til løbende at tilpasse arbejdspladsen, så den ansatte kan bestride erhvervet på lige fod med andre. EU-domstolen slog i sag nr. 335/11 fast, at arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse over for den handicappede bl.a. indebærer, at arbejdsgiveren skal tilbyde nedsat arbejdstid, hvis dette ikke er en uforholdsmæssig stor byrde for ham.

En arbejdsgiver må ikke forskelsbehandle ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår, jf. FBSL § 2.

Ligebehandlingsnævnet og domstolene har behandlet en mangfoldighed af sager vedrørende diskrimination i henhold til FBSL af ansatte i fleksjob. Ligebe-

---

<sup>42</sup> L 270 1996/97, bem. til § 1, nr. 6

<sup>43</sup> Funktionærretten, Lars Svenning Andersen m.fl., 4. udgave, s. 274

handlingsnævnet behandler bl.a. klager om forskelsbehandling pga. handicap, jf. lov om Ligebehandlingsnævnet § 1, og kan ikke behandle klager, der kan indbringes for en anden forvaltningsmyndighed, før denne har truffet afgørelse i sagen, jf. § 4. Når nævnet har truffet afgørelse i en klagesag, underretter sekretariatet parterne om muligheden for at indbringe sagen for domstolene, jf. § 12, stk. 1.

Afgørelserne viser, at det ikke er helt uproblematisk for arbejdsgiveren at have en person i fleksjob ansat, da der kan opstå tvivl om, hvorvidt han yderligere er beskyttet af forbuddet mod forskelsbehandling af handicappede, jf. FBSL § 1, stk. 1, og hvad dette i så fald indebærer. Problemstillingen har stor relevans for arbejdsgiveren, som kan blive mødt med et anseeligt krav om godtgørelse, hvor den fleksjobansatte diskrimineres. Et udsnit af retspraksis på området vil blive gennemgået nedenfor med det forbehold, at handicapbegrebet for afgørelserne afsagt forinden d. 11.04.2013 har ændret sig, som følge af EU-domstolens afgørelse nr. C-355/11. Muligheden for at falde under FBSL's handicapbegreb efter d. 11.04.2013 er således udvidet, da der ikke længere stilles krav om, at funktionsnedsættelsen skal have affødt et kompensationsbehov.

Det interessante er dels, om den fleksjobansatte er handicappet i FBSL's forstand, om arbejdsgiveren direkte eller indirekte har forskelsbehandlet i strid med FBSL §§ 1, stk. 2 og 3, samt i bekræftende fald, ved indirekte forskelsbehandling, om denne er objektivt begrundet i et sagligt formål, og om handlepligten i FBSL § 2a i så fald er opfyldt. For overblikkets skyld deles afgørelserne ind i typesituationer i forhold til hvilken type diskriminering, der efter FBSL § 2 er tale om.

### **3.6.2.1. Retspraksis**

Et eksempel på forskelsbehandling ved ansættelse, er Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 285/2012. A var ansat på en alarmcentral i fleksjob pga. en skade i skulderen, han havde erhvervet sig i tjenesten i 1999. I 2011 blev to stillinger som alarmoperatører slået op internt som følge af omstrukturering af landets alarmcentraler. Fra sin nuværende arbejdsplads fik A en påtegning om, at han var velegnet til jobbet. A fik d. 22.06.2011 afslag på sin ansøgning med den begrundelse, at arbejdspladsen havde meget svært ved at tilpasse personale med deltid og flekstid, da alarmcentralen også skulle varetage opgaver fra lokalpolitiet. Ligebehandlingsnævnet udtalte, at A havde et handicap i FBSL's forstand, da skaden medførte en funktionsnedsættelse som havde affødt et kompensationsbehov. Ligebehandlingsnævnet gav A medhold i sin påstand om, at det var indirekte diskrimination at afvise ham fra et arbejde på en anden alarmcentral med den begrundelse, at han kun kunne arbejde 18 timer pr. uge, og ikke fuld tid, som alarmcentralen foretrak. Alarmcentralen havde ikke godtgjort, at kravet om ansættelse på fuld tid var objektivt begrundet i et sagligt formål, hvorfor A fik tilkendt en godtgørelse på 25.000 kr.

Et eksempel på, at en person ikke blev forskelsbehandlet i forbindelse med ansættelse i fleksjob, er UfR 2014.1875 V. A, som led af hørenedsættelse og fejl på øjnene, blev ansat hos R i 2010 i en isbryderordning<sup>44</sup>, hvor R fik refusion af en væsentlig del af den udbetalte løn. I efteråret 2011 var der forhandlinger om, hvorvidt A kunne fortsætte hos R i et fleksjob, men det endte med, at A blev opsagt d. 28.10.2011, da A ifølge opsigelsen ikke kunne acceptere de vilkår for fleksjobansættelsen, R kunne tilbyde. Det blev aftalt, at A i opsigelsesperioden overgik til fleksjob med nedsat arbejdstid, og at arbejdet ophørte d. 31.01.2012. A fik d. 31.10.2012 tilbud om ansættelse i fleksjob hos R i en tidsbegrænset periode fra d. 20.10.2011 til d. 31.01.2012 med en ugentlig arbejdstid på 25 timer. A gjorde gældende, at R havde opsagt hende i strid med FBSL. Vestre Landsret udtalte, at A ubestridt var handicappet i FBSL's forstand, men at det forhold, at R ikke ønskede at ansætte A i fleksjob på overenskomstlignende vilkår, ikke var forskelsbehandling efter FBSL § 2, stk. 1, eller en tilsidesættelse af R's tilpasningsforpligtelser efter FBSL § 2a.

Et eksempel i relation til løn og arbejdsvilkår, er Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 29/2011. A blev ansat i fleksjob d. 15.02.2014, hvor hun overgik fra en ugentlig arbejdstid på 35 timer til 15 timer, som følge af hendes synshandicap, og der blev taget de nødvendige skånehensyn. A gjorde gældende, at hun skulle aflønnes efter anciennitet som de øvrige medarbejdere, idet hun udførte samme arbejdsopgaver som dem, og ikke kun var berettiget til den grundløn, hun fik udbetalt. Ligebehandlingsnævnet vurderede, at A havde et handicap i FBSL's forstand, da A havde en funktionsnedsættelse, der medførte, at A ikke var i stand til at udføre en del af de funktioner, der var en naturlig del af hendes hidtidige arbejde. Ligebehandlingsnævnet fandt herefter, at A havde påvist faktiske omstændigheder, der kunne give anledning til at formode, at hun havde været udsat for direkte forskelsbehandling pga. handicap, idet hun kun havde fået grundlønnen udbetalt selvom det fremgik af overenskomsten, at hun kunne være berettiget til tillæg. Da arbejdsgiveren herefter ikke havde bevist, at princippet om ligebehandling ikke var tilsidesat, og da en arbejdsgiver uanset den ansattes fagforening ikke måtte have anmodet om lønforhandlinger, fandtes at have en pligt til også at indkalde medarbejdere i fleksjob til en samtale, hvor deres lønvilkår kunne være forhandlet, havde arbejdsgiveren handlet i strid med FBSL. A tilkendtes en godtgørelse på 50.000 kr.

Ligebehandlingsnævnet nåede til det modsatte resultat i afgørelse nr. 200/2013. A havde arbejdet som advokatsekretær i mange år, og blev i 2004 bevilliget fleksjob med et nedsat ugentligt timetal som følge af skader i form af hovedpine, nakkesmerter, nedsat koncentration og hukommelse, som hun havde pådraget sig i forbindelse med 2 færdselsuheld. Siden ansættelse i fleksjob var hendes løn ikke blevet reguleret med den begrundelse, at hun var ansat i et særligt an-

---

<sup>44</sup> Jf. LAB § 2, nr. 8

sættelsesforhold. A gjorde gældende, at der var tale om indirekte forskelsbehandling, hvilket arbejdsgiveren bestred under henvisning til, at hun bevarede den løn hun modtog i ordinær beskæftigelse, hvilket lå væsentligt over lønniveauet for de opgaver, A varetog efter overgangen til fleksjob. Ligebehandlingsnævnet vurderede, at A havde et handicap i FBSL's forstand og henviste i den forbindelse til EU-domstolens afgørelse nr. C-355/11. Ligebehandlingsnævnet fandt det imidlertid godtgjort, at den manglende lønregulering var objektivt begrundet i et sagligt formål, hvorfor det ikke var i strid med FBSL, at A's løn under hendes ansættelse i fleksjob ikke var blevet reguleret.

Et eksempel på forskelsbehandling af en ansat i fleksjob i forhold til forflyttelse, er Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 276/2012. A, der led af kroniske rygsmerter, blev d. 01.08.2003 ansat i fleksjob hos sin arbejdsgiver i X-by, med 25 timer pr. uge med mulighed for skiftende og varierende arbejdsopgaver. Arbejdstiden blev nedsat til 20 timer pr. uge d. 02.03.2007. A blev d. 26.05.2010 orienteret om, at hun ville blive forflyttet til et andet arbejdssted i Y-by, som følge af omplacering af de administrative medarbejdere, så lønbudgettet i højere grad ville matche antallet af normerede stillinger. A mente ikke, at hun kunne holde til at arbejde i Y-by som følge af den øgede transport. A blev varslet forflyttet d. 03.06.2010 under henvisning til underskud på arbejdsgiverens lønbudget. A indbragte sagen for Ligebehandlingsnævnet og gjorde gældende, at forflyttelsen var i strid med FBSL. Arbejdsgiveren var af den opfattelse, at sagligt begrundede stillingsændringer som i den foreliggende sag, ikke var i strid med FBSL, og at afgørelsen af, at det var nødvendigt at forflytte medarbejdere, var en del af arbejdsgiverens ledelsesret. Ligebehandlingsnævnet fandt, at A var handicappet i FBSL's forstand, da ryglidelsen havde karakter af en varig funktionsnedsættelse, der medførte et kompensationsbehov. Arbejdsgiveren havde på denne baggrund pligt til at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger, for at give A mulighed for at udøve sin beskæftigelse, og da arbejdsgiveren ikke havde sandsynliggjort at være pålagt en uforholdsmæssig stor byrde, hvis A skulle fortsætte arbejdet i X-by, fik A medhold i klagen. Godtgørelsen fastsattes til 225.000 kr., svarende til ca. 9 mdr. løn.

### ***3.6.2.2. Handicappet i FBSL's forstand?***

Fælles for ovennævnte domme er, at de alle når frem til, at den ansatte i fleksjob er handicappet i FBSL's forstand. Det har ikke været muligt at finde en afgørelse, som behandler spørgsmålet, om en ansat i fleksjob er handicappet efter FBSL, og som er nået frem til et benægtende resultat. Dette er dog ikke overraskende. Et praktisk eksempel på ansættelse i fleksjob som følge af en arbejdsevnenedsættelse, der udelukkende skyldes sociale grunde, og som samtidig er væsentlig og så varig, at den møder LAB's strenge betingelser herfor, er svær at give et tænkt, konkret eksempel på, og følgelig endnu sværere at grave frem af retspraksis. Ikke

desto mindre fremgår det af forarbejderne til LAB,<sup>45</sup> at arbejdsevnen kan være begrænset af sociale grunde, hvorfor det teoretisk er muligt at en ansat i fleksjob ikke er omfattet af FBSL's handicapbegreb. Det sikreste for arbejdsgiveren må dog være at indrette sig på, at en evt. fremtidig medarbejder ansat i fleksjob er omfattet af FBSL's handicapbegreb.

### **3.6.2.3. *Hvornår direkte/indirekte forskelsbehandling?***

I relation til, om arbejdsgiveren har forskelsbehandlet den fleksjobansatte, skal der ifølge retspraksis ikke meget til, før man vil nå til et sådan resultat, jf. herved bl.a. Ligebehandlingsnævnet afgørelse nr. 29/2011 hvor det var direkte forskelsbehandling ikke at indkalde den ansatte i fleksjob til lønforhandlinger, hvis lønnen herved *kunne* være forhandlet, uanset om den faglige organisation måtte have anmodet herom. I sagen havde A mulighed for efter overenskomsten at forhandle sig til tillæg, som de øvrige medarbejdere havde fået forhandlet sig til. Med FBSL § 2, stk. 2 er det fastsat, at forskelsbehandling med hensyn til lønvilkår foreligger, hvor der ikke ydes lige løn for arbejde af samme værdi, hvilket arbejdsgiveren naturligtvis skal være opmærksom på. Har han f.eks. en medarbejder, som er handicappet og ansat i fleksjob, som arbejder med fuld arbejdsintensitet men kun halvt så mange timer om ugen, skal den ansatte således have mulighed for at forhandle sig til tillæg, der svarer til 50 % af det, de øvrige fuld tids beskæftigede medarbejdere har mulighed for, medmindre overenskomstens sociale kapitler bestemmer andet, da lønnen skal afspejle den reelle arbejdsevne, jf. LAB § 70e, stk. 1.

### **3.6.2.4. *Er den indirekte forskelsbehandling saglig?***

Når det er konstateret, at indirekte forskelsbehandling foreligger, kan arbejdsgiveren komme uden om et godtgørelseskrav, hvis forskelsbehandlingen vurderes at være saglig, jf. FBSL § 1, stk. 3. Afgørelserne viser, at det er en konkret vurdering i de enkelte tilfælde, om arbejdsgiverens handling var objektivt begrundet i et sagligt formål, jf. herved Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 285/2012, hvor det var svært for arbejdsgiveren at tilpasse arbejdstider for medarbejdere, der var ansat med en arbejdstid på under fuld tid, men som ikke vurderes at opfylde kravene i FBSL § 1, stk. 3's undtagelsesbestemmelse. Modsat nåede Ligebehandlingsnævnet i afgørelse nr. 200/2013 frem til, at det ikke var forskelsbehandling at A's løn ikke var blevet reguleret som de øvrige ansattes under henvisning til, at A havde bevaret den løn hun modtog i ordinær beskæftigelse, hvilket lå væsentligt over lønniveauet for de opgaver, hun varetog efter overgangen til ansættelse i fleksjob.

### **3.6.2.5. *Har arbejdsgiveren opfyldt sin handlepligt efter FBSL § 2a?***

Et andet element er det forhold, at arbejdsgiveren er pligtig at indrette arbejdspladsen, så den ansatte kan udøve sin beskæftigelse, jf. FBSL § 2a. Dette illustre-

---

<sup>45</sup> L 270 1996/97, bem. til § 1, nr. 6

res af bl.a. afgørelse nr. 276/2012, hvor arbejdsgiveren havde pligt til at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger for at give A mulighed for at udøve sin beskæftigelse i X-by. Arbejdsgiverens begrundelse om, at forflyttelsen var nødvendig af hensyn til den omorganisering der fandt sted i virksomheden, for at holde lønbudgettet nede, var ikke nok, da arbejdsgiveren ikke herved havde sandsynliggjort at være pålagt en uforholdsmæssig stor byrde, hvis A skulle fortsætte arbejdet i X-by. Det er dog samtidig givet, at arbejdsgiverens handlepligt efter FBSL § 2a ikke kan strækkes uanet, jf. herved UfR 2014.1875 V, hvor det blev slået fast, at en person, som var handicappet i FBSL's forstand og ansat i ordinær beskæftigelse i virksomheden, ikke kunne gøre krav på at gå fra ordinær beskæftigelse til at blive ansat i fleksjob på overenskomstlignende vilkår.

### 3.7. Deltidsloven

Minimumsforskrifter blev fastlagt med Danmarks indførelse af direktiv 97/81/EF med det formål at fjerne forskelsbehandling af deltidsansatte. Direktivet blev gennemført ved indgåelse af en aftale herom mellem arbejdsmarkedets parter, men for korrekt implementering blev det også implementeret ved lov, deltidsloven, for også at omfatte de ansatte, der ikke er organiseret. Direktivet omfatter således alle lønmodtagere ansat på deltid.

Deltidsloven er relevant i forhold til fleksjobansættelser, da en stor del af de ansatte i fleksjob pr. definition også vil være ansat på deltid. Ved deltidsansat forstås en ansat, hvis normale arbejdstid, beregnet på ugentlig basis eller i gennemsnit over en ansættelsesperiode på op til et år, er lavere end den normale arbejdstid for en sammenlignelig fuldtidsansat, jf. direktiv 97/81/EF § 3.

Et særligt spørgsmål rejser sig i relation til, om *alle* fleksjobansatte er ansat på deltid, da skånehensyn kan tages ved et lavere timetal, en lavere arbejdsintensitet eller en kombination heraf. Det er givet, at den ansatte er omfattet af deltidsloven, hvor han arbejder et lavere ugentligt timetal, men intet sted i loven er der taget højde for de tilfælde, hvor den ansatte udelukkende arbejder med en lavere arbejdsintensitet. Da intet andet fremgår af lovgivningen må alene de fleksjobansatte, som arbejder med et lavere ugentligt timetal, være omfattet af deltidsloven, jf. ordlyden af direktiv 97/81/EF § 3.

En deltidsansat må ikke behandles på en mindre gunstig måde end sammenlignelige fuldtidsansatte, udelukkende fordi han arbejder på deltid, medmindre forskelsbehandlingen er begrundet i objektive forhold, jf. direktiv 97/81/EF § 4, nr. 1. Hvor det er hensigtsmæssigt, gælder princippet om *pro rata temporis*, jf. nr. 2. *Pro rata tempis* princippet indebærer, at rettigheder står i proportionelt forhold til arbejdstid, dvs. der er forholdsmæssig aflønning og forholdsmæssige rettigheder for en deltidsansat svarende til den procentdel, han arbejder mindre end fuldtidsansatte.

På det overenskomstdækkede område afgøres en tvist i det fagretlige system, jf. deltidslovens § 4, stk. 1, og kan udløse en bod. På det ikke-



overenskomstdækkede område kan lønmodtageren tilkendes en godtgørelse, jf. deltidslovens § 4, stk. 2. Loven indeholder ikke noget maksimum for godtgørelsens størrelse.

Man kan tænke sig den situation, at en handicappet ansat i fleksjob både er beskyttet af FBSL og af deltidsloven, hvor forskelsbehandlingen består i, at pågældende ikke gives samme rettigheder svarende til kollegaerne på fuld tid. I Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 29/2011, som nævnt ovenfor under afsnit 3.6.2.1., blev A alene ud fra den betragtning, at hun ikke arbejdede fuld tid som de øvrige ansatte, ikke indkaldt til lønforhandlinger i virksomheden. Dette var i strid med FBSL, hvorved hun blev tilkendt en godtgørelse på 50.000 kr. Overtrædelse af direktiv 97/81/EF blev ikke påberåbt. Ud fra dansk tradition om, at der ikke tilkendes godtgørelse flere gange for samme retskrænkelse,<sup>46</sup> er deltidsloven navnlig relevant for det fåtal af fleksjobansatte, som ikke er handicappede i FBSL's forstand, og som har en tvist med arbejdsgiveren om forskelsbehandling begrundet i netop det forhold, at vedkommende arbejder færre timer end de øvrige medarbejdere.

---

<sup>46</sup> Den Danske Arbejdsret, Ole Hasselbalch, bind 2, 1. udgave, 2009, s. 933.

## **Kapitel 4: Ændringer under ansættelsesforholdet**

I dette kapitel undersøges nærmere hvilke retlige udfordringer der kan opstå i løbet af ansættelsesperioden, hvor arbejdsevnen i løbet af ansættelsesperioden ændrer sig.

Det er let at tænke sig den situation, at den ansatte under ansættelsen helbredsmæssigt får det dårligere eller bedre. Dette f.eks. som følge af en ansættelse i fleksjob efter LAB § 70, stk. 2, hvorved der kan opstå et behov for en ændring i arbejdstid/intensitet, da humlen bag bestemmelsen netop er, at arbejdsevnen gradvist skal forbedres og at den ansatte skal gå op i arbejdstid eller arbejdsintensitet.

På den ene side er arbejdsgiveren ikke forpligtet til mere, end hvad han aftaleretligt har forpligtet sig til ved aftalens indgåelse. På den anden side er arbejdsgiveren bevidst om, at han har med en ansat at gøre, som på sigt får behov for, at ansættelsen kan rumme den øgede arbejdsevne. Herudover er der hele problemstillingen i forhold til, hvilke muligheder kommunen har for tilbagekaldelse af fleksjobbevillinger, hvor arbejdsevnen ikke i tilstrækkeligt omfang udnyttes.

Nedenfor vil disse problemstillinger blive diskuteret efter en gennemgang af reglerne for hvilket forum, der skal anvendes til løsning af sådanne tvister.

### **4.1. Forum**

I forhold til hvilket forum, der er kompetent til at løse konflikten mellem parterne, er det nødvendigt at sondre mellem situationer reguleret af en kollektiv overenskomst, og situationer, som ikke er, da sager om fortolkning af overenskomster og kollektive aftaler løses i det fagretlige system eller via Arbejdsretten, jf. UfR 1987.943 SH. Modsat behandles sager vedr. fortolkning af lovgivningen samt individuelle ansættelseskontrakter for de almindelige domstole, jf. Vestre Landsrets dom af d. 30.09.2002 nr. B-2370-01.

Det er også med LAB slået fast, at på det overenskomstdækkede område afgøres tvister om anvendelsen af overenskomsterne mv. og om løn og arbejdsvilkår ved fagretlig behandling og endeligt ved Arbejdsretten, jf. LAB § 70e, stk. 3, 4. pkt. Hvis overenskomstparterne på området ikke har aftalt regler om fagretlig behandling, finder Normen anvendelse,<sup>47</sup> som er en række almindelige regler vedtaget af DA og LO for behandling af faglig strid. § 11, stk. 2 i lov om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter finder tilsvarende anvendelse, jf. § 70e, stk. 3, 5. pkt., hvilket indebærer, at en lønmodtager kan anlægge sag ved de almindelige domstole, hvis han godtgør, at vedkommende faglige organisation ikke agter at iværksætte fagretlig behandling af kravet.

Er vi på det overenskomstdækkede område, og er der en tvist mellem arbejdsgiver og den fleksjobansatte om løn- og arbejdsvilkår, kører sagen således ansættelsesretligt almindeligt.

---

<sup>47</sup> L 53 2012-13, bem. til § 1, nr. 41, § 70e, stk. 3

Det fagretlige system er opbygget af faglige voldgifter som nedsættes ad hoc, Afskedigelsesnævn og Arbejdsretten, hvor spørgsmål om generel og konkret fortolkning af overenskomster behandles, og hvis kompetence og sagsbehandling er reguleret i Arbejdsretsloven suppleret af Normen. De fagretlige organer har det til fælles med almindelige voldgifter, at deres afgørelser er endelige med en enkelt undtagelse for så vidt angår sager, der kan indbringes for de almindelige domstole med henvisning til EMRK art. 6.

På det ikke-overenskomstdækkede område, afgøres tvister om løn og arbejdsvilkår ved fagretlig behandling og endeligt ved Arbejdsretten, såfremt én af parterne begærer det, jf. LAB § 70e, stk. 4, 5. pkt., hvilket svarer til den lignende ordning i VOL § 4a, stk. 2.<sup>48</sup> I så fald er arbejdsgiveren stillet, som om denne havde tiltrådt den kollektive overenskomst, jf. LAB § 70e, stk. 4, 6. pkt. I øvrige tilfælde afgøres tvister ved de almindelige domstole. § 11, stk. 2 i lov om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter finder tilsvarende anvendelse, jf. LAB § 70e, stk. 4, 7. pkt.

Hensigten med den lignende ordning i VOL § 4a, stk. 2 er at skabe en mulighed for at få sagen prøvet i det fagretlige system, hvor sagen vedrører fortolkning af overenskomsten eller brud på denne, hvor virksomhedens erhverver ikke har tiltrådt overenskomsten, da dette ellers ikke ville være muligt. Eftersom erhververen ikke er indtrådt i overenskomsten, er det dog kun de rettigheder, den enkelte lønmodtager eller arbejdsgiver kan gøre gældende, som er omfattet af bestemmelsen, og således ikke rettigheder tilhørende forbundet som overenskomstpart, som f.eks. at pålægge arbejdsgiveren en bod.<sup>49</sup>

For at sagen skal kunne afgøres i det fagretlige system, skal tvisten således omhandle spørgsmål i relation til gældende vilkår mellem den ansatte og arbejdsgiveren, hvorfor diskussionen ovenfor under afsnit 3.1.2. vedr. om en sammenlignelig overenskomst på området finder anvendelse, er relevant også i denne forbindelse. Herudover er det en forudsætning, at det fagretlige system er kompetent til at behandle sagen. Det fagretlige system er alene kompetent til at behandle sager om fortolkning af overenskomster og kollektive aftaler, og ikke sager vedr. fortolkning af lovgivning og individuelle ansættelseskontrakter. Behandling i det fagretlige system på det ikke-overenskomstdækkede område kan herefter ske, hvor én af parterne begærer det, og hvor tvisten vedrører ansættelsesvilkår gældende mellem parterne, som udspringer af en overenskomst eller en sammenlignelig overenskomst på området.

Finder en overenskomst på området ikke anvendelse, har parterne ikke mulighed for at begære sagen behandlet i det fagretlige system, men må gå til de almindelige domstole.

---

<sup>48</sup> L 53 2012-13, bem. til § 1, nr. 41, § 70e, stk. 4

<sup>49</sup> LFF 2001-03-21 nr. 190, bem. til § 1, nr. 4

## 4.2. Væsentlige stillingsændringer

### 4.2.1. Ansættelsesretligt

Hvordan løses konflikten, hvor den ansatte ønsker at ændre i stillingsindholdet, og arbejdsgiveren er uenig? Fra arbejdsgiverens perspektiv vil argumentet typisk være at den ansatte måske nok har ret i, at det ikke er muligt at bestride arbejdet i hidtidigt omfang, men at arbejdsgiveren i så tilfælde ikke er forpligtet til at fortsætte ansættelsesforholdet på de ændrede vilkår. For at finde frem til, hvor langt arbejdsgiverens forpligtelser over for den ansatte rækker, dvs. hvor fleksibel han er tvunget til at være, må bero på rammerne for og fortolkningen af den aftale, der ligger til grund for ansættelsesaftalen.

Arbejdsgiverens og den ansattes mulighed for at ændre i ansættelsesaftalen generelt er den samme for begge parter, hvor arbejdsgiveren bevæger sig uden for de beføjelser, han har i kraft af ledelsesretten og i henhold til aftalen,<sup>50</sup> hvorfor litteratur og domme omhandlende den ansattes retsstilling ved væsentlige stillingsændringer også er relevante fra et arbejdsgiverperspektiv. I arbejdsretlig terminologi er der tale om væsentlige stillingsændringer, når en part ønsker at ændre så meget i arbejdsvilkårene, at ændringen går ud over den ramme, som aftalen opstiller. Selv en meget lille ændring i arbejdstiden/intensiteten kan have væsentlig betydning for arbejdsgiveren. Er der tale om et vilkår, der ikke er aftalt, indebærer det i realiteten, at ansættelsen opsiges med tilbud om en fortsættelse på ændrede vilkår,<sup>51</sup> som den ansatte ikke kan regne med, at arbejdsgiveren accepterer.

Ser man på, hvad der nærmere ligger inden for rammerne af aftalen, hvordan denne fortolkes, skal udgangspunktet tages i aftalens ordlyd. Er ordlyden uklar, eller er nogle forhold helt udeladt, anvendes de almindelige aftaleretlige regler i fortolkningen heraf, hvor udgangspunktet tages i parternes fælles opfattelse. Parternes fælles opfattelse bidrager også i fortolkningen selvom opfattelsen ikke stemmer overens med ordlyden, hvis den har ført til en bestemt praksis effektueret af parterne.<sup>52</sup> Man må formode, at det er i de færreste ansættelsesaftaler arbejdsgiveren forpligter sig til at yde den fleksjobansatte en sådan fleksibilitet, at han kan gå væsentligt op og ned i arbejdstid i løbet af ansættelsesperioden. Hvis arbejdsgiveren alligevel har forpligtet sig hertil, kan man diskutere, hvorvidt aftalens indhold ville kunne tilsidesættes ud fra rimelighedsbetragtninger, da sådanne vilkår vil være indgribende for en arbejdsgiver, særligt hvor han beskæftiger et fåtal af ansatte og er stærkt afhængig af den enkeltes arbejdskraft. I relation til AFTL § 36 er aftalens ”urimelighed” et afgørende kriterium, uanset hvem parterne i øvrigt måtte være, men det er samtidig givet, at AFTL § 36’s anvendelsesområde navnlig regulerer de situationer, hvor den påberåbende part befinder sig i en

---

<sup>50</sup> Funktionærret, Lars Svenning Andersen m.fl., 4. udgave, s. 221

<sup>51</sup> Funktionærret, Lars Svenning Andersen m.fl., 4. udgave, s. 238

<sup>52</sup> Funktionærret, Lars Svenning Andersen m.fl., 4. udgave, s. 210 ff.

underlegenhedsposition,<sup>53</sup> hvilket ikke er tilfældet for en arbejdsgiver. Er parterne enige om at indgå en ansættelsesaftale med mulighed for den fleksjobansatte at gå op- eller ned i tid under ansættelsesperioden, er der således intet til hinder herfor, da lovgivningen eller rimelighedsbetragtninger i øvrigt ikke beskytter den dumdristige stærke part i en kontraktsituation.

Spørgsmålet er herefter, om den arbejdsgiver, der ikke har indgået en aftale med den fleksjobansatte om arbejdsvilkår, der tillader denne at gå op eller ned i tid, alligevel er forpligtet hertil, da han ved aftalens indgåelse var vidende om, at han havde med en person at gøre, hvis helbred kunne svinge i op- eller nedadgående retning. Nævner ansættelsesaftalen intet herom, har det formodningen imod sig, at den ansatte lykkedes med at komme igennem med en sådan påstand, da udgangspunktet som nævnt i fortolkningen tages i parternes fælles opfattelse, og er der ikke øvrige fortolkningsdata end den omstændighed, at den ansatte som følge af sin funktionsnedsættelse har visse skånebehov, er det end ikke sikkert, at den fleksjobansatte selv ved ansættelsesaftalens indgåelse var af den opfattelse, at arbejdsgiveren forpligtede sig hertil. Var den ansatte imidlertid af den opfattelse, at arbejdsgiveren var forpligtet hertil, kan forudsætningslæren evt. komme på tale som metode til at indfortolke retsfølger i et løfte, hvor forudsætningen var kendelig for arbejdsgiveren, således at aftaleindholdet om øget fleksibilitet var forventet og tilsigtet.<sup>54</sup> Et sådan synspunkt vedr. arbejdsgiverens usagte intentioner vil dog efter al sandsynlighed være en bevisbyrde, der for den fleksjobansatte næppe lader sig løfte.

Vi er således tilbage ved den omstændighed, at den fleksjobansatte sandsynligvis ikke praktisk har mulighed for at pålægge arbejdsgiveren at acceptere væsentlige stillingsændringer med den følge, at arbejdsgiveren ansættelsesretligt er forpligtet til at fortsætte ansættelsesforholdet på ændrede vilkår.

#### **4.2.2. I relation til forskelsbehandlingsloven**

Særlige beskyttelsesregler i f.eks. FBSL bortfalder ikke fordi opsigelsen er begrundet i væsentlige stillingsændringer, og EU-domstolen slog da også i sag nr. 335/11, som nævnt ovenfor under afsnit 3.6.2., fast, at arbejdsgiveren i medfør af FBSL § 2a har en forpligtelse til at ændre i arbejdstiden, hvis ikke ændringen er en uforholdsmæssig stor byrde for ham.

Dog er det væsentligt at have for øje, at FBSL's beskyttelsesregler ikke strækker sig uanet. Dette ses også af dommen UfR 2014.1875 V, som nævnt ovenfor under afsnit 3.6.2.1., hvor A var ansat i en isbryderordning<sup>55</sup> i virksomheden R. A var handicappet i FBSL's forstand, og ønskede genansættelse i fleksjob på overenskomstlignende vilkår, som R ikke var en del af. Dette ville R ikke acceptere. Vestre Landsret udtalte, at det forhold, at R ikke ønskede at ansætte A i

---

<sup>53</sup> Aftaler og Mellemmænd, af Palle Bo Madsen mv., 5. udgave, s. 209 f.

<sup>54</sup> Aftaler og Mellemmænd, af Palle Bo Madsen mv., 5. udgave, s. 439 f.

<sup>55</sup> Jf. LAB § 2, nr. 8

fleksjob på overenskomstlignende vilkår, ikke var forskelsbehandling efter FBSL § 2, stk. 1, eller en tilsidesættelse af R's tilpasningsforpligtelser efter FBSL § 2a. I dommen gjorde A således gældende, at R havde forpligtelser i medfør af FBSL, også hvor ændringerne under ansættelsen var så væsentlige, at der var tale om genansættelse, men Vestre Landsret slog fast, at FBSL's beskyttelsesregler ikke kunne strække sig hertil.

Arbejdsgiverens forpligtelse til at tilpasse arbejdsforholdene efter FBSL § 2a kan således føre til, at arbejdsgiveren alligevel er forpligtet til acceptere stillingsændringer til trods for, at de måtte være væsentlige for ham, så længe de blot ikke er en uforholdsmæssig stor byrde at iværksætte, da begreberne væsentlige stillingsændringer i ansættelsesretten og uforholdsmæssig stor byrde i forskelsbehandlingsloven ikke er synonyme. Dog kan enhver stillingsændring ikke pålægges arbejdsgiveren, hvor den ansatte er handicappet i FBSL's forstand, som det også fremgår af UfR 2014.1875 V.

#### **4.2.3. Socialretligt**

Hvorvidt stillingen betragtes som ophørt har stor betydning i relation til hvilke regler for fleksjobansættelsen, der finder anvendelse. Ansættelsesforhold oprettet forinden d. 01.01.2013 reguleres af de dagældende regler, jf. herved LAB §§ 71-73 og § 75, mens ansættelsesforhold etableret efter reguleres af de nuværende, som i en vis udstrækning forringer den fleksjobansattes vilkår, f.eks. i relation til fleksløntilskud, jf. ovenfor under afsnit 3.3. I den forbindelse er det væsentligt at se nærmere på, om der ansættelsesretligt og socialretligt er sammenfald mellem hvornår en stilling ændrer sig så væsentligt, at ansættelsesforholdet er nyt, og socialretligt kører videre efter de nye regler, hvor tiltrædelse sker efter d. 01.01.2013.

Nogle typesituationer i forhold til, hvornår ansættelsesforholdet ændrer sig så væsentligt, at der er tale om en ny stilling, er behandlet i bemærkningerne til lovforslaget.<sup>56</sup> Først slår bemærkningerne fast, at tidspunktet for, om de nye eller gamle regler finder anvendelse, afhænger af tiltrædelsestidspunktet, og således ikke af hvornår aftalen om ansættelse blev indgået.

Ifølge bemærkningerne er der ikke tale om et nyt fleksjob, hvis det alene er skånebehovet eller timetallet, der bliver ændret, ligesom heller ikke en ændring i jobbeskrivelsen er nok, såfremt arbejdsopgaverne er sammenfaldende med de hidtidige arbejdsopgaver. Flyttes den pågældendes tjenestested inden for en kommune eller fra et ministerium til et andet, er fleksjobbet ikke nyt. Heller ikke, hvor to virksomheder fusionerer eller hvor der sker virksomhedsoverdragelse og ansættelsesmyndigheden dermed bliver en anden, men hvor arbejdsopgaver og ansættelsesvilkår forbliver i uændret form.

Ifølge bemærkningerne er der tale om et nyt fleksjob, hvor den pågældende er ophørt i et fleksjob pga. kontraktens ophør, afskedigelse eller opsigelse, eller

---

<sup>56</sup> L 53 2012-13, bem. til § 21

hvor den fleksjobansatte skifter fra en arbejdsgiver til en anden. Herudover er det en ny stilling, hvor der sker ændringer i løn- og ansættelsesvilkår inden for samme virksomhed/arbejdsgiver.

Således er der ikke nødvendigvis sammenfald mellem, hvornår noget ansættelsesretligt er en væsentligt stillingsændring og hvornår ansættelsesforholdet socialretligt er nyt. Der forhold, at der f.eks. ikke socialretligt er tale om en ny stilling, hvor timetallet ændrer sig, kan sagtens være en væsentlig stillingsændring i ansættelsesretlig forstand, hvor denne ændring i timetallet efter en konkret vurdering er væsentlig for den pågældende arbejdsgiver. Det kan have den konsekvens, at selvom ansættelsesforholdet *kunne* køre videre efter den gamle fleksjobordning, så er arbejdsgiveren ikke ansættelsesretligt forpligtet til at føre ansættelsesforholdet videre, hvis stillingsændringen er væsentlig, hvorved den ansatte må søge ansættelse andetsteds med den konsekvens, at de nye regler alligevel finder anvendelse for ham, hvis stillingen er tiltrådt efter d. 01.01.2013.

### **4.3. Ændringernes betydning for fleksjobbevillingen**

Den ansættelsesretlige konsekvens af, at der ikke kan pålægges arbejdsgiveren de forpligtelser, der forudsættes i fleksjobbevillingen, skaber forvirring i samspillet med socialretten. En speciel situation opstår, når ansættelsesforholdet allerede ved etablering eller under selve ansættelsen ændrer sig, således at ansættelsesforholdet ikke (længere) lever op til fleksjobbevillingens forudsætninger. Som nævnt ovenfor under afsnit 2.3., gives en fleksjobbevilling for en midlertidig periode på 5 år, hvorefter der på ny tages stilling til, om personen fortsat opfylder betingelserne i LAB § 70 for et nyt fleksjob, jf. LAB § 70c.

Spørgsmålet er mere præcist, om kommunen trods den omstændighed, at ansættelsesforholdet er anderledes end forudsat i fleksjobbevillingen, er bundet til at yde den fleksjobansatte tilskud de 5 år, fleksjobbevillingen løber, da kommunen i medfør af LAB § 70d, stk. 1 har pligt til at sørge for, at den fleksjobvisiteredes arbejdsevne udnyttes bedst muligt i fleksjobbet. Spørgsmålet er aktuelt, når der f.eks. ved etablering af et fleksjob ikke findes et job svarende til arbejdsevnen, når timetallet ændres under ansættelsen ved enighed mellem parterne efter LAB § 70d, stk. 2, når der ikke ændres i ansættelsesforholdet trods en forbedret arbejdsevne som følge af dennes udvikling efter LAB §70, stk. 2, mv. Eksemplerne er mange, men fælles er spørgsmålet, om kommunen i så tilfælde har mulighed for at trække fleksjobbevillingen tilbage, da de i modsat fald yder tilskud til en person, som ikke i tilstrækkeligt omfang har behov for at blive skånet. Særligt LAB § 70, stk. 2 ansættelserne hidkalder sig opmærksomhed, da man efter denne bestemmelse kan blive ansat i fleksjob med en meget lav ugentlig arbejdstid, hvis blot der er mulighed for, at arbejdsevnen inden for en rimelig periode kan udvikles. Som nævnt ovenfor under afsnit 2.1.1., er der i praksis set ansættelser af denne karakter helt ned til en arbejdstid på 40 min. pr. uge. Skulle arbejdsevnen herefter udvikle sig markant, måske helt op til en arbejdsevne på 1/3 i løbet af de første to år, og er

arbejdsgiveren/den ansatte ikke villige til at ændre i den ugentlige arbejdstid på 40 min., er kommunen så forpligtet til i yderligere 3 år at betale tilskud til den ansatte som supplerer de bare 40 min.? Eller kan fleksjobbevillingen tilbagekaldes?

I vejledningen<sup>57</sup> behandler ministeriet spørgsmålet i relation til etablering af et ansættelsesforhold og er af den opfattelse, at hvis arbejdsgiveren alene kan tilbyde et job på et mindre timetal, end jobcenteret har vurderet den pågældendes arbejdsevne i det konkrete job til, og jobcenteret ikke har et andet tilbud om fleksjob, der bedre matcher den fleksjobvisiteredes arbejdsevne, kan den pågældende efter omstændighederne blive ansat i et fleksjob på færre timer. Ved vurderingen af, om den pågældende skal ansættes i et fleksjob på færre timer, kan indgå flere forskellige forhold, herunder om jobcenteret skønner, at det vil være bedre for den fleksjobvisiterede at komme ud i et job her og nu end at skulle vente på, at der findes et job, der matcher den pågældendes arbejdsevne bedre. Hvis der er meget stor forskel på det tilbudte timetal og det, jobcenteret har vurderet, at den pågældende ville kunne arbejde i jobbet, kan jobcenteret undlade at etablere jobbet som et fleksjob. Hvis jobcenteret vurderer, at jobbet ikke skal godkendes som et fleksjob, fordi forskellen mellem det, som den pågældende kan arbejde, og arbejdstiden ifølge aftalen er for stor, således at arbejdsevnen ikke udnyttes bedst muligt, kan den pågældende godt tage imod jobbet, men vil ikke kunne få fleksløntilskud.

Ved selve etableringen af et fleksjob har kommunen således ifølge vejledningen mulighed for at nægte at udbetale fleksløntilskud, hvis den ydede arbejdsevne er for lav. Denne opfattelse er ikke problematisk set i forhold til ansættelsesretten eftersom ansættelsesforholdet på dette tidspunkt endnu ikke er etableret, og socialretligt har borgeren endnu ikke kunne skabe en berettiget forventning om, at kommunen yder tilskud i perioden.

Herefter udtaler vejledningen, at når jobcenteret har bevilget et fleksjob for en periode på 5 år på færre timer, end personen kan arbejde i det konkrete job, kan jobcenteret ikke inden for den 5-årige periode trække bevillingen tilbage, medmindre personen ikke længere opfylder betingelserne for fleksjob. Jobcenteret kan efterfølgende tilbyde den pågældende et fleksjob, der bedre matcher den pågældendes arbejdsevne. Der kan dog ikke stilles krav om, at den pågældende opsiger det fleksjob, som jobcenteret tidligere har bevilget personen.

Sidstnævnte vedrører kommunens mulighed for at ændre i fleksjobbevillingen, når først ansættelsesforholdet er etableret. Ministeriet er således dels af den opfattelse, at kommunen ikke inden for den 5-årige periode kan trække bevillingen tilbage, og dels, at der ikke kan stilles krav om, at vedkommende opsiger ansættelsesforholdet. I de almindelige bemærkningerne til lovforslaget<sup>58</sup> står, at den ansatte skal orientere jobcenteret, hvis der sker ændringer under ansættelsesfor-

---

<sup>57</sup> Vejledning om fleksjob mv., pkt. 4

<sup>58</sup> L 53 2012-13, bem. Til nr. 41, § 70d, stk. 2



holdet, hvorved jobcenteret skal vurdere, hvilken betydning oplysningerne har i forhold til de betingelser, der skal være opfyldt for retten til fleksjob.

Den rent forvaltningsretlige adgang for kommunen til at tilbagekalde en begunstigende forvaltningsakt, som en fleksjobbevilling er, er snæver, og må bero på en konkret vurdering. I Ankestyrelsens Principafgørelse nr. 262-09 havde kommunen d. 17.09.2008 truffet afgørelse om, at en ansøger fortsat var berettiget til en merudgiftsydelse på 1500 kr. En vurdering af en evt. forlængelse skulle foretages d. 01.09.2009. Kommunen tilbagekaldte imidlertid afgørelsen d. 24.09.2008 med henvisning til, at Velfærdsministeriet havde ændret de vejledende takster for vurdering af merudgiftsydelser i forbindelse med diabeteskost. Ankestyrelsen fandt, at kommunen ikke var berettiget til at tilbagekalde afgørelsen og udtalte bl.a., at kravene hertil var forholdsvis strenge og at der i afvejningen bl.a. indgår en vurdering af tilbagekaldelsesgrunden, indgrebets intensitet, om tilbagekaldelsen vedrører faktiske oplysninger ctr. omvurdering af oplysninger eller nye retlige forhold, om hensynet bag tilbagekaldelsen kunne være taget i betragtning ved den oprindelige afgørelse, og om der er fejl på adressatens side. Herudover indgår det, om der er tale om et løbende retsforhold over en årrække. I dette tilfælde var det offentliges økonomi og hensynet til at sikre lighed og konsekvens ikke en tilstrækkelig grund til at tilbagekalde til ugunst for ansøger.

Hvorvidt det rent forvaltningsretligt er muligt for kommunen at tilbagekalde en fleksjobbevilling må således bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfælde. Det er ikke udelukket, at der er en mulighed for kommunen at tilbagekalde, men adgangen hertil må være (meget) snæver henset til, at et sådan indgreb typisk har stor betydning for den fleksjobansatte og at årsagen bag tilbagekaldelsen typisk ikke begrundes i fejl, der kan tilregnes ham ved visiteringen.

Socialretligt er der ikke i lovgivningen taget stilling til spørgsmålet ud over at det nævnes, at kommunen ved ændringer under ansættelsesforholdet skal vurdere, om betingelserne for fleksjob fortsat er opfyldt. Da en klar hjemmel for tilbagekaldelse af begunstigende forvaltningsakter må kræves, hvis adgangen hertil skal udvides, dens bebyrdende karakter taget i betragtning, kan dette ikke anses for værende tilfældet. Spørgsmålet bliver snarere, om socialretten *indskrænker* den forvaltningsretlige mulighed for tilbagekaldelse af begunstigende forvaltningsakter i tråd med vejledningens opfattelse. LAB eller dens forarbejder tager ikke stilling hertil, men modsætningsvist kan der argumenteres for, at muligheden er indskrænket, da jobcenteret alene skal vurdere på, hvilken betydning oplysningerne har i forhold til de betingelser, der skal være opfyldt for retten til fleksjob, og således ikke skal vurdere på, om arbejdsevnen i tilstrækkelig grad er udnyttet med en deraf følgende tilbagekaldelsesadgang, når den ansatte oplyser om ændringer i medfør af LAB § 70d, stk. 2.

At det slet ikke er muligt for kommunen at tilbagekalde en fleksjobbevilling, som angivet i vejledningen, kan ikke tiltrædes. Dels nævner lovgivningen intet herom, og en modsætningslutning, som angivet ovenfor, er der ikke tilstræk-

kelig belæg for. Herudover er det i LAB § 70d, stk. 1 angivet, at jobcentret skal sikre, at den ansatte udnytter sin arbejdsevne bedst muligt i fleksjobbet, hvilket ville være en bestemmelse uden nævneværdigt indhold, hvis den alene er aktuel i forbindelse med etablering af et fleksjob. I eksemplet i afsnit 2.1.1., hvor en person ansættes i fleksjob efter LAB § 70, stk. 2 med en ugentlig arbejdstid på 40 min., og stiger arbejdsevnen helt op til 1/3 efter to år, som ikke udnyttes i ansættelsen, vil kommunen stå med en ganske betydelig, unødvendig udgift, hvis ikke muligheden for tilbagekaldelse foreligger. Ansættes en person i fleksjob efter LAB § 70, stk. 2, er den ansatte herved klar over, at ansættelse er sket med henblik på at øge arbejdsevnen over tid, hvorfor den ansatte trods fremtidens usikre udsigter har vidst, at ændringer under ansættelsen kan forekomme. At kommunen herefter ikke har beføjelse til at pålægge arbejdsgiveren disse ændringer er naturligvis uheldigt for den ansatte, som kan blive nødt til at søge ansættelse andetsteds, hvis fleksløntilskuddet ønskes opretholdt, men ikke desto mindre en nødvendig konsekvens, hvor kommunen udnytter en evt. forvaltningsretlig meget snæver adgang til tilbagekaldelse af begunstigende forvaltningsakter.

## **Kapitel 5: Ansættelsesforholdets ophør**

Ønsker arbejdsgiveren at afslutte ansættelsesforholdet, og er der ikke tale om stillingsændringer som går uden for de rammer, aftalen opstiller, jf. kapitel 4, må arbejdsgiveren opsig den ansatte, hvorved arbejdsgiveren skal være opmærksom på den omfattende ansættelsesretlige regulering, som bl.a. beskytter lønmodtageren mod usaglig opsigelse.

I nærværende fremstilling anvendes udtrykket ”opsigelse” om en erklæring, der rettes ensidigt til den anden part i et ansættelsesforhold om, at ansættelsesforholdet bringes til ophør med den efter loven gældende varsel.

Arbejdsgiveren skal først og fremmest ved opsigelse af den ansatte i fleksjob, såvel som andre, være opmærksom på eventuelle krav til form og indhold, samt hvilket opsigelsesvarsel den ansatte har krav på. Opsigelsesvarslets længde afhænger af hvilken lov eller overenskomst på området, der finder anvendelse.

I ansættelsesretten gælder ingen generelle forbud mod usaglige opsigelser eller mod dårlig stil/moral mv. For at det kan være relevant at tale om usaglige opsigelser med deraf følgende godtgørelse, kræves således positiv hjemmel hertil, samt at et evt. anciennitetskrav i den pågældende lov er opfyldt. Sådanne generelle hjemler er f.eks. at finde i FUL § 2b, bestemmelser herom i overenskomster, FVL § 24, jf. § 22, samt specielle hjemler i f.eks. FBSL mv. Handler arbejdsgiveren i strid med nogle af disse bestemmelser kan det udløse et godtgørelseskrav til den ansatte, hvis størrelse er afhængig af, hvilken bestemmelse der påberåbes overtrådt.

### **5.1. Ophør, når den fleksjobansatte er funktionær**

Ansættelsesforholdet er omfattet FUL, når den ansatte i fleksjob falder under FUL's personkreds, jf. ovenfor under afsnit 3.2. At være ansat i en funktionærstilling indebærer, at FUL ikke kan fraviges til ugunst for funktionæren, jf. FUL § 21. I modsat fald er aftalen ugyldig, medmindre det af loven fremgår, at fravigelse til ugunst kan ske. FUL er således i udgangspunktet beskyttelsespræceptiv.

#### **5.1.1. Opsigelsesvarsel**

I henhold til FUL § 2 gælder visse opsigelsesvarsler ved opsigelse af ansættelsesforholdet. Et særligt spørgsmål i relation til opsigelsesvarsler og ansatte i fleksjob, kan opstå i forbindelse med arbejdsgiverens eventuelle ønske om at ansætte vedkommende i en tidsbegrænset stilling, f.eks. svarende til den fleksjobbevilling, der i første omgang bevilliges af kommunen. Arbejdsgiveren kan have en interesse heri f.eks. fordi han er usikker på, om virksomheden på sigt kan bære at have en ansat på særlige vilkår, og vil sikre sig, at han ikke i fremtiden løber ind i særlige beskyttelsesregler i FUL, FBSL mv., ved opsigelse af ham.

Ved en tidsbegrænset ansættelse forstås, at tidspunktet for ansættelsesforholdets udløb er fastsat ud fra objektive kriterier såsom en bestemt dato, fuldførel-

se af en bestemt opgave eller indtrædelse af en bestemt begivenhed, jf. FUL § 1, stk. 4, 3. Pkt. Ved tidsbegrænsede ansættelsesaftaler opsiges ansættelsesforholdet i princippet samtidig med, at det etableres.

FUL indeholder ingen lovregler, der afskærer arbejdsgiveren og den ansatte fra at indgå tidsbegrænsede ansættelsesaftaler. De almindelige opsigelsesvarsler i FUL § 2 finder dog anvendelse ved ophør af en tidsbegrænset arbejdsaftale før tidspunktet for arbejdsaftalens udløb, jf. FUL § 2, stk. 1, 2. Pkt., ligesom FUL's almindelige opsigelsesvarsler gælder, hvor funktionæren fortsætter arbejdet efter udløbet af den tids- eller opgavebestemte periode.<sup>59</sup> Varer ansættelsen mindre end 1 måned er der tale om et midlertidigt ansættelsesforhold i lovens forstand, som helt undtager FUL § 2, stk. 1's krav om opsigelsesvarsel, jf. FUL § 2, stk. 4.

Den omstændighed, at en ansat i fleksjob har fået en fleksjobbevilling for en periode, ændrer ikke ved, at ansættelsesforholdet er normalt, hvorfor en tidsbegrænset ansættelsesaftale positivt skal aftales mellem arbejdsgiveren og den ansatte, hvis dette er hensigten. Er det indgået en aftale om en tidsbegrænset ansættelse, slipper arbejdsgiveren for at varsle opsigelse efter FUL § 2, mens lovgivningens øvrige betingelser om saglighed, ligebehandling mv., fortsat finder anvendelse.

I 2003 blev FUL ændret således, at det blev præciseret, at loven også gælder for tidsbegrænsede ansættelser, jf. FUL § 1, stk. 4, 1. pkt., og at gennemførelse af flere på hinanden følgende tidsbegrænsede arbejdsaftaler kun kan ske, hvis betingelserne i § 5 i lov om tidsbegrænset ansættelse er opfyldt, jf. FUL § 1, stk. 4, 2. pkt. Herved implementeredes det tilsvarende EU-direktiv, direktiv af 1999-06-28 nr. 99/70, hvis formål er at forbedre kvaliteten ved tidsbegrænsede ansættelser gennem et ikke-diskriminationsprincip og forhindre misbrug, der hidrører fra flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelsesforhold. Direktivet er gennemført i kollektive overenskomster, men for korrekt implementering var loven nødvendig for også at omfatte lønmodtagere, der ikke er omfattet en kollektiv overenskomst.

Lov om tidsbegrænset ansættelse giver funktionæren, og andre lønmodtagere, en yderligere beskyttelse ved tidsbegrænsede ansættelser, end hvad FUL f.eks. opstiller, herunder samme ret til overbetaling, optjening af anciennitetsbestemte ydelser som f.eks. pension, som de øvrige ansatte, gennem dets ikke-diskriminationsforbud. I henhold til lovens § 2, stk. 2, 3. pkt. finder loven imidlertid ikke anvendelse på lønmodtagere, hvis ansættelsesforhold er indgået i forbindelse med særlige offentlige eller offentligt støttede programmer med henblik på uddannelse, integration eller omskoling, herunder ansættelse i fleksjob.

Hvorfor personer i tilskudsjob ikke er omfattet denne yderligere beskyttelse, svarede ministeren på under udvalgsarbejdet til lov om tidsbegrænsede ansættel-

---

<sup>59</sup> Funktionærret, Lars Svenning Andersen m.fl., 4. udgave, s. 618f.

sesforhold,<sup>60</sup> hvor svaret gik på, at det fremgår af rammeaftalen, at medlemsstaterne efter høring af arbejdsmarkedets parter kan beslutte, at aftalen ikke finder anvendelse ved ansættelsesforhold, der er indgået i forbindelse med særlige offentlige eller offentligt støttede programmer med henblik på uddannelse, integration og omskoling. Denne undtagelse har parterne både på det private arbejdsmarked og i et vist omfang på det (amts)kommunale område benyttet, hvorfor han fandt det naturligt, at denne gruppe også undtages i den supplerende lovgivning. Politisk blev det under udvalgsarbejdet af Socialistisk Folkeparti og Enhedslisten varslet, at man ville rejse spørgsmålet igen, hvis det i praksis viste sig, at undtagelsen førte til forskelsbehandling af personer i tilskudsjob.

Arbejdsgiveren kan således ansætte den fleksjobansatte i en tidsbegrænset stilling, uden hensyntagen til de særlige beskyttelsesregler, der fremgår af lov om tidsbegrænset ansættelse, herunder at arbejdsgiveren ikke må forny ansættelsesaftalen, medmindre denne er objektivt begrundet, jf. lovens § 5. Det følger dog af retspraksis på funktionærområdet, at flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelser kan anses som en omgåelse af FUL's opsigelsesvarsler, jf. herved f.eks. UfR 2000.219 V, hvor F var ansat i seks tidsbegrænsede, men tidsmæssigt sammenhængende, vikarstillinger fra 1993 til 1997. Ved udløb af den 6. stilling blev ansættelsesaftalen ikke fornyet, og F nedlagde påstand om, at hun havde ret til løn i opsigelsesperioden på 5 måneder, som gjaldt for fastansatte, samt feriegodtgørelse og godtgørelse i henhold til FUL § 2b. Vestre Landsret udtalte, at successive forlængelser af en tidsbegrænset ansættelse kan finde sted, uden at funktionæren får krav på opsigelsesvarsel, men kravet til beviset for, at sådanne forlængelser også er i funktionærens interesse og ikke hos denne har skabt en beskyttelsesværdig og berettiget forventning om opnåelse af fastansættelse, skærpes med antallet af forlængelser og disses tidsmæssige udstrækning. Da arbejdsgiveren herefter ikke havde løftet bevisbyrden for, at parterne var enige om, at der alene skulle foreligge successive vikariater, havde F krav på opsigelsesvarsel som de fastansatte, og tilkendtes løn i opsigelsesperioden på 5 mdr., feriegodtgørelse og godtgørelse efter FUL § 2b. Domstolene lægger således vægt på længden af det samlede ansættelsesforhold og antallet af gentagelser, for ikke derved at give arbejdsgiveren frit spil til at omgå FUL's opsigelsesvarsler. Denne retsstilling må fortsat være gældende for funktionæren ansat i fleksjob, selvom fleksjobansatte ikke er beskyttet af lov om tidsbegrænset ansættelse.

Er det indgået en gyldig aftale om ansættelse af den fleksjobansatte i en tidsbegrænset stilling, kan arbejdsgiveren på trods heraf ikke komme uden om, at den arbejdsretlige beskyttelseslovgivning også finder anvendelse på tidsbegrænsede stillinger, hvorfor krav i de forskellige love til saglighed skal være opfyldt på opsigelsestidspunktet, dvs. ved ansættelsesforholdets etablering. Er arbejdsgiveren i en situation, hvor han ved ansættelsesaftalens indgåelse sagligt kan argumentere

---

<sup>60</sup> Besvarelse af spm. 7, L 202/L203, bilag 5

for, at udløb af ansættelsesforholdet til en bestemt dato er objektivt begrundet, f.eks. i virksomhedens forhold, vil ansættelse af en person i fleksjob i en tidsbegrænset stilling være en mulighed og påvirkes som udgangspunkt ikke af efterfølgende ændringer i de tilgrundliggende forhold.

### 5.1.2. Saglighed

Uanset overholdelse af gældende opsigelsesvarsler, kan arbejdsgiveren blive mødt med en påstand om, at opsigelsen er begrundet i usaglige forhold, jf. FUL § 2b. Først hvor anciennitetskravet i FUL § 2b, stk. 1, 1. pkt. er opfyldt, dvs. hvor funktionæren har været uafbrudt beskæftiget i den samme virksomhed i 1 år, kan en vurdering af opsigelsens saglighed blive relevant, jf. herved også UfR 2003.1570 H, hvor A, der var ansat i rederiet R, blev opsagt før anciennitetskravet i overenskomsten var opfyldt. Højesteret udtalte, at krav om godtgørelse med henvisning til, at opsigelsen ikke var rimeligt begrundet i hans forhold, ikke kunne tages til følge, allerede fordi der ikke var hjemmel hertil. Der var herefter ikke anledning til at tage stilling til, hvorvidt opsigelsen var rimeligt begrundet.

Er anciennitetskravet opfyldt, og kan opsigelsen ikke anses for rimeligt begrundet i funktionærens eller virksomhedens forhold, skal arbejdsgiveren udrede en godtgørelse, jf. FUL § 2b, stk. 1, 2. pkt. Man kan ikke få godtgørelse efter FUL samtidig med, at man får godtgørelse efter andre love eller overenskomster.

En saglig og objektiv begrundet opsigelse, hvilket vurderes på opsigelsestidspunktet, kan f.eks. ud fra arbejdsgiverens forhold være omstruktureringer, rationaliseringer, besparelser mv., mens en saglig opsigelse grundet i lønmodtagerens forhold f.eks. kan være samarbejdsproblemer, misligholdelse og sygdom. I forhold til, om opsigelse begrundet i den ansattes sygdom er rimelig i henhold til FUL § 2b, må der vurderes på længden af fraværet, hvor belastende fraværet er for virksomheden, mandags/fredagssyge, mv. Hvor det konstateres, at funktionæren ikke vender tilbage, skal der ikke en lang sygeperiode til, før opsigelsen er saglig.<sup>61</sup>

Et eksempel på, at det er svært at komme igennem med, at opsigelsen er saglig begrundet i den ansatte forhold, er UfR 2006.2122 V. F blev ansat som kontorassistent i K kommune i 1971, og blev i 2003 tilkendt fleksjob pga. svigtende helbred, hvilket accepteredes af K. Fleksjobordningen var en fuldtidsansættelse med nedsat arbejdsintensitet. I 2004 tilkendegav K utilfredshed med F's effektivitet, som gav anledning til samarbejdsproblemer, og varslede d. 06.08.2004 opsigelse af F. F blev opsagt d. 08.09.2004. Vestre Landsret udtalte, at F var ansat i fleksjob, hvorfor arbejdskapaciteten måtte vurderes i lyset heraf, men da opsigelsen ikke var begrundet i F's arbejdskapacitet, kunne dette ikke tillægges nogen væsentlig betydning. Opsigelsen var derimod begrundet med, at F skulle have selvforkørende krav i en sådan grad, at det belastede arbejdsklimaet. Efter karakteren af et sådant forhold og i lyset af ansættelsen i fleksjob måtte det påhvile K at

<sup>61</sup> Funktionærret, Lars Svenning Andersen m.fl., 4. udgave, s. 747f.

bevise, at noget sådan faktisk gjorde sig gældende, og at der var givet F lejlighed til at ændre på forholdet. Vestre Landsret bemærkede, at der henset til F's langvarige ansættelse hos K måtte stilles betydelige krav til klarheden af den påtale, der skulle gives F, for at give F mulighed for at rette op, men at K hverken skriftligt eller mundtligt havde givet F en sådan påtale. Vestre Landsret fandt herefter, at opsigelsen ikke kunne anses for rimeligt begrundet i F's forhold, hvorfor han tilkendtes godtgørelse efter overenskomstens bestemmelser.

Generelt må det antages, at det for arbejdsgiveren er lettere at komme igennem med, at en opsigelsen er sagligt begrundet i virksomhedens forhold frem for i den ansattes forhold, særligt på et område som her, som vedrører ansatte, til hvem der under ansættelsen skal tages særlige hensyn.

## **5.2. Krav om saglighed i overenskomster**

Bestemmelser om usaglighed og dets anciennitetskrav findes sporadisk i de forskellige overenskomster. I FOB 2011 20-7 udtalte ombudsmanden, at det var kritisabelt, at kommunen ikke havde inddraget kommunens forpligtelser som følge af rammeaftalen om det sociale kapitel da kommunen afskedigede en kvinde, som var ansat i fleksjob på en kommunalt drevet institution. Rammeaftalen skærpede formentlig kommunens forpligtelse til at omplacere kvinden, hvorfor ombudsmanden bad kommunen om at genoptage sagen.

## **5.3. Forvaltningslovens krav til saglighed**

FVL gælder for alle dele af den offentlige forvaltning, jf. FVL § 1, stk. 1, samt for al virksomhed, der udøves af selvejende institutioner mv., der er oprettet ved lov eller i henhold til lov, eller som er oprettet på privatretligt grundlag og som udøver offentlig virksomhed af mere omfattende karakter, jf. FVL § 1, stk. 2. Opsiges en medarbejder i den offentlige forvaltning, er det en afgørelse i FVL § 2's forstand. FVL stiller krav om, at en afgørelse ledsages af en begrundelse, jf. FVL § 22, jf. § 24, hvilket også indeholder et forbud mod usaglighed. Der gælder ikke noget anciennitetskrav, men anciennitet har indvirkning på hvor meget der skal til før der er tale om usaglighed. Herudover gælder reglerne for partshøring, jf. FVL § 19, hvor saglighedsvurderingen skærpes, når partshøring ikke er foretaget. Til sidesættelse af disse bestemmelser kan medføre ugyldighed.<sup>62</sup> I FOB nr. 04.359 udtalte ombudsmanden, at det var beklageligt at myndighederne havde afslået en anmodning fra en ansat i deltidsfleksjob om at blive ansat i fuldtidsfleksjob, da offentlige arbejdsgivere er underlagt det almindelige forvaltningsretlige saglighedskrav. Saglighedskravet indebærer, at der skal være en saglig grund til at afslå ansøgningen, hvilket ikke var opfyldt her.

---

<sup>62</sup> Funktionærret, Lars Svenning Andersen m.fl., 4. udgave, s. 725

#### 5.4. Specielle hjemler – forskelsbehandlingsloven

Ovenfor er gennemgået en række af de generelle ansættelsesretlige hjemler med forbud om usaglig opsigelse, men lovgivningen indeholder også en række specielle hjemler. For ansatte i fleksjob er navnlig FBSL relevant, da det kan udløse en godtgørelse, hvis den ansatte er handicappet i FBSL's forstand og opsigelsen er direkte eller indirekte begrundet i handicappet, jf. afsnit 3.6.2.

Der kan tilkendes godtgørelse efter FBSL, når en persons rettigheder er krænkede ved overtrædelse af FBSL §§ 2-4, jf. FBSL § 7, stk. 1. Tilsvarende kan en person tilkendes godtgørelse, hvis han er blevet udsat for ufordelagtig behandling eller ufordelagtige følger, fordi han har fremsat krav om ligebehandling efter FBSL §§ 2-4, jf. FBSL § 7, stk. 2. Der er ikke noget maksimum for godtgørelsesniveauet i FBSL § 7. Det er grovheden af overtrædelsen, der er afgørende for udmålingen. Sagen afgøres ved de almindelige domstole, og skal dække ikke-økonomisk skade.<sup>63</sup> Den delte bevisbyrde i FBSL § 7a har afgørende betydning for afgørelsens udfald, og går også videre end f.eks. FUL, hvor bevisbyrden for den ansatte er ligefrem. Nedenfor nævnes dels nogle eksempler på forskelsbehandling i relation til opsigelse af den fleksjobansatte, samt hvilke krav der stilles til beviset efter FBSL § 7a.

I UfR 2013.2435 V blev A i 1998 ansat som trykker hos L. Efter en blodprop i hjernen overgik han i 2007 til fleksjob med en 20-timers arbejdsuge. A blev opsagt d. 10.12.2009 med den begrundelse, at virksomheden pga. ordrenedgang på den type maskine, A administrerede, var nødt til at rationalisere, og at A havde meddelt virksomheden, at han ikke var i stand til at varetage opgaverne ved de nye maskiner, som L havde forsøgt at omskole A til at klare. Vestre Landsrets flertal fandt ikke, at A havde påvist faktiske omstændigheder, der gav anledning til at formode, at der var udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, hvorefter det var op til A selv at bevise, at ligebehandlingsprincippet var blevet krænkede. Der var ikke grundlag for at statuere, at L's ønskede produktionsmål ikke var sagligt begrundet, L havde foretaget foranstaltninger med henblik på at afklare mulighederne for, at A kunne arbejde på en anden maskine, og A havde selv tilkendegivet, at han ikke kunne hjælpes yderligere. Under disse omstændigheder fandt Vestre Landsret det ikke godtgjort, at fastholdelse af opsigelsen var i strid med ligebehandlingsprincippet. I dommen var det afgørende, at A ikke formåede at påvise faktiske omstændigheder, der gav anledning til at formode, at ligebehandlingsprincippet var blevet krænkede, jf. FBSL § 7a.

I UfR 2014.1223 SH blev A i år 1996 ansat i boligforeningen S, som blev overtaget af boligforening D i år 2000. A indgik i den forbindelse en ansættelsesaftale med D, hvor der i kontrakten var en bestemmelse om, at hvis der inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder var blevet givet løn under sygdom i i alt 120 dage, blev ansættelsen, dersom selskabet måtte ønske det, betragtet som

---

<sup>63</sup>Funktionærret, Lars Svenning Andersen m.fl., 4. udgave, s. 795



bortfaldet med 1 måneds varsel til den 1. i en måned, jf. FUL § 5, stk. 2. A blev opsagt d. 24.11.2005 med henvisning til 120-dages reglen. A gjorde gældende, at hun var blevet forskelsbehandlet i strid med FBSL's forbud herom. Sø- og Handelsretten nåede frem til, at A var handicappet i FBSL's forstand, da hun under sin ansættelse hos D havde rygproblemer, der efter det oplyste var varige eller i hvert fald af længerevarende karakter, og henviste i den forbindelse til direktiv nr. C-335/11 og C-337/11. Det lagdes til grund, at A flere gange under ansættelsesforholdet var kommet med forslag til mulige foranstaltninger vedr. arbejdspladssens indretning og deltidsansættelse i form af fleksjob, som ikke var imødekommet af D. D havde ikke godtgjort, at nogen af foranstaltningerne ville have været en uforholdsmæssig stor byrde, eller at deltidsansættelse ikke var muligt. I forhold til deltidsansættelse bemærkede Sø- og Handelsretten, at D umiddelbart efter opsigelsen op slog en deltidsstilling som kontorassistent i et regionalkontor. Ved opsigelse af A efter 120-dages reglen fandt Sø- og Handelsretten herefter, at der forelå direkte forskelsbehandling af A, jf. FBSL § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 2. A tilkendtes godtgørelse efter FBSL § 7 svarende til 12 mdr. løn, samt 2 mdr. løn vedr. tiden efter opsigelsen, svarende til 356.565,02 kr. A havde i dette tilfælde påvist faktiske omstændigheder der gav anledning til at formode, at ligebehandlingsprincippet var blevet krænket, hvorfor bevisbyrden væltede over på D, som D ikke kunne løfte.

I UfR 2014.3592 H blev A i 1990 ansat som plejer på et psykiatrisk hospital. I 2008 blev hun ansat i fleksjob på grund af slidgigt. I december 2010 blev hun opsagt som led i en større omstrukturering på psykiatriens område i regionen, R, nødvendiggjort af besparelser. I januar 2012 betalte R fratrædelsesgodtgørelse til A i henhold til FUL § 2a. A gjorde herudover bl.a. krav på godtgørelse efter FBSL, fordi hun mente at være blevet opsagt i strid med forbuddet om forskelsbehandling af personer med handicap. Højesteret lagde efter bevisførelsen til grund, at fysisk styrke og fleksibilitet med hensyn til arbejdstid var nødvendige kompetencer for de tilbageværende medarbejdere, da alle ansatte skulle kunne medvirke i fuldt omfang i alarmsituationer til at fastholde fysisk stærke patienter, og da det var nødvendigt med en bemanning med medarbejdere med et timetal så tæt på fuldtidsstilling, som muligt. Højesteret lagde desuden til grund, at A ikke opfyldte disse krav, og at opsigelsen af hende ikke kunne være afværget ved foranstaltninger som nævnt i FBSL § 2a. A var herefter ikke udsat for direkte forskelsbehandling pga. sit handicap, jf. FBSL § 1, stk. 2. Højesteret fandt dog, at A var blevet indirekte forskelsbehandlet pga. kriterierne om fysisk styrke og arbejdstid, men da R havde bevist, at denne forskelsbehandling var sagligt begrundet, jf. FBSL § 1, stk. 3, nemlig ud fra hensynet til varetagelsen af opgaveløsningen efter strukturændringen, og da R ikke kunne have afværget opsigelsen ved at træffe foranstaltninger efter FBSL § 2a, var A heller ikke udsat for indirekte forskelsbehandling, jf. FBSL § 1, stk. 3.

Den delte bevisbyrde i FBSL § 7a stor betydning for afgørelsernes udfald. FBSL § 7a's formulering, hvorefter en person, der føler sig krænket, skal påvise faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode... er dog ikke en bevisbyrde der stilles så få krav til, at den ansatte altid vil kunne påvise sådanne faktiske omstændigheder, se herved UfR 2013.2435 V. Når den ansattes bevisbyrde imidlertid er løftet, kan arbejdsgiveren hurtigt ende i en situation, hvor det er ham der står tilbage med "sorteper", da der stilles større krav til arbejdsgiverens bevis, når først bevisbyrden er vendt over på ham, jf. herved UfR 2014.1223 SH, hvor Sø- og Handelsretten fandt, at A var blevet direkte forskelsbehandlet. Det er dog ikke umuligt for arbejdsgiveren at løfte denne bevisbyrde, som f.eks. i UfR 2014.3592 H, hvor Højesteret nåede frem til, at A hverken var direkte eller indirekte forskelsbehandlet, sidstnævnte under henvisning til, at nok var der tale om indirekte forskelsbehandling, men pga. det objektivt begrundede saglige formål, og da arbejdsgiveren ikke kunne træffe foranstaltninger til afværgelse heraf efter FBSL § 2a, var der ikke tale om forskelsbehandling.

At arbejdsgiveren i forhold til fleksjobansatte, som ofte vil være handicappet i FBSL's forstand, er stillet over for langt større udfordringer i forbindelse med en evt. opsigelse, i forhold til andre ansatte, er åbenbart. Det er dog samtidig givet, at det ikke er umuligt at opsiges den ansatte i fleksjob på trods af, at FBSL finder anvendelse. Som også behandlet ovenfor under afsnit 3.6.2., må arbejdsgiveren ikke forskelsbehandle den handicappede direkte, jf. FBSL § 1, stk. 2, men der er positivt hjemmel til indirekte at forskelsbehandle, hvor forskelsbehandlingen er begrundet i saglige formål, jf. FBSL § 1, stk. 3. I denne forbindelse er det vigtigt, at arbejdsgiveren iagttager den handlepligt, der følger af FBSL § 2a, som ikke er en pligt så vidtgående, at den stiller større krav til virksomheden, end hvad forholdene tilsiger, jf. herved UfR 2014.3592 H.

## Kapitel 6: Sammenfatning/perspektivering

I specialet er en lang række retlige problemstillinger i forbindelse med fleksjobordningen i relation til den nye ordning pr. 01.01.2013, blevet belyst.

I forhold til selve ansættelsen, kan der helt grundlæggende opstå tvivl om, på hvilket retligt grundlag ansættelsesaftalen hviler. Særligt spørgsmålet, om en sammenlignelig overenskomst på området finder anvendelse, giver anledning til tvivl, da ordlyden med 2013-reformen er ændret. I specialet påvises, at retstillingen er lempet i et eller andet omfang, men at en aftale stridende mod den sammenlignelige overenskomst på området må kræve klare holdepunkter herfor, da vi i modsat falder tilbage til retstillingen, som den så ud forinden 2013-reformen. For så vidt angår fastholdelsesfleksjob, rejser en lang række retlige problemstillinger sig med 2013-reformen, herunder bl.a. hvorledes man skal forholde sig til, at der ikke fra lovgiverside er fastsat overgangsregler, hvad der skal til for at en aftale om særlige vilkår foreligger samt dokumentationskrav hertil, hvor vejledningen grundlæggende forsøger at lempe retstillingen. Herudover påvises, at arbejdsgiverne gør ret i at indrette sig på, at ansatte i fleksjob er omfattet FBSL's handicapbegreb, og således nyder godt af denne yderligere beskyttelse.

I forhold til ændringer under ansættelsesforholdet, er arbejdsgiveren ansættelsesretligt ikke forpligtet til at samtykke til væsentlige stillingsændringer, som f.eks. en ændring i den ansattes arbejdstid. Da de fleste fleksjobansatte imidlertid er handicappede i FBSL's forstand nyder de herved en yderligere beskyttelse, og da det ved EU-domstolens afgørelse nr. C-335/11 blev slået fast, at arbejdsgiveren har en forpligtelse til at ændre i den handicappede ansattes arbejdstid, så længe det ikke er en uforholdsmæssig stor byrde for ham, kan arbejdsgiveren *alligevel* være forpligtet til at ændre på vilkår, som ansættelsesretligt er en væsentlig stillingsændring. Omfanget af denne forpligtelse må bero på en konkret vurdering. Socialretligt reguleres tilsvarende om stillingen er ny eller ej, da det har betydning for, om den nye eller daværende ordning finder anvendelse. Denne sondring er ikke sammenfaldende med den ansættelsesretlige, hvorfor der må anlægges en selvstændig vurdering ansættelsesretligt som socialretligt. Sidst er der hele problemstillingen i forhold til, om kommunen er forpligtet til at yde fleksløntilskud i hele den bevilligede periode til trods for, at ansættelsesvilkår måtte ændre sig væsentligt. Det påvises herved, at socialretten ikke som *lex specialis* rummer bestemmelser, der hjemler en adgang til at tilsidesætte den forvaltningsretlige regulering i forhold til tilbagekaldelse af begunstigende forvaltningsakter.

I forhold til ansættelsesforholdets ophør, kan arbejdsgiveren evt. ansætte den fleksjobansatte i et tidsbegrænset ansættelsesforhold. Det forhold, at den fleksjobansatte er handicappet i FBSL's forstand gør åbenlyst en opsigelse af ham vanskeligere, men ikke umulig, såfremt arbejdsgiveren i den forbindelse tager sine forholdsregler.

At fleksjobordningen pr. 01.01.2013 rejser adskillige spørgsmål, er åbenbart. I specialet er der givet et bud på en løsning af disse, hvor Vejledning om fleksjob mv. i vidt omfang er inddraget, i mangel af bedre, da lovgivningen på adskillige områder ikke giver noget svar. En kritisk tilgang hertil må dog anlægges, da vejledningen ikke er en del af det egentlige lovgrundlag. Det er en særlig udfordring i det praktiske retsliv, at der ikke med 2013-reformen er taget stilling til væsentlige juridiske spørgsmål, særligt henset til områdets socialretlige karakter, som har til formål at hjælpe mennesker tilbage på arbejdsmarkedet. Den manglende stillingtagen indebærer en risiko for, at kommunerne fortolker loven forskelligt, da klare retningslinjer ikke er givet. Om alle omstændigheder er ansættelse i fleksjob et retsområde, som i de kommende år bliver interessant at følge.

## Litteraturliste

Funktionærret, Lars Svenning Andersen m.fl., 4. udgave, 2011  
Den Danske Arbejdsret, Ole Hasselbalch, bind 2, 1. udgave, 2009  
Aftaler og Mellemmænd, af Palle Bo Madsen mv., 5. udgave, 2006

### Domme

- UfR 2014.3592 H
- UfR 2014.1875 V
- UfR 2014.1223 SH
- UfR 2013.2435 V
- UfR 2011.831 H
- UfR 2006.2122 V
- UfR 2003.1570 H
- UfR 2000.219 V
- UfR 1987.943 SH

### Administrative afgørelser

- Ankestyrelsens principafgørelse nr. 25-14
- Ankestyrelsens principafgørelse nr. 262-09
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 200/2013
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 285/2012
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 276/2012
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 29/2011

### Domme afsagt af EU-domstolen

- Sag nr. C-335/11 af d. 11.04.2013
- Sag nr. C-13/05 af d. 11.07.2006

### Artikler

- Retten til fleksjob, af John Klausen, Juristen nr. 2, 2014, s. 65 ff.
- U.2010B.115, af Anne Mortensen og Maria Topholm Skarum

### Ombudsmandsudtalelser

- FOB 2011 20-7
- FOB nr. 04.359

### Andet

- Vejledning om fleksjob mv. af d. 07.11.2013