

2020

Fleksjobberes retsstilling i 2020

AF MARTIN VINTER KNUDSEN (20145099) OG KENT CHRISTENSEN (20153808)



STANDARDFORSIDE TIL EKSAMENSOPGAVER

Fortrolig

Ikke fortrolig

Prøvens form (sæt kryds)	Projekt	Synopsis	Artikel	Speciale X	Skriftlig opgave
-----------------------------	---------	----------	---------	---------------	------------------

Uddannelsens navn	Jura	
Semester	10. semester	
Prøvens navn/modul (i studieordningen)	Kandidatspeciale	
Gruppenummer	Studienummer	Underskrift
Navn	Martin Vinter Knudsen	
Navn	Kent Christensen	
Afleveringsdato	19/05-2020	
Projekttitel/Synopsis titel/Speciale-titel/ opgave nummer	Fleksjobberes retsstilling i 2020	
I henhold til studieordningen må opgaven i alt maks. fylde antal tegn	168.000 anslag med mellemrum	
Den afleverede opgave fylder (antal tegn med mellemrum i den afleverede opgave) (indholdsfortegnelse, litteraturliste og bilag medregnes ikke)	144.693 anslag med mellemrum	
Vejleder (projekt/synopsis/speciale)	Bjørn Holtze	

Jeg/vi bekræfter hermed, at dette er mit/vores originale arbejde, og at jeg/vi alene er ansvarlige for indholdet. Alle anvendte referencer er tydeligt anført. Jeg/vi er informeret om, at plagiering ikke er lovligt og medfører sanktioner. Regler om disciplinære foranstaltninger over for studerende ved Aalborg Universitet (plagiatregler): <http://www.plagiat.aau.dk/regler/>

Abstract

This master thesis is investigating the current legal positioning regarding flexijobs in 2020 and which issues the flexijobbers can face during this process. The Danish labour market is heavily influenced by the Flexicurity model, which we have in mind during the analysis.

This thesis will with the judicial dogmatic method determine the differences between the old flexijob scheme and the new flexijob scheme in current court practice in regard to the reform amendment in 2013. By analysing the court practice regarding both flexijob schemes the thesis will illustrate the current legal positioning of a person employed in a flexijob with special focus on the time before employment, during the employment and the cancellation of the employment.

The results found in regard to the time before the employment the thesis discovered that the court practice regarding evaluation to an flexijob regulated by the old flexijob scheme was transferred to the new flexijob which therefore made it the current legal positioning of a person employed in a flexijob. Furthermore, the thesis discovered that the new flexijob scheme allowed an employment in flexijob to be established in continuation of an already established employment if certain conditions were fulfilled. Since it was presented in the new flexijob scheme the thesis discovered that the court practice regarding this subject is the current legal positioning of a person employed in a flexijob.

The results found in regard to the time during the employment the thesis discovered that a person who was evaluated to an employment regulated by the new flexijob scheme instead of the old flexijob scheme due to long processing time, would not have very favourable pay conditions. Furthermore, the thesis discovered that the wage and work conditions of a person employed in a flexijob are mostly regulated by collective bargaining. In order to waive these the thesis discovered that there needs to be an express legal basis in the collective bargaining. If the workplace is not covered by a collective bargaining, there are greater freedom to waive the sections of the collective bargaining

The results found due to the cancellation of the flexijob scheme the thesis discovered that the dismissal of a person employed in a flexijob is protected by the Danish anti-discrimination law unless the dismissal is objective in accordance with the employer's adaptation obligation. The thesis also

discovered that if the employee is not competent, fit, or available in relation to essential functions of his position, a dismissal will be objective.

Furthermore, the thesis discovered that a dismissal as a result when a person employed in a flexijob reaches the Danish pension under the old flexijob scheme was objective.

The conclusion of this thesis is that the legal positioning regarding a person employed in a flexijob is characterised by a greater uncertainty as a result of the amendment of the flexijob scheme in 2013. This is the result of greater freedom to deviate from the collective bargaining's as well as current court practice regarding the cancellation of the flexijob scheme when a person employed in a flexijob regulated by the new flexijob scheme reaches the Danish pension age and the flexijob scheme therefore ends.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning, problemformulering og afgrænsning	3
1.1 Indledning	3
1.2 Afgrænsning	4
2. Metode og formål	5
2.1 Metode.....	5
2.2 Formål.....	7
3. Fleksjobordningen	7
3.1 Den gamle fleksjobordning og den nye fleksjobordning.....	8
4. Forbud mod forskelsbehandling.....	10
5. Inden ansættelsen i fleksjob.....	14
5.1 Antagelsesretten.....	14
5.2 Visitationsbetingelser for fleksjob	15
5.3 Fastholdelsesfleksjob.....	17
Ankestyrelsens principafgørelse N-11-06 - Den gamle fleksjobordning	19
Ankestyrelsens principafgørelse 110-09 - Den gamle fleksjobordning.....	20
Ankestyrelsens principafgørelse N-6-06 - Den gamle fleksjobordning.....	22
Ankestyrelsens principafgørelse 149-11 - Den gamle fleksjobordning.....	22
Ankestyrelsens principafgørelse 98-15 - Den nye fleksjobordning	23
Ankestyrelsens principafgørelse 35-15 - Den nye fleksjobordning	25
Delkonklusion.....	26
6. Under ansættelsen.....	28
6.1 Kollektive overenskomster	28
6.2 Løn- og arbejdsvilkår for fleksjobbere	30
U.2018.1904 V - Den nye fleksjobordning	32

U 2011.831 H - Den gamle fleksjobordning.....	34
U 2018.3329 V - Den gamle fleksjobordning	36
Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 2500023-10 - Den gamle fleksjobordning	39
<i>Delkonklusion</i>	41
7. Ansættelsens ophør	42
<i>7.1 Afskedigelse</i>	42
Ligebehandlingsnævnets afgørelse, jr. nr. 18-66468 - Den gamle fleksjobordning	44
Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 18-58297 - Den nye fleksjobordning	46
Ligebehandlingsnævnets afgørelse, jr. nr. 2017-6810-34074 - Den gamle fleksjobordning	48
Ligebehandlingsnævnets afgørelse, jr. nr. 2017-6810-59299	50
U.2019.2426H - Den gamle fleksjobordning.....	52
<i>Delkonklusion</i>	56
8. Konklusion	58
Litteraturliste	61

1. Indledning, problemformulering og afgrænsning

1.1 Indledning

Den danske velfærdsstat bestræber sig på at værne om de mest udsatte i samfundet. Dette ses eksempelvis ved de generelt høje skatter, som har til formål, at de bredeste skuldre bærer den tungeste byrde, hvilket kombineret med de tilgængelige sociale ydelser har til formål at agere sikkerhedsnet for alle borgere i det danske samfund. Sikkerhedsnettet kommer også til udtryk i den danske arbejdsmarkedsmodel, hvor der i høj grad er fokus på at favne om alle borgere på arbejdsmarkedet. Her er begrebet Flexicurity centralt, der er defineret som følgende:

“(...)betegnelse benyttet om den danske arbejdsmarkedsmodel, som er karakteriseret ved en høj grad af mobilitet mellem jobs (fleksibilitet), et fintmasket sikkerhedsnet for ledige (security) og en aktiv arbejdsmarkedspolitik, som opkvalificerer arbejdskraften til nye jobfunktioner.”¹

Flexicurity-modellen sikrer borgeren i alle henseende også i det tilfælde, hvor den ikke længere kan indgå på arbejdsmarkedet på ordinære vilkår. Dette er eksempelvis tilgodeset med muligheden for at få tilkendt en ansættelse i fleksjob. Fleksjobbet er en ordning, der muliggør en tilbagevenden for borgeren til arbejdsmarkedet, selvom den skulle have væsentlige begrænsninger i sin arbejdsevne sammenlignet med den fuldt funktionsdygtige borger. I 2020 bliver fleksjobbet reguleret i Beskæftigelsesindsatsloven.² Denne opstiller rammerne for, hvordan borgerens begrænsning i arbejdsevnen skal behandles og imødekommes. Heri bliver fleksjobbets vilkår enten reguleret efter de kollektive overenskomster eller efter aftale mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren.

Det bør dog bemærkes, at fleksjobordningen, siden sin indførelse, er blevet revideret flere gange, hvor den særligt i 2013 har været udsat for en række store ændringer. Men hvilke problemstillinger og usikkerheder har især ændringerne fra 2013 medført for den enkelte fleksjobbers retsstilling i forløbet op til opnåelsen af fleksjob, under ansættelsen i fleksjob og i forbindelse med ophøret af fleksjobansættelsen?

¹ http://denstoredanske.dk/Erhverv,_karriere_og_ledelse/Erhvervsliv/Arbejdsmarkedet/flexicurity

² Fremover forkortet som BIL

Ovenstående spørgsmål fører dermed til følgende problemformulering, som specialet vil besvare:

Hvad er den gældende retsstilling for personer ansat i fleksjob i 2020, og hvilke problemstillinger kan denne møde i forløbet?

1.2 Afgrænsning

Når der fokuseres på fleksjobberens retsstilling i fleksjobforløbet, bør det bemærkes, at fleksjobbet består af et ansættelses- og arbejdsretligt aspekt og et socialretligt aspekt. Specialet vil i denne forbindelse fokusere på det ansættelses- og arbejdsretligt aspekt med henblik på at afklare fleksjobberens retstilstand i 2020. Det socialretlige aspekt vil dermed kun blive berørt i nærværende fremstilling, for så vidt det har en klar sammenhæng med det ansættelses- og arbejdsretlige fokus. Af samme grund vil specialet kun i hovedtræk nævne rehabiliteringsteamets og jobcenterets rolle i afklaringen af arbejdsevnen, og dermed ikke komme nærmere ind på rehabiliteringsteamets og jobcenterets forpligtelser i forbindelse med fleksjobberens. Funktionærloven³ samt Deltidsloven⁴ vil desuden kun blive behandlet, hvor det findes relevant. Der vil dermed ikke blive gået yderligere i dybden med disse lovgivninger.

Specialet inddeler problemstillingerne, fleksjobberens kan møde, i tre overordnede kategorier: Før ansættelsen, under ansættelsen og ved ophøret af ansættelsen. Her vil der ikke blive taget stilling til de mulige situationer, hvor en fleksjobberettiget bliver forskelsbehandlet i forbindelse med en ansættelsesproces. Derudover vil flekslønstilskuddet udelukkende blive behandlet overfladisk, hvorfor selve beregningen heraf ikke bliver behandlet.

Fleksjobbere kan ansættes i både det offentlige og det private. Specialet sonderer dog ikke mellem disse ansættelser, da dette vil medføre en stillingtagen til andre lovgivninger såsom Tjenestemandsløven eller Forvaltningsloven. Den forvaltningsretlige forpligtelse omhandlede vejledningspligt vil dog kort blive behandlet i analysen grundet dennes centrale rolle i forbindelse med udfaldet af en afgørelse.

Slutteligt vil reglerne omkring midlertidige fleksjob samt selvstændige fleksjobbere ikke blive behandlet.

³ Fremover forkortet som FUL

⁴ Fremover forkortet som DL

Den konkrete afgrænsning er foretaget, da en inddragelse af ovenstående vil kunne medføre en overfladisk gennemgang af problemstillingerne en fleksjobber kan møde i forløbet. Her ønsker specialet i stedet at foretage en mere dybdegående analyse af de udvalgte problemstillinger og derved besvare problemformuleringen bedst muligt.

2. Metode og formål

2.1 Metode

Nærværende speciale vil ved brug af den retsdogmatiske metode undersøge fleksjobberens retsstilling og på baggrund heraf besvare specialets problemformulering. Den retsdogmatiske metode vil anvendes med det formål at beskrive og analysere gældende ret.⁵

For at besvare specialets problemformulering vil der blive anvendt forskellige retskilder, som tilsvarende har forskellig retskildemæssig betydning.

Først og fremmest anvendes der relevante bestemmelser i Lov om en Aktiv Beskæftigelsesindsats⁶ og BIL. Udgangspunktet for lovbestemmelser er, at de har forrang forud for alle andre retskilder på nær Grundloven, som de ikke må stride imod. Før loven kan forpligte borgere, juridiske personer eller myndigheder, er det dermed en forudsætning, at den er vedtaget forfatningsretligt korrekt, før den forpligter. For at besvare specialets problemformulering anvendes ligeledes forarbejderne samt lovforslagene til ovenstående bestemmelser for at kunne beskrive lovgivers intention med ændringerne i fleksjobordningen. Det bør dog anføres, at lovens forarbejder ikke anses som selvstændige retskilder, hvorfor lovforarbejderne til ændringslovene kun anvendes for at bidrage til fortolkningen af de relevante bestemmelser.⁷ I selve fortolkningen af bestemmelserne vil der gjort brug af en ordlydsfortolkning og en subjektiv fortolkning. Med en ordlydsfortolkning tages der udgangspunkt i bestemmelsens ordlyd og dennes kontekst uden inddragelse af yderligere retskilder. Med subjektiv fortolkning tages der udgangspunkt i lovgivers hensigt og dermed formålet med bestemmelsen.⁸

⁵ Munk-Hansen, Carsten. Retsvidenskabsteori, 1. Udgave, 2014, Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 202-203

⁶ Fremover forkortet som LAB

⁷ Munk-Hansen, Carsten. Retsvidenskabsteori, 1. Udgave, 2014, Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 243-248

⁸ Munk-Hansen, Carsten. Retsvidenskabsteori, 1. Udgave, 2014, Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 281-287

Derudover vil der blive anvendt retspraksis i form af civile sager fra domstolene, principafgørelser fra Ankestyrelsen samt afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet. Valget af domme og afgørelser er truffet med den hensigt at klarlægge retsstillingen for personer ansat i fleksjob bedst muligt. Ligesom lovbestemmelserne har ovenstående også forskellig retskildemæssig betydning. Domstolenes afgørelser har den største retskildemæssige betydning, idet de har karakter af fortolkning af lovregler samt fastlæggelse af retlige standarder i lovgivningen. Det, sammenholdt med det faktum, at alle borgere skal behandles lige, medfører dermed, at en borger vil kunne forudse sin retsstilling, såfremt dennes sag er blevet afgjort under lignende omstændigheder. Jo højere instans borgerens sag bliver behandlet i, desto større retskildemæssige betydning vil den få, idet en byretssag ikke kan forpligte landsretten eller Højesteret, eftersom den vil kunne appelleres.⁹ Anderledes forholder det sig for Ankestyrelsens og Ligebehandlingsnævnets afgørelser, hvilket hører ind under administrativ praksis. Administrativ praksis binder normalvis ikke domstolene, hvorfor de har en mindre retskildemæssig betydning, men vil stadig kunne indgå i domstolenes vurdering.¹⁰

Desuden anvender specialet også Beskæftigelsesministeriets vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob. Her anføres det, at der er tale om en vejledning, der har karakter af retningslinjer, som hverken forvaltningen eller domstolene er forpligtet til at følge. Derfor har den ikke stor retskildemæssig betydning, men den vil stadig være et udtryk for enten, hvordan forvaltningen gerne vil have en ensartet praksis om fleksjobbere, eller at den skal udtrykke gældende forvaltningspraksis på området.¹¹

Til belysning af ovenstående retskilder anvendes der relevant faglitteratur for at bidrage til fortolkningen og analysen af disse. Det bør dog anføres, at retslitteratur ikke anses for værende en retskilde, hvorfor det i dette speciale blot anvendes som et fortolkningsbidrag.¹²

⁹ Munk-Hansen, Carsten. Retsvidenskabsteori, 1. Udgave, 2014, Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 297-300

¹⁰ Munk-Hansen, Carsten. Retsvidenskabsteori, 1. Udgave, 2014, Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 340

¹¹ Munk-Hansen, Carsten. Retsvidenskabsteori, 1. Udgave, 2014, Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 336-339

¹² Munk-Hansen, Carsten. Retsvidenskabsteori, 1. Udgave, 2014, Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 346-347

2.2 Formål

Indledningsvist vil specialet præsentere fleksjobordningen som en helhed for at give læseren overblik over de lovændringer, der er blevet indført siden begyndelsen af fleksjobordningen. Dernæst bliver specialet delt op i tre overordnede afsnit: Før ansættelsen, under ansættelsen og ophør af ansættelsen. Denne opdeling er valgt for bedst at illustrere, hvilke problemstillinger en person ansat i et fleksjob kan stå over for gennem fleksjobforløbet fra start til slut.

Under hvert enkelt afsnit vil der først blive beskrevet gældende ret for fleksjobbereren med fokus på det ansættelsesretlige aspekt, jf. afgrænsningen. For at kunne belyse den gældende ret bedst muligt anvendes relevante bestemmelser og dertilhørende forarbejder samt Beskæftigelsesministeriets vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob. Til belysning af disse retskilder anvendes der relevant faglitteratur for at bidrage til fortolkningen og analysen af disse. Derefter vil specialet i hvert enkelt afsnit ved brug af den retsdogmatiske metode sigte mod at afklare retsstillingen for fleksjobbereren ved at analysere praksis herom. Under analysen vil de respektive domme og afgørelser blive beskrevet, analyseret og systematiseret enkeltvis for at afklare fleksjobberens retstilstand i 2020.¹³

For at undgå en overfladisk gennemgang af fleksjobberes retsstilling i 2020 er nogle domme og afgørelser udeladt for bedst at illustrere fleksjobberens retsstilling. Specialet har inddraget retspraksis efter både den gamle fleksjobordning og den nye fleksjobordning. I de tilfælde, hvor der ikke har forelagt retspraksis efter den nye fleksjobordning, vil specialet tage udgangspunkt i præmisserne efter den gamle fleksjobordnings retspraksis sammenholde disse med den nye fleksjobordnings bestemmelser.¹⁴

3. Fleksjobordningen

En fleksjobber defineres som en person, der har varige og væsentlige begrænsninger i arbejdsevnen og som ikke kan opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet, og som ikke modtager førtids- eller seniorpension og er under folkepensionsalderen, jf. BIL § 116, stk. 1. Generelt kan det anføres om en ansættelse i et

¹³ Munk-Hansen, Carsten. Retsvidenskabsteori, 1. Udgave, 2014, Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 202-203

¹⁴ Med den gamle fleksjobordning henvises der til reglerne fra 1. januar 1998 til 31. december 2012. Med den nye fleksjobordning henvises der til reglerne gældende fra 1. januar 2013 til dags dato.

fleksjob, at denne ansættelsesretligt ikke er meget anderledes end andre ansættelsesforhold, idet fleksjobbet ligeledes er baseret på en ansættelsesaftale mellem arbejdsgiveren og den fleksjobansatte. Her udbetaler arbejdsgiveren ligeledes løn til den fleksjobansatte, og den ansatte i fleksjobbet er samtidig undergivet arbejdsgiverens instruktion og tilsyn under udførelsen af arbejdet. Af samme grund er personer ansat i fleksjob derfor også omfattet af den almindelige lovgivning for arbejdstagere.¹⁵

Der, hvor fleksjobbet adskiller sig fra andre ansættelsesforhold, er, at selve ansættelsen rent praktisk foregår ved, at fleksjobbereren arbejder enten færre timer eller med en lavere intensitet end en fuldtidsansat. Derudover adskiller fleksjobbet sig ved, at fleksjobberens løn bliver suppleret med et tilskud fra kommunen. Til hvilken part i ansættelsesforholdet dette tilskud tildeles, afhænger af hvilken fleksjobordning og regelsæt, der finder anvendelse.

For at kunne besvare specialets problemformulering er det væsentligt at illustrere formålet med fleksjobordningen samt forskellen på, om fleksjobbereren er omfattet af den gamle fleksjobordning fra før 2013 eller den nye fleksjobordning efter 2013.

3.1 Den gamle fleksjobordning og den nye fleksjobordning

Formålet med indførelsen af fleksjobordningen var at skabe et arbejdsmarked, hvor alle persongrupper ville kunne indgå. Her ville fleksjobordningen kunne bidrage til, at arbejdstagere, der ikke var i stand til at arbejde med fuld arbejdsevne, kunne arbejde på fleksible vilkår. Dette på trods af, at vedkommende ikke ville kunne yde den samme arbejdsindsats som en person med fuld arbejdsevne i en tilsvarende stilling og med tilsvarende arbejdsopgaver.¹⁶

Det fulgte af dagældende LAB § 71, at fleksjobbereren blev ansat med fuld løn udbetalt af arbejdsgiveren. Herefter ville arbejdsgiveren blive suppleret op med et tilskud fra kommunen, hvor størrelsen af det udbetalte tilskud afhang af fleksjobberens grad af arbejdsevne. Ved fleksjobordningens indførelse kunne der ydes tilskud på henholdsvis 1/3, 1/2 eller 2/3, men efterfølgende blev 1/3-tilskuddet bortskaffet¹⁷.

Med den nye fleksjobordnings indførelse i 2013 i form af førtidspensions- og fleksjobreformen var formålet at nytænke fleksjobordningen. Hensigten var, at flest muligt

¹⁵ Klausen, John. *Fleksjob*, 1. Udgave, 2007, Nyt Juridisk Forlag, s. 73

¹⁶ Klausen, John. *Fleksjob*, 1. Udgave, 2007, Nyt Juridisk Forlag, s. 11-12

¹⁷ Klausen, John. *Fleksjob*, 1. Udgave, 2007, Nyt Juridisk Forlag, s. 12-13

ville blive en del af arbejdsmarkedet og dermed være selvforsørgende. Herved ville reformen hindre, at personer ville modtage varig passiv forsørgelse i form af førtidspension.¹⁸

I modsætning til den gamle fleksjobordning medførte reformen, at fleksjobbere kun skulle modtage løn fra arbejdsgiveren for de timer, personen reelt kunne arbejde. Flexjobberen ville dermed ikke længere få udbetalt fuld løn fra arbejdsgiveren men derimod få udbetalt den resterende løn fra kommunen i form af et fleksløntilskud efter den BIL §§ 122 og 123. Her vil den aktuelle indtægt modtaget fra arbejdsgiveren og fleksløntilskuddet fra kommunen i denne situation tilsammen højst udgøre det beløb, der udbetales for ansættelse på fuld tid på ordinære vilkår i den pågældende stilling jf. BIL § 123, stk. 3. Det følger af LFF 2019-03-27 nr. 209, alm bem. punkt 2.20.1.6, at løn på fuld tid indebærer, at den fleksjobansattes løn skal svare til en fuldtidsansats løn på det pågældende område. Fuld tid vil i dette scenarie svare til, at den fleksjobansatte arbejdede uden, at der var blevet taget hensyn til eventuelle arbejdstidsnedsættelser, den nedsatte arbejdsevne eller lign. Såfremt den fuldtidsansatte har ret til tillæg i form af eksempelvis weekendtillæg, vil en fleksjobber ligeledes have adgang til noget tilsvarende. Her vil arbejdsgiveren skulle oplyse kommunen, hvad en gennemsnitlig månedsløn vil være for en ansat på ordinære vilkår i samme stilling, så dette ligeledes kan gælde for fleksjobberen. Hvis der sker ændringer i lønnen for en person ansat på fuld tid, skal arbejdsgiveren ligeledes give besked herom til kommunen. Dette skyldes, at såfremt den fleksjobansatte ved en lønstigning får udbetalt mere i form af løn og fleksløntilskud tilsammen end den fuldtidsansatte, skal der ske en modregning med det formål, at fleksløntilskuddet bliver nedsat med det overskydende beløb. En lønstigning kan foruden grundlønnen også bestå af eksempelvis anciennitetstillæg eller overarbejdsbetaling.¹⁹ LFF 2019-03-27 nr. 209 tager udgangspunkt i LAB's dagældende § 70f. Denne bestemmelse har dog ved ændringen til BIL ikke foretaget indholdsmæssige ændringer, hvorfor ovenstående er videreført til nugældende BIL §§ 122 og 123.²⁰

Overgangen fra den gamle til den nye fleksjobordning kan have medført en usikkerhed for fleksjobberne om, hvornår de var omfattet af hvilken fleksjobordning. Var personen ansat i et fleksjob før den nye fleksjobordnings indførsel den 1. januar 2013, vil personen stadig være omfattet af den gamle fleksjobordnings regler samt ansættelsesvilkår.

I det tilfælde, hvor den pågældende skifter arbejdsplads og får ansættelse i et nyt fleksjob, vil dennes ansættelse være omfattet af den nye fleksjobordning. Hertil er det centralt

¹⁸ L53 2012-13, alm. bem. s. 24

¹⁹ LFF 2019-03-27 nr. 209, alm bem. punkt 2.20.1.6

²⁰ LFF 2019-03-27 nr. 209, alm bem. punkt 2.20.2.8

at bemærke, hvornår overgangen til den nye fleksjobordning finder sted. Dette er tilfældet, da det ikke er i alle henseender, hvor en ansættelse bliver behandlet efter den nye fleksjobordning. Der vil eksempelvis ikke være tale om en ny ansættelse, hvis ansættelsens indhold bliver ændret på baggrund af skånebehovet eller timetallet. Det samme er også tilfældet, hvis fleksjobberens bliver forfremmet til en ny stilling i samme virksomhed, men i realiteten stadig bibeholder sine hidtidige arbejdsopgaver. Ligeledes gælder det, at hvis fleksjobberens arbejdsopgaver bliver flyttet til en anden ansættelsesmyndighed som følge af enten en strukturændring i virksomheden eller som led i en virksomhedsoverdragelse, vil der ikke være tale om et nyt fleksjob, så længe arbejdsopgaverne og ansættelsesvilkårene fortsat består uændret.²¹

4. Forbud mod forskelsbehandling

En af de problemstillinger, som en fleksjobber vil støde på gennem fleksjobforløbet, er blandt andet forskelsbehandling, hvorfor det indledningsvist vil blive beskrevet i dette afsnit.

Forskelsbehandling defineres som følgende af FBL § 1, stk. 1:

“Ved forskelsbehandling forstås i denne lov enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse.”

Reglerne omkring forbud mod forskelsbehandling finder anvendelse gennem hele ansættelsesforløbet, herunder vedrørende ansættelser, forflytninger, løn- og arbejdsvilkår samt afskedigelser, jf. FBL § 2, stk. 1. Det forudsætter, at forskelsbehandlingen eksempelvis udspringer fra samme kollektive overenskomst eller fra samme arbejdsgiver, før denne kan gøres gældende. Med dette menes der, at en person som udgangspunkt ikke kan påberåbe sig en forskelsbehandling med afsæt i en anden virksomheds vilkår, såfremt denne virksomhed er omfattet af en anden overenskomst end den pågældende persons arbejdsplads.²²

I forbindelse med fleksjob vil FBL's anvendelsesområde omkring forskelsbehandling grundet handicap være centralt, hvilket også understøttes i Beskæftigelsesministeriets Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v. Her fremgår det, at ansatte i fleksjob vil

²¹ Klausen, John m.fl., Socialret – Forsørgelse og Beskæftigelse, 2. Udgave, 2017, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 383

²² Nielsen, Ruth, Dansk Arbejdsret, 3. Udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 433

være omfattet af FBL's beskyttelse, såfremt kriterierne herfor er opfyldt. At en person er tilkendt et fleksjob er dog ikke en garanti for, at denne vil være omfattet.²³ I henhold til Vejledningen vil det derfor kræve, at personen ligeledes henhører under FBL's beskyttelse grundet vedkommendes eventuelle handicap, jf. FBL § 1, stk. 1.

Handicapbegrebet blev defineret i Ring og Werge-sagerne, hvori handicap blev defineret som følgende:

“Handicap omfatter en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed.”²⁴

I forbindelse med disse kriterier illustrerer Ligebehandlingsnævnets afgørelse, jr. nr. 2017-6810-58149, hvordan disse kommer til udtryk i praksis. Her var en persons gigtsygdom ikke tilstrækkelig til at kunne kategoriseres som et handicap. Dette skyldtes, at det ud fra lægelige oplysninger kunne udledes, at personen på sigt ville kunne vende tilbage i en fuldtidsstilling. Dette var dermed et udtryk for en lægeligt diagnosticeret sygdom, som hindrede personen i at deltage fuldt og effektivt i arbejdslivet. Sygdommen medførte dog ikke en langvarig begrænsning, hvorfor personen ikke kunne omfattes af FBL's handicapbegreb.

Hvis fleksjobbereren ikke er omfattet af definitionen af handicap, der fremgår af Ring og Werge-sagerne, vil det have den betydning, at fleksjobbereren som udgangspunkt ikke vil være omfattet af FBL's beskyttelse og eksempelvis kravet om rimelige foranstaltninger på arbejdspladsen. Med rimelige foranstaltninger er sigtet, at arbejdsgiveren har pligt til at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger for at sikre den handicappedes mulighed for adgang til beskæftigelse, til at udøve beskæftigelse og have fremgang i beskæftigelse på lige fod med en fuldtidsansat, jf. FBL § 2a. Efter FBL § 2a skal de foranstaltningerne, der foretages, være rimelige. Dette betyder, at arbejdsgiveren ikke skal pålægges en uforholdsmæssigt stor byrde ved at foretage disse, medmindre denne byrde kan lettes gennem offentlige foranstaltninger. Arbejdsgiveren vil dog ikke være forpligtet til at foretage disse foranstaltninger i alle situationer. Dette vil være tilfældet, hvis arbejdstageren med et handicap ikke vurderes at være

²³ Beskæftigelsesministeriets Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v punkt 8.7.2

²⁴ C-335/11 Ring, og C-337/11, Skouboe Werge, præmis 47

kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i stillingen. Dette fremgår ligeledes af Præmis 57 i Ring og Werge-sagerne, hvori det ligeledes fremgår, at der ikke kan stilles krav til ansættelse, forfremmelse eller fortsat ansættelse af en handicappet arbejdstager, hvis denne ikke kan anses for værende kompetent, egnet og disponibel til at varetage den pågældende stilling.²⁵

Med henblik på forskelsbehandling af personer ansat i fleksjob vil det dog ikke udelukkende være handicapbeskyttelsen, der kan være relevant. Grundet fleksjobordningens varighed vil FBL's beskyttelse af aldersdiskrimination ligeledes være relevant. Her vil det på samme vilkår som ved handicapbeskyttelsen ikke være tilladt at stille krav til en persons alder i forbindelse med ansættelse, forfremmelse eller fortsat ansættelse.²⁶ Specialet vil ikke udelukke, at der kan opstå situationer, hvor en person ansat i fleksjob vil kunne være omfattet af andre beskyttelsesområder i FBL. Der vil dog fremadrettet kun blive taget udgangspunkt i beskyttelsen grundet handicap og alder.

I det tilfælde, hvor fleksjobbereren vil være omfattet af FBL's beskyttelse, vil denne både være sikret mod direkte og indirekte diskrimination i henhold til FBL § 1, stk. 1. Med henblik på direkte diskrimination fremgår det af FBL § 1, stk. 2, at direkte diskrimination af en person defineres som:

“(...) når en person på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation.”

Et udtryk for direkte diskrimination fremgik i Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 2015-6810-47184, hvor en kvinde blev tilbudt en stilling som pædagog på en specialskole. Kvinden nævnte i forbindelse med tilbuddet, at hun havde en kronisk lidelse, som gjorde, at hun havde op til tre faste sygedage om måneden. Dette medførte, at specialskolen trak jobtilbuddet tilbage. Ligebehandlingsnævnet kom i den konkrete sag frem til, at kvindens kroniske lidelse var et handicap i FBL's forstand, og at kvinden derfor var blevet ulovligt forskelsbehandlet grundet sit handicap. I den pågældende afgørelse forelå den direkte diskrimination i, at specialskolen trak jobtilbuddet tilbage med direkte afsæt i kvindens kroniske lidelse. En person i fleksjob vil derfor kunne blive udsat for direkte diskrimination,

²⁵ Andersen, Lars Svenningsen m.fl., Funktionærret, 5. Udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 864-865

²⁶ Nielsen, Ruth, Dansk Arbejdsret, 3. Udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 474

hvis vedkommende med baggrund i sin varigt nedsatte arbejdsevne bliver stillet dårligere i forhold til en person, der ikke har en varigt nedsat arbejdsevne.

Begrebet indirekte diskrimination bliver beskrevet i FBL § 1, stk. 3 som følgende:

“(…) når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer af en bestemt race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse eller med en bestemt alder eller med handicap ringere end andre personer, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige”.

I modsætning til direkte diskrimination, vil en bestemmelse, et kriterium eller en praksis ved indirekte diskrimination som udgangspunkt kunne fremstå saglige og neutrale, men vil ved en nærmere undersøgelse i realiteten føre til en forskelsbehandling, da en gruppe personer heraf vil få en ringere retsstilling. I det tilfælde, hvor de eftersøgte kriterier har et lovligt formål, er udformet på en nødvendig måde, og at der er en rimelig proportion mellem mål og middel, vil der ikke foreligge indirekte diskrimination. Bevisbyrden i en tvist om, hvorvidt forskelsbehandlingen er lovlig, påhviler arbejdsgiveren.²⁷ Personer ansat i fleksjob vil kunne blive udsat for indirekte diskrimination i tilfælde, hvor det kan sandsynliggøres, at fleksjobberens varige og væsentligt nedsatte arbejdsevne vil kunne medføre en ringere retsstilling end personer, der besidder en fuld arbejdsevne. Dette kom eksempelvis til udtryk i Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 2017-6810-43025, hvor en kvindelig kørestolsbruger blev afskediget, da hun var mindre fleksibel grundet sit handicap. Arbejdsgiveren gjorde her gældende, at den manglende fleksibilitet i forhold til andre ansatte kom til udtryk ved, at kvindens brug af kørestol besværliggjorde undervisning på andre lokaliteter end skolen, hvor kvinden var ansat. Dette skyldtes manglende tilgængelighed for kørestolsbrugere på mange af skolens andre lokaliteter. Ligebehandlingsnævnet afgjorde i det konkrete tilfælde, at dette var et udtryk for indirekte diskrimination af kvinden, da arbejdsgiveren ikke objektivt kunne begrunde afskedigelsen med et sagligt formål. I den pågældende afgørelse forelå den indirekte diskrimination i, at arbejdsgiveren i sin begrundelse henviste til manglende fleksibilitet hos fleksjobberen. I modsætning til afgørelsen vedrørende direkte diskrimination var der i denne

²⁷ Nielsen, Ruth, Dansk Arbejdsret, 3. Udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s.435-436

begrundelse for afskedigelse ikke en direkte henvisning til den ansattes handicap. Begrundelsen i denne afgørelse ville dog stadig ramme alle kørestolsbrugere, hvorfor dette var et udtryk for indirekte diskrimination.

Hvis en person ansat i fleksjob anser sig for krænket, påhviler det fleksjobberens selv at påvise faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der udøves enten direkte eller indirekte forskelsbehandling. Hvis fleksjobbereren får sandsynliggjort dette, vil bevisbyrden vende, og det vil dermed påhvile arbejdsgiveren at bevise, at fleksjobbereren ikke er blevet forskelsbehandlet, jf. FBL § 7a.

5. Inden ansættelsen i fleksjob

Der vil i følgende afsnit blive beskrevet, hvilke generelle regler inden for ansættelsesretten, arbejdsgiveren skal efterleve i forbindelse med ansættelse af en ny medarbejder. Dernæst vil afsnittet beskrive betingelserne for at blive visiteret til et fleksjob efter BIL § 116, samt illustrere hvilke krav der stilles til en ansættelse i et fastholdelsesfleksjob. Slutteligt vil specialet ved anvendelse af relevante principafgørelser fra Ankestyrelsen belyse gældende ret omkring visitationsbetingelserne.

5.1 Antagelsesretten

Som tidligere anført er fleksjobordningen ligeledes omfattet af den almindelige lovgivning og praksis for arbejdstagere. Ledelsesretten vil derfor være et centralt begreb for arbejdsgiverens håndtering af arbejdstagere, herunder også fleksjobbere. Ledelsesretten benyttes som en betegnelse for arbejdsgiverens kompetence til at afgøre spørgsmål vedrørende arbejdet før, under og ved ophør af ansættelsen.²⁸ Ledelsesretten rummer blandt andet den frie antagelsesret.²⁹

Under den frie antagelsesret har arbejdsgiveren som udgangspunkt aftalefrihed til at indgå aftale med hvem end, denne finder bedst kvalificeret til den pågældende stilling. Arbejdsgiveren har desuden ret til at bestemme, om der skal indgås en aftale i det tilfælde af, at der ikke er nogen, der besidder de ønskede kriterier. Dog er der inden for det

²⁸ Nielsen, Ruth, Dansk Arbejdsret, 3. Udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 199

²⁹ Foruden den fri antagelsesret rummer ledelsesretten andre beføjelser, hvilket fremgår af Nielsen, Ruth, Dansk Arbejdsret, 3. Udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 202

ansættelsesretlige område begrænsninger, arbejdsgiveren skal respektere ved anvendelse af den frie antagelsesret, hvilket gælder fra annonceringen af en ledig stilling, og indtil ansættelseskontrakten bliver underskrevet.³⁰ Et udtryk for en sådan begrænsning er forbuddet mod forskelsbehandling, som tidligere anført.

5.2 Visitationsbetingelser for fleksjob

Som tidligere beskrevet følger det af BIL § 116, stk. 1 at for at få tilkendt et fleksjob, skal der være tale om en person, som ikke kan opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet og som ikke modtager førtids- eller seniorpension. For at afklare om den pågældende person vil kunne opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet, skal personen have varige og væsentlige begrænsninger i sin arbejdsevne. Denne vurdering bliver foretaget af rehabiliteringsteamet og danner efterfølgende grundlag for den ansættelsesaftale, der bliver indgået mellem arbejdsgiveren og den fleksjobansatte.³¹

Med varige begrænsninger skønnes der på vurderingstidspunktet, om personen på sigt har mulighed for at opnå beskæftigelse på arbejdsmarkedet. I vurderingen skal indgå alle tænkelige erhverv, som personen ville kunne varetage og ikke kun personens nuværende erhverv. Det er først, når den potentielle fleksjobbers muligheder er udtømte, at denne vil kunne tilbydes et fleksjob, jf. BIL § 116, stk. 3. Dette bevirker også, at det eksempelvis vil være sværere at påvise, at fleksjob er nødvendigt for en person, der søger om fleksjob i en ung alder sammenlignet med en person, der er tæt på pensionsalderen. Det skyldes, at personen i en ung alder som udgangspunkt har mange år tilbage på arbejdsmarkedet, hvorfor nye behandlingsmuligheder vil kunne sikre en tilbagevenden til arbejdsmarkedet under ordinære vilkår ved at forbedre arbejdsevnen. Der vil også være tilfælde, hvor behandlingsmuligheder kan være udelukket eksempelvis ved overvægt. Overvægten vil kunne udgøre en begrænsning, hvis den hæmmer arbejdsevnen. Såfremt fleksjobberens arbejdsevne ikke vil kunne forbedres af et vægttab, eller at forslaget til vægttab vurderes ikke at være realistisk, skal denne behandlingsmulighed ikke indgå i vurderingen. Det skal ligeledes ikke indgå som en

³⁰ Nielsen, Ruth, Dansk Arbejdsret, 3. Udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 523

³¹ Klausen, John m.fl., Socialret – Forsørgelse og Beskæftigelse, 2. Udgave, 2017, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 369-370

behandlingsmulighed, hvis der foreligger en mulighed for et operativt indgreb, men at fleksjobberer ikke ønsker at medvirke.³²

Med væsentlige begrænsninger menes der, at personen, som står til at blive visiteret til fleksjob, er begrænset i at indgå på arbejdsmarkedet på samme vilkår som en fuldtidsansat. I bemærkningerne til lovforslaget i 2001 blev det præciseret, at fleksjobordningen var rettet mod personer med væsentlig nedsat arbejdsevne, hvorfor 1/3-tilskuddet blev ophævet.³³ Konsekvensen heraf var, at de personer, som førhen kunne få et tilbud om fleksjob med 1/3 tilskud, som udgangspunkt skulle ansættes på normale vilkår.³⁴ Når en væsentlig begrænsning i forhold til arbejdsevnen omtales, skal denne dermed være større end, hvad der tidligere berettigede til et 1/3-tilskud.³⁵

Endvidere følger det af BIL § 116, stk. 2, at en person hvis arbejdsevne er væsentlig begrænset, vil kunne blive visiteret til fleksjob, hvis arbejdsevnen vil kunne øges inden for en rimelig periode. Denne betingelse kom eksempelvis til udtryk i Ankestyrelsens principafgørelsen 25-14, hvor en person havde en effektiv arbejdstid på 40 minutter om ugen grundet rygproblemer. Her blev det vurderet, at denne arbejdstid på sigt ville kunne forøges med medicin og rygtræning, hvorfor vedkommende var berettiget til en fleksjobansættelse og ikke førtidspension.³⁶

I bemærkningerne til lovforslaget vedrørende den nye fleksjobordning blev der anført følgende:

“Ankestyrelsens praksis i forhold til, hvornår arbejdsevnen anses for varigt og væsentlig nedsat finder fortsat anvendelse uanset, at en person nu modtager et flekslønstilskud, mens det tidligere var arbejdsgiveren, som modtog et tilskud til den ansatte i et fleksjobs løn på halvdelen eller totredjedele af den mindste overenskomstmæssige løn på området.”³⁷

³² Klausen, John m.fl., Socialret – Forsørgelse og Beskæftigelse, 2. Udgave, 2017, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 360-364

³³ LFF 2000-12-15 nr. 136 Ændring af reglerne om fleksjob, ledighedsydelse, sagsbehandling m.v. punkt 5: Bortfald af muligheden for at yde tilskud med 1/3

³⁴ Vejledning 2001-06-13 nr. 114 om fleksjob og ledighedsydelse m.v. punkt 3.2.

³⁵ Klausen, John m.fl., Socialret – Forsørgelse og Beskæftigelse, 2. Udgave, 2017, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 363

³⁶ Klausen, John m.fl., Socialret – Forsørgelse og Beskæftigelse, 2. Udgave, 2017, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 367-369

³⁷ LFF 2019-03-27 nr. 209 alm. bem, Til nr. 40 (§ 70a), s. 82

Specialet vurderer med afsæt heri, at Ankestyrelsens praksis vedrørende, hvornår arbejdsevnen er varigt og væsentligt nedsat er blevet videreført i BIL § 116, hvorfor ovenstående er et udtryk for fleksjobberens retsstilling i 2020.

Såfremt betingelserne om varige og væsentlige begrænsninger i arbejdsevnen er opfyldt, vil der dermed være tale om en person, der ikke kan opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet. Foruden de to betingelser stilles der ligeledes krav til, at personen er under folkepensionsalderen, jf. BIL § 116, stk. 1. Folkepensionsalderen er dermed skillelinjen for, hvornår der aldersmæssigt kan tilkendes fleksjob, hvorfor personer, der endnu ikke er fyldt 65 år, stadig vil kunne blive visiteret til et fleksjob. Dette kom til udtryk i SM-A-29-03, hvor den pågældende kommune afslog at visitere fleksjob til en person på 62 år med henvisning til vedkommendes alder. Dette blev anset for værende i uoverensstemmelse med reglerne for fleksjob, hvorfor dette afslag ikke kunne gives.

5.3 Fastholdelsesfleksjob

Som tidligere anført var det tilsigtet med lovændringen i 2013 at flere skulle blive en del af arbejdsmarkedet, og dermed kunne forsørge sig selv. For at fastholde flere på arbejdsmarkedet blev fastholdelsesfleksjobbet indført med dagældende LAB § 70b.³⁸ Hensigten med fastholdelsesfleksjobbet er at kunne sikre, at hvis en arbejdstager i løbet af ansættelsen får en nedsat arbejdsevne, vil denne i stedet for at skulle søge nyt arbejde kunne fortsætte i et fastholdelsesfleksjob med løntilskud fra det offentlige.³⁹

For at være berettiget til et fastholdelsesfleksjob vil medarbejderen skulle opfylde samtlige almindelige betingelser for visitation til fleksjob efter BIL § 116 som tidligere beskrevet, jf. BIL § 119, stk. 1. Derudover fremgår der i BIL § 119, stk. 1 yderligere betingelser, som den pågældende person skal opfylde for at være berettiget til fastholdelsesfleksjobbet. Som udgangspunkt skal personen have mere end 6 år til folkepensionsalderen samt have været ansat på den hidtidige arbejdsplads i mindst 12 måneder under overenskomstens sociale kapitler eller på særlige vilkår. Her regnes de 12 måneders ansættelse på arbejdspladsen fra tilblivelsen af aftalen om ansættelse under enten de sociale

³⁸ Videreført i BIL § 119

³⁹ Klausen, John m.fl., Socialret – Forsørgelse og Beskæftigelse, 2. Udgave, 2017, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 371

kapitler eller de særlige vilkår.⁴⁰ Hvis disse betingelser er opfyldt, vil den pågældende person som udgangspunkt være berettiget til et fastholdelsesfleksjob, jf. BIL § 119, stk. 1. Hvis vedkommende har 6 år eller mindre til folkepensionsalderen, vil denne kunne blive ansat på den hidtidige arbejdsplads i et fastholdelsesfleksjob uden forudgående ansættelse i 12 måneder.⁴¹

Det er et krav, at arbejdsgiveren kan dokumentere at have forsøgt at fastholde medarbejderen i et ustøttet job, førend fastholdelsesfleksjobbet kan etableres, jf. BIL § 119, stk. 2. Med forsøg menes der, at arbejdsgiveren ved eksempelvis at gøre brug af overenskomstens sociale kapitler har forsøgt at fastholde medarbejderen på arbejdspladsen. Er arbejdsgiveren ikke omfattet af en overenskomst, vil alternativet her være, at arbejdsgiveren og medarbejderen indgår en aftale om at fastholde medarbejderen på særlige vilkår. I begge tilfælde vil det i praksis kunne gøres ved, at medarbejderen enten går ned i både timetal og løn men bevarer den fulde pensionsindbetaling, eller at dennes arbejdsopgaver ændres med det formål, at der ikke skal ske yderligere belastning af den ansatte. Med hidtidig arbejdsplads menes der den arbejdsplads, hvor medarbejderen er eller senest har været ordinært ansat.

Ovenstående skal gøres ved en skriftlig aftale, der beskriver, hvilke funktioner medarbejderen kan og ikke kan udføre på den konkrete arbejdsplads samt hvilke skånehensyn, der er aftalt, jf. BIL § 119, stk. 2. Der er ikke nogen formkrav til denne aftale, hvorfor et notat i personalemappen kan være tilstrækkeligt, hvis det antyder, at der er en aftale mellem arbejdsgiver og arbejdstager.⁴² Desuden skal aftalen indeholde, hvad fleksjobberens kan og ikke kan varetage i forbindelse med sin funktion på den konkrete arbejdsplads, samt hvilke skånehensyn der skal tages til personen i fleksjob. Dertil kan tillægges, at arbejdsgiveren i denne aftale skal påvise, at der er forsøgt eksempelvis intern omplacering på arbejdspladsen eller andre skånehensyn.

Udgangspunktet for tildelingen af et fastholdelsesfleksjob vil kunne fraviges i de tilfælde, hvor den nedsatte arbejdsevne er opstået i form af en akut arbejdsskade eller sygdom, og hvor det vil virke formålsløst at gennemgå betingelserne i BIL § 119, stk. 1 og 2, jf. BIL § 119, stk. 3. Der vil her være tale om en konkret vurdering, om en person er omfattet af

⁴⁰ Klausen, John m.fl., Socialret – Forsørgelse og Beskæftigelse, 2. Udgave, 2017, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 370

⁴¹ Lov 2019-12-27 nr. 1556 om ændring af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats

⁴² Beskæftigelsesministeriets Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v punkt 4.1 og 4.3

undtagelsesbestemmelsen.⁴³ Her tages der udgangspunkt i definitionen af akut arbejdsskade eller sygdom, som følger af bemærkningerne til lovforslaget:

“(...) f.eks. svær, uhelbredelig lammelse som følge af et alvorligt trafikuheld eller andet kompliceret ulykkestilfælde (f.eks. i forbindelse med en arbejdsskade). Der kan også være tale om en alvorlig og fremadskridende sygdom.”⁴⁴

Hvis den pågældende person opfylder visitationsbetingelserne for fleksjob efter BIL § 116, stk. 1, men ikke opfylder de ovennævnte betingelser for fastholdelsesfleksjob efter BIL § 119, stk. 1, vil det stå personen frit for at søge et fleksjob hos en anden arbejdsplads.⁴⁵

Der vil i det følgende afsnit ved anvendelse af ovenstående blive analyseret relevante principafgørelser fra Ankestyrelsen for dermed at belyse gældende ret omkring betingelserne for visitation til fleksjob og fastholdelsesfleksjobbet.

Ankestyrelsens principafgørelse N-11-06 - Den gamle fleksjobordning

Ankestyrelsens principafgørelse N-11-06 behandler problemstillingen om, hvornår en persons arbejdsevne er væsentligt og varigt nedsat, og hvilke kriterier der indgår i vurderingen heraf. I denne forbindelse centrerer afgørelsen omkring, hvordan den nuværende arbejdstid hos den fleksjobsøgende ikke behøver at være udslagsgivende for berettigelsen til fleksjob.

Sagens omstændigheder omhandlede kommunens afslag på en ansøgning til fleksjob efter den gamle fleksjobordning. Begrundelsen for dette afslag var, at ansøgerens arbejdsevne stadig var intakt med 70%. Kommunen tog i denne vurdering udgangspunkt i det antal timer, som ansøgeren arbejdede hos sin nuværende arbejdsgiver. Det sociale nævn ændrede denne afgørelse. Her argumenterede det sociale nævn for, at ansøgerens arbejdsevne var varigt nedsat, og at hans muligheder for at opnå anden beskæftigelse på arbejdsmarkedet var udtømte. Ydermere argumenterede det sociale nævn for, at det ikke fremgik i de dagældende §§ 69 og 71 i LAB, at arbejdsevnen skulle være nedsat med mindst halvdelen, for at en ansøger ville være berettiget til fleksjob.

⁴³ Klausen, John m.fl., Socialret – Forsørgelse og Beskæftigelse, 2. Udgave, 2017, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 371

⁴⁴ LFF 2019-03-27 nr. 209 alm. bem, punkt 2.2.1.2 s. 36

⁴⁵ Beskæftigelsesministeriets Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v. punkt 4

Ankestyrelsen fandt herefter ikke grundlag for at tilsidesætte det sociale nævns afgørelse og afgjorde dermed, at ansøgerens arbejdsevne var nedsat med halvdelen. Ankestyrelsen anførte i afgørelsen, at omfanget af arbejdsevnen hos ansøgeren ikke udelukkende kunne vurderes ud fra antallet af arbejdstimer. I vurderingen heraf skal ligeledes tages stilling til, hvorvidt ansøgeren kan arbejde fuldt effektivt i arbejdstiden. Nedsat arbejdsevne kan dermed både afspejles ved en ikke fuld effektivitet på fuld tid eller en fuld effektivitet på nedsat tid. I den konkrete situation var ansøgerens arbejdsevne på 70% alene vurderet ud fra arbejdstimer. Dog var arbejdshastigheden stærkt nedsat grundet amputeret ben, rygbesvær og bevægelsesvanskeligheder, hvorfor dette talte for, at arbejdsevnen reelt set var mindre, end hvad arbejdstiden gav udtryk for. Ankestyrelsen vurderede her, at arbejdsevnen hos ansøgeren var varig og væsentligt nedsat.

Det, der kan udledes af afgørelsen, er, at Ankestyrelsen i sin vurdering tager alle arbejds- og helbredsrelaterede informationer med omkring ansøgeren for at vurdere, om denne har varige og væsentlige begrænsninger i arbejdsevnen, jf. dagældende §§ 69 og 71 i LAB. Det ses i afgørelsen, at Ankestyrelsen ikke alene vægter personens arbejdstid i en vurdering af varig begrænsning i arbejdsevnen. Her tages også øvrige oplysninger såsom effektiviteten af vedkommendes arbejdstid med i vurderingen, herunder eksempelvis arbejdshastigheden. Hvis personens effektivitet i arbejdet er stærkt begrænset, vil dette dermed tale for, at vedkommendes arbejdsevne er nedsat, selvom arbejdstiden ikke i sig selv giver anledning til denne konklusion.

Ankestyrelsens principafgørelse 110-09 - Den gamle fleksjobordning

Denne afgørelse omhandler, hvornår en arbejdstager har en tilstrækkelig varig og væsentlig nedsat arbejdsevne til at være berettiget til fleksjob. Her bliver der i afgørelsen fokuseret på fleksjobberens ydeevne i forbindelse med arbejdsprøvning samt fleksjobberens alder og indlæringsevne. Derudover bliver der i afgørelsen taget stilling til, om ydre omstændigheder, såsom problemer med hensyn til børnepasning, har indflydelse på, om en arbejdstager kan visiteres til fleksjob.

Kvinden havde i den konkrete situation fået afslag på visitation til fleksjob efter den gamle fleksjobordning med den begrundelse, at kvindens nedsatte arbejdsevne primært skyldtes hjemlige forhold i forbindelse med pasning af sin psykisk syge søn samt sine to øvrige børn. Dette udgjorde ikke en varig nedsat arbejdsevne, da det af kommunen blev vurderet, at den hjemlige belastning ville blive minimeret i takt med, at kvindens børn blev ældre.

Kommunen lagde desuden vægt på, at kvinden var 33 år, hvorfor kvindens unge alder ikke talte imod et afslag. Beskæftigelsesnævnet ændrede denne afgørelse med henvisning til, at det fremgik af en neurologisk undersøgelse, at kvinden havde vanskeligheder i forbindelse med indlæringssevnen, overblik og organisering grundet en IQ på 65. Af denne grund anførte Beskæftigelsesnævnet, at kvinden ikke ville kunne varetage et arbejde på over 20-23 timer ugentligt, og at hendes arbejdsevne ikke ville kunne forbedres yderligere. Kvinden ville dermed ikke kunne opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet.

Ankestyrelsens Beskæftigelsesudvalg afgjorde herefter, at kvinden ikke var berettiget til fleksjob. Der blev i afgørelsen henvist til Beskæftigelsesnævnets argumenter, at kvinden under arbejdsprøvning havde udvist en stabil og omhyggelig arbejdsevne i et normalt tempo 25 timer ugentligt. Herudover havde kvinden givet udtryk for, at hun ønskede at komme op på 30 arbejdstimer ugentligt, hvilket revalideringscentret så som realistisk. Desuden bemærkede Ankestyrelsens Beskæftigelsesudvalg, at kvindens mentale begrænsninger kunne løses ved skånehensyn i arbejdet, herunder faste rutiner og forudsigelighed. Hertil kunne det tilføjes, at kvindens hjemlige problemer med hensyn til børnepasning ikke havde nogen betydning i forhold til berettigelsen til at kunne blive visiteret til fleksjob.

Det, der dermed kan udledes af Ankestyrelsens principafgørelse 110-09, er som følgende: Den pågældende arbejdstager skal have en tilstrækkelig væsentlig nedsat arbejdsevne, før vedkommende kan visiteres til fleksjob. Dette er ikke tilfældet, hvis personen er i stand til at opretholde et job 25 timer ugentligt på tilfredsstillende vilkår, hvor personen kan arbejde stabilt, omhyggeligt og i et normalt tempo. Dette vil være en indikation på, at personen vil kunne opnå beskæftigelse på almindelige vilkår på arbejdsmarkedet. I denne vurdering kan personens alder også indgå som betragtning. Her vil en ung person som udgangspunkt have bedre muligheder for på sigt at indgå på normale vilkår på arbejdsmarkedet end en person, der er tættere på folkepensionsalderen. Herudover vil mentale problemer ikke nødvendigvis være udslagsgivende i forhold til, om der kan visiteres til fleksjob, hvis disse kan løses på arbejdspladsen ved diverse skånehensyn. Slutteligt kan det udledes, at ydre omstændigheder, såsom problemer med børnepasning, ikke kan lægges til grund for en varigt nedsat arbejdsevne og dermed berettigelse til fleksjob. Dette skyldes, at der i denne forbindelse udelukkende tages hensyn til arbejdstagerens helbreds- og arbejdsmæssige tilstand.

Ankestyrelsens principafgørelse N-6-06 - Den gamle fleksjobordning

Ankestyrelsens principafgørelse N-6-06 tager stilling til, hvorvidt skulder/armsmerter samt psykiske problemer er tilstrækkeligt til at vurdere, at arbejdsevnen er væsentligt nedsat. Derudover adresserer afgørelsen, hvordan behandlingsmuligheder kan vægte i forhold til visitationen til fleksjob efter den gamle fleksjobordning.

Sagen omhandler en køkkenassistent, der var sygemeldt med skulder/armsmerter og som tillige havde psykiske problemer. Ansøgeren blev tilbudt et revalideringskursus for at afklare arbejdsevnen, hvilket ansøgeren afviste med henvisning til, at hun hverken kunne overskue rejsen til kursusstedet eller at skulle sidde på skolebænken i flere timer ad gangen. På baggrund af ansøgerens afvisning ophørte udbetalingen af sygedagpenge, og samtidig afviste kommunen, at ansøgeren var berettiget til fleksjob. Beskæftigelsesnævnet tiltrådte denne afgørelse, idet ansøgerens revalideringsmuligheder ikke var tilstrækkeligt udtømte, da der var muligheder for at behandle ansøgerens psykiske problemer.

Ankestyrelsen fandt ligeledes, at ansøgeren ikke var berettiget til fleksjob, idet dennes arbejdsevne ikke var nedsat i et væsentligt omfang. Dertil indgik det i vurderingen, at det ikke var afklaret, at ansøger ikke ville kunne opnå beskæftigelse inden for andre erhverv på arbejdsmarkedet på ordinære vilkår.

Det, der kan udledes af afgørelsen, er, at eventuelle behandlingsmuligheder for en psykisk lidelse er en af de foranstaltninger, der kan benyttes for at sikre, at ansøgeren til fleksjob kan vende tilbage til arbejdsmarkedet på ordinære vilkår. Muligheden for at komme i behandling for en psykisk lidelse, der ellers ville kunne berettige en ansættelse i fleksjob, vil derfor kunne være afgørende for, om personen er berettiget til et fleksjob. Sådanne behandlingsmuligheder indgår dermed i de tilbud, som skal være udtømt, før en ansøger kan blive godkendt til et fleksjob.

Ankestyrelsens principafgørelse 149-11 - Den gamle fleksjobordning

I den konkrete afgørelse tages der stilling til, hvordan arbejdsevnen væsentlighed skal vurderes. Her var fokus på, om arbejdsevnen skulle vurderes ud fra en tilsvarende fuldtidsstilling, hvis ansøgeren arbejdede på nedsat tid før ansøgningen om fleksjob.

Sagens omstændigheder omhandlede en kvinde, som ansøgte om fleksjob efter den gamle fleksjobordning. I perioden fra 2006-2009 afprøvede kvinden forskellige jobs, hvorefter hun sygemeldte sig. Dette skyldtes, at det blev konstateret, at hun led af en kronisk

ledbetændelse, der ifølge lægeskøn måtte anses for at være varig og uden behandlingsmuligheder. Hun forklarede, at hun kun kunne klare at arbejde 20 timer om ugen for ikke at fremprovokere sin lidelse. Kommunen afviste hendes ansøgning om fleksjob med begrundelsen, at hun stadig var i stand til at arbejde i 20 timer på ordinære vilkår. Derudover anførte kommunen, at ansøgerens arbejdsevne skulle sammenholdes med det antal timer, hun tidligere havde arbejdet i starten af sit sygdomsforløb, hvilket var 25 timer ugentligt. Beskæftigelsesnævnet ændrede kommunens afgørelse, idet vurderingen efter deres opfattelse ikke skulle træffes på baggrund af det antal timer, som ansøgeren tidligere var i stand til at yde. Beskæftigelsesnævnet anførte derimod, at arbejdsevnen skulle sammenlignes med en fuldtidsansat, selvom ansøgeren ikke tidligere havde varetaget en fuldtidsstilling.

Ankestyrelsen tiltrådte herefter Beskæftigelsesnævnets afgørelse. Begrundelsen herfor var, at det ikke fremgik af reglerne om fleksjob eller forarbejderne hertil, at det har betydning for vurderingen af arbejdsevnen, hvorvidt ansøgeren forud for ansøgningen om fleksjob har været ansat i en fuldtidsstilling. Vurderingen af en nedsættelse i arbejdsevnen skal derfor tage udgangspunkt i en fuldtidsstilling på 37 timer ugentligt.

Det, der derfor kan udledes af afgørelsen, er, at uanset om ansøgeren ikke tidligere har arbejdet på fuld tid, skal den pågældende alligevel sammenlignes med en fuldtidsansat for at vurdere nedsættelsen af arbejdsevnen.

Ankestyrelsens principafgørelse 98-15 - Den nye fleksjobordning

Den konkrete afgørelse omhandler kravet til en skriftlig aftale mellem arbejdstager og arbejdsgiver i forbindelse med ansættelse i et fastholdelsesfleksjob. Her tager afgørelsen udgangspunkt i to sager omhandlende kravet til den skriftlige aftale, dennes indhold samt kommunens vejledningspligt i forbindelse med fastholdelsesfleksjobbet.

I den første sag tager Ankestyrelsens Beskæftigelsesudvalg stilling til betingelsen om, at der skal foreligge en skriftlig aftale og dennes indhold i forbindelse med ansættelse efter overenskomstens sociale kapitler eller på særlige vilkår. I den pågældende sag havde arbejdstageren været ansat i virksomheden i over 12 måneder og var diagnosticeret med skizofreni, hvorfor kravene til en varig og væsentlig nedsat arbejdsevne var opfyldt. Det fremgik i sagen, at der skal foreligge en skriftlig aftale, som indeholder en beskrivelse af fleksjobberens ydeevne. Desuden fastslog Ankestyrelsens Beskæftigelsesudvalg, at der ikke var noget formkrav til den skriftlige aftale. Det vil dermed kunne være tilstrækkeligt, hvis aftalen udsprang af eksempelvis mødereferater, notater i arbejdstagerens personalemappe eller

lignende. Det blev ligeledes vurderet, at kravene til aftalen mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren var opfyldt, da disse fremgik af en skriftlig aftale i parternes handleplan. Heraf fremgik arbejdstagerens mødedage, fridage samt skånehensyn i forhold til arbejdstid og hensyn til strukturen af arbejdet. Den skriftlige aftale blev derfor anset som værende tilstrækkeligt grundlag for en ansættelse i fastholdelsesfleksjob.

I den anden sag, som afgørelsen tager udgangspunkt i, bliver spørgsmålet vedrørende den skriftlige aftale ligeledes behandlet. Herudover bliver betydningen af kommunens vejledningspligt også inddraget. I den konkrete sag forelå der ikke en skriftlig aftale mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren, hvorfor der som udgangspunkt ikke ville kunne ske en ansættelse i fastholdelsesfleksjob. Kommunen havde dog ikke vejledt parterne om, at der skulle foreligge en skriftlig aftale mellem parterne, før en ansættelse i fastholdelsesfleksjob kunne finde sted. Kommunen havde dermed ikke opfyldt sin forvaltningsretlige forpligtelse om vejledningspligt. Det blev ligeledes vurderet til at være tilstrækkeligt dokumenteret, at arbejdsgiveren havde forsøgt at etablere et ustøttet vedvarende job til arbejdstageren efter de sociale kapitler i overenskomsten eller efter særlige vilkår. Desuden var det påvist, at der var indført skånehensyn i forhold til arbejdstagerens varige og væsentligt nedsatte arbejdsevne i form af arbejdsstrukturering med henblik på dennes opgaver. Dermed afgjorde Ankestyrelsens Beskæftigelsesudvalg, at arbejdstageren var berettiget til fastholdelsesfleksjob på trods af den manglende skriftlige aftale. Dette skyldtes, at arbejdstageren skulle stilles, som om kommunen havde opfyldt sin vejledningspligt korrekt og tilstrækkeligt, og at parterne havde ageret efter denne vejledning.

Det kan dermed udledes af Ankestyrelsens principafgørelse 98-15, at der skal foreligge en skriftlig aftale mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren, før en ansættelse i fastholdelsesfleksjob kan finde sted. Denne skriftlige aftale skal opfylde visse krav, før den kan anses for værende tilstrækkelig. Aftalen skal indeholde en beskrivelse af arbejdstagerens ydeevne, hvor det beskrives, hvilke begrænsninger personen har i forbindelse med konkrete arbejdsopgaver, hvilke arbejdsopgaver denne kan varetage, samt hvilke skånehensyn der skal tages i forhold til fleksjobberne. Derudover skal den skriftlige aftale påvise, at arbejdsgiveren har forsøgt at etablere et job til arbejdstageren, hvor denne ville kunne varetage et vedvarende ustøttet arbejde efter overenskomstens sociale kapitler eller særlige vilkår. Aftalen om fastholdelsesfleksjob skal være skriftlig, men derudover er der ikke specielle formkrav til aftalen, så længe den indeholder de ovenfor nævnte kriterier og giver udtryk af at være en aftale mellem parterne. Kravet til den skriftlige aftale kan dog fraviges i særlige tilfælde. Dette kan eksempelvis ses, hvor kommunen ikke opfylder sin vejledningspligt over for

arbejdsgiveren og arbejdstageren i forbindelse med at vejlede disse til at indgå en skriftlig aftale. Er alle de almindelige betingelser for fastholdelsesfleksjobbet opfyldt, vil parterne i dette tilfælde kunne blive stillet som om, der er blevet indgået en skriftlig aftale, og arbejdstageren vil dermed være berettiget til ansættelse i fastholdelsesfleksjob.

Ankestyrelsens principafgørelse 35-15 - Den nye fleksjobordning

Der blev i Ankestyrelsens principafgørelse 35-15 taget stilling til, om der er tilfælde omhandlende fastholdelsesfleksjob, hvor kravet til ansættelse på den pågældende arbejdsplads i minimum 12 måneder kan fraviges. Desuden behandlede Ankestyrelsens Beskæftigelsesudvalg, hvorvidt det i alle tilfælde er en forudsætning for ansættelse i fastholdelsesfleksjob, at arbejdsgiveren havde forsøgt at etablere et vedvarende ustøttet job til arbejdstageren efter overenskomstens sociale kapitel eller særlige vilkår.

Sagens omstændigheder omhandlede en kvinde, der led af Parkinsons sygdom, og som havde været ansat på sin arbejdsplads i mindre end 12 måneder. Spørgsmålet var her, om denne sygdom kunne kategoriseres som en akut opstået sygdom, hvorfor den dagældende LAB § 70b, stk. 1 ville kunne fraviges. Ankestyrelsens Beskæftigelsesudvalg lægger her vægt på, at Parkinsons sygdom er en alvorlig sygdom, som ikke vil kunne bremses, og som dermed vil forværres på sigt. Arbejdspladsen vil af denne grund ikke kunne foretage skånehensyn, som vil mindske forværringen af sygdommen. Afgørelsen henviser til den dagældende LAB § 70 b, stk. 3, der foreskriver, at kravet om forsøgt etablering af vedvarende ustøttet arbejde efter overenskomstens sociale kapitel eller særlige vilkår kan fraviges. I den konkrete afgørelse blev det vurderet, at det var formålsløst at forsøge at etablere et vedvarende ustøttet job for arbejdstageren, da det ikke ville kunne undgås, at arbejdsevne ville forværres. Af samme årsag kunne kravet til ansættelse i minimum 12 måneder også tilsidesættes. Dertil kan tilføjes, at arbejdstagerens arbejdsevne på afgørelsestidspunktet allerede var væsentligt nedsat, hvilket kom til udtryk ved, at hun var i stand til maksimalt at arbejde 12 timer og 40 minutter ugentligt.

Det, der kan udledes af den konkrete afgørelse, er derfor, at det ikke er et endegyldigt krav, at arbejdstageren skal have arbejdet på den nuværende arbejdsplads i minimum 12 måneder for at kunne opnå ansættelse i fastholdelsesfleksjob. Desuden er det ikke et endegyldigt krav, at der skal være foretaget et forsøg på etablering i et vedvarende ustøttet job efter overenskomstens sociale kapitler eller særlige vilkår, inden arbejdstageren er berettiget til et fastholdelsesfleksjob. Dette er tilfældet, da der kan være situationer, hvor disse

foranstaltninger må anses som værende formålsløse. Her er alvorlig sygdom, såsom Parkinsons sygdom, et eksempel herpå.

Delkonklusion

Ud fra ovenstående afgørelser kan det udledes omkring selve visitationen til fleksjob, at der er tale om en konkret vurdering, hvor alle helbreds- og arbejdsmæssige oplysninger indgår med henblik på, om ansøgeren er berettiget til fleksjob. Her vil oplysninger om den pågældendes arbejdstid, arbejdstempo, alder og helbred kunne indgå. Hvis den pågældende persons nedsatte arbejdsevne kan tilgodeses ved diverse skånehensyn eller andre behandlingsmuligheder på arbejdspladsen eller i andre erhverv, har disse en afgørende betydning for, om personen er berettiget til fleksjob. I de tilfælde, hvor alle tænkelige behandlingsmuligheder til at forbedre arbejdsevnen ikke er udtømte, vil det have den betydning, at den pågældende ansøger ikke er berettiget til fleksjobbet. Oplysninger om ydre omstændigheder, der ikke angår den helbreds- eller arbejdsmæssige tilstand vil derimod ikke have nogen betydning. Herunder hører eksempelvis hjemlige belastninger såsom problemer med børnepasning.

Ud fra afgørelserne kan væsentlig nedsat arbejdsevne illustreres ved at opstille to situationer. Enten at fleksjobbereren ikke kan arbejde effektivt i en fuldtidsstilling, eller at fleksjobbereren kan arbejde effektivt men kun på nedsat tid. Ydermere kan det udledes, at en nedsættelse af arbejdsevnen med mere end 1/3 anses som værende en væsentlig nedsættelse. Desuden vil vurderingen af den væsentligt nedsatte arbejdsevne skulle tage udgangspunkt i en sammenligning med en fuldtidsstilling, uagtet om den pågældende person førhen har arbejdet på nedsat eller fuld tid.

Det kan endvidere fastslås, at der med varig begrænsning skal foreligge en definitiv afklaring af, at den pågældende persons arbejdsevne ikke vil være tilstrækkelig til, at personen vil kunne blive ansat på ordinære vilkår på arbejdsmarkedet. Her vil personens alder have en væsentlig betydning, da vurderingen vil være mere definitiv, jo tættere vurderingstidspunktet kommer på pensionsalderen. Desuden skal alle tænkelige erhverv, som personen ville kunne varetage indgå i vurderingen heraf med det formål, at vedkommendes muligheder for beskæftigelse på ordinære vilkår skal være udtømte, før denne vil kunne tilbydes et fleksjob.

Derudover kan det udledes om fastholdelsesfleksjobbet, at der gælder nogle yderligere betingelser til etableringen af denne type fleksjob end ved et almindeligt fleksjob. Med henblik på disse krav kan det dog udledes, at på trods af, at der opstilles en række yderligere betingelser, førend der kan ske tilkendegivelse af et fastholdelsesfleksjob, er kravene ikke nødvendigvis absolutte. Her er det eksempelvis en betingelse, at der skal foreligge en skriftlig aftale mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren, før et fastholdelsesfleksjob kan iværksættes. Dette krav kan dog fraviges i det tilfælde, hvor kommunen eksempelvis ikke opfylder sin vejledningspligt over for arbejdsgiveren og arbejdstageren ved at informere parterne om kravet til en skriftlig aftale. Fravigelsen forudsætter ligeledes, at de øvrige betingelser for etableringen af et fastholdelsesfleksjob er opfyldt. Parterne vil i denne situation blive stillet som om, kommunen havde opfyldt sin vejledningspligt, og at der var blevet ageret efter denne vejledning. Dermed vil arbejdstageren være berettiget til en ansættelse i fastholdelsesfleksjob.

For at erhverve fastholdelsesfleksjob stilles der ligeledes i Ankestyrelsens praksis krav til det foregående arbejdes længde og arbejdsgiverens ageren. Her kræves det, at arbejdstageren skal have haft ansættelse på den nuværende arbejdsplads i minimum 12 måneder for at være berettiget til en ansættelse i fastholdelsesfleksjob. Desuden stilles der krav til, at arbejdsgiveren har forsøgt at etablere et vedvarende udstøttet arbejde efter den gældende overenskomsts sociale kapitler eller særlige vilkår. Disse krav kan dog fraviges i tilfælde af akut opstået sygdom eller skade. Her kan det udledes, at alvorlig sygdom, såsom Parkinsons sygdom, vil kunne berettige en fravigelse af disse krav, da disse må antages at være åbenbart formålsløse i forbindelse med en person udsat for akut opstået sygdom eller skade.

Slutteligt kan det med henblik på fastholdelsesfleksjob bemærkes, at dette blev indført ved den nye fleksjobordning i 2013 i LAB § 70b. Denne bestemmelse blev i 2019 videreført til BIL § 119, hvor det fremgår af lovforslaget, at der ikke er sket ændringer i betingelserne, der anvendes.⁴⁶ Dermed vil Ankestyrelsens praksis omhandlende fastholdelsesfleksjob stadig være gældende, hvorfor afgørelser truffet med baggrund i dagældende LAB § 70b stadig vil være retvisende for retsstillingen for en person i fastholdelsesfleksjob i 2020. Det bør dog som tidligere anført bemærkes, at der, med virkning fra den 1. januar 2020, er blevet tilføjet en undtagelse til kravet om 12 måneders forudgående ansættelse for personer med mindre end 6 år til folkepensionsalderen. Specialet vurderer, at dette vil have den betydning, at tidligere

⁴⁶ LFF 2019-03-27 nr. 209 bem til lovforslagets enkelte bestemmelser til § 119

praksis vedrørende personer i denne aldersgruppe ikke nødvendigvis ville få det samme udfald i 2020.

6. Under ansættelsen

I det følgende afsnit vil specialet belyse de problemstillinger, der kan opstå under ansættelsen. Her vil den kollektive overenskomsts rolle inden for ansættelsesretten generelt blive beskrevet i forhold til, hvordan den kollektive overenskomst forpligter henholdsvis arbejdsgiveren og arbejdstageren. Dernæst vil specialet fokusere på, hvordan fleksjobberens løn og arbejdsvilkår reguleres af enten de kollektive overenskomster eller individuelle ansættelsesaftaler. Slutteligt vil afsnittet ved anvendelse af domspraksis og relevante afgørelser belyse gældende ret omkring fleksjobberens løn og arbejdsvilkår under ansættelsesforløbet.

6.1 Kollektive overenskomster

De kollektive overenskomster har en central rolle i reguleringen af den enkelte fleksjobbers ansættelse, hvilket kommer til udtryk i BIL. Generelt gælder det om kollektive overenskomster, at disse er en aftale mellem to eller flere parter, som svarer til en almindelig aftale.⁴⁷ Dette medfører ligeledes, at der ved indgåelse af en kollektiv overenskomst er formfrihed, hvorfor der ikke er et krav om, at denne skal være skriftlig for at være gyldig.⁴⁸ Selve aftalen består som oftest af en enkeltstående arbejdsgiver eller en arbejdsgiverorganisation på den ene side og en kollektivitet af arbejdstagere på den anden side, typisk repræsenteret gennem en lønmodtagerorganisation.⁴⁹ Her gælder det for arbejdstagere, at disse ikke vil være part i en overenskomst, hvis denne er indgået af en lønmodtagerorganisation. Med dette menes der, at lønmodtagerorganisationen agerer part på vegne af medlemmerne. Det gælder her, at en arbejdstager som hovedregel ikke længere vil være forpligtet af den gældende overenskomst ved udmeldelse af den pågældende lønmodtagerorganisation, da arbejdstageren selv ikke kan være part i en overenskomst grundet kravet om kollektivitet.⁵⁰ Samme udgangspunkt gælder for arbejdsgiverens udmeldelse af arbejdsgiverorganisationen efter de foreningsretlige principper. I praksis ses det dog ved

⁴⁷ Kristiansen, Jens, Den Kollektive Arbejdsret, 3. Udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 66

⁴⁸ Nielsen, Ruth, Dansk Arbejdsret 3. Udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag s. 174-175

⁴⁹ Kristiansen, Jens, Den Kollektive Arbejdsret, 3. Udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 159

⁵⁰ Kristiansen, Jens, Den Kollektive Arbejdsret, 3. Udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 210

arbejdsgiverens udmeldelse, at denne som udgangspunkt stadig vil være forpligtet af organisationsoverenskomsten.⁵¹

Hensigten med den kollektive overenskomst er at fastlægge, hvordan de generelle vilkår i ansættelsesforholdet skal være, herunder arbejdstagernes rettigheder, arbejdsgiverens forpligtelser etc.⁵² De faglige organisationer, som forhandler på vegne af arbejdstagerne eller arbejdsgiverne, har interesse i at sikre sine medlemmer både økonomisk og socialt. Her har den kollektive overenskomst en central rolle, da organisationerne herigennem kan sikre sine medlemmers interesser. Der kan dog opstå tilfælde, hvor den enkelte organisation gennem obligatoriske ordninger kan binde medlemmerne på trods af, at dette ikke nødvendigvis er i alle medlemmernes interesse. Dette forudsætter, at den obligatoriske ordning objektivt set er en fordel for organisationens medlemmer og ikke påfører disse en væsentlig ulempe.⁵³

Hovedforpligtelserne for arbejdsgiveren, der er omfattet af en kollektiv overenskomst, er som tidligere nævnt, at vedkommende skal efterleve overenskomstens fastsatte vilkår. Overenskomsten fastlægger alene et mindsteniveau for arbejdsvilkårene, hvorfor det er muligt for arbejdsgiveren at aftale bedre vilkår for de ansatte end det anførte mindsteniveau i overenskomsten. Dette sker sædvanligvis i de individuelle ansættelseskontrakter.⁵⁴

Som hovedregel er arbejdsgiveren ligeledes forpligtet til at efterleve overenskomstens indhold, selvom der eksempelvis er tale om en lønmodtager, der ikke er medlem af den faglige organisation, der har forhandlet overenskomstens indhold - en udenforstående. Dette skyldes, at en kollektiv overenskomst som udgangspunkt omfatter samtlige arbejdstagere, der udfører arbejde dækket af overenskomstens faglige anvendelsesområde. Dette omfatter ligeledes personer ansat i fleksjob, såfremt disse i deres stilling udfører arbejde omfattet af overenskomsten. Denne type overenskomst kaldes en områdeoverenskomst. Ved områdeoverenskomster er der dog mulighed for, at arbejdsgiveren kan begrænse enkelte bestemmelser til udelukkende at gælde medlemmer af den faglige organisation. Foreningsfrihedsloven afholder ligeledes ikke arbejdsgiveren fra at indskrænke bestemmelser i områdeoverenskomsten til kun at omfatte organisationsmedlemmer. Herigennem vil

⁵¹ Kristiansen, Jens, Den Kollektive Arbejdsret, 3. Udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 298-299

⁵² Kristiansen, Jens, Den Kollektive Arbejdsret, 3. Udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 68

⁵³ Kristiansen, Jens, Den Kollektive Arbejdsret, 3. Udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 149

⁵⁴ Kristiansen, Jens, Den Kollektive Arbejdsret, 3. Udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 190

arbejdsgiveren kunne give arbejdstagere, der er medlem af den faglige organisation på området, bedre vilkår i ansættelsen på nogle punkter end udenforstående. Såfremt det fremgår, at udenforstående ikke er omfattet af overenskomsten, vil arbejdsgiveren ikke være forpligtet over for disse. En overenskomst, der udtrykkeligt forbeholder sig til medlemmer af en faglig organisation, kaldes en medlemsoverenskomst. I medlemsoverenskomsten kan arbejdsgiveren fastsætte løn- og arbejdsvilkår, der stiller den udenforstående dårligere end organisationens medlemmer. Dette skyldes, at udenforstående ikke vil være beskyttet af overenskomstens mindstevilkår.⁵⁵

Arbejdstagerens hovedforpligtelse består i at udføre sit arbejde på de i overenskomsten fastsatte vilkår i overenskomstens løbetid. Dog er den kollektive overenskomst ikke en hindring for arbejdstageren i at aftale bedre løn- og arbejdsvilkår.⁵⁶

6.2 Løn- og arbejdsvilkår for fleksjobbere

Førend der bliver taget stilling til, om ansættelsen i fleksjob er omfattet af et kollektivt overenskomstområde, skal der først i processen tages stilling til fleksjobberens arbejdsevne. Denne vurdering bliver foretaget af jobcenteret inden etableringen af fleksjobbet og danner grundlag for arbejdsgiverens og fleksjobberens forhandling af løn- og arbejdsvilkår i ansættelsen, jf. BIL § 122, stk. 2. Selve fremgangsmåden hertil vedrørende denne vurdering foretaget af jobcenteret vil specialet ikke behandle yderligere.

For de fleksjobbere, hvis ansættelse bliver etableret på et overenskomstdækket område, bliver løn og øvrige arbejdsvilkår som udgangspunkt fastsat efter den kollektive overenskomst, lokalaftaler m.fl., jf. BIL § 122, stk. 3. Med øvrige arbejdsvilkår menes der eksempelvis opsigelsesvarsler, arbejdstidens placering, ferie, pension, barsel m.v., der skal gælde for arbejdsforholdet. I de tilfælde, hvor den kollektive overenskomsts bestemmelser hverken regulerer eller ikke kan regulere fleksjobberens løn og arbejdsvilkår i henhold til BIL § 122, stk. 1, vil overenskomstens bestemmelser kunne fraviges med hjemmel i BIL § 122, stk. 3. Formålet med denne bestemmelse er, at alene der, hvor det er nødvendigt, skal overenskomsten kunne fraviges for, at aflønningen af fleksjobberen svarer til dennes arbejdsevne. Det vil stride

⁵⁵ Kristiansen, Jens. Den Kollektive Arbejdsret. 3. Udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 212-213

⁵⁶ Kristiansen, Jens, Den Kollektive Arbejdsret, 3. Udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 210

mod formålet, såfremt der bliver aftalt andre ringere vilkår med den begrundelse, at der er tale om et fleksjob. Af samme grund er det ligeledes ikke tilladt, at arbejdsgiveren aftaler ringere vilkår for fleksjobbere, hvad angår overenskomstens andre almindelige bestemmelser såsom løn under sygdom, pension eller ferie. Fokusset med bestemmelsen er alene at kunne indgå i aftaler om nødvendige fravigelser, så lønnen afspejler fleksjobberens nedsatte arbejdsevne. BIL § 122, stk. 3 regulerer dermed ikke, hvilken løn fleksjobberen skal have. Lønnen afgøres alene ud fra overenskomstens bestemmelser herom.⁵⁷

Efter den gamle fleksjobordning fulgte det af LAB § 72, at fastsættelse af løn- og arbejdsvilkår skulle ske i samarbejde med den overenskomstbærende organisation. Dette er ikke længere gældende i BIL § 122, stk. 3. Her følger det i stedet, at den overenskomstbærende organisation eller jobcenteret kan modtage en kopi af den indgåede ansættelsesaftale, hvis fleksjobberen samtykker til dette. Dette kom eksempelvis som tidligere anført til udtryk i Ankestyrelsens principafgørelse 98-15, hvor der blev taget stilling til, hvorvidt en kommune kunne kræve en kopi af en virksomheds ansættelsesaftale med en person i fleksjob som en forudsætning for at etablere et fleksjob. Ankestyrelsens Beskæftigelsesudvalg kom her frem til, at det ikke var muligt for kommunen at betinge etableringen af et fleksjob af, at kommunen skulle modtage en kopi af ansættelsesaftalen.

For fleksjobbere, hvis ansættelse ikke er etableret på et område dækket af en overenskomst, reguleres løn og arbejdsvilkår af en aftale mellem den fleksjobansatte og arbejdsgiveren, jf. BIL § 122, stk. 4. Såfremt der findes en sammenlignelig overenskomst på området, skal parterne ved aftaletidspunktet tage udgangspunkt i dennes bestemmelser om løn og arbejdsvilkår. Det medfører dermed ikke, at parterne udtrykkeligt skal følge alle bestemmelserne i overenskomsten, idet der her er en større frihed til at aftale fravigelser foruden løn og arbejdstid. Her gælder det ligeledes, at i tilfælde af, at der tages udgangspunkt i en sammenlignelig overenskomst, vil den overenskomstbærende organisation med samtykke fra fleksjobberen kunne modtage en kopi af den indgåede ansættelsesaftale. Anderledes forholdt det sig efter den gamle fleksjobordning, hvor den dagældende LAB § 72, stk. 1 anførte, at på ikke-overenskomstdækkede områder skulle den sammenlignelige overenskomst finde anvendelse, medmindre den åbnede for fravigelser.⁵⁸ LAB § 72, stk. 1 fastslog desuden, at

⁵⁷ Beskæftigelsesministeriets vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v. punkt 8.4

⁵⁸ Klausen, John. *Fleksjob*, 1. Udgave, 2007, Nyt Juridisk Forlag, s. 80

forhandlingerne om løn- og arbejdsvilkår skulle ske i samarbejde med de faglige organisationer, hvorimod dette ikke er et krav efter den nye fleksjobordning.

Det gælder både for BIL § 122, stk. 3 og 4, at fravigelserne skal udarbejdes uden, at der sker forskelsbehandling af fleksjobbere.⁵⁹

Skulle der opstå tvister i forlængelse af BIL § 122, stk. 3, skal disse som udgangspunkt afgøres ved fagretlig behandling og endeligt ved Arbejdsretten. Her vil fleksjobberen ikke være part i sagen, men lønmodtagerorganisationen vil i stedet være part. Arbejdsretslovens⁶⁰ § 11, stk. 2 foreskriver dog, at i de tilfælde, hvor lønmodtagerorganisationen ikke vil indlede den fagretlige behandling, kan fleksjobberen selv anlægge en sag ved de almindelige domstole.⁶¹ Såfremt der er tale om fortolkning af individuelle ansættelseskontrakter vil de almindelige domstole have kompetence til at behandle dem.⁶²

I de tilfælde, hvor der vil opstå tvister med udgangspunkt i BIL § 122, stk. 4, afgøres disse ligeledes ved fagretlig behandling og endeligt ved Arbejdsretten. ARL § 11, stk. 2 finder ligeledes anvendelse i denne henseende. Hertil er det relevant at anføre, at det svarer til, at arbejdsgiveren har tiltrådt hele den sammenlignelige overenskomst, hvis aftalen omkring løn- og øvrige arbejdsvilkår er sket efter den sammenlignelige overenskomst.⁶³

Der vil i det følgende afsnit ved anvendelse af ovenstående blive analyseret domspraksis og relevante afgørelser for dermed at belyse gældende ret omkring betingelserne for fleksjobberens løn og arbejdsvilkår under ansættelsesforløbet.

U.2018.1904 V - Den nye fleksjobordning

I U.2018.1904 V illustreres den lønmæssige problematik for personer i fleksjob vedrørende overgangen fra den gamle fleksjobordning til den nye fleksjobordning. Dommen omhandler, hvorvidt kommunen var erstatningsansvarlig for en for sen arbejdsprøvning af fleksjobberen. Problematikkerne omkring arbejdsprøvningen vil der ikke blive fokuseret nærmere på i nærværende analyse. Dommens anbringender belyser dog, hvilke lønmæssige

⁵⁹ Beskæftigelsesministeriets Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v. punkt 8.4.1 og 8.5

⁶⁰ Fremover forkortet ARL

⁶¹ Beskæftigelsesministeriets Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v. punkt 8.4.2

⁶² Nielsen, Ruth, Dansk Arbejdsret, 3. Udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 273

⁶³ Beskæftigelsesministeriets Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v. punkt 8.5.1

problemstillinger det kan medføre for fleksjobberen at være visiteret efter den nye fleksjobordning i stedet for den gamle fleksjobordning.

Den pågældende sag omhandler en kvinde, som blev langtidssygemeldt i 2009 grundet en skade i sit ene håndled. I 2011 blev det afgjort, at kvinden skulle arbejdsprøves for at afklare omfanget af hendes arbejdsevne samt begrænsninger i forbindelse med denne. Herefter blev der dog ikke iværksat arbejdsprøvning for kvinden, hvilket medførte, at hun først i 2014 blev visiteret til fleksjob med start primo 2015. Problemstillingen gik på, at der i den mellemliggende periode mellem arbejdsprøvning i 2011 og visitationen i 2014 var sket en overgang fra den gamle fleksjobordning til den nye fleksjobordning i 2013. Kvinden blev derfor ved visitationen ansat efter den nye fleksjobordning. Sagsøger argumenterer i denne forbindelse for, at kvinden burde være blevet ansat efter den gamle fleksjobordning eftersom kommunen burde have iværksat kvindens arbejdsprøvning inden overgangen til den nye fleksjobordning. På baggrund af dette, havde kvinden lidt et tab, da hendes lønmæssige situation havde set anderledes ud, hvis hun var omfattet af den gamle fleksjobordning. Efter den gamle fleksjobordning ville kvinden være berettiget til en fuldtidsløn i modsætning til den nye fleksjobordning, hvor hun her blot ville være berettiget til løn for de faktiske udførte timer samt løntilskud.

Vestre Landsret afgjorde i det konkrete tilfælde, at sagsøgte var erstatningsansvarlig for kvindens tab i form af kvindens mindre lønindtægt. Dette var tilfældet, da kommunen, ved sin behandling af kvindens sag med en varighed på over 3 år, kunne have afværget tabet.

U.2018.1904 V illustrerer, at der er en lønmæssig forskel mellem personer i fleksjob, der er visiteret efter den gamle fleksjobordning sammenlignet med ansatte visiteret til fleksjob efter den nye fleksjobordning. Her vil en person ansat efter den gamle fleksjobordning have en højere lønindtægt for fleksjobbet end en fleksjobber omfattet af den nye fleksjobordning. Dette kommer til udtryk ved, at en person i fleksjob efter den gamle fleksjobordning lønnes efter en almindelig fuldtidsløn. Personer omfattet af den nye fleksjobordning lønnes derimod ud fra vedkommendes faktiske arbejdstimer med et dertilhørende flekslønstilskud. Dog bør det bemærkes, at lønforskellen mellem den gamle og den nye fleksjobordning blot er et isoleret fokus i analysen, hvorfor dommens resultat var afhængig af flere elementer som eksempelvis sygedagpenge, der førte frem til Landsrettens afgørelse. Specialet vurderer, at ovenstående sondring mellem den gamle fleksjobordning og den nye fleksjobordning må antages at være udfaset, eftersom visitering til den gamle fleksjobordning i 2020 ikke længere er mulig.

U 2011.831 H - Den gamle fleksjobordning

Der blev i U 2011.831 H taget stilling til, hvilke krav der skal til for at fravige en sammenlignelig overenskomst gennem en individuel ansættelsesaftale efter den gamle fleksjobordning i henhold til den dagældende LAB § 72.

Sagens omstændigheder omhandlede en fleksjobber, som siden 2005 havde været ansat hos Jysk Vikarservice. Selve ansættelsen var i en ikke-overenskomstdækket virksomhed. Spørgsmålet var her, om fleksjobberen havde krav på feriefridage efter den sammenlignelige overenskomst mellem Dansk Handel og Service og HK/Handel, HK/Privat. Af overenskomstens § 12, fremgik det, at:

”(...) medarbejdere, der har været beskæftiget i virksomheden uafbrudt i 9 måneder, er berettiget til 5 feriefridage.”

Der blev indgået en ansættelsesaftale mellem fleksjobberen og direktøren for Jysk Vikarservice⁶⁴ på et skema udarbejdet af Dansk Handel og Service. Ansættelsesaftalen indeholdt et afsnit som regulerede overenskomstforhold, hvor der blev angivet, at ansættelsesforholdet ikke var omfattet af en kollektiv overenskomst. I korrespondancen mellem Fredericia Kommune og direktøren for JV havde Fredericia Kommune angivet til JV, at aflønningen af fleksjobberen fulgte den gældende overenskomst med HK. Yderligere fremgik det af Fredericia Kommunes sagsakter i forbindelse med både etableringen af fleksjob og i afskedigelsen henvisninger til *“gældende overenskomst med HK”*. HK, som repræsenterede fleksjobberen, argumenterede for, at det fremgik af forarbejderne til LAB, at fleksjobansatte havde krav på overenskomstmæssige vilkår. Disse vilkår ville kun kunne fraviges, hvis overenskomsten havde hjemmel til dette, eller hvis overenskomstparterne var enige om at fravige overenskomsten. DI, som repræsenterede JV argumenterede for, at LAB foreskrev, at lønnen og de øvrige arbejdsvilkår som udgangspunkt skulle fastsættes efter de kollektive overenskomster. Det ville dermed være muligt at fravige overenskomsten, eftersom denne blot var udgangspunktet. DI anførte ydermere, at fleksjobbevillingens henvisninger til overenskomsten ikke skulle lægges til grund, idet den konkrete aftale var indgået mellem Fredericia Kommune og fleksjobberen. JV anså derfor ikke sig selv som værende part i aftalen.

⁶⁴ Fremover forkortet JV

Af samme grund støttede JV derfor sin ret på ansættelsesaftalen, som regulerede forholdet mellem fleksjobberen og JV, hvor JV var part.

Sø- og Handelsretten lagde i sine bemærkninger vægt på ansættelsesaftalen mellem JV og fleksjobberen. Det skyldtes, at Sø- og Handelsretten lagde til grund, at LAB § 72, stk. 1 ikke skulle hindre, at ansættelsesaftaler blev indgået på andre vilkår, end hvis virksomheden havde været omfattet af en overenskomst. Sø- og Handelsrettens konklusion blev derfor, at parterne med ansættelsesaftalen havde fraveget udgangspunktet i LAB § 72, stk. 1, hvorfor fleksjobberen ikke havde krav på feriefridage efter overenskomsten mellem Dansk Handel og Service og HK/Handel, HK/Privat. Henvisningerne til HK's overenskomst i kommunens bevilling og i dennes aktindsigt kunne ikke ændre resultatet.

Højesteret fortolkede modsætningsvist forarbejderne som, at overenskomstens bestemmelser kun kunne fraviges ved aftale mellem det konkrete ansættelsesforholds parter, i det omfang overenskomsten tillod det. Højesteret konkluderede, at § 12 i overenskomsten mellem Dansk Handel og Service og HK/Handel, HK/Privat omkring feriedage ikke åbnede op for, at denne bestemmelse kunne fraviges. På baggrund af dette afgjorde Højesteret derfor, at det ikke var gyldigt, at JV og fleksjobberen i ansættelsesaftalen havde aftalt at fravige LAB § 72, stk. 1. Flexjobberen havde dermed krav på 5 feriefridage.

Det kan derfor udledes af dommen, at udgangspunktet i LAB § 72, stk. 1 kun kan fraviges, hvis der fremgår en udtrykkelig hjemmel i overenskomsten. Hvis ikke dette forekommer, vil den individuelle aftale mellem fleksjobberen og arbejdsgiveren blive tilsidesat af domstolene. Ydermere kan det udledes, at personer i fleksjob skal stilles tilsvarende en person i samme stilling, hvis en sammenlignelig overenskomst på området er gældende. Dette er et udtryk for den gamle fleksjobordning, som var gældende i 2011, hvor afgørelsen blev truffet af Højesteret. I tilfælde af at en tilsvarende dom skulle afgøres i 2020 efter den nye fleksjobordnings regler, ville det dog være sandsynligt, at denne ikke havde fået samme udfald. Her fremgår det af BIL § 122, stk. 4, at vilkårene for ansættelser på ikke-overenskomstdækkede områder aftales mellem arbejdsgiver og arbejdstager og skal tage udgangspunkt i en sammenlignelig overenskomst. I modsætning til ansættelser efter den gamle fleksjobordning er det dermed ikke et krav, at ansættelsesaftaler i disse tilfælde skal efterleve samtlige dele af overenskomsten på sammenlignelige områder. Det vil altså være muligt for arbejdsgiveren og arbejdstageren at aftale fravigelser til denne. I den konkrete dom vil det have den betydning, at Jysk Vikarservice ikke vil være bundet af, at der skal fremgå en udtrykkelig hjemmel i den sammenlignelige overenskomst, før denne kan indgå en aftale om fravigelser. Hvis den konkrete dom blev afgjort i 2020 efter den nye fleksjobordning, vurderer specialet, at aftalen

mellem Jysk Vikarservice og fleksjobbereren som udgangspunkt ville være gyldig, og at personen i fleksjob derfor ikke ville have krav på 5 feriefri fridage.

U 2018.3329 V - Den gamle fleksjobordning

Der blev i U 2018.3329 V taget stilling til, hvorvidt en fleksjobber har krav på pensionsindbetalinger af sin løn, selvom denne ligeledes modtog udbetalinger fra sin pensionsordning.

Sagens omstændigheder omhandlede en kvinde, som havde været ansat som juridisk konsulent siden 1987. Der blev i 2006 indgået en ny ansættelseskontrakt, hvoraf det fremgik, at kvinden modtog et pensionsbidrag på 16,9 % af sin løn, og at ansættelsen var i henhold til gældende overenskomst for akademikere ansat i kommuner indgået mellem Kommunernes Landsorganisation⁶⁵ og Danmarks Jurist og Økonomforbund⁶⁶. Efter et færdsselsuheld blev kvinden ansat i samme stilling i 2008, dog i et fleksjob på 15 timer om ugen, hvor kommunen ydede et tilskud på 2/3. Ansættelsesaftalen fulgte dermed reglerne i den gamle fleksjobordning. Fleksjobbet blev etableret i henhold til Rammeaftale om det sociale, kapitel 4, og gældende overenskomst for jurister og økonomer indgået mellem KL og DJØF. Derudover blev ansættelsesvilkårene for kvinden ikke yderligere ændret. I 2009 tilkendte Juristernes og Økonomernes Pensionskasse (JØP) kvinden invalidepension regnet fra den 1. august 2008. Kommunen kontaktede herefter i 2012 kvinden, idet hun modtog både invalidepension og pensionstillæg. Dette medførte i 2013, at kommunen ændrede vilkårene for ansættelsen ved hjælp af et tillæg, således at ansættelsen ikke længere fulgte overenskomsten, men i stedet havde en individuel virkning uden bestemmelser om pension.

Parterne var enige om, at kvinden ikke længere var omfattet af overenskomsten på området, eftersom hun havde modtaget udbetalinger af invalidepensionen fra JØP, jf. overenskomstens § 1, stk. 2, nr. 3. Akademikerne, som repræsenterede kvinden, støttede kravet på ansættelsesaftalen vedrørende fleksjob fra 2008, hvoraf fremgik, at ansættelsesvilkårene skulle forblive uændret fra ansættelseskontrakten fra 2006. Det fremgik ikke af ansættelsesaftalerne, at det var en betingelse, at hun var omfattet af overenskomsten for at få udbetalt pension. Derudover argumenterede Akademikerne for, at tillægget til ansættelsen ikke var i overensstemmelse med LAB § 72, stk. 1, eftersom at fleksjobbere skulle ansættes på sammenlignelige vilkår. Parterne var enige om, at den sammenlignelige overenskomst var:

⁶⁵ Fremover forkortet som KL

⁶⁶ Fremover forkortet som DJØF

'Overenskomst for akademikere ansat i kommuner'. I overenskomstens bestemmelse om pension, § 15, var der ikke mulighed for, at parterne i et ansættelsesforhold individuelt kunne aftale, at den ansatte ikke skulle have pension, medmindre denne var fyldt 70.

Kommunen argumenterede for, at det udstedte tillæg til kvindens ansættelseskontrakt, var gyldigt og ikke stred imod LAB § 72. I denne relation henviste kommunen til, at der af AC-overenskomstens § 1, stk. 2, nr. 3 fremgik følgende:

"(...) at overenskomsten ikke dækker personer, der oppebærer invalidepension fra deres arbejdsgiverbetalte alderspension."

Kommunens argument var dermed, at vilkårene kunne aftales individuelt, eftersom kvinden ikke var omfattet af overenskomsten. Ydermere ville det ikke stride mod LAB § 72 at aftale, at kvinden ikke skulle oppebære pensionsbidrag, da det fremgik af JØP's pensionsregulativer § 4, at en person, som modtager invalidepension, opnår bidragsfritagelse. På denne baggrund ville kvinden derfor være fritaget for at bidrage til pensionsordningen samtidig med, at hun fortsat ville være omfattet af goderne i pensionsordningen. Hvis kvinden kunne støtte ret på sit krav, ville det resultere i, at hun både ville modtage invalidepension og samtidig være fritaget for at bidrage til JØP. Herudover ville kvinden fortsætte med at modtage de sædvanlige pensionsbidrag. Eftersom det ikke var hjemlet i den kollektive overenskomst, anførte kommunen, at den havde været berettiget til at ændre og lovliggøre ansættelsesvilkårene, hvorfor det ikke skulle varsles med det individuelle opsigelsesvarsel. Desuden argumenterede kommunen for, at kvinden var stillet mindst lige så godt, som vilkårene i den gældende overenskomst gav mulighed for. Endeligt refererede kommunen til Højesterets afgørelse U 2011.831 H, hvor Højesteret fastslog, at der kan ske en fravigelse af overenskomstens bestemmelser, herunder pension, såfremt den åbner op for dette. Kommunen anførte, at dette dermed var en mulighed i forbindelse med overenskomstens § 1, stk. 2, nr. 3.

Byretten lagde i sine bemærkninger vægt på tidspunktet, hvor kvinden blev bevilget invalidepension. Dette resulterede i, at kvinden ikke længere var omfattet af overenskomsten, da bevillingen til invalidepension var en så væsentlig ændring i ansættelsesforholdet, at kommunen var berettiget til at ændre ansættelsesvilkårene, så længe disse ikke stred imod LAB. Det blev fastlagt, at AC-overenskomsten var den sammenlignelige overenskomst for kvinden, hvori det fremgik, at der skulle indbetales pensionsbidrag til den relevante pensionskasse. Byretten fortolkede dette vilkår som tiltænkt anvendt på en ordinær ansættelse,

hvorfor det ikke ville omfatte situationen, hvor et medlem samtidig fra samme pensionskasse modtog invalidepension, selvom denne var fritaget for bidragspligt hertil. Byretten fandt derfor denne situation stridende imod forudsætningerne og baggrunden for ordningen med henvisning til sagsøgtes argumenter. Som følge af disse bemærkninger konkluderede Byretten, at kommunens tillæg til fleksjobberens ansættelseskontrakt ikke var i strid med LAB § 72.

Landsretten anførte i henhold til LAB § 72, at det faktum, at fleksjobberen modtog invalidepension i strid med overenskomsten, var nok til, at hun ikke var direkte omfattet. Dog bemærker Landsretten, at hendes ret til pensionsindbetalinger først vil bortfalde i det tilfælde, hvor enten overenskomsten eller Rammeaftalen tillader det, og denne tilladelse rent faktisk er blevet anvendt af begge parter i fællesskab. Landsretten bemærkede ligeledes, at AC-overenskomstens § 1, stk. 2, nr. 3 alene vedrørte, om forholdet var omfattet af AC-overenskomsten. Hertil tillagde Landsretten, at bestemmelsen derimod ikke var tilstrækkelig hjemmel til at fravige AC-overenskomstens regler og udgangspunktet i LAB § 72. Ydermere havde kommunen ikke forsøgt at forhandle en fravigelse med fleksjobberens repræsentant, hvorfor kommunen ensidigt havde valgt at ændre kvindens ansættelsesvilkår. Da der herved ikke fremgik nogen mulighed for at fravige den kollektive overenskomst i selve overenskomsten eller ved hjælp af forhandling mellem overenskomstparterne, var fleksjobberen derfor berettiget til at modtage invalidepension samtidig med, at kommunen indbetalte pensionsbidrag.

Ovenstående dom illustrerer hermed, hvilke krav der stilles til en eventuel fravigelse af en overenskomst. Det faktum, at fleksjobberen handlede i strid med overenskomstens bestemmelser, medførte blot, at fleksjobberen ikke var direkte omfattet heraf, men stadig kunne støtte ret på dennes bestemmelser. Det kan derfor udledes at for at fravige en overenskomsts bestemmelser, skal der fremgå en direkte og klar hjemmel til denne. Hvis ikke denne hjemmel foreligger, eller betingelserne for fravigelsen ikke er opfyldt, vil fleksjobberen stadig være omfattet af overenskomsten. I den konkrete dom fremgik det af Rammeaftalen, at parterne ville kunne aftale fravigelser i forhold til den ansattes ansættelsesvilkår på nær løn. Det kan dermed udledes, at en rammeaftale vil være en mulighed for at fravige en overenskomst alt afhængig af den konkrete situation, idet rammeaftaler i sin funktion kan strække sig over flere overenskomstområder. I den pågældende dom krævede denne fravigelse dog en aftale mellem kommunen og den forhandlingsberettigede organisation. Da kommunen ensidigt havde ændret fleksjobberens ansættelsesvilkår, havde denne ikke levet op til Rammeaftalens opstillede betingelser til en fravigelse af overenskomsten.

Da ovenstående ansættelsesforhold er indgået i 2008, er det som tidligere nævnt den gamle fleksjobordnings regler, der finder anvendelse. Det er i det konkrete tilfælde relevant at diskutere, hvorvidt ovenstående dom ville have fået det samme udfald, hvis fleksjobberens ansættelsesforhold var etableret under den nye fleksjobordning. BIL § 122, stk. 3 vil i dette scenarie være central, da pensionsvilkår, som tidligere anført, går ind under de øvrige ansættelsesvilkår, som bestemmelsen regulerer. I det konkrete tilfælde vurderer specialet, at en tilsvarende dom som udgangspunkt vil få det samme resultat efter den nye fleksjobordning i 2020. Dette skyldes, at BIL § 122, stk. 3 på lige fod med den dagældende LAB § 72 opstiller krav om, at en eventuel fravigelse af den gældende overenskomst skal ske ud fra en udtrykkelig hjemmel heri. Rameaftalen i det pågældende tilfælde åbner for, at parterne ville kunne aftale anderledes vilkår med henblik på pension. Dette forudsætter dog visse betingelser, såsom at forhandlingen omkring dette skal ske med den faglige organisation. I det tilfælde, at arbejdsgiveren ikke opfylder kravet om forhandling, vil eventuelle fravigelser ligeledes være ugyldige. Specialet vurderer derfor, at fleksjobberens vil have krav på at modtage invalidepension samtidig med, at kommunen indbetaler pensionsbidrag.

Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 2500023-10 - Den gamle fleksjobordning

I den konkrete afgørelse behandler Ligebehandlingsnævnet problemstillingen omhandlende, hvorvidt personer ansat i fleksjob har krav på mere end grundlønnen i form af eventuelle tillæg. Desuden tog Ligebehandlingsnævnet stilling til, om fleksjobberens havde krav på lønforhandling på samme vilkår som andre ansatte i den pågældende virksomhed, og om den manglende mulighed for dette ville være forskelsbehandling på grund af handicap.

Sagens omstændigheder tager udgangspunkt i den gamle fleksjobordning og omhandler en kvinde, der i 2004 overgik til et fleksjob i forbindelse med, at hun havde et stærkt nedsat syn efter betændelse i nethinden og synsnerven. Dette blev anset som værende et handicap, der opfyldte kravet til varig og væsentlig nedsat arbejdsevne. Fleksjobberens løn var i det konkrete tilfælde blevet fastsat ved en skriftlig aftale med arbejdsgiveren, og her var der ikke aftalt mulighed for løntillæg ud over grundlønnen. Med henblik på aflønning af fleksjobbere fremgik det dog af den gældende overenskomst på området, at der var mulighed for at kunne yde tillæg til dennes løn. Forhandlingsretten i forbindelse med dette var hos fleksjobberens forbund, hvilket fremgik af den indgåede Rameaftale. Arbejdsgiveren begrundede den manglende lønforhandling, at forbundet ikke havde foreslået en forhandling vedrørende tillæg til lønnen

på vegne af fleksjobbereren. Af samme grund havde arbejdsgiveren ligeledes ikke indkaldt personen i fleksjob til lønforhandling.

Ligebehandlingsnævnet afgjorde på baggrund af parternes bemærkninger, at arbejdsgiveren i det konkrete tilfælde havde forskelsbehandlet fleksjobbereren på baggrund af handicap i forbindelse med aflønningen. Her var det et udslag på forskelsbehandling på baggrund af handicap, at fleksjobbereren igennem hele sin ansættelse hos arbejdsgiveren udelukkende havde fået udbetalt grundlønnen. Dette på trods af at det fremgik af overenskomsten på området, at personer i fleksjob kunne være berettiget til at modtage tillæg til sin grundløn. Desuden kunne det ligeledes kategoriseres som forskelsbehandling på baggrund af handicap, at arbejdsgiveren ikke havde givet personerne ansat i fleksjob mulighed for at forhandle løn på samme vilkår som de øvrige ansatte i virksomheden.

Det, der dermed kan udledes af Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 2500023-10, er, at arbejdsgiveren ikke må forskelsbehandle en person ansat i fleksjob i forbindelse med forhandlingen af lønvilkår, såfremt den kollektive overenskomst har opstillet særlige betingelser for forhandlingen. Her kræves det i stedet, at arbejdsgiveren indkalder fleksjobbere til lønforhandling på samme vilkår som almindeligt ansatte. I forlængelse af dette skal personer ansat i fleksjob ligeledes have mulighed for at forhandle om supplerende tillæg til grundlønnen efter reglerne i den gældende overenskomst.

Ovenstående afgørelse er afgjort efter den gamle fleksjobordning, hvor den gældende overenskomst på området fastsætter vilkårene for, hvad der kan indgås af aftaler mellem arbejdsgiver og arbejdstager. Her vil en person ansat i fleksjob være omfattet af den gældende overenskomst på arbejdsområdet, hvilket har den betydning, at fleksjobbereren har samme retsstilling som ansatte på almindelige vilkår omfattet af samme overenskomst. Personer ansat i fleksjob har dermed samme krav på lønforhandlinger samt forhandling om eventuelle løntillæg. Hvor den kollektive overenskomst opstiller mulighed for forhandling af løn for fleksjobbere, kan det udledes, at arbejdsgiveren vil have en selvstændig pligt til at behandle fleksjobbere på lige vilkår med øvrige ansatte. Dette uanset, at der stilles en betingelse om, at forbundet skulle have indledt forhandlingerne. Opfylder arbejdsgiveren ikke denne forpligtelse, vil dette være et udtryk for forskelsbehandling af personen ansat i fleksjob.

Spørgsmålet er her, om den konkrete sag ville få det samme resultat, hvis den udspillede sig i 2020, og dermed tog udgangspunkt i den nye fleksjobordning. BIL § 122, stk. 3 vil her være central. Som tidligere angivet vil der i ansættelser omfattet af denne kunne ske en fravigelse af den gældende overenskomst, hvis der foreligger udtrykkelig hjemmel i overenskomsten, og at organisationerne har besluttet at foretage fravigelsen. Dog skal en

eventuel fravigelse ske med respekt for FBL. Dette har den betydning, at en arbejdsgiver ikke vil kunne tilsidesætte beskyttelsen i forbindelse med at give personer ansat i fleksjob samme muligheder for lønforhandling som de øvrige ansatte. Specialet vurderer dermed, at det må antages, at den konkrete afgørelse ville få det samme udfald, hvis den blev afgjort i 2020 med afsæt i den nye fleksjobordning.

Delkonklusion

Sammenfattende kan der ud fra de foregående domme og afgørelser udledes omkring fleksjobberens retsstilling under ansættelsen i 2020, at fleksjobbere, der er visiteret efter den gamle fleksjobordning, som udgangspunkt vil have gunstigere lønforhold sammenholdt med fleksjobbere visiteret til et fleksjob efter den nye fleksjobordning. Dette skyldes, at lønnen efter den nye fleksjobordning ikke længere består af en fuldtidsløn, men derimod en aflønning på baggrund af de faktiske arbejdstimer samt et supplerende flekslønstilskud. Specialet konkluderer dog på baggrund af analysen, at problemstillingen om visiteringen ikke vil være aktuel for fleksjobberen i 2020, eftersom det ikke længere er muligt for fleksjobbere at få tilkendt et fleksjob efter den gamle fleksjobordning. Dette skyldes, som tidligere anført under afsnit 3.1, at personer omfattet af den gamle fleksjobordning, som overgår til et nyt fleksjob, vil ved skiftet blive omfattet af den nye fleksjobordning i stedet.

Desuden kan det udledes om fleksjobberens retsstilling, at i de tilfælde hvor fleksjobberen er omfattet af den kollektive overenskomst gældende på området, vil løn- og øvrige arbejdsvilkår som udgangspunkt reguleres i den kollektive overenskomst, jf. BIL § 122, stk. 3. Herefter stilles der udtrykkelige krav til en eventuel fravigelse af overenskomstens bestemmelser. Det kræves i dette tilfælde, at overenskomsten indeholder en direkte og klar hjemmel til fravigelsen, hvis arbejdsgiveren og arbejdstageren skal kunne aftale løn- eller arbejdsvilkår, der adskiller sig fra overenskomstens bestemmelser på området. Her vil arbejdsgiveren ikke kunne forskelsbehandle fleksjobbere i forhold til de øvrige ansatte, på trods af at overenskomsten og/eller den gældende rammeaftale opstiller nogle specifikke krav til fleksjobberens vilkår, og hvordan forhandlingen af disse skal foregå. Dette forudsætter dog, at fleksjobberen er omfattet af beskyttelsen i FBL § 1. Som tidligere anført er der dog mulighed for, at der kan være et tilfælde, hvor en person er ansat i fleksjob, men at vedkommende ikke er omfattet af FBL's beskyttelse.

Med henblik på situationer, hvor fleksjobbereren derimod ikke er omfattet af en kollektiv overenskomst, følger det af BIL § 122, stk. 4, at vilkårene for ansættelsen aftales mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren med udgangspunkt i den sammenlignelige overenskomst på området. Her adskiller den nye fleksjobordnings regler sig fra den gamle fleksjobordning. Dette kommer til udtryk ved, at det efter den nye fleksjobordning ikke kræves af aftalen mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren, at denne efterlever samtlige betingelser opstillet i den sammenlignelige overenskomst. Det er dermed som udgangspunkt frit for parterne at aftale fravigelser af kravene til ansættelsesvilkårene. Dog vil det være en konkret vurdering, hvorvidt en eventuel fravigelse er i strid med FBL, og dermed kan tilsidesættes.

7. Ansættelsens ophør

I det følgende afsnit vil specialet belyse de problemstillinger, der kan opstå ved ansættelsens ophør. Her vil der indledningsvist blive redegjort for de generelle regler inden for ansættelsesretten vedrørende afskedigelsen af en fleksjobber. Dernæst vil specialet ved anvendelse af domspraksis og relevante afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet belyse fleksjobberens retsstilling ved ansættelsens ophør i 2020.

7.1 Afskedigelse

Som beskrevet i afsnit 5 omfatter ledelsesretten flere beføjelser, hvor arbejdsgiveren har kompetence til at tilrettelægge arbejdstagerens arbejde under dennes ansættelse. En anden af disse kompetencer er blandt andet den frie opsigelsesret.⁶⁷

Med den frie opsigelsesret vil arbejdsgiveren som udgangspunkt være berettiget til at hæve ansættelseskontrakten og som følge heraf bortvise arbejdstageren, hvis arbejdstageren eksempelvis har misligholdt ansættelseskontrakten. Dette kan ske så længe misligholdelsen kun vedrører arbejdstagerens forpligtelser og ikke skyldes arbejdsgiverens forhold. Det forudsættes dog som en betingelse, at arbejdstagerens misligholdelse skal være af en vis grovhed for at være væsentlig nok til at hæve ansættelseskontrakten. Dette vil bero på en konkret vurdering. Foruden bortvisning vil arbejdsgiveren også have mulighed for enten at

⁶⁷ Nielsen, Ruth, Dansk Arbejdsret, 3. Udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 202

fritstille eller suspendere arbejdstageren. Ved suspension skal arbejdstageren ikke møde på arbejdspladsen, men dog stadig være til rådighed for arbejdsgiveren. Ved fritstilling har arbejdstageren ikke nogen arbejdsforpligtelse, men vil stadig modtage løn på normalvis. Ovenstående tre sondringer vil specialet ikke gå yderligere i dybden med.⁶⁸ Såfremt arbejdstageren ønsker at hæve ansættelseskontrakten, forudsættes det blot, at arbejdsgiveren væsentlig har misligholdt sine forpligtelser, men specialet vil ikke nærmere gå i dybden med dette.⁶⁹

Den frie opsigelsesret er for arbejdsgiveren dog begrænset, idet der som hovedregel skal foreligge en saglig grund for, at afskedigelsen af arbejdstageren er gyldig. Ruth Nielsen opdeler i Dansk Arbejdsret de saglige grunde i to grupper: Enten i arbejdstagerens forhold eller i virksomhedens forhold. Med arbejdstagerens forhold kan eksempelvis indgå sygdom, manglende samarbejdsvilje eller manglende faglige kvalifikationer. Under virksomhedens forhold vil en reel arbejdsmangel typisk være et eksempel på en saglig begrundelse ved afskedigelse af en medarbejder. I det tilfælde, hvor en arbejdsmangel vil kunne løses med en omplacering af den pågældende medarbejder i virksomheden, vil arbejdsgiveren være forpligtet hertil, før denne tyer til en afskedigelse. Er omplacering derimod ikke en mulig løsning, og arbejdsgiveren derfor vil være nødt til at afskedige en medarbejder, vil det som udgangspunkt stå arbejdsgiveren frit for at vælge, hvem der skal afskediges. Dette bevirker ligeledes, at en arbejdsgiver som udgangspunkt vil kunne afskedige en ældre arbejdstager frem for en yngre, hvis dette kan begrundes i driftsmæssige hensyn. Der kan dog være tilfælde, hvor der særskilt i en kollektiv overenskomst er aftalt nogle særlige hensyn til anciennitet i forbindelse med en afskedigelse. Er dette tilfældet, vil arbejdsgiveren skulle respektere dette i forbindelse med en afskedigelse.⁷⁰

Der er som udgangspunkt en fri afskedigelsesret, medmindre denne er indskrænket ved lov eller aftale. Et relevant eksempel herpå er eksempelvis FBL. Her skal arbejdsgiveren sikre sig, at afskedigelsen ikke begrundes med forhold, der kan relatere sig til FBL § 1, stk 1. Ved overtrædelse heraf vil dette kunne berettige arbejdstageren til en godtgørelse efter jf. FBL § 7. I de tilfælde, hvor fleksjobberne arbejder 8 timer eller derunder ugentligt og som udfører funktionærarbejde, ansættes denne hos arbejdsgiveren på funktionærlignende vilkår jf. BIL § 122, stk. 5. Her følger det af vejledning om fleksjob fra 2019,⁷¹ at fleksjobansatte som arbejder

⁶⁸ Andersen, Lars Svenningsen m.fl., Funktionærret, 5. Udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 712-717

⁶⁹ Nielsen, Ruth, Dansk Arbejdsret, 3. Udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets forlag, s. 598-603

⁷⁰ Nielsen, Ruth, Dansk Arbejdsret, 3. Udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets forlag, s. 611-620

⁷¹ Beskæftigelsesministeriets Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v. punkt 8.6

8 timer eller mindre ligeledes er omfattet af loven uanset, at disse ikke opfylder kravet til antal arbejdstimer. Ved ansættelse på funktionærlignende vilkår vil fleksjobberen stadig være omfattet af FBL's beskyttelse. Flexjobberen vil dog som udgangspunkt også være omfattet af beskyttelsen mod usaglige afskedigelser efter FUL § 2b.

Beskyttelsen mod usaglig afskedigelse gælder i de tilfælde, hvor ansættelsesforholdet bringes til ophør gennem en tilkendegivelse fra arbejdsgiveren, og ikke i de tilfælde, hvor ansættelsen udløber grundet en tids- eller opgavebegrænsning.⁷² En afskedigelse af en medarbejder skal ske med passende varsel som følge af enten lovgivning, den kollektive overenskomst eller ansættelseskontrakten. Derudover er der som hovedregel ingen formkrav.⁷³

Der vil i det følgende afsnit ved anvendelse af ovenstående blive analyseret domspraksis og relevante fra Ligebehandlingsnævnet for dermed at belyse fleksjobberens retsstilling ved ansættelsens ophør i 2020.

Ligebehandlingsnævnets afgørelse, jr. nr. 18-66468 - Den gamle fleksjobordning

Ligebehandlingsnævnets afgørelse, jr. nr. 18-66468 behandler, hvor meget der skal til for, at fleksjobberen har sandsynliggjort, at der foreligger tilstrækkelige faktiske omstændigheder, der kan virke som en forskelsbehandling. Derudover illustrerer afgørelsen, hvilke krav der stilles til arbejdsgiverens bevisbyrde med hensyn til, om der foreligger en usaglig afskedigelse efter FBL.

I den konkrete afgørelse blev en plejehjemsassistent i juli 2008 ansat på et nyt plejehjem. Inden ansættelsen blev vedkommende ramt af to blodpropper i hjernen, hvorfor han blev fuldtidssygemeldt. I 2009 var manden efterfølgende i virksomhedspraktik på plejehjemmet, hvor han grundet hukommelses- og koncentrationsbesvær indgik en aftale om skånebehov. Her bestod skånebehovene af, at mandens arbejdstid blev nedsat, han fik øget tid til at udføre arbejdsopgaver, han fik kendte arbejdsopgaver samt struktur på arbejdsdagen. Manden fik den 1. september 2009 tilkendt et fleksjob med en ugentlig arbejdstid på 20 timer og var dermed omfattet af den gamle fleksjobordning. Af bevillingen fremgik det, at manden havde en administrativ funktion, som indeholdt oprettelse af løn, afmeldinger, lønstyringsansvarlig, vagtplansansvarlig og IT-administrator. Foruden disse skulle manden

⁷² Hasselbalch, Ole m.fl., Lærebog i Ansættelsesret og Personalejura, 6. Udgave, 2019, Djøf Forlag, s. 300

⁷³ Hasselbalch, Ole m.fl., Lærebog i Ansættelsesret og Personalejura, 6. Udgave, 2019, Djøf Forlag, s. 271

også hjælpe til i dagcentret, tage imod gæster og tilse biler. Af et evalueringsskema af den 30. oktober 2010 fremgik det, at der var gensidig tilfredshed mellem parterne og at fleksjobberen klarede sine opgaver fint. Ved en ny evaluering af 20. marts 2011 fremgik det af skemaet, at der fortsat var gensidig tilfredshed. Dog var fleksjobberens arbejdsopgaver ændret fra administrative opgaver til praktiske opgaver, kørsel og aktiviteter, hvilket blev en permanent ordning. I 2016 blev det på et møde besluttet, at nogle medarbejdere skulle afskediges for at reducere udgifter til budgettet. Kriterierne for udvælgelse af medarbejderne var ifølge referatet til mødet faglige kvalifikationer, opgavevaretagelse og personlige kvalifikationer. I forlængelse af dette blev fleksjobberen informeret om afskedigelsen. Begrundelsen herfor var budgettilpasningen og dermed ikke utilfredshed med fleksjobberens opgavevaretagelse. Flexjobberen gjorde senere gældende, at der tæt på tidspunktet for afskedigelsen var planer om at ansætte en medarbejder i seniorjob med samme funktion, som fleksjobberen havde. Flexjobberen blev afskediget ved brev af 31. marts 2016. Plejehjemmet forklarede, at udover kørsel ville den nye medarbejder også skulle lave forfaldent arbejde, herunder sætte varer på plads samt medvirke til at pakke dødsboer ned. Flexjobberens faglige organisation anførte, at fleksjobberen var omfattet af FBL's beskyttelse grundet sin varige funktionsnedsættelse, samt at fleksjobberens arbejdsopgaver overlappede med den nyansatte medarbejders opgaver samt kravet om merbeskæftigelse.

Indledende bemærkede Ligebehandlingsnævnet i den pågældende sag, at fleksjobberen ved afskedigelsen var omfattet af FBL's handicapbegreb. Dette henset til, at fleksjobberen siden virksomhedspraktikken havde haft behov for skånebehov i sin fortsatte ansættelse, samt at han fandt de administrative opgaver stressende. Som en løsning herpå var han blevet tildelt andre arbejdsopgaver. Arbejdsgiveren havde med henvisning til kriterierne udarbejdet en individuel vurdering af fleksjobberen. Her anførte arbejdsgiveren, at fleksjobberen havde trukket sig fra alle faglige opgaver og diskussioner, at han var blevet mere fysisk træt gennem årene, og at han kun udførte stillesiddende arbejde med en beboer ad gangen. Samtidig indgik også fleksjobberens arbejdskapacitet, omstillingsevne og evne til at overskue opgaver i dennes individuelle vurdering. Ligebehandlingsnævnet fandt her med henvisning til denne individuelle vurdering af fleksjobberen, at fleksjobberen havde påvist faktiske omstændigheder, som gav anledning til at formode, at han var blevet forskelsbehandlet på grund af sit handicap. Det var derfor op til arbejdsgiveren at bevise, at dette ikke var tilfældet. I det tilfælde, at arbejdsgiveren kunne bevise, at tilpasningsforpligtelsen var opfyldt, ville der ikke foreligge en forskelsbehandling i strid med FBL. Det fremgik i sagen, at arbejdsgiveren gennem ansættelsen havde foretaget løbende tilpasninger af fleksjobberens arbejdsopgaver, men at der ikke var

givet udtryk for utilfredshed med fleksjobberens ansættelse. Ligebehandlingsnævnet fandt, at der ikke var tilstrækkelig dokumentation for arbejdsgiverens utilfredshed med fleksjobberen samt arbejdsgiverens behov for yderligere tilpasninger. Idet arbejdsgiveren ikke kunne bevise, at fleksjobberen på afskedigelsestidspunktet ikke var kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i stillingen, var afskedigelsen ikke sagligt begrundet.

Det kan derfor udledes af Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 18-66468, at det påhviler arbejdsgiveren at dokumentere, at tilpasningsforpligtelsen er opfyldt. Desuden skal arbejdsgiveren påvise en utilfredshed med den ansatte. Her vil eksempelvis advarsler, samtalerreferater eller tidligere evalueringsskemaer, som der henvises til i den konkrete afgørelse, kunne indgå som dokumentation af en eventuel utilfredshed med den ansatte. Tilsvarende vil dokumenter, der udtrykker tilfredshed med fleksjobberen komme arbejdsgiveren til skade. Med henblik på tilpasningsforpligtelsen kan arbejdsgiveren have forsøgt foranstaltninger, der kunne lette arbejdsbyrden for personen omfattet af FBL's handicapbegreb, uden at dette vil være tilstrækkeligt til, at tilpasningsforpligtelsen anses for værende opfyldt. I den pågældende afgørelse er dette illustreret ved, at arbejdsgiveren havde forsøgt etablering af skånehensyn samt løbende tilpasninger af fleksjobberens arbejdsopgaver. Dette var dog ikke tilstrækkeligt, eftersom der med udgangspunkt i evalueringsskemaerne ikke forelå indikationer på, at disse tilpasninger var nødvendige. Den pågældende afgørelse er som tidligere anført et eksempel på den gamle fleksjobordning, og hvilke krav denne stiller til tilpasningsforpligtelsen. FBL § 2a har ikke fået foretaget indholdsmæssige ændringer med henblik på tilpasningsforpligtelsen siden den nye fleksjobordnings indførelse, hvorfor kravene, der stilles til arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse, ligeledes ikke har ændret sig. Skulle den konkrete afgørelse afgøres efter den nye fleksjobordning, vurderer specialet dermed, at denne ville få det samme udfald.

Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 18-58297 - Den nye fleksjobordning

Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 18-58297 behandler sagligheden af en afskedigelse af en fleksjobber, samt hvilke krav der stilles til arbejdsgiverens ageren inden afskedigelsen. Afgørelsen illustrerer ligeledes, hvornår fleksjobberens kompetencer ikke er tilstrækkelige for at kunne varetage det pågældende arbejde.

I den konkrete sag havde en servicemedarbejder ansat i fleksjob en kronisk rygglidelse samt en skulderlidelse, som gjorde, at en ansættelse på almindelige vilkår ikke ville være mulig. Manden var ansat efter den nye fleksjobordning. Arbejdsopgaverne for fleksjobberen bestod i

renholdelse, reparation- og montagearbejde samt vedligeholdelse af arbejdsgivers bygninger og andre forefaldende opgaver. Tvisten i sagen opstod ved, at arbejdsgiver forflyttede fleksjobberen til en anden bygning i forbindelse med samarbejdsproblemer med den tekniske serviceleder på det oprindelige arbejdssted. Arbejdsopgaverne ville i den nye bygning være sammenlignelige med fleksjobberens oprindelige arbejdsopgaver. Det nye arbejdssted var dog beliggende i en bygning med tre etager og mange trapper, hvilket ikke stemte overens med fleksjobberens helbredsmæssige tilstand. Løbende havde der i forbindelse med dette været samtaler mellem arbejdsgiveren og fleksjobberen vedrørende denne problemstilling, og arbejdsgiveren havde i denne forbindelse forsøgt at omplacere fleksjobberen til andre fleksjob i kommunen. Dette var dog ikke muligt, hvorfor arbejdsgiveren opsagde fleksjobberen med henvisning til, at fleksjobberens helbredsmæssige tilstand ikke kunne forenes med de arbejdsmæssige vilkår på arbejdspladsen.

Ligebehandlingsnævnet bemærkede i den pågældende sag, at der var tale om en afskedigelse af fleksjobberen, som havde karakter af at være begrundet i fleksjobberens handicap. Af denne grund var det relevant at undersøge arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse, jf. FBL § 2a. Ligebehandlingsnævnet anførte, at tilpasningsforpligtelsen skal foretages, hvor det vil være hensigtsmæssigt for at give en person med et handicap mulighed for beskæftigelse. Dette krævede dog, at der var tale om en foranstaltning, der ikke indebar, at arbejdsgiveren blev udsat for en uforholdsmæssigt stor byrde, som ikke i tilstrækkeligt omfang kunne støttes ved offentlige foranstaltninger. I den konkrete situation ville det tilføre arbejdsgiveren en uforholdsmæssigt stor byrde at skulle tilpasse arbejdspladsen ved den nye bygning for at tilgodese fleksjobberens handicap samt muliggøre hans beskæftigelse på arbejdsstedet. Dette kom til udtryk ved, at arbejdsgiveren ikke ville kunne foretage foranstaltninger, der ville ændre, at arbejdsstedet var beliggende på ujævnt terræn samt en ændring i forbindelse med de mange trapper i bygningerne ville udgøre en uforholdsmæssigt stor byrde. I forbindelse med arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse behandlede Ligebehandlingsnævnet ligeledes spørgsmålet vedrørende en eventuel omplacering. Arbejdsgiverens forsøg på omplacering af fleksjobberen blev vurderet til at være tilstrækkeligt for at have opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Slutteligt vurderede Ligebehandlingsnævnet, at arbejdsopgaverne fra fleksjobberens første arbejdssted og andet arbejdssted var sammenlignelige på trods af bygningernes indretningsmæssige forskel. Af denne grund medførte fleksjobberens helbredsmæssige tilstand, at han ikke længere var kompetent, egnet og disponibel til at udføre væsentlige funktioner i sin stilling. Der kunne dermed ikke kræves, at fleksjobberen fortsat

skulle have ansættelse, hvorfor afskedigelsen af fleksjobberen blev vurderet til at være sagligt begrundet.

Det kan derfor udledes af Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 18-58297, at der stilles visse krav til arbejdsgiveren, før afskedigelsen af en person med et handicap kan kategoriseres som værende saglig. Herunder hører også personer ansat i fleksjob, der er omfattet af FBL's handicapbegreb. Her kræves det, at arbejdsgiveren opfylder sin tilpasningsforpligtelse, hvor det forudsættes, at arbejdsgiveren forsøger at muliggøre en ansættelse af en arbejdstager med et handicap. Tilpasningsforpligtelsen har dog undtagelser i tilfælde, hvor det må anses for værende en uforholdsmæssigt stor byrde for arbejdsgiveren at foretage konkrete foranstaltninger. I den konkrete afgørelse kom dette til udtryk ved, at det ville pålægge arbejdsgiveren en uforholdsmæssigt stor byrde at foretage foranstaltninger, som ville muliggøre, at en person med en kronisk ryglidelse ville kunne bevæge sig op og ned i en bygning på tre etager. Under tilpasningsforpligtelsen hører desuden ændring af arbejdsopgaver samt omplacering. Den pågældende afgørelse illustrerer, at løbende samtaler med henblik på at afklare, hvad personen i fleksjob har kunnet varetage af arbejdsopgaver samt arbejdsgiverens forsøg på omplacering vil være tilstrækkeligt for at have opfyldt tilpasningsforpligtelsen. Udover kravene til arbejdsgiverens ageren vil der i forbindelse med en afskedigelse ligeledes stilles krav til arbejdstagerens arbejdsevne for at afgøre afskedigelsens saglighed. Her kræves det, at en person omfattet af FBLs handicapbegreb er kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentlige funktioner i den pågældende stilling. Hvis personen ansat i fleksjob ikke besidder disse kompetencer vil en afskedigelse være saglig. En person, der eksempelvis grundet sin kroniske ryglidelse ikke kan udføre arbejde, hvor denne skal bevæge sig op og ned af trapper, vil derfor ikke kunne anses som værende kompetent, egnet og disponibel i forhold til en stilling, hvor dette er nødvendigt. En afskedigelse af denne vil dermed kunne kategoriseres som værende saglig.

Ligebehandlingsnævnets afgørelse, jr. nr. 2017-6810-34074 - Den gamle fleksjobordning

Den pågældende afgørelse behandler sondringen mellem direkte og indirekte diskrimination i forhold til, om et kriterium for udvælgelse betinget af ansættelse på 'fuld tid' var tilstrækkeligt til at udgøre en forskelsbehandling i forbindelse med en afskedigelse.

I den konkrete afgørelse var en skolevejleder ansat i et fleksjob med en arbejdstid på 18 timer om ugen som følge af et handicap grundet en skulderlidelse efter den gamle

fleksjobordning. Der fremgik af fleksjobaftalen nogle skånehensyn med henblik på tunge løft, og at fleksjobbereren skulle have mulighed for at skifte mellem siddende, gående og stående arbejde og varetage opgaverne i eget tempo. På et bestyrelsesmøde i 2017 besluttede arbejdsgiveren at opsigte en række medarbejdere af økonomiske årsager. Her var fleksjobbereren en af de otte, som blev opsagt. Fleksjobbereren var den eneste af fire vejledere, som blev opsagt, der ikke arbejdede i en fuldtidsstilling. Arbejdsgiveren anførte i begrundelsen, at den efterfølgende strategi for vejledningsfunktionerne på arbejdspladsen ikke muliggjorde en deltidsstilling, hvorfor fleksjobbereren blev opsagt.

Indledningsvist blev det fastslået af Ligebehandlingsnævnet, at fleksjobbereren var omfattet af FBL's handicapbegreb. Ligebehandlingsnævnet fandt ikke, at der forelå en direkte diskrimination af fleksjobbereren på grund af handicap, da arbejdsgiverens kriterium 'fuld tid' optrådte neutralt, og dermed ikke udelukkende henviste til fleksjobberens handicap. Dog fandt Ligebehandlingsnævnet, at kriteriet "fuld tid" var et tegn på indirekte diskrimination, da det stillede fleksjobbereren særligt ufordelagtigt i forhold til de andre ansatte. Med denne vurdering fandt nævnet dermed, at der var påvist faktiske omstændigheder, der gav anledning til at formode, at fleksjobbereren ved sin afskedigelse var blevet udsat for indirekte forskelsbehandling grundet sit handicap. Arbejdsgiveren kunne ikke løfte bevisbyrden for, hvorfor 'fuld tid' var driftsmæssigt nødvendigt, hvorfor afskedigelsen var usaglig.

Ligebehandlingsnævnets afgørelse, jr. nr. 2017-6810-34070 illustrerer dermed forskellen mellem direkte og indirekte forskelsbehandling. Her vil der eksempelvis forekomme direkte forskelsbehandling i de tilfælde, hvor en person, med direkte henvisning til vedkommendes handicap, enten behandles ringere end andre personer bliver, er blevet behandlet eller ville blive behandlet i en sammenlignelig situation. En indirekte forskelsbehandling kategoriseres derimod som de tilfælde, hvor en angiveligt neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil medføre, at personer i en bestemt beskyttet gruppe får en ringere retsstilling i forhold til andre personer. Det forudsætter dog, at den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis ikke objektivt kan begrundes i et sagligt formål, samt at midlet til at opnå dette formål er nødvendigt og proportionalt. Med henblik på dette kan det udledes af den pågældende afgørelse, at en afskedigelse med henvisning til, at fleksjobbereren var ansat på nedsat tid, ikke kunne kategoriseres som en direkte forskelsbehandling. Dette var tilfældet, da et kriterium om ansættelse på 'fuld tid' anses som værende et neutralt kriterium, som ikke direkte kan forbindes med en persons handicap. Der vil med denne begrundelse derimod være tale om en indirekte diskrimination, da kriteriet omkring ansættelse på 'fuld tid' vil stille en person med et handicap ufordelagtigt i forhold til personer, der vil være i stand til

at opfylde dette kriterium. Det må dog bemærkes, at hvis en arbejdsgiver i en tilsvarende situation kan begrunde dette kriterium i driftsmæssige hensyn, da vil kravene til en lovlig indirekte diskrimination være opfyldt, hvorfor der ikke vil være tale om en forskelsbehandling af fleksjobberen i denne situation. Den konkrete afgørelse tager udgangspunkt i en ansættelse efter den gamle fleksjobordning. Det må dog antages, at en tilsvarende afgørelse truffet på baggrund af en ansættelse efter den nye fleksjobordning vil få det samme udfald i 2020. Dette skyldes, at FBL's anvendelsesområde ikke har ændret sig ved overgangen til den nye fleksjobordning.

Ligebehandlingsnævnets afgørelse, jr. nr. 2017-6810-59299

Ligebehandlingsnævnets afgørelse, jr. nr. 2017-6810-59299 omhandler, hvorvidt en afskedigelse af en person ansat i fleksjob er saglig, når fleksjobbet ophører ved opnåelse af folkepensionsalderen.

I den konkrete afgørelse blev en sikringschef, der tidligere havde været ansat på normale vilkår, ansat i fleksjob efter den gamle fleksjobordning i 2006 som følge af en arbejdsulykke. I 2016 opnåede fleksjobberen folkepensionsalderen, da han fylder 65 år. Senere samme år modtog han sin afskedigelse fra arbejdsgiveren. Begrundelsen henviste til fleksjobbets ophør, og dermed ophøret af refusion på 2/3 af lønomkostningerne til arbejdsgiveren, samt at fleksjobberen tidligere havde tilkendegivet, at han ønskede at fratræde ved opnåelse af folkepensionsalderen.

Fleksjobberen anførte, at det ikke var aftalt, at han skulle miste sit job, når han nåede folkepensionsalderen. Fleksjobberen gav ligeledes udtryk for, at han i 2016 havde tilkendegivet, at han ønskede at blive i stillingen i 2 år efter folkepensionsalderen. Ydermere forelå der ikke nogen hjemmel for, at ansættelsesforholdet var betinget af, at arbejdsgiveren modtog fleksydelse, eller at ansættelsesforholdet ville ophøre som følge af fleksjobbets ophør. Endvidere argumenterede fleksjobberen for, at hvis begrundelsen for afskedigelsen var ophøret af fleksjob, skulle han være blevet opsagt til udgangen heraf og ikke opsagt efterfølgende.

Arbejdsgiveren anførte, at det var aftalt, at fleksjobberen overgik til pension, når han fyldte 65 år, hvorfor arbejdsgiveren også havde indrettet sig herefter. Da det ikke var tilfældet, valgte de derfor at afskedige ham. Endvidere argumenterede arbejdsgiveren for, at der var tale om en saglig afskedigelse med henvisning til fleksjobordningens ophør og bortfald af tilskuddet.

Ligebehandlingsnævnet bemærkede indledningsvist, at fleksjobberen var omfattet af FBL's handicapbegreb på afskedigelsestidspunktet. Ligebehandlingsnævnet anførte, at der både i LAB, der var gældende for bevillingen af fleksjobbet og i BIL, der var gældende på afskedigelsestidspunktet, fremgik, at fleksjobbet kan gives frem til folkepensionsalderen. Disse indeholdt dog ikke bestemmelser om reguleringen af ansættelsesforholdet efter fleksjobordningens ophør. Der fremgik ligeledes ikke andre bestemmelser i aftalegrundlaget i den konkrete afgørelse, der regulerede ansættelsesforholdet efter ophøret af fleksjobordningen. Ligebehandlingsnævnet vurderede, at fleksjobberens tilkendegivelser om at gå på pension, når han fyldte 65 år, indgik i beslutningen om at afskedige ham. Derudover henviste afskedigelsen ligeledes til fleksjobbets ophør, hvorfor afskedigelsen skyldtes hans handicap. Ligebehandlingsnævnet vurderede dermed ud fra sagens omstændigheder, at der var tale om forskelsbehandling af fleksjobberen med baggrund i hans handicap og alder. Ligebehandlingsnævnet bemærkede i forlængelse heraf, at arbejdsgiveren ikke havde løftet sin bevisbyrde for, at der ikke var tale om en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Dette med baggrund i, at fleksjobberen havde fremsat ønsker om fortsat beskæftigelse efter ophøret af fleksjobordningen. Her havde arbejdsgiveren, i stedet for at indgå drøftelser herom, tyet til at afskedige ham. Arbejdsgiverens henvisning til ressourcemæssige hensyn var ikke tilstrækkelig, eftersom disse hensyn ikke blev uddybet.

Det, der dermed kan udledes af Ligebehandlingsnævnets afgørelse, jr. nr. 2017-6810-59299, er, at en arbejdsgiver ikke kan afskedige en person ansat i fleksjob med henvisning til fleksjobordningens ophør i forbindelse med opnåelse af folkepensionsalderen. Bevisbyrden, for at der foreligger en saglig afskedigelse, påhviler arbejdsgiveren. Er personen ansat i fleksjob omfattet af FBL's beskyttelse, vil en henvisning til opnåelse af folkepensionsalderen blive anset som værende en afskedigelse begrundet i fleksjobberens alder og handicap. En afskedigelse begrundet i dette samt i et manglende flekslønstilskud vil dermed ikke være en saglig begrundelse.

U.2019.2426H - Den gamle fleksjobordning

U.2019.2426H behandler ligesom Ligebehandlingsnævnets afgørelse, jr. nr. 2017-6810-59299 problemstillingen omkring, hvorvidt en afskedigelse af en person ansat i fleksjob er saglig, når fleksjobbet ophører ved folkepensionsalderen. Desuden behandler U.2019.2426H, om en sådan afskedigelse er i strid med DL og FUL.

Den pågældende sag omhandlede en mand, der i 2011 blev ansat i et fleksjob efter den gamle fleksjobordning med en ugentlig arbejdstid på 20 timer. Af ansættelseskontrakten fremgik det, at fleksjobberens arbejdsopgaver omfattede eksempelvis vedligeholdelse af hjemmeside og ad hoc-opgaver på kontor og i butik. Der var foretaget skånehensyn i forhold til fleksjobberens, hvilket konkret kom til udtryk ved, at fleksjobberens havde ingen eller meget begrænset fysisk belastning, skiftende arbejdsstillinger, mulighed for individuelle pauser og én ugentlig fridag. Fleksjobberens blev ansat i en tidsbegrænset stilling som funktionær hos arbejdsgiveren. På et bestyrelsesmøde i 2016 blev fleksjobberens opførsel over for kunder og leverandører drøftet, hvorfor fleksjobberens i forlængelse af mødet blev forklaret proceduren for skriftlige advarsler. Efterfølgende var fleksjobberens til en medarbejdersamtale hos direktøren, hvor fleksjobberens gjorde opmærksom på, at fleksjobaftalen udløb den 30. juli 2017, og at han derfor gerne ville drøfte sine muligheder for at fortsætte ansættelsen på fuld tid herefter. I en opfølgningssamtale blev fleksjobberens gjort bekendt med, at ansættelsesforholdet ville ophøre ved udløbet af fleksjobaftalen, og at afskedigelsen ville følge de gældende regler, jf. FUL. På et bestyrelsesmøde den 13. oktober 2016 fremgik det, at arbejdsgiveren skulle besætte en nyoprettet stilling, samt at afskedigelsen af fleksjobberens skulle følge gældende regler, herunder reglerne om fleksjob. Fleksjobberens modtog den 31. marts 2017 afskedigelsen af ansættelsesforholdet. Herefter rettede Teknisk Landsforbund⁷⁴, der repræsenterede fleksjobberens, henvendelse til arbejdsgiveren vedrørende afskedigelsens saglighed. Samme dato som denne henvendelse oprettede arbejdsgiveren et jobopslag, hvori der blev søgt en salgskonsulent med tiltrædelse hurtigst muligt.

Under retssagen argumenterede TL for, at afskedigelsen helt eller delvist var et tegn på forskelsbehandling, eftersom fleksjobberens blev afskediget, da han fyldte 65 år. Ydermere anførte TL, at fleksjobberens ansættelse beroede på hans handicap, og da afskedigelsen var begrundet med løntilskuddets ophør, var dette et udtryk for forskelsbehandling på grund af handicap. Der fremgik ikke noget krav om fratrædelsesalder eller fratrædelsestidspunkt i

⁷⁴ Fremover forkortet TL

ansættelsesbeviset, og fleksjobberens havde ligeledes ikke modtaget advarsler under ansættelsen. Det måtte derfor pålægge arbejdsgiveren at påvise, at der ikke forelå forskelsbehandling i strid med FBL. Foruden en forskelsbehandling på baggrund af alder og handicap argumenterede TL for, at afskedigelsen var i strid med DL, da arbejdsgiveren ikke havde undersøgt, i hvilket omfang opgaver i den nye stilling kunne løses af en deltidsansat. Slutteligt argumenterede TL for, at såfremt afskedigelsen ikke var i strid med FBL eller DL, ville denne subsidiært være i strid med FUL, idet der ville foreligge en usaglig afskedigelse, jf. FUL § 2 b.

Arbejdsgiveren argumenterede for, at fleksjobordningens udløb og fleksjobberens efterfølgende behandling ikke havde været anderledes for en anden i samme sted. Ydermere anførte arbejdsgiveren, at der havde været dialog med den relevante kommune, som havde forklaret, at udløb af fleksjobordningen var ligestillet med et ophør af ansættelsesforholdet. Med henblik på den nyopslåede stilling argumenterede arbejdsgiveren for, at fleksjobberens ikke egnede sig til stillingens arbejdsopgaver, eftersom disse krævede nogle kompetencer, fleksjobberens ikke ville kunne have tillært ved efteruddannelse, samt at medarbejderen skulle stå mere til rådighed. Af samme grund var en ansættelse på deltid heller ikke mulig. Desuden var arbejdsgiveren ligeledes ikke forpligtet til at supplere fleksjobberens timeantal med en ekstra deltidsansat, da dette ville medføre væsentlige ulemper for arbejdsgiveren.

Indledningsvist bemærkede Sø- og Handelsretten ligesom Ligebehandlingsnævnet i afgørelsen 2017-6810-59299, at der i daværende LAB ikke var nogle bestemmelser, der regulerede ansættelsesforholdet efter fleksjobordningens ophør. I modsætning til Ligebehandlingsnævnet afgørelse 2017-6810-59299 finder Sø- og Handelsretten, at selvom afskedigelsen var begrundet i, at fleksjobordningen ophørte ved opnåelsen af folkepensionsalderen, og at løntilskuddet dermed bortfaldt, var der ikke tale om en forskelsbehandling. Begrundelsen herfor var, at en afskedigelse af en fleksjobber, når løntilskuddet ophører i medfør af daværende LAB § 71, stk. 5, var et objektive og rimeligt begrundet legitime formål inden for rammerne af den nationale ret efter Rådets direktiv 2000/78/EF⁷⁵, artikel 6, stk. 1. På baggrund af dette havde arbejdsgiverens ansættelse af en ny medarbejder ikke nogen betydning for fleksjobberens, ligesom der ikke forelå nogen overtrædelser af DL eller FUL.

⁷⁵ Rådets direktiv af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv

Ved behandling i Højesteret anførte TL som supplerende anbringender, at fleksjobberens var under dansk rets sædvanlige beskyttelse vedrørende afskedigelse, eftersom LAB's bestemmelser ikke regulerer ansættelsesforholdet, når løntilskuddet ophører. Arbejdsgiveren anførte som supplerende anbringender, at LAB § 71, stk. 5's ordlyd og dennes forarbejder indikerede, at det var selve fleksjobmuligheden - og ikke kun tilskuddet - der ville bortfalde ved fleksjobberens opnåelse af folkepensionsalderen. Ydermere anførte arbejdsgiveren, at ansættelseskontrakten mellem fleksjobberens og arbejdsgiveren var et accessorium til aftale om fleksjob mellem kommunen og fleksjobberens. Argumentet gik på, at ansættelseskontrakten aldrig ville være blevet indgået uden aftalen om fleksjob, hvorfor der måtte være en sådan sammenhæng mellem de to aftaler, at hvis den ene bortfalder, så bortfalder den anden også eller som minimum måtte kunne opsiges.

Højesteret fastslog indledningsvist, at for en ansættelse i et fleksjob er ansættelsesforholdet og det kommunale tilskud begge nødvendige elementer som værende beskæftigelsesfremmende foranstaltninger i forhold til personer med nedsat arbejdsevne. Højesteret fortolkede det som en klar forudsætning, at arbejdsgiveren modtog tilskud fra kommunen efter reglerne om fleksjob, hvorfor grundlaget for en fortsat ansættelse bortfaldt ved løntilskuddets ophør, når fleksjobberens nåede folkepensionsalderen. Med henvisning til FBL's § 9, stk. 2 fandt Højesteret, at fleksjobordningen måtte anses for at være en beskæftigelsesfremmende foranstaltning, som er tilladt efter denne bestemmelse. På baggrund af dette var afskedigelsen af fleksjobberens derfor ikke en ulovlig forskelsbehandling på grund af alder eller handicap. Af samme grund var der ligeledes ikke sket overtrædelser af DL eller FUL.

Det kan derfor udledes af U.2019.2426H, at en afskedigelse af en person ansat i fleksjob efter den gamle fleksjobordning med henvisning til opnåelsen af folkepensionsalderen og det dertilhørende ophør af løntilskud ikke vil være i strid med FBL. Dette skyldes, at Højesteret vurderer, at det er en forudsætning for indgåelsen af fleksjobansættelsen efter den gamle fleksjobordning, at arbejdsgiveren modtager løntilskud. I det tilfælde, hvor fleksjobberens opnår folkepensionsalderen, og en fleksjobansættelse dermed ikke længere kan bestå, vil grundlaget for ansættelsen derfor bortfalde. Specialet vurderer dermed, at arbejdsgiverens mulighed for at få tilkendt et løntilskud var et bærende argument for, hvorfor der ikke var tale om en forskelsbehandling i det konkrete tilfælde. Denne begrundelse for afskedigelse af en fleksjobber vil ligeledes ikke være i strid med DL og FUL. Det kan endvidere udledes, at fleksjobordningen er en beskæftigelsesfremmende foranstaltning som henhører under FBL § 9, stk. 2. En ansættelse i fleksjob anses dermed som værende en positiv særforanstaltning. Dette

har den betydning, at et ophør af fleksjobbet grundet opnåelse af folkepensionsalderen ikke vil kategoriseres som værende en ulovlig forskelsbehandling grundet alder eller handicap.

Sammenholdes den konkrete dom med Ligebehandlingsnævnets afgørelse, jr. nr. 2017-6810-59299 kan det udledes, at der er markante forskelle i udfaldet af disse. I modsætning til U.2019.2426H, vurderer Ligebehandlingsnævnet i 2017, at en afskedigelse begrundet i fleksjobberens opnåelse af folkepensionsalderen og dermed ophøret af løntilskuddet fra kommunen vil være i strid med forbuddet mod forskelsbehandling begrundet i alder og handicap. U.2019.2426H er dermed skelsættende på dette område, da denne ændrer den hidtidige retsstilling for fleksjobberen i det tilfælde, hvor fleksjobordningen ophører ved folkepensionsalderen. Henset på det faktum at U.2019.2426H er afgjort på et senere tidspunkt end Ligebehandlingsnævnets afgørelse, samt at Højesterets domme har en højere retskildemæssig betydning end Ligebehandlingsnævnets afgørelser, kan det udledes, at udfaldet af Højesterets afgørelse afspejler gældende retsstilling efter den gamle fleksjobordning for en person ansat i fleksjob. En afskedigelse af en fleksjobber begrundet i fleksjobaftalens udløb vil dermed ikke være i strid med hverken FBL, DL eller FUL.

Skulle en tilsvarende dom træffes efter den nye fleksjobordning, ville der derimod være en større usikkerhed omkring udfaldet, eftersom der ikke foreligger praksis herom. Højesteret bemærkede i U.2019.2426H, at FBL § 9, stk. 2 åbner for, at der kan foretages beskæftigelsesfremmende foranstaltninger, som må anses som værende en positiv særforanstaltning. I forlængelse af dette vurderede Højesteret ophøret af en sådan foranstaltning ved opnåelsen af folkepensionsalderen ikke kunne anses som en ulovlig forskelsbehandling. FBL § 9, stk. 2 finder anvendelse på samme vilkår for en ansættelse i fleksjob efter den nye fleksjobordning. Det må dermed antages, at resultatet af en dom med tilsvarende omstændigheder efter den nye fleksjobordning ligeledes vil lægge vægt på dette. Højesteret bemærkede dog ligeledes i U.2019.2426H, at løntilskuddet fra kommunen udbetalt til arbejdsgiveren er en forudsætning for indgåelsen af et ansættelsesforhold efter den gamle fleksjobordning. Efter den nye fleksjobordning lønner arbejdsgiveren udelukkende fleksjobberen for det faktisk udførte arbejde, hvorefter resten af lønnen til fleksjobberen suppleres op af kommunen med et løntilskud. Sammenholdes omstændighederne og argumentationen i Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 2017-6810-59299 og U.2019.2426H vurderer specialet, at et af de bærende argumenter for en lovlig forskelsbehandling i forbindelse med opnåelsen af folkepensionsalderen og fleksjobbets ophør ikke længere vil finde anvendelse under den nye fleksjobordning. Eftersom der ikke længere gives et løntilskud til arbejdsgiveren efter den nye fleksjobordning, vurderes det dermed, at det

vil være uvist, om en afskedigelse af en fleksjobber med henvisning til personens opnåelse af folkepensionsalderen vil være lovlig alene begrundet FBL § 9, stk. 2.

Delkonklusion

Overordnet kan der om de problemstillinger, en fleksjobber kan møde i forbindelse med fleksjobbets ophør i 2020, udledes, at disse typisk vil indeholde en form for forskelsbehandling i forhold til andre ansatte. Hertil er FBL relevant at inddrage, da denne medfører en beskyttelse af retsstillingen for personer, så disse ikke lovligt kan forskelsbehandles grundet eksempelvis alder og handicap. FBL sonderer i § 1, stk. 1 og stk. 2 mellem direkte forskelsbehandling og indirekte forskelsbehandling. Her vil et udtryk for indirekte forskelsbehandling kunne være en situation, hvor en person ansat i fleksjob bliver afskediget grundet vedkommendes manglende adgang til at besidde en stilling på 'fuld tid'. Dette skyldes, at dette kriterium medfører en ringere retsstilling for de personer, der ikke kan besidde en stilling på 'fuld tid', herunder fleksjobbere omfattet af FBL. Dette vil dermed ikke kunne kategoriseres som direkte forskelsbehandling, da dette ikke udelukkende medfører en ringere retsstilling for fleksjobbere, da kravet om ansættelse på fuld tid må anses som værende et kriterium, der ikke direkte kan forbindes til eksempelvis fleksjobberens handicap.

Hvis fleksjobberen er omfattet af FBL, stilles der krav til både arbejdsgiverens ageren inden selve afskedigelsen og arbejdstagerens arbejdsevne, førend en afskedigelse kan kategoriseres som værende saglig. Her er det en forudsætning for en saglig afskedigelse, at arbejdsgiveren har opfyldt kravet til tilpasningsforpligtelse. Herunder hører foranstaltninger såsom ændring af arbejdsopgaver, arbejdsintensitet, tilpasning af arbejdspladsen samt omplacering. I de tilfælde, hvor en sådan foranstaltning medfører en uforholdsmæssigt stor byrde for arbejdsgiveren, kan kravet til tilpasningsforpligtelse dog fraviges. Dette ses eksempelvis ved, at en arbejdsgiver vil være nødt til at foretage foranstaltninger, så en person med et handicap kan bevæge sig op og ned i en etagebygning. Her vil der være tale om en tilpasningsforanstaltning, som vil kunne sikre en fortsat ansættelse af en person, der ikke ellers vil kunne arbejde på alle etager på en arbejdsplads. Dette vil dog være for omkostningsfuldt for en arbejdsgiver at skulle foretage, hvorfor det ikke kan kræves iværksat. Her påhviler det arbejdsgiveren at dokumentere, at tilpasningsforpligtelsen er tilstrækkeligt opfyldt.

Med henblik på afskedigelse af en fleksjobber vil en afskedigelse kunne anses som værende saglig, hvis fleksjobberen ikke vurderes at være kompetent, egnet og disponibel i forhold til væsentlige funktioner i den pågældende stilling. Med henblik på det førnævnte eksempel med en arbejdsplads med flere etager, hvor det er en forudsætning, at arbejdstager skal kunne bevæge sig op og ned ad trapper, vil en person ikke anses som værende kompetent, egnet og disponibel, hvis personen ikke er i stand til bevæge mellem etagerne. En afskedigelse af fleksjobberen vil dermed være saglig. Her vil det være op til arbejdsgiveren at dokumentere, at arbejdstageren ikke opfylder kravene til stillingens væsentligste funktioner. Dokumentationen af dette kan eksempelvis gøres med henvisning til advarsler, samtalereferater, evalueringsskemaer eller lignende.

Et fleksjob varer traditionelt, indtil fleksjobberen opnår folkepensionsalderen på 65 år. Herefter kom det til udtryk i U.2019.2426H, at efter den gamle fleksjobordning var arbejdsgiveren ikke forpligtet til at videreføre ansættelsen af fleksjobberen, når fleksjobansættelsen udløb. Det skyldtes dels, at løntilskuddet fra kommunen var en forudsætning for indgåelsen af ansættelsesforholdet for arbejdsgiveren, og da dette bortfaldt ved fleksjobberens opnåelse af folkepensionsalderen, vil ansættelsesgrundlaget ligeledes bortfalde. Derudover anses fleksjobbet som værende en positiv særforanstaltning, hvorfor et ophør af denne grundet opnåelse af pensionsalderen ikke blev anset som værende ulovlig forskelsbehandling. En afskedigelse ville i denne situation ikke være i strid med FBL. Hvis samme problemstilling opstår for en fleksjobber omfattet af den nye fleksjobordning, er dette ikke nødvendigvis tilfældet. Dette skyldes, at arbejdsgiveren ikke længere modtager løntilskud fra kommunen, hvorfor dette ikke længere vil kunne kategoriseres som en forudsætning for ansættelsen. Dermed vil lovligheden af afskedigelsen alene skulle bero på, at fleksjobbet er en positiv særforanstaltning, og at et ophør af denne grundet opnåelse af folkepensionsalderen dermed ikke vil være en ulovlig forskelsbehandling. Specialet vurderer dermed, at det er usikkert, hvorvidt en afskedigelse af en fleksjobber begrundet i opnåelsen af folkepensionsalderen vil være i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på baggrund af alder.

8. Konklusion

Dette speciale havde til formål at undersøge den gældende retsstilling for personer ansat i fleksjob, og hvilke problemstillinger personer ansat i fleksjob ville møde i fleksjobprocessen.

Med henblik på fleksjobberens retsstilling inden ansættelsens begyndelse vurderes det, at Ankestyrelsens praksis vedrørende visitationen efter den gamle fleksjobordning er videreført til nugældende BIL § 116. I relation til BIL § 116 kan det udledes, at der skal være tale om en varig og væsentlig nedsættelse af fleksjobberens arbejdsevne, førend fleksjobberen kan blive visiteret til et fleksjob. Ud fra specialets analyse kan det udledes, at der er tale om en konkret vurdering, hvor alle arbejds- og helbredsrelaterede oplysninger bliver inkluderet herunder behandlingsmuligheder og skånehensyn, hvorimod ydre omstændigheder ikke indgår i vurderingen. Herudover skal disse oplysninger tage udgangspunkt i en sammenligning med en fuldtidsstilling. De ovenstående oplysninger skal der være taget stilling til, før der kan ske en bevilling af fleksjob til personen, der ansøger om dette. I analysen af Ankestyrelsens praksis bliver der med en varig nedsættelse lagt vægt på, at afklaringen af fleksjobberens arbejdsevne skal være tilstrækkelig definitiv. De aldersmæssige parametre er centralt i vurderingen heraf, da det typisk vil være mere vanskeligt at fastslå en varig nedsat arbejdsevne hos en ung arbejdstager modsat en person tæt på folkepensionsalderen. Derudover lægger Ankestyrelsen med væsentlig nedsat arbejdsevne vægt på, at en nedsættelse skal være mere end 1/3 af arbejdsevnen, før dette kan anses som værende væsentlig. Her vil dette kunne komme til udtryk ved, at fleksjobberen enten ikke kan arbejde tilstrækkeligt effektivt i en fuldtidsstilling, eller at fleksjobberen kan arbejde tilstrækkeligt effektivt men kun på nedsat tid.

Fleksjob kan efter den nye fleksjobordning ligeledes etableres i forlængelse af en ordinært etableret ansættelse i form af et fastholdelsesfleksjob. For at være berettiget hertil skal fleksjobberen for det første opfylde de almindelige betingelser efter BIL § 116, stk. 1 samt betingelserne i BIL § 119. Her stilles der som udgangspunkt krav til en skriftlig aftale mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren men derudover er der ingen formkrav, som skal opfyldes. Det kan ud fra specialets analyse udledes, at kravet om den skriftlige aftale vil kunne fraviges, såfremt kommunen ikke har opfyldt sin vejledningspligt. Desuden stilles der krav til varigheden af arbejdstagerens ansættelse inden etableringen af fastholdelsesfleksjobbet samt arbejdsgiverens forsøg på etablering af ustøttet arbejde. Før arbejdstageren vil være berettiget til et fastholdelsesfleksjob, skal vedkommende som hovedregel have haft en ansættelse på den

nuværende arbejdsplads i minimum 12 måneder. Lider arbejdstageren af en akut opstået sygdom eller skade, vil ovenstående dog kunne fraviges.

I forhold til fleksjobberens retsstilling under ansættelsesforholdet kan det udledes, at en person visiteret til fleksjob efter den nye fleksjobordning har mindre gunstige lønforhold, end en person visiteret til fleksjob efter den gamle fleksjobordning. Dette kommer til udtryk ved, at arbejdsgiveren efter den nye fleksjobordning kun aflønner fleksjobbereren for det faktisk udførte arbejde, og at fleksjobbereren ikke længere får udbetalt en fuldtidsløn.

Derudover kan det ud fra specialets analyse udledes, at overenskomsterne har en central rolle i at regulere fleksjobberens retsstilling. For en fleksjobber i en overenskomstdækket ansættelse bliver ansættelsesvilkårene som udgangspunkt fastsat efter de kollektive overenskomster, hvilket ikke har ændret sig fra den gamle fleksjobordning. I de tilfælde, hvor de kollektive overenskomster skal fraviges, stiller domstolene udtrykkelige krav til denne fravigelse i form af en direkte og klar hjemmel. For fleksjobbereren i en ikke-overenskomstdækket ansættelse bliver ansættelsesvilkårene aftalt mellem arbejdsgiveren og fleksjobbereren, hvilket adskiller sig fra den gamle fleksjobordning. Under den nye fleksjobordning er der tillagt parterne en større frihed, eftersom det ikke længere kræves, at den relevante sammenlignelige overenskomst på området skal gælde. Her stilles udelukkende krav til, at ansættelsesaftalen skal tage udgangspunkt i den relevante sammenlignelige overenskomst, men at denne ligeledes kan fraviges. Slutteligt kan det udledes, at fleksjobbereren, omfattet af FBL, vil kunne påberåbe FBL's beskyttelse, såfremt en fravigelse skulle resultere i en forskelsbehandling af fleksjobbereren. FBL's beskyttelse gælder, uanset om ansættelsen er etableret på et overenskomstdækket område eller et ikke-overenskomstdækket område.

Med henblik på fleksjobberens retsstilling ved ansættelsens ophør kan det udledes, at problemstillingerne i forbindelse med ophør af fleksjobberes ansættelse ofte vil omhandle forskelsbehandling. Det kan ud fra specialets analyse udledes, at FBL sondrer mellem direkte og indirekte diskrimination. Med direkte diskrimination menes der i relation til fleksjobbere, at de bliver opsagt med henvisning til deres eventuelle handicap. Indirekte diskrimination forekommer, hvor fleksjobbere i en umiddelbart neutral bestemmelse bliver stillet ringere end øvrige personer.

Derudover kan det ud fra specialets analyse udledes, at der stilles særlige krav til arbejdsgiverens ageren inden selve afskedigelsen, herunder arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse. Det fremgår af praksis, at arbejdsgiveren skal have sikret en

tilstrækkelig tilpasning af fleksjobberens på arbejdspladsen, før denne kan ty til en afskedigelse. Dette vil kunne komme til udtryk ved eksempelvis ændring af arbejdsopgaver, arbejdsintensiteten eller forsøg på omplacering. I det tilfælde hvor tilpasninger medfører en uforholdsmæssigt stor byrde for arbejdsgiveren, vil arbejdsgiveren ligeledes kunne ty til afskedigelse, idet kravet her vil kunne fraviges. Ydermere vil afskedigelsen af en fleksjobber også være saglig, såfremt denne ikke længere kan anses for at være kompetent, egnet og disponibel til at udføre stillingens væsentligste funktioner. Bevisbyrden herfor påhviler dog arbejdsgiveren.

Slutteligt kan det udledes, at fleksjobbet efter den gamle fleksjobordning ophører ved opnåelse af folkepensionsalderen og løntilskuddets ophør. Hertil bør det bemærkes, at en afskedigelse i denne situation efter omstændighederne vil være saglig og dermed ikke i strid med hverken FBL, DL og FUL. Dette er tilfældet, da det vurderes, at løntilskuddet er en forudsætning for indgåelse af en ansættelse i fleksjob. Dog må det anføres, at Højesterets afgørelse fra 2019 medfører en usikkerhed omkring fleksjobberens retsstilling, hvis problemstillingen opstår under den nye fleksjobordning. Arbejdsgiveren modtager her ikke løntilskud, hvorfor løntilskuddet ikke længere har den samme betydning for arbejdsgiverens indgåelse af fleksjobansættelsen. Derfor vil arbejdsgiveren i forbindelse med afskedigelse af en fleksjobber ikke kunne henvise til løntilskuddets ophør som en saglig begrundelse. Det er i forlængelse af dette uvist, om FBL § 9, stk. 2, omhandlende beskæftigelsesfremmende foranstaltninger, alene vil kunne berettige en afskedigelse på baggrund af en fleksjobbers opnåelse af folkepensionsalderen.

Sammenfattende vurderer specialet, at fleksjobberens retsstilling i 2020 bærer præg af en større usikkerhed som et resultat af fleksjobordningens ændring i 2013. Dette skyldes til dels den større frihed til at fravige de kollektive overenskomster, samt den sparsomme retspraksis vedrørende fleksjobbets ophør i forbindelse med opnåelse af folkepensionsalderen efter den nye fleksjobordning.

Litteraturliste

Domme:

Danske domme:

- U.2011.831.H
- U.2018.3329.V
- U.2018.1904.V
- U.2019.2426.H

EU-domme:

- C-335/11 Ring, og C-337/11, Skouboe Werge

Afgørelser:

- Ankestyrelsens principafgørelse N-6-06
- Ankestyrelsens principafgørelse N-11-06
- Ankestyrelsens principafgørelse 110-09
- Ankestyrelsens principafgørelse 149-11
- Ankestyrelsens principafgørelse 98-15
- Ankestyrelsens principafgørelse 35-15
- Ankestyrelsens principafgørelsen 25-14
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 2015-6810-47184
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 2017-6810-34074
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 2017-6810-43025
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 2017-6810-58149
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 2017-6810-59299
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 2500023-10
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 18-66468
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse jr. nr. 18-58297
- SM-A-29-03

Vejledninger og lovforslag:

- LFF 2000-12-15 nr. 136 Ændring af reglerne om fleksjob, ledighedsydelse, sagsbehandling m.v
- Vejledning 2001-06-13 nr. 114 om fleksjob og ledighedsydelse m.v.
- Beskæftigelsesministeriets Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v.
- L53 2012-13
- LFF 2019-03-27 nr. 209

Bøger:

- Andersen, Lars Svenningsen m.fl., Funktionærret, 5. Udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Hasselbalch, Ole m.fl., Lærebog i Ansættelsesret og Personalejura, 6. Udgave, 2019, Djøf Forlag.
- Klausen, John m.fl., Socialret – Forsørgelse og Beskæftigelse, 2. Udgave, 2017, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Klausen, John. Fleksjob, 1. Udgave, 2007, Nyt Juridisk Forlag.
- Kristiansen, Jens, Den Kollektive Arbejdsret, 3. Udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Munk-Hansen, Carsten. Retsvidenskabsteori, 1. Udgave, 2014, Jurist og Økonomforbundets Forlag.
- Nielsen, Ruth, Dansk Arbejdsret, 3. Udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Love:

- Lov om en aktiv beskæftigelsesindsats
- Beskæftigelsesindsatsloven
- Forskelsbehandlingsloven
- Funktionærloven
- Deltidsloven
- Forvaltningsloven
- Grundloven
- Arbejdsretsloven
- Lov 2019-12-27 nr. 1556 om ændring af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats

Antal anslag

Ordoptælling

Statistik:

Sider	58
Ord	20.182
Tegn (uden mellemrum)	124.637
Tegn (med mellemrum)	144.693
Afsnit	222
Linjer	1.802

Medtag fodnoter og slutnoter

Luk