



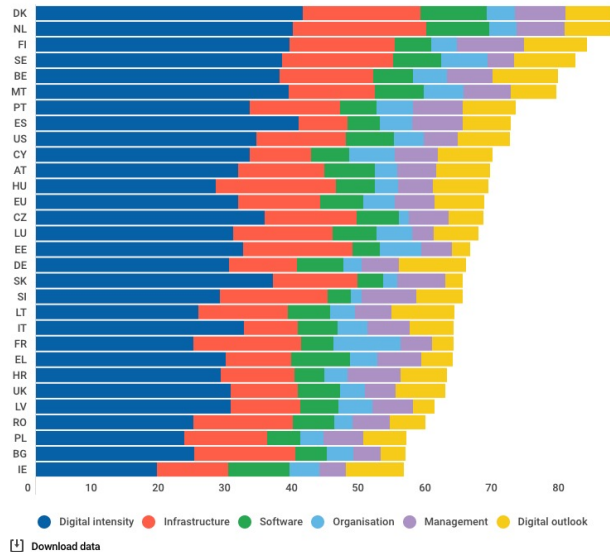
Digitalisering og arbejdsretlige nedslag

HVORFOR TALE OM DIGITALISERING?

Danmark er i toppen af EU (målt på infrastruktur, kompetencer, internet brug, digitalisering af virksomheder, digitalisering af offentlige services)

Digitalisation of firms by country (an index)

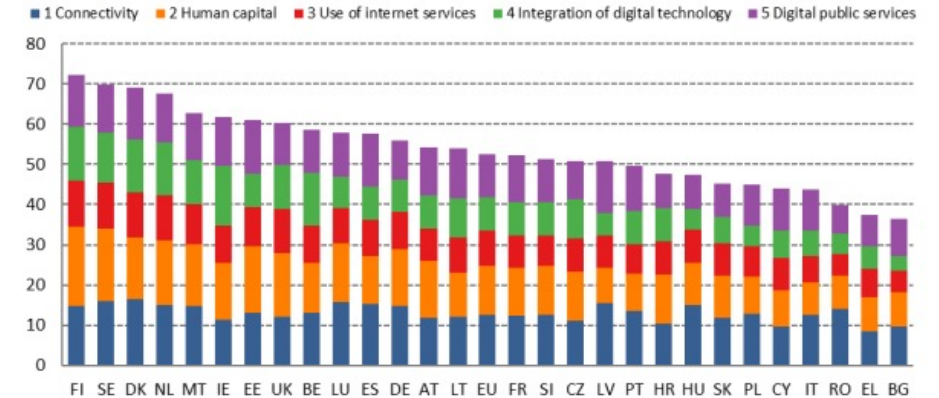
Many of the digital frontrunners are concentrated in Northern Europe, although Southern Europe has some strong contenders



Danske virksomheder er bedst i Europa til digitalisering, blandt andet til 'Digital Management'

Danmark satser hårdt på digitalisering: *Strategi for Danmarks digitale vækst, National strategi for kunstig intelligens*

Figure 2 Digital Economy and Society Index, 2020



Source: DESI 2020, European Commission.

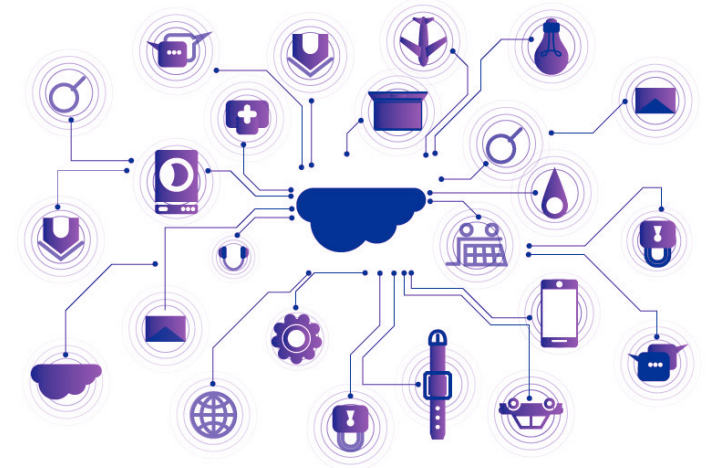
RAMMER FOR EFTERMIDDAGEN

Nogle af de arbejdsretlige dilemmaer, der dukker op i takt med øget digitalisering.

13.10-13.55 Platformsarbejde

14.00-15.10 Digitalt/smart/mobilt arbejde

15.15-15.55 Algoritmer og kunstig intelligens



Format:

Reglerne gælder også, når noget er digitalt

En række korte præsentationer

Oplæg til egen refleksion – ingen spørgetid



Praktisk: Flydende kaffepause + 2 korte strække-ben-pauser

PLATFORMSARBEJDE

Hvad taler vi om:

Platforme, der formidler arbejde



Ikke:

Deleøkonomiske platforme, der faciliterer deling af aktiver
(Gomore, airbnb)



Et arbejdsretligt nedslag:

Kategorisering af tjenesteyderne. Det er ikke første gang i verdenshistorien i Danmark, at virksomheder vælger at entrere med selvstændige frem for ansatte.



PLATFORMSARBEJDE

13.10-13.55 Ansæt eller selvstændig ?

Et ansættelsesretligt perspektiv – eksisterende mekanismer for vurdering af lønmodtagerstatus

v. Karen-Margrethe Schebye fra SJLAW

Et kollektivarbejdsretligt perspektiv – herunder konflikter for platformsarbejdere

v. Helge Werner fra Dansk Arbejdsgiverforening

Et konkurrenceretligt perspektiv

v. Michael Christian Høg Riis fra Konkurrence. og forbrugerstyrelsen

SJ LAW

Kan man være ansat af en platform?

Hvordan spiller de hidtil opstillede betingelser for lønmodtagerstatus sammen med organisering og fordeling af arbejde via platforme?

- Skal vi til at fortolke de hidtil opstillede betingelser for lønmodtagerstatus bredere i lyset af den generelle udvikling i samfundet og på arbejdsmarkedet?

Hvordan udøves instruktionsbeføjelser og kontrolbeføjelser i realiteten i dag?

Er arbejdstidens direkte eller indirekte organisering afgørende i dag?

Er der mulighed for at lade en anden udføre arbejdet i sit sted i dag?

Hvilken betydning har organisering af det økonomiske mellemværende i dag?

Hidtil anvendte kriterier til afgørelse af, om en tjenesteyder er lønmodtager

Dispositionsret og instruktionsret for arbejdsgiver

Vederlag uafhængigt af virksomhedens resultat og uafhængigt af risikoen i opgaven

Hvordan udbetales vederlaget

Pligt til at udføre arbejdet personligt

Tilknytning til arbejdsgiveren - daglig tidsmæssig udstrækning af arbejdspligten, mere end en arbejdsgiver, arbejdsstedet, kontrolmulighed

Hidtil anvendte kriterier til afgørelse af, om en tjenesteyder er lønmodtager

Dispositionsret og instruktionsret for arbejdsgiver

- Aftaler om ingen højeste arbejdstid
- Aftaler om opgavebestemt arbejde
- Hjemmearbejdsplads

Hidtil anvendte kriterier til afgørelse af, om en tjenesteyder er lønmodtager

Vederlag uafhængigt af virksomhedens resultat og uafhængigt af risikoen i opgaven

Hvordan udbetales vederlaget

- Provision
- Bonus
- Aktieafløning

Hidtil anvendte kriterier til afgørelse af, om en tjenesteyder er lønmodtager

Tilknytning til arbejdsgiveren - daglig varighed af arbejde, mere end en arbejdsgiver, arbejdsstedet, kontrol

- Aftaler om ingen højeste arbejdstid
- Opgavebestemt ansættelse
- Hjemmearbejdsplads
- Logning af arbejde, GPS-overvågning, overvågning i øvrigt
- Flere deltidsansættelser/opgavebestemte ansættelser

Interessante udenlandske afgørelser

Take Eat Easy - Cour de Cassation 28. november 2018 - 17-20.079

Deliveroo - Rechtbank Amsterdam januar 2019 - stadfæstet i februar 2021 af Gerechtshof Amsterdam

Uber - Cour de Cassation 4. marts 2020 - 19-13.316

Crowdworking - Bundesarbeitsgericht 1. december 2020 - 9 AZR 102/20

BRUG AF KOLLEKTIVE KAMPSKRIDT MED HENBLIK PÅ AT OPNÅ OVERENSKOMST FOR "FREELANCERE"

Arbejdsretschef Helge Werner

Arbejdsrettens dag | 24. September 2021

Der var engang.... - K 642 af 18. december 1922

Arbejdsrettens kompetence beror bl.a. på, om der er tale om et ansættelsesforhold som kan begrunde krav om overenskomst:

*”De Indklagede paastaar Sagen afvist, idet de gør gældende, at Mælkeforhandlerne **maa betragtes som selvstændige Forretningsdrivende, saaledes at det her ikke drejer sig om et Forhold mellem Arbejdsgiver og Arbejder**”*

Hovedaftalens § 1

- ”... forpligter hovedorganisationerne og deres medlemmer sig til hverken direkte eller indirekte at lægge hindringer i vejen for, at arbejdsgivere og **arbejdstagere** organiserer sig inden for hovedorganisationernes organisatoriske rammer”.

2003: ”Hovedorganisationernes redegørelse om retten til at iværksætte konflikt til støtte for krav om overenskomst”.

Konfliktens formål:

- *” De formål, lønmodtagerorganisationen lovligt kan forfølge og understøtte med anvendelse af kollektive kampskridt, kan være begrænset af lovgivning eller overordnede aftaler f.eks. hovedaftaler. Formålet med konflikten må ikke være indgåelse af en overenskomst, hvis indhold helt eller delvist er i strid med lovgivningen”.*

En sag har altid to sider.....

ARD 97.537 af 30. juni 1999:

- *"Uanset at den ene af plejeforældrene anses som lønmodtager i forhold til skatte- og ferielovgivningen m.v., gør der sig således ganske særlige forhold gældende i relation til spørgsmålet om kollektiv overenskomstdækning af området".*

Forbundet giver bolden op

Forbundet varslede blokade for

”... det

- *ikke-overenskomstdækkede*
- *lønmodtagerarbejde med henblik på*
- *opnåelse af overenskomst eller anden kollektiv aftale*
- *for freelancere”.*

Arbejdsretten dømmer frispark – ARD 2007.293

”Udføres arbejdet under

- *forhold, som er (konkrete oplysninger)*
- *mere karakteristiske for ansættelsesforhold end for selvstændig virksomhed, (konkret vurdering)*
- *må arbejdet vurderes som lønmodtagerarbejde udført på løsarbejdsvilkår, og (konklusion)*
- *der er i så fald samme behov for at kunne regulere løn- og arbejdsvilkår gennem indgåelse af kollektive overenskomster/aftaler som for andre ansættelsesforhold.” (konklusion)*

(Arbejdsrettens dom af 24. august 2007 i sag ARD2007.293, udvidet formandskab)

En helgardering!

Arbejdsretten hæftede sig ved, at blokadevarslet netop var indskrænket til kun at omfatte

- ”... *det ikke-overenskomstdækkede* **(ingen anden overenskomst)**
- *lønmodtagerarbejde*”. **(arbejdsfunktioner)**
- forbundsmedlemmer, som var ”... *potentielle aftagere af freelancearbejdet på lønmodtagervilkår*”. **(personer omfattet)**
- forbundsmedlemmer, der ikke udførte ”... *arbejde som selvstændige erhvervsdrivende*”. **(personer ikke omfattet)**

Et hjørnespark og så pause

- I dommen af 24. august 2007 udtalte Arbejdsretten derfor, at
*”Det forhold, at der muligt kan opstå tvivl om, hvorvidt en eller flere bestemte personer er omfattet af blokadevarslet, kan således ikke i sig selv begrunde, at varslet er ugyldigt, men tvivlen må i givet fald afgøres under en **særskilt sag**”.* (individuel vurdering af hver enkelt person)
- Den 31. august 2007 indgik parterne en overenskomst vedrørende *”... materiale, der leveres i freelance på lønmodtagerlignende vilkår”*.

2. Halvleg – ”en særskilt sag” – FV 2010.04.05 (FV2010.0015)

- **Voldgiftsretten:**

”Om en freelancer må anses for ansat lønmodtager eller selvstændig erhvervsdrivende beror på en konkret bedømmelse, hvorom der er givet en udmærket vejledning i Ligningsvejledningen...”

- **Jens Kristiansen, Den kollektive arbejdsret, 3. udg., 2014, side 239ff:**

”En kollektiv overenskomst omfatter ikke arbejde, som arbejdsgiveren får udført af selvstændige.

Det afgørende er, om parternes mellemværende reelt er et selvstændigt kontraktforhold, eller om der foreligger et ansættelsesforhold”.

Og det blev uafgjort....

- Voldgiftsretten lagde til grund, at der var
”... gennemført en omfattende – fuldt forsvarlig – proces til individuel bedømmelse af et stort antal freelancere”.
- Voldgiftsretten vurderede betydningen af bl.a.
 - Drift af selvstændig virksomhed (eget CVR-nr.), evt. med flere kunder
 - Størrelse af omsætning
 - Fakturering med moms
 - Køb af udstyr til egen virksomhed
 - Egen hjemmeside
 - Ingen feriegodtgørelse
 - Arbejdet udført opgave for opgave
 - Deltagelse i weekendvagt hos hvervgiver
 - Deltagelse i julefrokost og skovtur
 - Anvendelse af hvervgivers kontorfaciliteter

Konkurrenceret

Arbejdsrettens Dag - 20. september 2021

Kontorchef Michael Christian Høg Riis

Happy Helper og Hilfr

Konkurrencerådets afgørelser af 26. august 2020

- Tilsagnsafgørelser



Platformene ”Hilfr” og ”Happy Helper”

- Digitale platforme, der formidler kontakt mellem udbydere af rengøring og kunder, som ønsker at købe rengøringsydelser
- Fastsat *minimums(time)priser* for udbydere af rengøring via platformene
- Platformen Hilfr havde indgået en overenskomst for en gruppe af udbyderne, kaldet ”Superhilfrs”. Overenskomsten dækkede omvendt ikke de øvrige ”hilfrs”.



Platformene ”Hilfr” og ”Happy Helper”

- Konkurrencereglerne: har til formål at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere.
- Omfatter et forbud mod aftaler mv. indgået mellem **virksomheder**, der har til formål eller følge at begrænse konkurrencen
- En konkurrencebegrænsende aftale kan f.eks. bestå i at konkurrenter koordinerer salgspriser



Analyse af konkurrencebegrænsningen

- Udbyderne var bekendt med og havde accepteret, at en minimumspris var et rammevilkår for at benytte platformen. Hertil yderligere understøttende forhold.
- Denne praksis havde umiddelbart vurderet til formål at begrænse konkurrencen: kan afskære konkurrencen under den fastsatte mindstepris
- Vurderes først horisontalt: Udbyderne på platformen er i konkurrence
- Platformene har deltaget i den samordnede praksis



Arbejdstagere eller virksomheder?

1. Konkurrencereglerne omfatter enhver form for (erhvervs)virksomhed
 - **Enhver enhed**, der udøver **økonomisk aktivitet**
 - Uanset dens retlige form eller finansieringsmåde
 - Kan omfatte såvel produktion af varer som udførelse af tjenesteydelser
2. Konkurrencereglerne omfatter *ikke* løn- eller ansættelsesforhold/ arbejdstagere

Nødvendigt at skelne mellem ansatte og virksomheder på platformene



Vurderingen af løn- og arbejdsforhold

- Ved vurderingen af løn- og arbejdsforhold i en **konkurrenceretlig** sammenhæng skal der lægges vægt på om den mulige arbejdstager:
 - Præsterer ydelser mod vederlag for en anden
 - Er underlagt ledelses- tilsyns- og sanktionsbeføjelser (over/underordningsforhold)
 - Bærer en del af den økonomiske risiko
 - Udøver reel og faktisk beskæftigelse



Tilsagnsafgørelser

Konkurrencerådet havde betænkeligheder ved platformenes brug af minimumspriser.

- Tilsagn om at fjerne minimumspriser på platformene
- Hilfr forpligter sig desuden til at sikre, at superhilfere er ansatte i konkurrenceretlig forstand hos Hilfr



Tak for i dag



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

13.55-14.00 PAUSE



JURIDISK INSTITUT
AARHUS UNIVERSITET

ARBEJDSRETTENS DAG
24. SEPTEMBER 2021

NATALIE VIDEBÆK MUNKHOLM
LEKTOR, PH.D.



DIGITALT ARBEJDE

Hvad taler vi om:

Arbejde, der udføres ved brug af digitale redskaber og internet opkoblinger

2019 (Før covid-19):

- 52% af virksomheder havde udstyret deres ansatte med bærbart IT udstyr til arbejde, med adgang til internettet
- 90% af private hjem havde en smartphone
- 88% af private hjem havde en bærbar computer
- 70% af private hjem har et smart-tv, og 22% har 'smart' udstyr i hjemmet

DIGITALT ARBEJDE

Grænseløst arbejde

- Fysisk/geografisk grænseløst - arbejdet **kan** udføres udenfor den fysiske arbejdsplads, hvor som helst i verden
- Tidsmæssigt grænseløst - arbejdet **kan** i højere grad udføres udenfor 'normale' arbejdstidsrammer

Hjemmearbejde/distancearbejde:

- 2018-19: 8% af lønmodtagere arbejdede regelmæssigt (mere end halvdelen af tiden) hjemmefra
- 2020: Op til 40% af lønmodtagere arbejdede regelmæssigt hjemmefra
- 2021: Forventes bibeholdt i et vist omfang pga. gode effekter

DIGITALT ARBEJDE

Grænseløst arbejde

Grænseløs **adgang** – alt på bærbare, tablets, smartphones registreres

- Kamera, mikrofon, lokalisering
- Apps – nyhedskanaler, sociale medier, film, musik, hobbies, sundhed, kalender
- Software – registrerer og viser aktivitetsniveau (outlook f.eks.)
- Ingen automatisk sondring mellem arbejde-fritid, ingen automatisk sondring mellem arbejdsrelevant ikke-arbejdsrelevant
- Internet of Things – things (apparater) taler sammen, overfører data direkte mellem hinanden



DIGITALT ARBEJDE

Arbejdsretlige nedslag:

14.10-14.40 Ny teknologi, arbejdstid, arbejdsmiljø, telearbejdsaftalen, samarbejdsaftalen
v. Flemming Dreesen, DA og Peter Nisbeth, FH

14.40-15.10 Kontrol og overvågning, herunder integritetsbeskyttelse
v. Martin Gräs Lind, Lexius

DIGITALT ARBEJDE

ARBEJDSTID

PETER NISBETH

REGULERING AF ARBEJDSTID

Arbejds miljø

- Sikkerhed og sundhed
- Arbejdstidsdirektiv
- Arbejds miljølov

Arbejdsret

- Betaling
- Overenskomst - ansættelses aftale
- Ledelses rettens grænser



- Implementerings aftalen
- Arbejds miljøloven
- Overenskomster
- Arbejdstidslov
- Aftale om telearbejde

KOLLEKTIV ARBEJDSRET CLASSIC

Honorering omdrejningspunkt

Ikke entydig definition - Skræddersyet til området

Udvikles dynamisk i retspraksis og forhandlinger

Fleksibilitetsdualisme

Princippet om effektiv arbejdstid

Tilbagefald på EU-arbejdstidsbegreb

KOLLEKTIV ARBEJDSRET CLASSIC

Længde

Placering - interval

Pauser

Lægning og omlægning

Ledelsesret og ledelsespligt – forudsætter AG tilrettelægger detaljeret

EU-RET - HVAD ER ARBEJDSTID

DIREKTIV 2003/88 – DEFINITIONER AF ARBEJDSTID OG HVILETID

Arbejdstid

Det tidsrum, hvori arbejdstageren er på arbejde og står til arbejdsgiverens rådighed under udførelsen af sin beskæftigelse eller sine opgaver i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis

Hvileperiode

Det tidsrum, der ikke er arbejdstid

ARBEJDSTIDSDIREKTIVETS INDHOLD

Art 3

- 11 timers reglen - AML

Art 4

- Pause hvis mere end 6 timer
- (Rammerne fastsættes i overenskomster)

Art 5

- Ugentligt fridøgn - AML

Art 6

- Max 48 timer i gennemsnit inkl. overarbejde - over 4 måneder

Art 7

- Minimumsregler for natarbejde

EU TENDENSER – IKKE PRAKSIS OM DET GRÆNSELØSE

- Rådighedsvagt - tilkaldevagt
- Deutsche Bank C-55/18
- Arbejdsvilkårsdirektiv
- Europæiske rammeaftale om tlearbejde 2002
- Right to disconnect

RÅDIGHEDSVAGT OG TILKALDEVAGT ARBEJDSSTID OG HVILETID



EU-KOM'S FORTOLKNINGSMEDDELELSE FRA 24. MAJ 2017

HOVEDTRÆK:

Arbejds- og hviletid skal ikke fortolkes ud fra MS's lovgivninger, men ud fra direktivets opbygning og formål.

Der findes ikke en "mellemkategori"; enten er der tale om arbejdstid, eller også er der tale om hviletid i direktiv 2003/88's forstand; Der henvises bl.a. til Simap (C-303/98) og Jaeger (C151/02) og til dir. def. art. 2, nr. 1

DEUTSCHE BANK C-55/18 – MÅLE LÆNGDEN

30

Grundlæggende rettighed: Enhver arbejdstager har ret til en begrænsning af den maksimale arbejdstid og til daglige og ugentlige hvileperioder

49

”En objektiv og pålidelig fastlæggelse af antallet af daglige og ugentlige arbejdstimer er afgørende...”

60

”...skal medlemsstaterne følgelig pålægge arbejdsgiverne en forpligtelse til at indføre et objektivt, pålideligt og tilgængeligt system, der gør det muligt at måle længden af hver enkelt arbejdstagers daglige arbejdstid.”

2002 RAMMEAFTALEN OM TELEARBEJDE (SAMARBEJDSAFTALERNE)

”Arbejdsmarkedets parter ser telearbejde både som en måde, hvorpå virksomheder og offentlige organisationer kan modernisere arbejdstilrettelæggelsen og som en måde, hvorpå arbejdstagerne kan forene arbejdslivet og det sociale liv og opnå større frihed i forbindelse med udførelsen af deres arbejdsopgaver...”

2. Definition og anvendelsesområde

”Telearbejde er en form for tilrettelæggelse og/eller udførelse af arbejdet under anvendelse informationsteknologi ... som kunne være udført på det sted, hvor arbejdsgiveren driver sin virksomhed, regelmæssigt udføres et andet sted.”

”Telearbejde er frivilligt for arbejdstageren såvel som for den pågældende arbejdsgiver.”

”Såfremt en arbejdstager afviser at overgå til telearbejde, er dette ikke i sig selv en grund til at bringe ansættelsesforholdet til ophør eller ændre vedkommendes arbejdsbetingelser og vilkår.”

”Inden for rammerne af gældende lovgivning, kollektive aftaler og virksomhedens forskrifter, tilrettelægger telearbejderen selv sin arbejdstid.” Arbejdsbyrden skal svare til det, der gælder for sammenlignelige på arbejdspladsen.

ARBEJDSVILKÅRSDIREKTIV

Art 2

Definition forudsætter at AG fastlægger og tilrettelægger arbejdstiden efter plan eller arbejdsmønster

Art 4

Litra M helt eller delvist uforudsigeligt arbejdsmønster – skal underrette om

i) det princip, at arbejdsplanen er variabel, antallet af garanterede betalte arbejdstimer og betaling for arbejde, som udføres ud over disse garanterede timer

ii) de referencetimer og -dage, hvor arbejdstageren kan pålægges at arbejde

iii) den minimumsvarslingsperiode, som arbejdstageren er berettiget til, før en arbejdsopgave påbegyndes, og, hvor det er relevant, den i artikel 10, stk. 3, omhandlede frist for annullering

Dvs. Forudsætter at arbejdstid skal ligge inden for forudbestemte timer og dage + skal varsles
Ikke forholdt sig til rum for arbejdstagers egen tilrettelæggelse og flydende grænser

SAMARBEJDSAFTALEN OG NY TEKNOLOGI

Flemming Dreesen, DA

Arbejdsrettens dag 2021 | 24. September 2021

Samarbejdsaftalen er en teknologiaftale

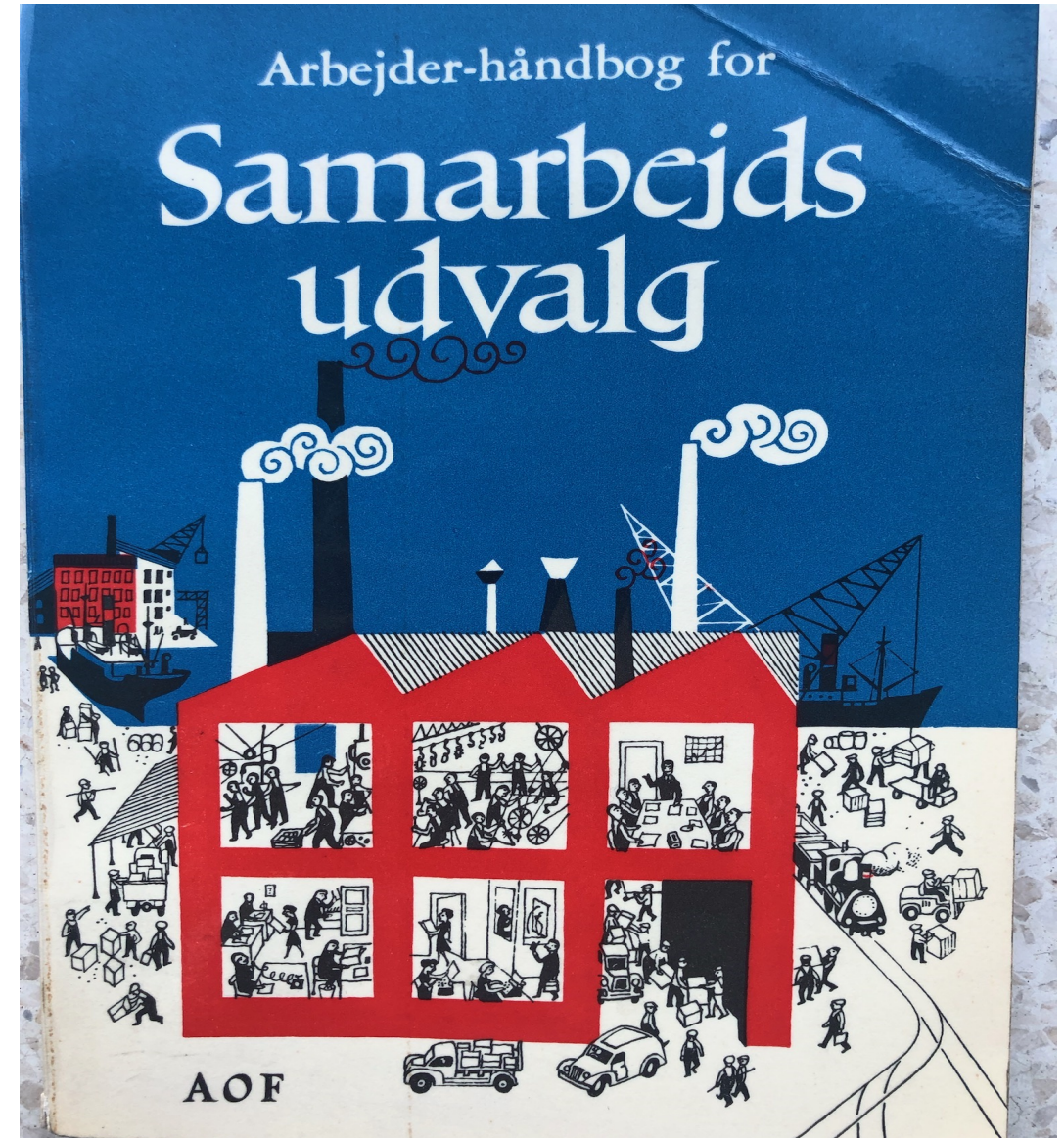


Til produktionens fremme

- (1947) Organ for samarbejde, rådgivning og oplysning
- Fremme af produktionen
- Bedst mulige arbejdsforhold og tilfredshed ved arbejdet
- Oplysning til de ansatte om virksomhedens forhold

rational Drift, tekniske Hjælpemidler, Materialebesparelser, forøge Produktionseffektiviteten, nedsætte Produktionsomkostningerne, Tilrettelægning af Arbejdet, Organisering af Arbejdsprocessen

..” hvis der bliver Tale om Indskrænkninger eller Omlægning...”



Samarbejdsaftalen har favnet datamatiseringen

Samarbejdsudvalgsaftale 1947

Suppleret af teknologiaftale i 1981

- *Parterne ser positivt på anvendelse og udvikling af ny teknologi...*
- Principper om behandling af persondata

Sammenskrivning i 1986 i Samarbejdsaftalen

Tillægsaftale om telearbejde 2006

- *Telearbejde og rammerne herfor er et emne for samarbejde*



Et løbende teknologisamarbejde

Samarbejdsaftalen 1964

SU's opgaver

- rationaliseringsforanstaltninger, ændringer og omlægning af driften
- i så dog tid som muligt før ændringerne iværksættes
- "bør bl.a. omfatte en vurdering af de tekniske, økonomiske og menneskelige problemer"



Samarbejdsaftalen nu

SU's opgaver

- uddannelse og omskoling af ansatte ved ny teknologi
- produktions- og arbejdstilrettelæggelse ved gennemførelse af større omlægninger i virksomheden
- konsekvenser vedrørende indførelse af ny eller ændringer i bestående teknologi, herunder **datamaskinbaseret teknologi** og systemer, når indførelsen eller ændringerne er af væsentligt omfang
- bortfald af arbejdspladser ved ny teknologi

Lov om information og høring og ESU

- Betydelige/større ændringer for beskæftigelsen/arbejdsforholdene

Uproduktiv til produktiv

- Samarbejdsnævnet: "Til Samarbejdsudvalgets formand og næstformand" (1965/66)

Et effektivt samarbejde
kan gøre uproduktiv tid
produktiv

Kan materiale- og halvfabrikatakontrol gøres mere effektiv?

Er man opmærksom på anvendelse af nye materialer og halvfabrikata, når produktionen bliver ændret?

Kontrolleres materialespild regelmæssigt, og arbejder man systematisk for at reducere det?

Kan en ændret konstruktion af produkterne bidrage til mindre materialespild?

Er kvaliteten af færdige produkter og halvfabrikata ensartet og tilfredsstillende?

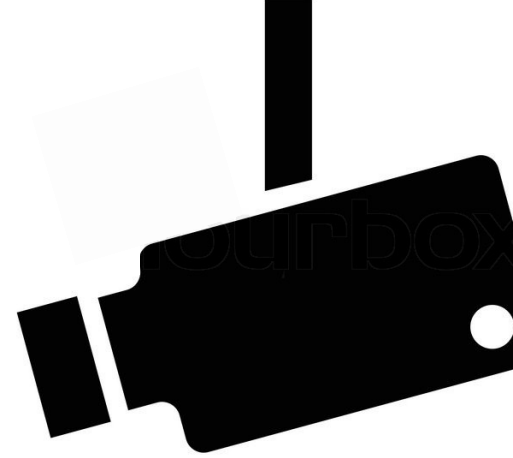
Er kvalitetskrav tilstrækkeligt højt, og kontrolleres det, at overholdes?

ET EFFEKTIVT SAMARBEJDE KAN GØRE
UPRODUKTIV TID PRODUKTIV

Overvågning og kontrol

Martin Gräs Lind

Integritetsbeskyttelse og opsamling på eksisterende retstilstand
vedrørende arbejdsgiverens brug af viden indsamlet gennem
overvågning/kontrol, der kan krænke medarbejderens privatsfære



Agenda

Tory MP Heckles Jeremy Corbyn

Nedslag i 3 delemner

1) Lidt om den klassiske overvågningsproblematik som den er set kommet til udtryk i retspraksis i lyset af digitalisering

2) Lidt om integritetsbeskyttelsen som den anvendes i DK, EU og et par eksempler fra sammenlignelige lande, samt et eksempel på hvordan nye temaer i EU kan skabe nye digitale platforme som medfører ny form for kontrol og overvågning og hvilke problemstillinger dette kan medføre

3) Nogle tanker om arbejdsgivernes muligheder for at gøre brug af digitaliseringen til at fremme virksomhedens interesser og om konsekvenserne af arbejdstagernes øgede friheder forbundet med digitalisering

Ad 1 – Lidt om den klassiske overvågningsproblematik, som den er set kommet til udtryk i retspraksis i lyset af den nye teknologi

- U 2003.1430 Ø – Sexchatsagen
- U 2016.2666 V – SMS-sagen fra Aarhus havn
- AR 2015.0315 - Carlsberg sagen
- U 2020.1615 H – fastfood sagen
- U 2019.3878 H – lydoptagelse af arbejdsgiver
- Eksempel på lovlig overvågning
- U 2014.1662 V GPS-overvågning i firmabil

Forskellige indgangsvinkler til retsstillingen

- Er reglerne teknologineutrale – og dermed gode nok ?
- Behov for nye regler ? Er reglerne fulgt med teknologien ?

Ad 2 – Lidt om integritetsbeskyttelsen som den anvendes i DK, EU og et par eksempler fra sammenlignelige lande, samt indspark om de digitale platforme til whistleblowing

- U 2019.3878 H – samspil mellem strafferetlige, dataretlige, arbejdsretlige, erstatningsretlige regler og principper, samt international ret, direktiver og menneskerettigheder.
- Oprindeligt optakt til dele af integritetsbeskyttelseslov, fx lovforslag B 27 af 18 marts 2005

Finlands integritetsbeskyttelseslov – Er de længere fremme?

- For:
- Hjælper domstolene med mere præcise desigener for retsstillingen
- Samtykke til indsamling af medarbejders oplysninger, udfylder kravet et nødvendigt rum for styrkelse af lønmodtagernes integritet



- Imod:
- - Halter bagefter teknologien
- TDC-afgørelsen publiceret 07/08/2020



Internationalt

- Bărbulescu mod Rumænien dom af 5 september 2017 (61496/08)
- Libert mod Frankrig dom af 22. februar 2018 (ECHR 072)
- EU GDPR
- Whilsteblowerdirektivet, Europa-parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1937 af 23. oktober 2019 samt lov nr 1436 af 29/06/2021 om beskyttelse af whistleblowere

Ad 3 – Nogle tanker om arbejdsgivernes muligheder for at gøre brug af digitaliseringen til at fremme virksomhedens interesser og om konsekvenserne af arbejdstagernes øgede friheder forbundet med digitalisering

- Digitaliseringen er her og er stadig tiltagende
- De digitale platforme bliver mere og mere avancerede og målrettede
- Flere muligheder end tidligere for kontrol- og overvågning !
- Større behov end tidligere for kontrol- og overvågning ?
- Frihed under ansvar – retligt set ?
- Fortsat de samme principper og interesseafvejninger – men har hensynene den samme styrke i den fagre digitale nye verden ?
- De 3 afskedigelsesnævnskendelser af 6. april 2017 om bortvisning af nattevagter, der sov i tjenesten (FOA mod Københavns Kommune)

15.10-15.15 PAUSE



JURIDISK INSTITUT
AARHUS UNIVERSITET

ARBEJDSRETTENS DAG
24. SEPTEMBER 2021

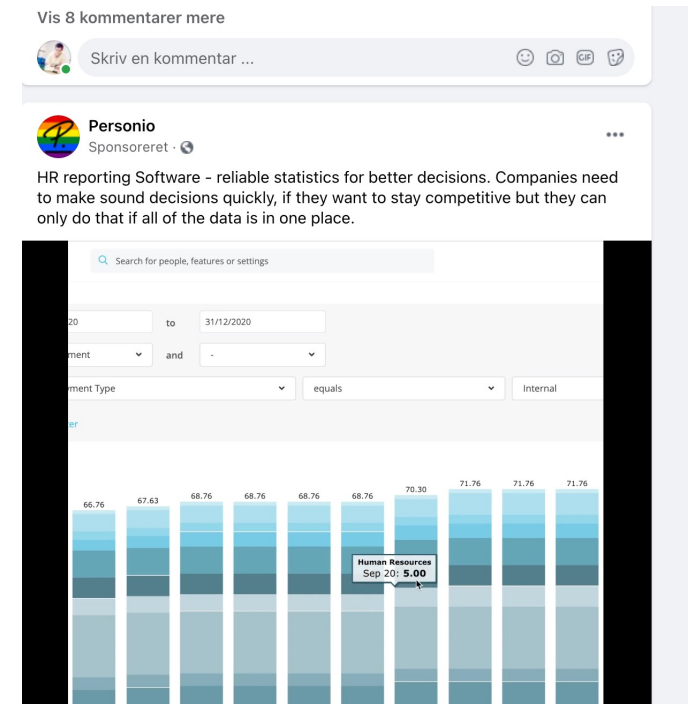
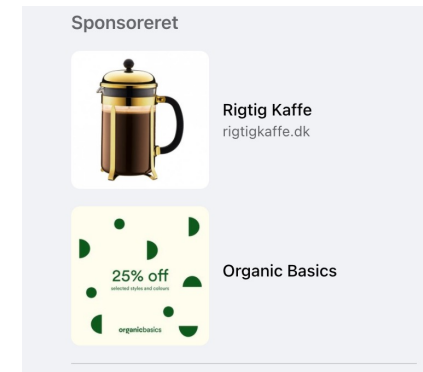
NATALIE VIDEBÆK MUNKHOLM
LEKTOR, PH.D.



ALGORITMER OG ARBEJDSRET

Hvad er en algoritme

- Jeg søger på stempelkander – der dukker reklamer op med kaffe og stempelkander de næste dage
- Jeg er fyldt 50 år, og LinkedIn foreslår, at jeg skal besøge pensions-investerings-hjemmesider
- Jeg søger på 'employee monitoring software' på Google, Facebook sender dette i mit feed



ALGORITMER OG ARBEJDSRET

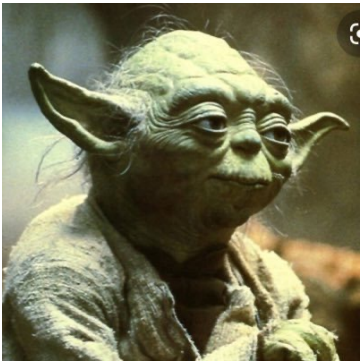
Hvad er en algoritme

- hverdagens små hjælpere

Den, der gør, hvad der bliver sagt. Tænder lyset når solen går ned – henter solnedgangstidspunktet fra nettet. Bearbejder store mængder data og viser sammenhænge. Gør præcis som vi beder den om. Bruges f.eks. i offentlig digital administration.

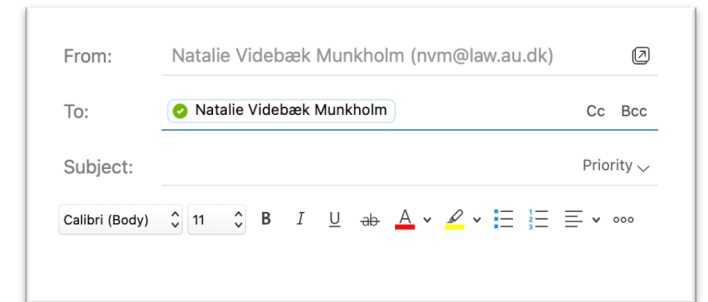
Den lærende algoritme, kunstig intelligens. Ser en sammenhæng mellem at jeg tænder lyset og solnedgangstidspunktet. Lærer, at jeg vil tænde lyset når solen går ned. Den lærer gennem brug og forudser hvad der skal ske. Bruges f.eks. til at gætte på brugernes præferencer, forudse risiko for nedbrud.

ALGORITMER OG ARBEJDSRET

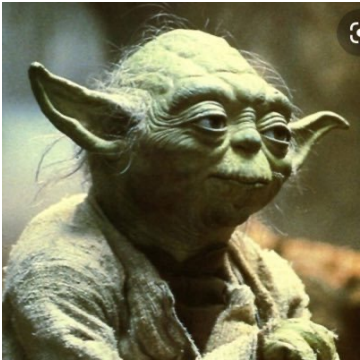


The Dark Side 1:

- Data om alt kan indsamles og systematiseres til profileringer af mennesker.
- Data kommer fra brug af apps, sociale medier, hjemmesider, telefonopkald, emails, responstid, websites, søgninger, screenshots, kamera-shots, lyd-bidder.
- Data kan købes, f.eks. Google Analytics, Facebook-Cambridge Analytica
- Prædiktion af medarbejder adfærd gennem typer, performance, sygedage, stress, konfliktlatente.
- Ved rekruttering og i ledelsesbeslutninger (f.eks. ved arbejdsmangel, hvem skal afskediges)
- Risiko for at reproducere bias, risiko for brud på grundrettigheder



ALGORITMER OG ARBEJDSRET



The Dark Side 2:

- Ledelse gennem algoritmer
- F.eks. algoritmer styrer digitale platformes distribution af opgaver, beregner priser, beregner ruter, styrer visninger, opsamler og justerer ratings, uddeler sanktioner.
- Udenlandske domstole (Holland, Italien, Frankrig, Storbritannien) har i vurderingen af, om platformsarbejderne er ansatte, lagt vægt på hvad algoritmen gør, f.eks. *arbejdet er ensidigt tilrettelagt af ...*
- Platformsvirksomheden bliver arbejdsgiver, fordi algoritmen udøver arbejdsgiverbeføjelser.

ALGORITMER OG ARBEJDSRET

En black box ? Ja måske. Men, vi kan godt komme det nærmere

Et par arbejdsretlige håndtag:

- 'Der bør anvendes samme grad af beskyttelse i den digitale verden som i den fysiske verden' (Rådets konklusioner om kunstig intelligens og EU-Charteret, Oktober 2020)
- Bare fordi det er digitalt er det ikke cowboyland – slet ikke i Danmark.
- Algoritme ledelse er ligesom al anden ledelse, et spørgsmål om ledelsesretten og dens grænser. Både vedrørende kontrol og overvågning, integritetsbeskyttelse. Og vedrørende lødigheden af beslutninger.
- De eksisterende regler finder anvendelse

ALGORITMER OG ARBEJDSRET

Problem nr. 1:

- Uigennemsigtigt og kompliceret
- Modvilje mod at afsløre algoritmens indretning

Skal det fritage for ansvar ?

- Arbejdsgiveren er ansvarlig for rigtigheden af beslutninger, også når de er baseret på algoritmers resultater.
- Evt. som i Google Spain sagen C-131/12 (Googles søgealgoritme brød en grundrettighed (retten til at blive glemt), Google var ansvarlig selvom algoritmen ikke var kodet til det, og resultatet var utilsigtet)
- Evt. som i Danfoss sagen C-109/88 (lønsystemets uigennemskuelighed gjorde i sig selv bevisbyrden meget vanskelig at løfte)

ALGORITMER OG ARBEJDSRET

Problem nr. 2:

- 'Ret til menneskelig indgriben'

GDPR artikel 22: Beskyttelse mod automatiserede beslutninger, inkl profileringer, som betydeligt påvirker den pågældende

- Stk. 2 Undtagelse a)-c)
- Stk. 3: altid pligt til at beskytte... **i det mindste den registreredes ret til menneskelig indgriben** fra den dataansvarliges side, **til at fremkomme med sine synspunkter** og til at **bestride afgørelsen**.

Hvad skal den menneskelige indgriben bestå af ? Skal HR-medarbejderen tilsidesætte en anbefaling fra det dyrt indkøbte software?

Hvordan bestrides afgørelsen, hvis ikke der er indsigt i processerne ?

ALGORITMER OG ARBEJDSRET

EU kommissionens forslag til forordning om harmonisering af regler for kunstig intelligens (21.4.2021)

1. 'Menneske-centreret'
2. At sikre overensstemmelse med **grundlæggende rettigheder** og Unionens værdier (EU-Charteret om privatlivets fred (art. 7 og 8), ligestilling (art. 23), ikke-forskelsbehandling (art. 21), rimelige arbejdsforhold (art 31))
3. ...
4. At forbedre forvaltning og effektiv **håndhævelse** af den **eksisterende lovgivning** om grundlæggende rettigheder og sikkerhedskrav til AI-systemer

ALGORITMER OG ARBEJDSRET

Mekanismer i harmoniseringsforslaget:

- Nye krav om transparens, ansvar og håndhævelsesmuligheder.
- Beskyttelse gennem risikovurdering, forhandling, information og træning.

Afsnit III: Høj-risiko systemer.

- Ledelse af **medarbejdere** er høj-risiko
- Der stilles **særlige krav** til data og dataforvaltning, dokumentation og registrering, gennemsigtighed og formidling af oplysninger til brugerne, menneskeligt tilsyn, robusthed, nøjagtighed og sikkerhed.
- Der stilles særlige krav til overvågning, håndhævelse og rapporteringsforpligtelser

Afsnit IV: Gennemsigtighedsforpligtelser for systemer, der i) interagerer med mennesker, ii) anvendes til at opdage følelser eller fastslå tilknytning til (sociale) kategorier baseret på biometriske data eller iii) generere eller manipulere indhold ("deep fakes")

ALGORITMER OG ARBEJDSRET

15.30-15.50 Algoritmer og diskrimination
v. Yvonne Frederiksen, Norrbom Vinding

Norbom Vinding

Algoritmer og diskrimination

Dansk Forening for Arbejdsret

den 24. september 2021

Advokat Yvonne Frederiksen

Arbejdsgiveres anvendelse af algoritmer

- Alt tyder på, at der i de kommende år vil ske en betydelig stigning i arbejdsgiveres anvendelse af algoritmer i forbindelse med ledelsesbeslutninger i ansættelsesforholdet
- Fordelene er oplagte
 - Betydelige mængder data kan processeres langt hurtigere
 - Anvendelsen kan medvirke til at reducere risikoen for ubevidst bias i beslutningsprocessen

Hvor ser vi algoritmer anvendt af arbejdsgivere?

- I rekrutteringsprocessen
 - Gennemgang, analyse og sortering/udvælgelse af ansøgninger/CV'er
 - Gennemførelse af videointerviews med software, der vurderer kandidaten baseret på ansigtsmimik og stemme
 - Automatiseret personlighedsanalyse baseret på data fra sociale medier
 - Brug af sociale medier til at målrette annoncering af ledige stillinger mod bestemte grupper
 - Analyse og vurdering af kandidaters svar i særligt udarbejdede spørgeskemaer

Hvor ser vi algoritmer anvendt af arbejdsgivere?

- Det løbende ansættelsesforhold
 - Netværksanalyse – undersøgelse af, hvem den enkelte medarbejder kommunikerer med og hvor ofte, til brug for eksempelvis at reducere silodannelse i organisationen og identifikation af nøglemedarbejdere
 - Medarbejderprofilering (brug af data til at vurdere performance, identificere og karakterisere "high-performance" medarbejdere og forudsige stress/udbrændthed)
 - Udvælgelse i forbindelse med afskedigelsesrunder

Hvor mange arbejdsgivere bruger det?

- Et nyere studie fra USA viser, at ca. 55 % af alle virksomheder bruger algoritmer i forbindelse med ansættelsesprocessen
- Muligt lidt lavere procent i EU, men området er utvivlsomt i vækst også her
- Hvad er status i Danmark?

Mulig diskrimination ved brug af algoritmer - eksempler

- Amazon
 - Udviklede rekrutteringssoftware baseret på data fra foretagne ansættelser i organisationen gennem de seneste 10 år
 - Algoritmen blev ikke informeret om kandidatens køn
 - Algoritmen havde imidlertid "lært sig selv" at favorisere mandlige kandidater baseret på de ord, der bliver anvendt i ansøgningerne
 - Bl.a. blev kandidater, der brugte ord som "*women's*" rated lavere, mens kandidater, der brugte ord som "*executed*" og "*captured*", fik en højere rating
 - Efter en del medieomtale valgte Amazon at lukke systemet ned i 2018

- Hvor gik det galt for Amazon?

Mulig diskrimintion ved brug af algoritmer - eksempler

- British Education Authorities
 - I sommeren 2020 aflyste den britiske regering de årlige advanced-level eksamener pga. corona. Resultatet af eksamenerne er afgørende for, hvilket universitet man optages på
 - Vurderingen blev i stedet baseret på lærernes vurdering af, hvordan den studerende ville have klaret sig til eksamen
 - Dette resultat blev herefter justeret ved brug af en algoritme, der var baseret på de seneste års eksamensresultater på skolen
 - Konsekvensen var, at højt performende studerende fra skoler, der normalt lå lavt karaktermæssigt, fik reduceret deres karakterer langt mere end højt performende studerende på skoler, der normalt lå højt karaktermæssigt
 - Efter flere dages heftig kritik besluttede den britiske regering at undlade at gøre brug af algoritmen og i stedet alene at basere beslutningen på lærernes vurdering

Mulig diskrimination ved brug af algoritmer

- Direkte diskrimination
 - *”Der foreligger direkte forskelsbehandling, når en person på grund af [det beskyttede kriterie, fx køn, alder m.v.] behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation”*
 - Direkte forskelsbehandling begrundet i et beskyttet kriterie vil som udgangspunkt ikke være lovlig, medmindre det sker med hjemmel i en af de få undtagelsesbestemmelser i lovgivningen, eller der er indhentet dispensation

Mulig diskrimination ved brug af algoritmer

- Indirekte diskrimination
 - *”Der foreligger indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer af en/et bestemt [det beskyttede kriterie, fx køn, alder m.v.] 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 hensigtsmæssig og nødvendige ...”*
 - Illustreres særligt i EU-Domstolens domme af 14. marts 2017 (C-157/15 og C-188/15 – forskelsbehandling pga. religion (religiøs hovedbeklædning))

Direkte eller indirekte diskrimination?

- Algoritmer vil formentlig sjældent lægge vægt direkte på et beskyttet kriterie, men hvordan ville en dansk domstol anskue eksemplet fra Amazon?
- Indirekte forskelsbehandling kan eksempelvis foreligge, når algoritmen inddrager følgende kriterier/elementer:
 - Flexibilitet (køn/familiemæssig stilling, religion, handicap m.v.)
 - Bopæl
 - Ord, ansigtsudtryk, stemmeføring i forbindelse med interviews, eller ord anvendt ved skriftlige ansøgningsprocesser

Direkte eller indirekte diskrimination?

- Sager i dansk retspraksis hvor der er taget stilling til sondringen mellem direkte og indirekte forskelsbehandling
 - U.2005.1265H (Føtex-sagen – tørklæde - religion)
 - U.2008.1156H (Sprogkrav – national oprindelse)
 - U.2014.106/2H (Fleksibilitet – køn)
 - U.2016.2530H (Dagplejer med handicappet søn)

Hvordan vil vi anskue sagerne bevismæssigt i dansk ret?

- Det er som udgangspunkt den delte bevisbyrde, der finder anvendelse
 - *"Hvis en person, der anser sig for krænket, jf., påviser faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der udøves direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det modparten at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket"*

Hvordan vil vi anskue sagerne bevismæssigt i dansk ret?

- Mulige bevismæssige udfordringer for medarbejderen
 - Ikke nødvendigvis viden om, at der har været brugt en algoritme
 - Ikke kendskab til de data algoritmen er baseret på, og hvordan algoritmen anvender disse data
 - Hvis der stilles spørgsmål, ønsker arbejdsgiver måske ikke at oplyse detaljer om indholdet af algoritmen, så længe medarbejderen ikke har påvist faktiske omstændigheder, der skaber en formodning for forskelsbehandling
 - medarbejderen kan her være udfordret, hvis der ikke er statistiske data, der skaber en formodning for forskelsbehandling

Hvordan vil vi anskue sagerne bevismæssigt i dansk ret?

- Mulige bevismæssige udfordringer for medarbejderen
 - Kan medarbejderen bringe rettighederne i GDPR i spil?
 - Artikel 22 – ret til ikke at være genstand for afgørelse baseret på automatisk behandling
 - Artikel 13 og 14 – oplysningspligt
 - Artikel 15 – indsigtsret
 - Betydningen af en vedtagelse af forslaget til ny EU-forordning om kunstig intelligens
 - AI-systemer der anvendes i forbindelse med rekruttering, overvågning, evaluering, afskedigelse m.v. af medarbejdere anses for ”højrisiko AI-systemer” – skærpede krav i forhold til risikostyring, gennemsigtighed og tilsyn
 - På hvilken måde vil ikke bindende guidelines m.v. kunne få betydning:
 - Institut for Menneskerettigheders anbefaling til offentlige myndigheder
 - EU-Kommissionens etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens

Hvordan vil vi anskue sagerne bevismæssigt i dansk ret?

- Mulige bevismæssige udfordringer for arbejdsgiveren
 - Ved/forstår arbejdsgiver, hvordan algoritmen fungerer?
 - Hvilke data indgår, og hvordan anvender algoritmen disse data?
 - Udfordring at nogle algoritmer ændrer sig selv over tid
 - "Black Box Problem"
 - Særlig udfordring hvis arbejdsgiver ikke selv har udviklet algoritmen, eller der er gjort brug af et rekrutteringsfirma, der anvender en algoritme
 - Hvordan vil domstolene anskue en ekstern udbyders eller et rekrutteringsfirmas garanti for, at deres system er sikret mod diskrimination, hvis der er skabt en formodning for forskelsbehandling?

Hvordan vil vi anskue sagerne bevismæssigt i dansk ret?

- Mulige bevismæssige udfordringer for arbejdsgiveren
 - Hvis der er skabt en formodning for direkte forskelsbehandling – det kan i disse situationer blive endog meget vanskeligt for arbejdsgiver at afkræfte denne formodning
 - Hvis der er skabt en formodning for indirekte forskelsbehandling – det kan i disse situationer blive vanskeligt for arbejdsgiver at godtgøre, at de anvendte tilsyneladende neutrale kriterier er objektivt og sagligt begrundet i et legitimt formål osv.

Hvordan vil vi anskue sagerne bevismæssigt i dansk ret?

- Mulige bevismæssige udfordringer for arbejdsgiveren
 - Er der en risiko for, at domstolene i disse situationer vil stille skærpede krav til arbejdsgivers bevis for, at der ikke er sket forskelsbehandling – således som det eksempelvis er set i ligelønssager?
 - Se U.2009.2993H – *”Der foreligger ikke skriftlige retningslinjer eller lignende, som belyser de principper, som lønfastsættelsen byggede på, herunder i forbindelse med medarbejders overgang fra en stilling til en anden. Der foreligger heller ikke skriftligt materiale, som belyser, hvordan lønnen for de enkelte kundekonsulenter er blevet fastsat. Vi finder, at disse omstændigheder skærper de krav, der må stilles til F's bevis for, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.”*

Hvordan vil vi anskue sagerne bevismæssigt i dansk ret?

- To afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet af 25. februar 2021
 - Sagerne, der begge var indbragt af Institut for Menneskerettigheder, vedrørte spørgsmålet om brug af annoncering målrettet mod køn og alder ved brug af Facebooks annonceringsværktøj
 - I den første sag havde en virksomhed ved brug af Facebooks annonceringsværktøj målrettet sin annoncering mod brugere af begge køn i alderen 20 til 50 år
 - I den anden sag havde en rekrutteringsvirksomhed brugt samme annonceringsværktøj, men havde målrettet visningen af jobannoncen til mandlige Facebook-brugere i alderen 20 til 43 år
 - Fælles for begge sager var, at stillingsopslagene også var tilgængelige på virksomhedernes egne hjemmesider og egne sider på henholdsvis Facebook og LinkedIn

Hvordan vil vi anskue sagerne bevismæssigt i dansk ret?

- To afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet af 25. februar 2021
 - I forhold til de konkrete sager fandt Ligebehandlingsnævnet ikke, at var tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, der var annonceret i strid med forbuddet mod annoncering efter et bestemt køn/en bestemt alder, fordi der var annonceret på mange forskellige platforme
 - I begge sager fastslog Ligebehandlingsnævnet imidlertid, at der var påvist faktiske omstændigheder, der skabte en formodning for, at bestemte persongrupper ville blive udelukket fra at komme i betragtning til stillingerne, hvilket vil være i strid med forbuddet mod direkte alders- og kønsdiskrimination

Hvordan vil vi anskue sagerne bevismæssigt i dansk ret?

- To afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet af 25. februar 2021
 - Virksomheden i den første sag formåede imidlertid at løfte bevisbyrden for, at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet krænket, i hvilken forbindelse Ligebehandlingsnævnet blandt andet lagde vægt på, at virksomheden havde ansat en person, der var ældre end 50 år.
 - I den anden sag havde rekrutteringsvirksomheden derimod ikke besvaret Ligebehandlingsnævnets henvendelser i sagen, og denne virksomhed formåede således ikke at løfte bevisbyrden, hvorfor Institut for Menneskerettigheder fik medhold i sin klage over rekrutteringsvirksomheden.

Initiativer i andre lande

- Spanien har i maj 2021 indført ny lovgivning om transparens i forhold til brug af algoritmer i ansættelsesforhold
 - Arbejdsgiver er forpligtet til at orientere ansøgeren/medarbejderen om *”parameters, rules and instructions on which the algorithms or artificial intelligent systems, that effect decision-making addressing/impacting working conditions, access to and maintenance of employment, including profiling, are based.”*
 - Den spanske regering har nedsat en ekspertgruppe, der skal analysere behovet for yderligere regulering og det er den generelle forventning, at dette vil blive indført

Initiativer i andre lande

- I Frankrig og Belgien gælder der en forpligtelse til at gennemføre forudgående information og høring af samarbejdsudvalget, hvis arbejdsgiver ønsker at gøre brug af algoritmer i forhold til medarbejdere
- I England har Information Commissioner's Office (ICO) udstedt en række anbefalinger i forhold til både GDPR og ligebehandling ved virksomheders/organisationers brug af algoritmer

15.50-15.55 AFSLUTNING



JURIDISK INSTITUT
AARHUS UNIVERSITET

ARBEJDSRETTENS DAG
24. SEPTEMBER 2021

NATALIE VIDEBÆK MUNKHOLM
LEKTOR, PH.D.



DIGITALISERING OG ARBEJDSRET

Takeaway points:

Platformsarbejde

Digitalt arbejde

Algoritmer og kunstig intelligens

Det vi har:

- Det er ikke noget helt særligt. Det er bare nye muligheder.
- Samme beskyttelse digitalt som fysisk. Både når det gælder forretningsmodeller, brug af ny teknologi, kontrol og overvågning, integritetsbeskyttelse, algoritmeledelse og beskyttelse af grundrettigheder.
- Vi har regler, der kan bringes i spil - også vedrørende digitale aspekter af arbejdet.
- Vi har standarder (softlaw) vedrørende etik og god praksis, måske EU-regler

DIGITALISERING OG ARBEJDSRET

Det vi ikke har:

- Mere viden om IT, algoritmer, kunstig intelligens.
- Viden om, hvordan det er indrettet, hvordan det bruges, hvad risici er, hvordan man laver arbejdsretlig kvalitetstest af algoritmer.
- Hvordan man sikrer valide data, og lødige resultater og beslutninger. Viden og digitale kompetencer skal ud i de juridiske afdelinger, hos advokater og hos dommere.
 - Det er ikke kun i IT-afdelingen eller GDPR-afdelingen ('someoneelseness')
- Mere viden om det grænseløse arbejde (fysisk og geografisk) håndteres – det er komplekst, men ikke umuligt



JURIDISK INSTITUT
AARHUS UNIVERSITET