

## DOM

afsagt den 20. maj 2014 af Vestre Landsrets 15. afdeling  
(dommerne Kirsten Thorup, Hans-Jørgen Nymark Beck og Gitte Kuhlwein (kst.)) i 1. instanssag

V.L. B-0690-12

FOA Fag og Arbejde som mandatar for

A

(advokat Jacob Sand, Aarhus)

mod

... Kommune

(advokat Jørgen Vinding, København) og

B

(advokat Carsten Hove, Kolding)

Biintervenient:

Kommunernes Landsforening

(advokat Jørgen Vinding, København)

### **Indledning og parternes påstande**

Denne sag, der er anlagt den 17. januar 2011, er den 1. marts 2012 ved kendelse afsagt af Retten i Kolding henvist til landsretten i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt det er ... Kommune eller B, der er arbejdsgiver for handicaphjælper A, og som derfor i givet fald skal honorere As krav på godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis og overtrædelse af ligebehandlingsloven samt krav på efter-

betaling af løn mv. opgjort som forskellen mellem, hvad han har fået udbetalt, og hvad han ville få udbetalt efter den overenskomst, som er indgået mellem KL og FOA.

A har påstået, at ... Kommune, subsidiært ... Kommune og B in solidum, og mere subsidiært B skal betale 449.818,66 kr. med nærmere angivne renter samt indbetale 2.926,31 kr. til Feriekonto.

Kravet er opgjort således:

- Godtgørelse for krænkelse af ligebehandlingsloven, 12 måneder á 30.000 kr.		360.000,00 kr.
- Godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis		30.000,00 kr.
- Efterbetaling af overenskomstbaserede krav:		
<i>Løn m.v. bortset fra pension:</i>		
Difference 2007	8.587,95 kr.	
Feriegodtgørelse for den 6. ferieuge, 2,5 % af ovennævnte	214,70 kr.	
Difference 2008	13.467,27 kr.	
Feriegodtgørelse for den 6. ferieuge, 2,5 % af ovennævnte	336,68 kr.	
Difference 2009	15.351,08 kr.	
Feriegodtgørelse for den 6. ferieuge, 2,5 % af ovennævnte	383,78 kr.	
Difference 2010	8.838,47 kr.	
Feriegodtgørelse for den 6. ferieuge, 2,5 % af ovennævnte	<u>220,96 kr.</u>	
I alt	<u>47.400,89 kr.</u>	
<i>Pensionsbidrag:</i>		
Difference 2008	19.133,12 kr.	
Difference 2009	35.387,07 kr.	
Difference 2010	<u>25.413,51 kr.</u>	
I alt efterbetalingskrav	<u>79.933,70 kr.</u>	<u>127.334,59 kr.</u>
Godtgørelse og efterbetalingskrav i alt		517.334,59 kr.
Indbetalt til Pensam den 30. december 2011		<u>67.515,93 kr.</u>
Krav		<u>449.818,66 kr.</u>

... Kommune har over for påstanden om betaling af godtgørelse i henhold til ligebehandlingsloven påstået frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb. Over for påstanden om godtgørelse for manglende ansættelsesbevis og efterbetaling af løn, feriegodtgørelse og pensionsbidrag har kommunen påstået frifindelse, subsidiært afvisning, mere subsidiært frifindelse og mest subsidiært betaling af et mindre beløb.

Overfor B har ... Kommune nedlagt påstand om, at han skal friholde, subsidiært delvist friholde kommunen for ethvert beløb, som kommunen må blive tilpligtet at betale til A.

... Kommune har påstået frifindelse over for den friholdespåstand, som B har nedlagt.

B har over for A påstået frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb.

Over for ... Kommune har B nedlagt påstand om, at kommunen skal friholde ham for ethvert beløb, herunder renter og omkostninger, som han må blive tilpligtet at betale til A.

B har påstået frifindelse over for den friholdespåstand, som ... Kommune har nedlagt.

Civilstyrelsen har den 9. oktober 2012 givet B fri proces under sagen. Det fremgår af bevilningen, at B har en retshjælpsforsikring med dækningsmaksimum på 130.000 kr.

### **Sagsfremstilling**

B, der bor i ... Kommune, var i 2004 impliceret i en alvorlig trafikulykke, der har medført, at han er lammet fra halsen og ned. Han er derfor fuldstændig afhængig af hjælpere og modtager borgerstyret personlig assistance efter servicelovens § 96, også kaldet BPA-ordningen (tidligere kaldet hjælperordningen).

A har siden 2007 arbejdet som hjælper for B. Ved ansættelsesforholdets begyndelse blev blanketten ”MOA - Meddelelse om ansættelsesforhold” udfyldt og indsendt til ... Kommune. På MOA blanketten, som er påstemplet Bs underskrift, er det med håndskrift blandt andet anført, at A fra den 9. juni 2007 er ansat som personlig hjælper med tjenestested hos B. I rubrikken ”ansættelsesmyndigheden” er der skrevet ”B”. Blanketten er stemplet modtaget hos ... Kommune, Lønafdelingen, den 21. juni 2007.

Af en samtykkeerklæring underskrevet af A den 15. juni 2007 fremgår, at han giver sit samtykke til, at ... Kommunes Personaleforvaltning trækker A-skat, arbejdsmarkedsbidrag og særlig pensionsopsparring ved udbetaling af hans løn for ”ansættelse hos B”, og at han er bekendt med, at tilladelsen indebærer, at ... Kommunes Personaleforvaltning indberetter hans CPR-nummer og indsender lønoplysning til Told og Skat.

Af As ansættelsesbrev af 21. juni 2007, der er udarbejdet af ... Kommune, fremgår, at han den 9. juni 2007 er ansat som timelønnet personlig hjælper med tjenestested hos B, .... Adressen er overstreget og med håndskrift erstattet af ”...”. Af ansættelsesbrevet fremgår nærmere:

#### ”HJÆLPEORDNING FOR HANDICAPPEDE.

Under din ansættelse er du omfattet af den tilrettede overenskomst af 15. September 1999 [herefter stregoverenskomsten] vedrørende løn- og ansættelsesvilkår for social- og sundhedshjælpere m.fl. om ansættelsesbrev, aflønning af ikke-uddannede medarbejdere, løn til deltidsbeskæftigede, løn-udbetaling, minimumsbetaling for timelønnede, aftale om lønberegning/lønfradrag, konvertering af årligt ulempetillæg, sygdom, barns 1. sygedag, efterløn til efterladte, tjenestedragt, opsigelse, tjeneste på 1. maj, grundlovsdag, juleaftens- og nytårsaftensdag, kolonitillæg samt arbejdstidsaftalens bestemmelser om tjenestens placering § 2 stk 1 og 2, ugentlig arbejdstid, pauser, aften- og nattjeneste, 17-06 tillæg, søn- og helligdagstjeneste, lørdags-/mandagstjeneste, betaling ved ikke afviklet afspadsring, søgneheligdage, rådighedstjeneste. Søndagstillæg udbetales altid.

Opsigelsesvarslet kan dog max. udgøre 3 måneder. Endvidere er Funktionsnærlovens §2A ikke gældende.

I forbindelse med fravær på grund af graviditet, barsel og adoption samt omsorg gælder Dagpengeloven.

Anmeldelse af fravær sker efter de samme regler som er gældende for ansatte ved ... Kommune, jævnfør vedlagte regler.

Endvidere beder vi dig lægge mærke til, at du har tavshedspligt om forhold du bliver bekendt med under arbejdet og som af naturlige grunde – eller efter ordre fra arbejdsgiveren – skal holdes hemmelige. Det gælder både mens du er ansat og efter din fratræden.

Såfremt du godkender ovennævnte betingelser for ansættelsen, beder vi dig tilbagesende vedlagte kopi af dette ansættelsesbrev. Lønnen udbetales den sidste bankdag i måneden.

*Som et nødvendigt led i din ansættelse ved ... Kommune foretager vi elektronisk behandling af dine personoplysninger, som beskrevet i Persondata-*

*loven. Behandlingerne sker som led i kommunens løn- og personaleadministration, og personoplysningerne behandles fortroligt.*

*De personoplysninger, der er tale om, omfatter ud over almindelige oplysninger til brug for lønudbetaling og sædvanlig personaleadministration, også oplysninger om dine helbredsmæssige forhold og om eventuelle strafbare forhold, såfremt det på et tidspunkt i ansættelsesforholdet bliver aktuelt at behandle sådanne oplysninger. Du kan altid ved at kontakte Personalejuridisk Afdeling få indsigt i og opdatere de oplysninger, der er registreret om dig som led i dit ansættelsesforhold.*

*K*

*LP-Konsulent*

*På vegne af:*

*B ”*

A har til brug for sagen fremlagt en vejledning, der fremstår som udfærdiget af ... Kommune, med overskriften ”Du har ret til indsigt i de personoplysninger, der behandles om dig i forbindelse med din ansættelse i ... Kommune”. Vejledningen indeholder blandt andet oplysninger om modtagerens rettigheder efter persondataloven samt en orientering om, hvilke oplysninger kommunen indsamler og behandler som led i ansættelsesforholdet og aflønningen.

Det fremgår af As lønsedler, at de er udstedt af ... Kommune. Lønnen har kommunen beregnet og udbetalt på grundlag af indleverede arbejdssedler, som er underskrevet af A som medarbejder og af B som lønattestationsmyndighed.

Den 1. juli 2009 trådte en ny bekendtgørelse om udmåling af tilskud til borgerstyret personlig assistance (udmålingsbekendtgørelsen) i kraft, og socialdirektøren og seniordirektøren i ... Kommune fremsatte som følge heraf et forslag til fastsættelse rammerne for udmålingen af det kommunale tilskud. Den 26. maj 2010 godkendte seniorudvalget og social- og sundhedsudvalget rammerne for kommunens udmåling af tilskuddet.

Ved kommunens brev af 31. august 2010 blev borgere med borgerstyret personlig assistance inviteret til et orienteringsmøde den 15. september 2010 vedrørende de ændringer i ordningen, som var foranlediget af godkendelsen af rammerne for udmåling af tilskud. Det fremgår af kommunens deltagerliste, at B med hjælper var tilmeldt mødet.

I brev af 16. september 2010 meddelte kommunen B, at kommunen i forbindelse med sin

implementering af en lovændring havde revisiteret hans hjælp, at kommunen vurderede, at han fortsat opfyldte betingelserne i servicelovens § 96 for at modtage BPA, og at kommunen havde vurderet, at hans hjælpebehov var uændret. Videre fremgår blandt andet:

” I denne bevilling udmåles tilskud til personlige hjælpere, jævnfør vedlagte bilag. Udmålingen af tilskud til de personlige hjælpere er gældende fra d. 15. oktober 2010. Dette betyder, at alle nyansættelser fra denne dato skal ske efter vedlagte udmåling. Derudover skal du som arbejdsgiver overholde reglerne i forhold til varsling af medarbejdere der får væsentlig ændrede arbejdsvilkår...”.

Det fremgår af brevet, at udmålingen af støtte i forhold til allerede ansatte hjælpere ville være uændret frem til den 15. januar 2011.

Forpligtelsen for modtageren af støtte til som arbejdsgiver at varsle de ændrede løn- og ansættelsesvilkår for hjælperne er gentaget i kommunens vejledning: ” Til de ændringer, ... Kommune ser som de væsentligste forhold til lovændringen vedr. Borgerstyret Personlig Assistance § 95 og § 96”. Af vejledningen fremgår blandt andet, at de nye regler medfører både forbedringer og forringelser i forhold til de personlige hjælperes nuværende løn- og ansættelsesvilkår, idet kommunen som konsekvens af lovændringen skal yde tilskud til dækning af pension, egen sygdom, barnets 1. og 2. sygedag samt løn under barsel til moderen, hvorimod den 6. ferieuge, beklædningsgodtgørelse samt et tillæg betegnet 3/37 bortfalder. Det fremgår endvidere af vejledningen, at der skal ske varsling af de personlige hjælpere efter ansættelsesretlige regler, og at en underskrevet fuldmagt skal afleveres til kommunen senest den 27. september 2010, såfremt kommunen skal varetage opgaven.

B gav den 22. september 2010 kommunen skriftlig fuldmagt til at foretage den nødvendige varsling over for hans hjælpere. Det fremgår af fuldmagten, at varslingen vil kunne ske i form af en afskedigelse og samtidigt tilbud om ansættelse på ændrede vilkår.

Ved brev af 24. september 2010 inviterede kommunen de personlige hjælpere – herunder A – til et informationsmøde den 12. oktober 2010 om ændringerne i ordningen.

Ved brev af 11. oktober 2010 skrev kommunen til A, at kommunen på vegne af hans arbejdsgiver B skulle meddele, at B ændrede hans ansættelsesvilkår, således at han fra og med den 16. januar 2011 blev ansat på de vilkår, som fremgik af den vedlagte ”Oversigt vedrørende politisk godkendte takster for tilskud i BPA-ordninger i ... Kommune. Politisk

godkendt maj 2010". Det meddeles i brevet, at A afskediges som følge af den væsentlige vilkårsændring og tilbydes ansættelse hos B på de angivne vilkår. Kommunen anmodede A om at meddele sit svar på tilbuddet om genansættelse på et vedlagt svarark, som skulle indsendes til handicaprådgivningen senest den 1. november 2010.

Af "Oversigt vedr. politisk godkendte takster for tilskud i BPA ordninger i ... Kommune. Politisk godkendt i maj måned 2010" fremgår vedrørende løn under barsel, at der ydes tilskud til løn under moderens barsel, og at der ikke ydes tilskud til løn under faderens barsel.

I brev af 13. januar 2011 fra kommunen til B er det blandt andet anført, at kommunen – med undtagelse af lønadministration - ikke fremover vil påtage sig personaleadministrative opgaver så som udarbejdelse af ansættelsesbreve og opsigelsesbreve mv. Det fremgår i øvrigt, at kommunen på baggrund af en forespørgsel rejst i forhold til kvindelige og mandlige hjælpere situation i forbindelse med barsel havde besluttet også at yde tilskud til mandlige hjælpere i forbindelse med barsel.

B har i juli 2011 indgået en aftale med Focus People, som medfører, at hans tilskud efter BPA-ordningen med virkning fra den 15. august 2011 overføres til Focus People, der herefter varetager rollen som arbejdsgiver for hans hjælpere.

A har den 12. august 2011 underskrevet en ansættelsesaftale med Focus People vedrørende sin ansættelse som handicaphjælper hos B.

### **Forklaringer**

A har forklaret, at han er uddannet landmand i 2001. Han har ikke haft ansættelse inden for den sociale sektor forud for sin ansættelse hos B. Han søgte stillingen som handicaphjælper, idet han ikke kunne klare tunge løft, hvilket hans tidligere arbejde krævede. Han så ikke et stillingsopslag, men blev bekendt med stillingen via sin nabo, som havde været hos B i nogle år. Han var til en ansættelsessamtale hos B, som viste rundt og fortalte om sig selv og arbejdet. De talte ikke om lønnen. Han var godt klar over, at lønnen var lav, men han havde brug for arbejdet. De talte ikke om, hvem der var arbejdsgiver. På eller i forlængelse af mødet fik han udleveret en MOA blanket. B havde en hel bunke af disse blanketter liggende. Han blev over to døgn oplært af en anden af Bs hjælpere. MOA blanketten blev

underskrevet få dage efter, at han havde deltaget i oplæringsvagten. Han så ikke stregoverenskomsten på daværende tidspunkt. Han husker ikke, hvornår han første gang så stregoverenskomsten. B sendte den udfyldte MOA blanket til kommunen sammen med de andre papirer. Han mener, at blandt andet samtykkeerklæringen og en erklæring vedrørende tavshedspligt blev medsendt. Han modtog herefter ansættelsesbrevet fra ... Kommune. Han ringede til kommunen, da oplysningen om tjenestestedet ikke var korrekt, og da reglerne om sygefravær, som der var henvist til, ikke var vedlagt. Han bad også om at få udleveret funktionærlovens § 2 a. Han fik besked om, at han selv skulle rette adressen, og at reglerne ville blive eftersendt. Han modtog aldrig reglerne. Han bad ikke om stregoverenskomsten, da han gik ud fra, at det var en del af reglerne om sygefravær. Han mener, at han underskrev et eksemplar af ansættelsesbrevet. Han har ikke drøftet indholdet af ansættelsesbrevet med B. På det tidspunkt opfattede han kommunen som sin arbejdsgiver, idet det var kommunen, der havde sendt ansættelsesbrevet og bedt ham rette heri.

Det er ham selv, som har udfyldt arbejdssedlerne. På bagsiden af arbejdssedlerne er der trykt en vejledning, hvoraf det fremgår, hvornår man er berettiget til de forskellige tillæg, eksempelvis beklædningstillæg og lørdagstillæg. Han kunne af lønsedlerne se, hvilke tillæg han fik udbetalt. B gennemgik arbejdssedlerne samlet, inden de blev stemplet med hans underskriftsstempel og sendt til kommunen. Det var medhjælperne, der med Bs accept stemplede arbejdssedlerne med Bs underskriftsstempel. Det forekom, at kommunens medarbejder foretog rettelser i de indsendte arbejdssedler. Han går ud fra, at rettelserne skyldtes, at kommunen var af den opfattelse, at arbejdssedlen ikke var udfyldt korrekt. De havde meget godt styr på at udfylde arbejdssedlerne, og det forekom ikke ofte, at der blev rettet. Grunden til, at lønsedlen for januar/februar 2009 omfatter a conto løn, er, at kommunen ikke havde udbetalt løn i januar 2009. Han ringede i den forbindelse til kommunen, der oplyste, at den manglende udbetaling skyldtes, at hans arbejdsgiver B ikke havde indleveret arbejdssedlerne rettidigt. Det var første gang, at kommunen gav udtryk for, at det var B og ikke kommunen, som var hans arbejdsgiver.

Han var ikke med B til det møde, som kommunen afholdt for de handicappede den 15. september 2010. Han deltog i mødet for handicaphjælperne den 12. oktober 2010. På mødet oplyste kommunen om de nye takster, som ville komme til at gælde fremover, herunder at fædre ikke ville få løn under barsel. Han modtog kommunens brev af 11. oktober 2010 efter informationsmødet. Han mener ikke, at han drøftede indholdet af brevet med B, men de har vendt det på et personalemøde. B sagde i den forbindelse, at han ikke kunne gøre



noget. ”Oversigt over nuværende arbejdstidsbestemte tillæg ifm. BPA” og ”Oversigt vedrørende politisk godkendte takster for tilskud i BPA-ordninger i ... Kommune. Politisk godkendt maj 2010”, som der henvises til i brevet af 11. oktober 2010, var vedlagt. Han underskrev det medfølgende svarark og returnerede det til kommunen uden at have sat noget kryds herpå, idet han fandt det urimeligt, at han ikke kunne få løn under barsel. Han modtog en mail fra kommunen, der efterlyste en afkrydsning, men han foretog sig ikke yderligere. Han modtog ikke et nyt ansættelsesbevis. I marts eller april 2011 spurgte B til en ansættelseskontrakt, idet kommunen havde rykket herfor. B printede på et tidspunkt en standardansættelseskontrakt ud fra en hjemmeside. Det var vist før sommerferien 2011. Han mener, at han skrev under på en ansættelseskontrakt inden sommerferien, men at det viste sig, at den ikke var i overensstemmelse med bevillingen. Det blev vist for meget for B, at han selv skulle sørge for ansættelseskontrakterne, og det var formentlig årsagen til, at B overgav opgaven til Focus People. Han har ikke set kommunens brev af 13. januar 2011 til B. Han hørte, at kommunen alligevel ville betale løn til fædre på orlov. Det var ikke B, men en anden brugers hjælper, som fortalte ham det.

Han har aldrig hjulpet B med at annoncere efter hjælpere. Han har set en enkelt af Bs jobannoncer, hvori B søgte efter afløsere.

Han arbejder stadig som handicaphjælper for B. Det var en svær beslutning at stævne B, men det har ikke påvirket deres samarbejde.

C har forklaret, at hun siden 2007 har været ansat som administrations- og retssikkerhedschef i ... Kommune.

På nuværende tidspunkt er der 24 borgere i kommunen, som er omfattet af BPA-ordningen, og der er cirka 150 hjælpere. Kommunen startede med at yde tilskud til ansættelse af hjælpere omkring 1997, hvor hjælperordningen blev indført.

BPA-ordningen stiller ret store krav til den handicappedes funktionsniveau, idet det blandt andet er en forudsætning, at den handicappede kan varetage funktionen som arbejdsleder og arbejdsgiver. Det har været et krav siden ordningens indførelse, men i 2009 er der ved en lovændring etableret mulighed for, at den handicappede kan overlade arbejdsgiverfunktionen til en tredjepart.

Når kommunen modtager en ansøgning i henhold til BPA-ordningen, foretages der en udredning af ansøgeren, som skal have varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne. Kommunen tager på hjemmebesøg hos ansøgeren og indhenter lægelige oplysninger til brug for vurderingen af ansøgerens kognitive funktionsevne, som er vigtig for varetagelsen af arbejdsleder- og arbejdsgiverfunktionen. Alternativet til ordningen er en institutionsanbringelse. Hjemmehjælp er ikke et alternativ, når der er tale om massive hjælpe- og støttebehov. Ansøgerne vejledes allerede på første hjemmebesøg om rollen som arbejdsgiver, og hvad det indebærer.

BS sag startede i Vojens Kommune, som bevilligede tilskud i henhold til BPA-ordningen. Da sagen overgik til ... Kommune, foretog kommunen en selvstændig vurdering af, om B opfyldte betingelserne, herunder om han havde et sådant kognitivt funktionsniveau, som ordningen krævede. En sådan vurdering foretages i øvrigt løbende en gang årligt for at sikre, at betingelserne fortsat er opfyldt.

Før lovændringen i 2009 var det administrativ praksis i ... Kommune at udmønte BPA-ordningen efter den såkaldte stregoverenskomst. Stregoverenskomsten vedrørte oprindeligt kommunalt ansatte, og derfor var der nogle dele heraf, som ikke passede på private ansættelsesforhold. Det var derfor, kommunen havde tilrettet overenskomsten ved at foretage overstregninger. Denne praksis er - ud over i denne sag - ikke på noget tidspunkt blevet anfægtet. Der har ikke været klager i Det Sociale Nævn eller Ankestyrelsen vedrørende kommunens bevillinger efter BPA-ordningen.

Lovændringen i 2009 medførte, at kommunerne skulle fastlægge nogle lønelementer, som tilskuddene som minimum skulle omfatte. Sammenholdt med kommunens hidtidige praksis ville der komme nye elementer til, og nogle andre elementer ville falde væk. Der var ikke tale om en spareøvelse for kommunen, men en gennemgang af ordningen som forudsat ved lovændringen. Den nye model endte da også med at blive dyrere for kommunen. Det er således hendes opfattelse, at ændringerne i lønvilkårene indebar, at der blev tilført flere midler til området. Det blev på baggrund af resultatet af de politiske forhandlinger konkluderet, at ændringerne krævede, at hjælperne blev varslet. Der blev derfor arrangeret et informationsmøde for de handicappede. I samme forbindelse tilbød kommunen at forestå varslingen af de ændrede lønvilkår, forudsat de handicappede gav kommunen fuldmagt hertil. Alle de handicappede, som var omfattet af BPA-ordningen, benyttede sig af tilbudet.

Kommunen varslede ændringerne i lønvilkårene ved brev af 11. oktober 2010, og så vidt hun husker, fortsatte alle hjælperne på de ændrede vilkår.

Ændringen i fædrenes ret til løn under barsel gav anledning til en række henvendelser. På baggrund af den rådgivning, som kommunen modtog, valgte man den løsning, som er anført i brevet af 13. januar 2011 til B.

Grunden til, at kommunen ikke længere tilbød at udarbejde ansættelsesbevis, var, at det som følge af lovændringen var muligt for de handicappede at overdrage denne opgave til en tredjemand, ligesom der var oprettet en hjemmeside, hvor de handicappede kunne få hjælp. Kommunen rådgiver dog fortsat de handicappede, i det omfang der er behov herfor.

Hun deltog ikke i møderne med de handicappede og hjælperne i henholdsvis september og oktober 2010, men hun var involveret i udarbejdelsen af kommunens breve vedrørende ændringerne i tilskuddene. Hun var også involveret i udarbejdelsen af dagsordenspunkterne til brug for den politiske behandling i maj 2010.

Hun mener, at kommunen efter de nye regler fra 2009 vil kunne betinge tilskud efter BPA-ordningen af, at den handicappede overdrager arbejdsgiverrollen og således alene varetager rollen som arbejdsleder. Det var ikke muligt før 2009.

Kommunen udarbejdede ikke forslag til ansættelsesbevis, selvom det er anført i den vejledning til de handicappede om, hvad kommunen så som de væsentligste forhold i lovændringen, som kommunen udarbejdede. Det skyldtes de ændringer i regelgrundlaget, som hun tidligere har forklaret om, men var også begrundet i, at kommunen som følge af den øgede fokus på området skulle balancere på en knivsæg i forhold til at rådgive de handicappede uden at blive egentlig arbejdsgiver. Hun vil ikke lægge skjul på, at FOA's holdning i sagen var medvirkende til den linje, som kommunen valgte at anlægge i forhold til karakteren af bistanden til de handicappede. Det blev tilbudt de handicappede, at de kunne sende ansættelseskontrakterne til handicaprådgivningen, hvis de var i tvivl om, hvorvidt kontrakten overholdt kommunens bevilling. Hun er ikke bekendt med, at FOA har forsøgt at tegne overenskomst med nogle af de handicappede.

... Kommune kunne godt have valgt at opfylde mindstekravene i bekendtgørelsen og sam-

tidig bibeholde de tillæg, som kommunen hidtil have givet, men som ikke var omfattet af mindstekravene. Det var der imidlertid ikke politisk vilje til. Kommunen havde på daværende tidspunkt været nødsaget til at afskedige en række medarbejdere som følge af en presset økonomi.

Hun har ikke haft noget at gøre med udstedelsen af As ansættelsesbrev af 21. juni 2007. Det hørte under lønningskontoret.

B har forklaret, at han inden færdselsulykken arbejdede som landbrugsmedhjælper. Han flyttede til ..., da han blev udskrevet fra sygehuset. Han har siden været omfattet af ordningen, hvor han selv kan bestemme, hvem han vil have som hjælpere. Han mener, at han deltog i et møde om ordningen med ,, Kommune. Der var også et møde med ... Kommune, efter at han flyttede til .... Han er ret sikker på, at han fik forklaret, hvad ordningen indebar, men på det tidspunkt, der var kort tid efter ulykken, var der mange ting at forholde sig til. Han har givetvis fået at vide, at det indebar, at han var arbejdsgiver, men han husker det ikke.

Han fik kontakt med A via en anden hjælper. Han havde en samtale med A uden deltagelse fra kommunen. Papirerne til kommunen blev udfyldt af den hjælper, som var på vagt den dag, MOA blanketten blev underskrevet. Det foregik på den måde, at kommunen sendte et ansættelsesbrev til hjælperne. Han modtog formentlig en kopi af As ansættelsesbrev.

Han ved, at han har pligt til at kontrollere, at hjælperne udfylder arbejdssedlerne korrekt. Han kontrollerer efter bedste evne, men han kan ikke udelukke, at der er forekommet fejl. Hans underskriftstempel bliver kun brugt, når han beder en hjælper om at stemple et dokument. Han fortæller hjælperen, hvornår og hvor der skal stemples.

Han tilmeldte sig orienteringsmødet den 15. september 2010, men han deltog ikke. Han husker ikke hvorfor. Han læste orienteringsbrevet, men han var nok ikke klar over, hvor vigtigt det var. Han var ikke med på, hvorfor det var nødvendigt at afskedige hjælperne og tilbyde dem ansættelse på andre vilkår.

Han kan godt huske, at han gav besked om, at fuldmagten til kommunen skulle underskrives, og at den blev stemplet med hans underskrift og sendt til kommunen. Det er nok blevet forklaret ham, hvorfor den skulle underskrives, men han husker det ikke i dag.

Han kender hjemmesiden, hvor man blandt andet kan finde og udskrive en ansættelseskontrakt. Han synes, det er svært at overskue, og det er derfor, han har valgt at overlade arbejdet til Focus People. Han havde forinden selv forsøgt at udarbejde nye ansættelseskontrakter til sine hjælpere, men kommunen meddelte, at to af kontrakterne ikke var udfyldt rigtigt. Efter cirka 4 måneder henvendte kommunen sig på ny med besked om, at kontrakterne stadig ikke var i orden. Det overraskede ham, da han gik ud fra, at kontrakterne var blevet godkendt, når han ikke havde hørt noget så længe.

Han har ikke deltaget i kurser om, hvad det indebærer at være arbejdsgiver. Han var godt klar over, at det ifølge ordningen var ham, der var arbejdsgiver for hjælperne. Han har en gang årligt opfølgingsmøder med medarbejdere fra kommunen vedrørende ordningen.

D har forklaret, at hun siden 2005 har været faglig konsulent i FOA og siden 2009 har arbejdet med faggruppen handicaphjælpere. De rammer, der gælder for ansættelsen af handicaphjælpere i ... Kommune, er KL og FOA's overenskomst for social- og sundhedspersonale. Hun har ikke tidligere set den stregoverenskomst, som indgår i denne sag. Hun har ikke været i dialog med ... Kommune om ansættelsesvilkårene for handicaphjælpere.

Hun mødte første gang A i 2009. Det var i forbindelse med, at handicaphjælperne blev overflyttet til FOA. A var foregangsmand med hensyn til at få sine kollegaer til at deltage i et fællesmøde. Hun har været til møde hos nogle af de handicappede. FOA har nu indgået aftale om en tiltrædelsesoverenskomst med 14 handicappede i ... Kommune, heriblandt B. Ved overenskomsten har de handicappede tiltrådt, at handicaphjælperne skal aflønnes efter KL og FOA's overenskomst for social- og sundhedspersonale, dog under den forudsætning, at ... Kommune udmønter overenskomsten i de tildelte tilskud. De handicappede hæfter således ikke for lønkrav efter overenskomsten, såfremt ... Kommune ikke udbetaler tilskud efter overenskomsten. ... Kommune har ikke reageret på tiltrædelsesoverenskomsterne.

Hun deltog i det møde, ... Kommune afholdt i september 2010, hvorunder de handicappede blev orienteret om de ændringer i handicaphjælpernes lønvilkår, som var blevet vedtaget politisk i kommunen. B var ikke til stede under mødet, som varede cirka en time. På mødet orienterede kommunens repræsentanter om beslutningen og om, at kommunen havde brug for en fuldmagt, som skulle underskrives samme dag. Der var en række spørgsmål fra de

handicappede, som ikke blev besvaret, men som kommunen senere ville vende tilbage til. Hun blev ikke indkaldt til kommunens orienteringsmøde for handicaphjælperne i oktober 2010. FOA indkaldte til et stormøde for handicaphjælperne, hvor opsigelsen blev gennemgået. Det var først, efter at stævningen i denne sag var udtaget, at hun hørte, at ... Kommunen havde annulleret beslutningen om ikke at tildele fædre løn under barsel.

E har forklaret, at hun er bosiddende i ... Kommune og er uddannet socialrådgiver. Hun har som følge af sit handicap brug for døgnpleje og modtager støtte i medfør af servicelovens § 96. Da hun flyttede til kommunen, blev hun orienteret om hjælperordningen af en medarbejder fra kommunen. Medarbejderen oplyste, at kommunen ville tage sig af alt det praktiske, herunder udarbejdelse af ansættelseskontrakter. Hun skulle selv udfylde MOA blanketterne og kontrollere arbejdssedlerne, som hjælperne udfyldte. Det var også sådan, det faktisk blev administreret. De takstændringer, som kommunen vedtog i 2010, havde betydning for de handicappede, da ændringerne forringede ansættelsesvilkårene for deres hjælpere. Hun deltog i kommunens orienteringsmøde for de handicappede i september 2010. B var ikke til stede. Under mødet blev det oplyst, at kommunen ville sørge for varslingen af vilkårsændringen over for hjælperne. De fik samtidig at vide, at de skulle underskrive en fuldmagt. Det skulle gå hurtigt, og hvis ikke de gav kommunen en fuldmagt, kunne de risikere selv at komme til at hæfte for lønkrav fra hjælperne. Hun følte sig presset til at underskrive fuldmagten under mødet. Der var en række spørgsmål fra mødedeltagerne, som kommunen ikke svarede på, men som de ville få svar på senere. De fik ikke svar senere. Hun husker ikke, om hun så kommunens opsigelsesskrivelse, inden den blev sendt til hjælperne.

På et tidspunkt efter mødet skulle der udarbejdes nye ansættelseskontrakter for hjælperne, men kommunen ville ikke længere stå for dette. Kommunen henviste til en hjemmeside, hvor man kunne hente en standardkontrakt, og understregede samtidig, at det var meget vigtigt, at kontrakten var i overensstemmelse med kommunens tilskudsbevilling, da de handicappede ellers selv ville komme til at hæfte for forskellen over for hjælperne. Hun orienterede kommunen om, at hun var i færd med at overdrage arbejdsgiverforpligtelsen, men kommunen fastholdt, at udarbejdelsen af ansættelseskontrakterne ikke kunne afvente dette. Det lykkedes for hende at udarbejde nye ansættelseskontrakter til sine hjælpere.

Hun har hørt stregoverenskomsten omtalt, og en af hendes hjælpere forsøgte at få den udleveret fra kommunen. Det kunne imidlertid ikke lade sig gøre, før fagforeningen blev in-

volveret.

F har forklaret, at han er kontorchef i KL's Jura og EU kontor. Det har hele tiden været centralt for KL, at det skal respekteres, når lovgiver har valgt en model, hvorefter opgaven skal løses ved private arbejdsgivere og ikke af kommunalt ansatte.

Der er på landsbasis cirka 2.000 bevillinger efter BPA-ordningen. Der er ikke andre sager, hvor en kommune er blevet sagsøgt af handicaphjælpere under anbringende af, at kommunen er arbejdsgiver. Det var en del af lovkomplekset, at de handicappede skulle klædes på til rollen som arbejdsgivere, og ministeriet udbød opgaven vedrørende etablering af en hjemmeside. Opgaven blev tildelt Center for Kompetenceudvikling, der er en del af KL.

KL har ikke en overenskomst, som dækker handicaphjælpere. Det er ikke lovmæssigt muligt for kommunen at ansætte handicaphjælpere.

Tankerne bag udmålingen i forbindelse med ændringen i 2009 var at gøre det enklere og mere ensartet. Udgangspunktet for tilskuddene skulle være lønniveauet for ufaglærte på det private arbejdsmarked, ikke nødvendigvis niveauet ifølge en FOA overenskomst eller en 3F overenskomst. Det er korrekt, at der i den forbindelse blev henvist til sammenlignelige faggrupper. Sammenlignelige faggrupper kunne være en 3F overenskomst eller en FOA overenskomst, eller andre overenskomster for ufaglærte, eksempelvis en overenskomst med Kristelig Fagbevægelse. Hvis kommunen traf det valg, at den ville udmåle tilskuddet efter KL og FOA's overenskomst for social- og sundhedspersonale, ville handicaphjælperne blive lønnet efter løntrin 11, men det er ikke sådan, kommunerne almindeligvis udmåler tilskuddet. Tilskuddet kan lige så vel udmåles efter andre overenskomster, hvilket blandt andet fremgår af punkt 71 i Socialministeriets vejledning nr. 94/2009 .

Han er ikke sikker på, at der rent faktisk blev udarbejdet en sådan standardkontrakt, som er omtalt i Socialministeriets vejledning nr. 96/2006, punkt 57, men han ved, at der blev arbejdet på det.

G har forklaret, at han siden 2007 har været leder af Personalejura, som er en del af HR i ... Kommune. De handicappede har mulighed for at søge rådgivning vedrørende ansættelses-spørgsmål, og det er også sket, om end i begrænset omfang. Kommunens lønafdeling hjalp de handicappede med udarbejdelse af ansættelsesbeviser, da afdelingen i forvejen forestod

lønadministrationen. Det var den handicappede, som var arbejdsgiver for sine hjælpere. Kommunen har ikke handlet på egen hånd, men har altid fået en fuldmagt, såfremt kommunen skulle agere på vegne af den handicappede.

Lønafdelingen anvendte stregoverenskomsten ved udmålingen af tilskuddene. Der var ikke tale om en overenskomst, da indholdet var ensidigt fastlagt af kommunen. Det var kun løndelen i overenskomsten, som blev anvendt. Der var tale om et ”administrationsgrundlag”. Løntrin 11 er en del af det lønsystem, som kommunen i øvrigt anvender, og ved anvendelsen heraf reguleres lønnen automatisk i takt med ændringer af niveauet for dette løntrin.

Den tilrettede overenskomst, som der henvises til i As ansættelsesbrev af 21. juni 2007, er stregoverenskomsten. Ansættelsesbrevet er udarbejdet af lønafdelingen. Ansættelsesbrevet blev genereret af systemet og tilrettet. Det sidste afsnit i ansættelsesbrevet er formentlig affødt af krav i persondatalovgivningen. Man burde have tilrettet også dette afsnit, så det ikke fremstod som om, der var tale om en ansættelse hos kommunen. Dengang var der ikke så meget fokus på udformningen af ansættelsesbreve, som der er kommet senere. Kommunen anvendte ikke den standardkontrakt, som er omtalt under punkt 57 i Socialministeriets vejledning nr. 96/2006. Han går ud fra, at stregoverenskomsten blev udleveret til de handicappede og handicaphjælperne, hvis de henvendte sig herom. De havde krav på at få den udleveret efter reglerne om aktindsigt. Han vil antage, at grunden til, man anvendte løntrin 11, uanset der i stregoverenskomsten anføres løntrin 9, er, at niveauet har været hævet i senere overenskomster. Det er muligt, at det er en følge af, at social- og sundhedspersonale i overenskomsten mellem FOA og KL er indplaceret i løntrin 11.

Han stod ikke for selve sagsbehandlingen i forbindelse med varslingen af ændringerne af lønvilkårene for de handicappedes hjælpere. Hans kontor lavede et udkast til en ansættelseskontrakt, som kommunen kunne udlevere til de handicappede, hvis de henvendte sig med anmodning om bistand hertil.

Blanketten ”MOA – Meddelelse om ansættelsesforhold” anvendes også ved ansættelse af eksempelvis hjemmehjælperne i kommunen, og ansættelsesmyndigheden vil i så fald være lederen af pågældende institution. Arbejdssedlerne i sagen er udarbejdet til brug for handicaphjælperne, men der er lignende arbejdssedler til hjemmehjælperne. Posterne i arbejdssedlerne til handicapmedhjælperne er tilpasset stregoverenskomsten. Arbejdssedlerne til hjemmehjælperne er tilpasset den overenskomst, der gælder for dem.



H har forklaret, at han siden januar 2009 har været handicapchef i ... Kommune. Når kommunen modtager en ansøgning om en BPA-ordning, aflægger en af afdelingens medarbejdere den handicappede et hjemmebesøg, og der laves en faglig udredning. Den handicappedes hjælpebehov og kognitive funktionsniveau vurderes. Det kognitive funktionsniveau er væsentligt, da det er en betingelse for at kunne være omfattet af ordningen, at den handicappede kan varetage i hvert fald arbejdslederrollen og før 2009 tillige arbejdsgiverrollen. Når ordningen er blevet bevilget, vurderer afdelingen, hvor mange timer bevillingen skal omfatte, ligesom den handicappede orienteres og rådgives om ordningen, herunder de administrative opgaver, som knytter sig til henholdsvis rollen som arbejdsleder og arbejdsgiver. Endelig holder kommunen løbende opfølgingsmøder med den handicappede, typisk 1-2 gange årligt eller efter behov. Det fremgår ikke af Bs journal, at han skulle have haft problemer med at administrere ordningen, og det har de medarbejdere, som har behandlet sagen, heller ikke haft indtryk af. Det er en forudsætning i lovgivningen, at det er den handicappede, som er arbejdsgiveren.

I forlængelse af ændringen af reglerne for udmåling af det tilskud, som den handicappede modtager i henhold til ordningen, indkaldte kommunen de handicappede til et orienteringsmøde, hvor man orienterede om den politiske beslutning, der var truffet. Han mener, at vejledningen herom blev udsendt inden mødet. Han deltog selv i vejledningsmødet. Han og J redegjorde for ændringerne i regelgrundlaget og konsekvenserne. Der blev ikke stillet mange spørgsmål under mødet, men de spørgsmål, der blev stillet, besvarede de. Kommunen var nødt til at vejlede de handicappede om, at de skulle varsle ændringerne over for deres hjælpere. De tilbød de handicappede at forestå varslingen på deres vegne, men det forudsatte en fuldmagt. Det var et tilbud og ikke et krav. Fuldmagtsblanketterne blev udleveret på mødet, og det var ikke et krav, at de blev underskrevet under mødet. De valgte også at holde et orienteringsmøde for hjælperne. De handicappede havde ikke selv ønsket, at der skulle ske ændringer i ordningen, og derfor valgte kommunen - som en service - at hjælpe med orienteringen af hjælperne.

Der skulle i forlængelse af varslingen udarbejdes nye ansættelseskontrakter. Dette skulle de handicappede som udgangspunkt selv stå for, medmindre de havde overladt arbejdsgiverforpligtelserne til tredjemand, men kommunen ydede rådgivning, hvis der var ønske herom. Rådgivningen blev ydet af kommunens medarbejdere eller i form af en henvisning til en hjemmeside, hvorfra man blandt andet kunne udskrive en ansættelseskontrakt.

Han mener, at det løntrin, som anvendes til udmåling af tilskud, er det løntrin, som anvendes til uddannet social- og sundhedspersonale. Han er dog ikke sikker, da det hører under det personaleadministrative område. Han har ikke haft noget at gøre med udstedelsen af ansættelsesbrevet af 21. juni 2007 til A. Det samme gælder med hensyn til vejledningen om ret til indsigt i personoplysninger. Begge dele er sendt ud af kommunens lønningskontor.

Som han husker det, sendte de varslingerne af vilkårsændringerne til de handicappede med anmodning om, at de selv indhentede accept fra deres hjælpere, men han kan nu se, at varslingerne blev sendt direkte til hjælperne. De orienterede de handicappede om beslutningen om at annullere ændringen i adgangen til fædres løn under barsel. De orienterede ikke hjælperne særskilt herom.

Han har medvirket til udarbejdelsen af indstillingen til socialudvalget om implementering af borgerstyret personlig assistance. Han husker ikke, hvorfor løn under barsel ikke er om-talt, og om ændringen i adgangen til løn under barsel var affødt af ændringen i lovgrundlaget. Han tror, at der var noget om, at der skulle indbetales til en barselsfond.

J har forklaret, at hun var administrationschef i seniorforvaltningen i ... Kommune fra 2007 til ultimo 2011. Hun har medvirket ved udarbejdelsen af grundlaget for indstillingen til socialudvalget om implementering af borgerstyret personlig assistance. Det var vurderingen, at den ordning, man endte med, var dyrere, end den ordning man hidtil havde haft. Spørgsmålet om adgangen til løn under barsel er ikke behandlet i indstillingen, men i takstbladet, som beslutningen udmøntede sig i. De har måske ikke været detaljeret nok i indstillingen.

Hun deltog i orienteringsmødet for de handicappede borgere i september 2010. Hun gennemgik ændringerne, herunder hvad det betød for arbejdsgiverforpligtelsen, og hvad det ville betyde for hjælperne. Der var ikke ret mange spørgsmål, men de spørgsmål, der var, blev alle besvaret.

Vejledningen om ret til indsigt i personoplysninger er udarbejdet omkring 2005, hvor hun var ansat i kommunens personalejuridiske afdeling. Vejledningen blev sendt til kommunens medarbejdere og udleveret ved nyansættelser. Det har nok ikke været administrativt

muligt at udskille handicaphjælperne ved udsendelsen.

Tabellen i indstillingen til socialudvalget om implementering af borgerstyret personlig assistance er baseret på de krav om lønsammensætningen og krav om sammenlignelige grupper, som fulgte af bekendtgørelsen, og i tabellen har man specifikt taget udgangspunkt i den overenskomst, som var indgået mellem FOA og KL.

Bekendtgørelsen opstillede minimumskrav til, hvordan man udmøntede bevillingen. Det var op til den enkelte kommune at bestemme, hvilket serviceniveau man ville have. Kommunen kunne godt have fastholdt den 6. ferieuge, og hun kan ikke svare på, hvorfor man ikke gjorde det. Der havde dog umiddelbart inden været en voldsom afskedigelsesrunde, hvor kommunen havde afskediget omkring 156 medarbejdere på en gang.

### **Procedure**

A har til støtte for sin påstand om godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis gjort gældende, at ansættelsesbrevet af 21. juni 2007 ikke opfylder kravet i ansættelsesbevislovens § 2, stk. 2, nr. 1, om navn og adresse på arbejdsgiveren, og § 2, stk. 2, nr. 8, om angivelse af løn mv. Manglerne er væsentlige og har givet anledning til den foreliggende tvist. Godtgørelsen kan derfor passende fastsættes til 30.000 kr.

A har til støtte for sin påstand om godtgørelse for overtrædelse af ligebehandlingsloven gjort gældende, at ... Kommune har overtrådt lovens § 9 ved de varslede lønvilkår vedrørende barsel, der indebar, at fuld løn i de første 10 uger af retten til forældreorlov alene tilkom kvinder. At ... Kommune ændrede de varslede lønvilkår, inden de trådte i kraft, således at den varslede overtrædelse ikke blev realiseret, er uden betydning. Godtgørelseskravet efter lovens § 16 er opgjort, så det svarer til 12 måneders løn. Subsidiært har A gjort gældende, at opsigelsen af ham er i strid med ligebehandlingslovens § 4, og at han i medfør af ligebehandlingslovens § 15 derfor har krav på en godtgørelse svarende til 12 måneders løn.

Til støtte for sit krav om efterbetaling af løn, feriegodtgørelse og pensionsbidrag har A i det væsentlige gjort gældende, at kravet er opgjort som forskellen mellem, hvad han har fået udbetalt, og hvad han ville have fået udbetalt efter den overenskomst, som er indgået mellem KL og FOA. Efter § 5 i udmålingsbekendtgørelsen var kommunen forpligtet til ved

beregningen af det tilskud til hans løn, som B modtager, som minimum at tage udgangspunkt i lønnen for sammenlignelige grupper, det vil sige ufaglært social- og sundhedspersonale omfattet af overenskomst mellem KL og FOA. Kravet er støttet på servicelovens § 96 a, udmålingsbekendtgørelsen og de vejledninger, der er knyttet til BPA-ordningen, og kan derfor prøves af domstolene.

A har i første række rettet sit krav mod ... Kommune, idet kommunen er hans arbejdsgiver, hvilket også fremgår af det ansættelsesbrev, som kommunen har udfærdiget, og af samtlige lønsedler og arbejdsgiverregistreringer. Kommunen bestred i realiteten alle sædvanlige arbejdsgiverfunktioner og gjorde ikke brug af muligheden for at betinge Bs BPA-godkendelse af, at han antog en anden til at varetage arbejdsgiverrollen. Senest udmøntede ... Kommunes arbejdsgiverbeføjelser i forhold til A sig i, at kommunen dikterede indholdet af afskedigelsen af 11. oktober 2010 og varslingen af de fremtidige ansættelsesvilkår. Ved brevet af 13. januar 2011, hvorved ... Kommune ændrede de varslede tilskudsændringer i forbindelse med barsel, gjorde kommunen da også klart, at man ikke ”fremover” ville påtage sig andre personaleadministrative opgaver end evt. lønadministration.

A har – for det tilfælde, at B anses som hans arbejdsgiver – i anden række gjort gældende, at ... Kommune og B hæfter solidarisk for de krav, han har rejst. Efter formålet med og karakteren af BPA-ordningen påhviler der nemlig ... Kommune en vidtgående forpligtelse til at rådgive og vejlede B om blandt andet relevante ansættelsesretlige forhold, herunder om udarbejdelse af ansættelsesbevis, om det grundlæggende diskriminationsforbud og om, at aflønning mv. skal ske i overensstemmelse med relevante overenskomster o.l. En sådan vejledning er ikke givet.

A har i tredje række gjort gældende, at B hæfter for hans krav.

... Kommune har til støtte for sin påstand om frifindelse principalt gjort gældende, at kommunen ikke har været og ikke har kunnet være As arbejdsgiver. B er omfattet af BPA-ordningen, og indtil 15. august 2011, hvor han overdrog arbejdsgiverfunktionen til Focus People, var det derfor ham, der i medfør af servicelovens § 96 var As arbejdsgiver. ... Kommune har alene bistået B med lønadministration og praktiske opgaver i forbindelse med hans forpligtelser som arbejdsgiver. A er derfor henvist til at rette sine eventuelle krav mod B.

... Kommune har - for det tilfælde, at kommunen anses for at have været As arbejdsgiver - vedrørende kravet om godtgørelse for overtrædelse af ligebehandlingsloven til støtte for sin påstand om frifindelse gjort gældende, at betingelserne for at anse A for berettiget til en godtgørelse for overtrædelse af ligebehandlingslovens § 9 og § 4 ikke er opfyldt. Før den 16. januar 2011, hvor de varslede ændrede lønvilkår trådte i kraft, var mandlige og kvindelige handicaphjælpere omfattet af samme ordning, og bestemmelsen om, at faderen ikke havde ret til løn i forbindelse med barsel, udgik af vilkårsændringerne og trådte således aldrig i kraft, idet kommunen ikke tilsigtede at overtræde ligebehandlingsloven. Subsidiært har kommunen gjort gældende, at der alene tilkommer A et mindre beløb end påstået.

... kommune har – igen for det tilfælde, at kommunen anses for at have været As arbejdsgiver – vedrørende kravet om godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis og kravet om efterbetaling, der hviler på overenskomst, subsidiært gjort gældende, at kravene skal afvises, jf. § 22, stk. 1, i lov om Arbejdsretten og de faglige voldgiftsretter.

Mere subsidiært har kommunen for så vidt angår kravet om godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis til støtte for sin påstand om frifindelse gjort gældende, at manglen vedrørende ansættelsesbevislovens § 2, stk. 2, nr. 1, om arbejdsgiverens adresse er undskyldelig, og at der ikke i relation til lovens § 2, stk. 2, nr. 8, om angivelse af løn mv. består nogen mangel, idet der i overensstemmelse med lovens § 2, stk. 4, i ansættelsesbrevet er henvist til den tilrettede overenskomst af 15. september 1999, som udgør de relevante administrative bestemmelser, og som A har kunnet få udleveret på forlangende. Der skal derfor ikke tilkendes A nogen godtgørelse, subsidiært højst en godtgørelse på 7.500 kr.

Mere subsidiært har kommunen for så vidt angår kravet om efterbetaling til støtte for sin påstand om frifindelse i det væsentlige gjort gældende, at A ikke kan støtte ret på udmålingsbekendtgørelsen, der alene regulerer forholdet mellem kommunen og B. Det fremgår desuden klart af 2009-vejledningen, navnlig punkt 70 og 71, at A ikke kan kræve, at tilskuddet til B beregnes som en ”en-til-en ordning” ud fra en bestemt overenskomst.

Over for As subsidiære påstand om solidarisk hæftelse for kommunen og B i forhold til de rejste krav har ... Kommune gjort gældende, at kommunen ikke har handlet i strid med sin rådgivnings- og vejledningsforpligtelse. I øvrigt vil A ikke kunne støtte ret på, at kommunen måtte have forsømt sådanne forpligtelser, idet spørgsmålet alene vedrører forholdet mellem B og kommunen.

... Kommune har til støtte for sin påstand om frifindelse for Bs friholdelsespåstand henvist til det, som kommunen har anført vedrørende spørgsmålet om, hvem der var As arbejdsgiver.

... Kommune har endelig til støtte for sin påstand over for B om friholdelse gjort gældende, at det også heraf følger, at B som arbejdsgiveren modsat er forpligtet til at friholde ... Kommune for ethvert beløb, som kommunen måtte blive tilpligtet at betale til A, subsidiært delvist at friholde kommunen.

B har til støtte for sin påstand om frifindelse i forhold til A og de gensidige friholdelsespåstande i forhold til ... Kommune i første række tilsluttet sig As anbringender til støtte for, at kravene skal rettes mod ... Kommune, der må anses for at have været As reelle arbejdsgiver. Den arbejdsgiverfunktion, som B varetog, og inden for hvilken han kunne handle ansvarspådragende, omfattede hverken udfærdigelse af ansættelsesbevis eller fastsættelse af aflønningsvilkår. Det ville stride mod tankegangen bag BPA-ordningen, jf. udmålingsbekendtgørelsens § 10 og 2009-vejledningens punkt 90, såfremt B skulle ende med at have udgifter på grund af forhold, som han ikke selv var direkte ansvarlig for.

B har nærmere gjort gældende, at han ansatte A, men ikke havde nogen som helst indflydelse på formuleringen af ansættelsesbrevet eller den udbetalte løn. Han vidste knap nok, hvad den såkaldte stregoverenskomst var. Han attesterede ganske vist de udfyldte arbejdsedler, men ... Kommune rettede efterfølgende i dem uden at forelægge det for ham, hvilket også viser, at kommunen var den reelle arbejdsgiver og ansvarlig for, at A fik udbetalt, hvad han havde krav på. Ændringen i takstbladet for så vidt angår faderens forhold i forbindelse med barsel er ikke noget, B på nogen måde har været involveret i. Arbejdsgiveransvaret må i det hele påhvile den reelle beslutningstager, nemlig kommunen, som er den, der har begået de forskellige fejl.

For det tilfælde, at B anses for at have været As arbejdsgiver, har B i anden række gjort gældende, at ... Kommune efter forvaltningslovens § 7, efter retssikkerhedslovens § 5 og efter servicelovens §§ 10-12 har haft en vejledningspligt i forhold til B. Han er imidlertid slet ikke blevet vejledt på de pågældende områder. I stedet har kommunen truffet afgørelserne selv. Også på denne baggrund må et eventuelt krav skulle dækkes endeligt af ... Kommune.

Endelig har B gjort gældende, at et eventuelt krav mod ham skal nedsættes eller bortfalde i medfør af erstatningsansvarslovens § 24.

### **Retsgrundlag**

Den nugældende ordning med tilskud til ansættelse af hjælpere hos personer med ”betydelig og varig nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne” blev indført ved lov nr. 454 af 10. juni 1997 om social service. Lovens § 77 havde følgende ordlyd:

”§ 77. Kommunen yder et tilskud til dækning af udgifter ved ansættelse af hjælpere til pleje, overvågning og ledsagelse til personer med betydelig og varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne, der har et aktivitetsniveau, som gør det nødvendigt at yde en ganske særlig støtte.

*Stk. 2.* Tilskud efter stk. 1 forudsætter, at modtageren selv er i stand til at administrere hjælpeordningen, herunder at ansætte den nødvendige hjælp og være ansvarlig for den daglige arbejdstilrettelæggelse.”

Om hjælpeordningen anføres i bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser (Folketingstidende 1996-97, Tillæg A, side 4981 f.) blandt andet:

”Forslaget viderefører den gældende praksis for hjælpeordninger efter bistandslovens § 48, stk. 4. Hjemmel til ordningen er skilt ud som en selvstændig bestemmelse, ...

Det drejer sig om personer med betydelig og varig nedsat funktionsevne, herunder stærkt udbredte lammelser, som især medfører, at de pågældende ikke eller kun i meget begrænset omfang kan bevæge sig og udføre almindelige daglige funktioner.

Bestemmelsen kan også omfatte personer med hjerneskade i den udstrækning, de opfylder betingelserne om aktivitetsniveau og er i stand til at administrere kontantydelsen, dvs. ansætte den nødvendige hjælp og fungere som arbejdsgivere over for hjælperne.

Det er en forudsætning for tildeling af hjælp efter denne bestemmelse, at der er tale om behov, som ikke kan dækkes efter reglerne om hjælp efter forslagens §§ 69-74 og 76.

Det drejer sig om personer,

- som i høj grad er afhængige af andre i almindelige daglige funktioner, og som har et massivt behov for pleje, overvågning og ledsagelse.
- hvis behov ikke kan dækkes ved almindelig hjemmehjælp. Dette kan

skyldes, at hjælpen har så personlig karakter, at den pågældende selv skal kunne vælge sine hjælpere, og hjælpefunktionen i øvrigt skal dække opgaver, som går ud over, hvad der normalt dækkes af hjemmehjælp, herunder ledsagefunktioner.

- ...

- som selv er i stand til at administrere ordningen, således at de fungerer som arbejdsgivere over for hjælperne.

...

Stk. 2 angiver, at den pågældende selv skal være i stand til at administrere ydelsen og tilrettelægge hjælpen. Hjælperne skal således ansættes af den pågældende selv, som også er ansvarlig for den daglige arbejdstilrettelæggelse og vejledning af hjælperne. Det betyder imidlertid ikke, at modtageren i enhver henseende skal fungere som arbejdsgiver over for den eller de ansatte hjælpere. Modtageren kan fx aftale, at kommunen efter anvisning fra modtageren udbetaler løn til hjælperen, indberetter skat m.v., eller modtageren kan rekvirere hjælpere fra et servicefirma, som så ligeledes varetager lønudbetaling m.v.”

Om ordningens administration anførtes i Socialministeriets vejledning nr. 58 af 10. marts 1998 om Sociale tilbud til voksne med handicap blandt andet:

#### ”7.4. Administration og arbejdstilrettelæggelse

##### Aflønning af hjælpere

73. Aflønning af hjælperne bør normalt ske efter de almindelige regler i overenskomst om aflønning af hjemmehjælpere m.v.

74. Der skal i udmålingen af beløbene tages højde for skat, feriepenge, ATP, forsikringer, ferie m.v.

...

##### Administration

76. Stk. 2 angiver, at den pågældende selv skal være i stand til at administrere ydelsen og tilrettelægge hjælpen. Hjælperne skal ansættes af den pågældende selv, som også er ansvarlig for den daglige arbejdstilrettelæggelse og vejledning af hjælperne.

Brugeren er også ansvarlig for udbetaling af løn, opgørelse af de timer, der skal betales for, skat, indbetaling af fx ATP-bidrag, udregning og udbetaling af feriepenge m.v.

Modtageren kan dog fx aftale, at kommunen efter anvisning fra modtageren udbetaler løn direkte til hjælperne, indberetter skat m.v., eller modtageren kan rekvirere hjælp til at varetage lønudbetaling m.v. fra et privat servicefirma.

77. Som led i sin rådgivningsvirksomhed bør kommunen, især i forbindelse med igangsættelse af hjælpeordningen hos den enkelte, være behjælpelig med de praktiske ting, så som annoncering, ansættelsesforhold m.v. ...

78. Udgangspunktet for hjælpeordningen er dog, at ansættelsesforholdet, herunder hjælpernes kvalifikationer, arbejdstid m.v. er en sag mellem brugeren og hjælperne.”

Om administrationen af hjælpeordningen, der videreførtes i den senere servicelovs § 96,



stk. 2, anførtes blandt andet følgende i vejledning nr. 96 af 5. december 2006 om særlig støtte til voksne:

”Administration og arbejdstilrettelæggelse

Aflønning af hjælpere

53. Aflønning af hjælperne bør normalt ske efter de almindelige regler i overenskomst om aflønning af hjemmehjælper mv.

54. Der skal i udmålingen af beløbene tages højde for skat, feriepenge, ATP, forsikringer, ferie mv.

...

Administration

56. Servicelovens § 96, stk. 2, angiver, at brugeren selv skal være i stand til at administrere ydelsen og tilrettelægge hjælpen. Hjælperne skal ansættes og afskediges af den pågældende bruger, som også er ansvarlig for udarbejdelse af ansættelsesbevis, jf. Beskæftigelsesministeriets regler, den daglige arbejdstilrettelæggelse og vejledning af hjælperne.

Brugeren er også ansvarlig for udbetaling af løn, opgørelse af de timer, der skal betales for, skat, indbetaling af fx ATP-bidrag, udregning og udbetaling af feriepenge mv.

Brugeren kan dog fx aftale, at kommunen efter anvisning fra modtageren foretager praktiske opgaver som udbetaler løn direkte til hjælperne, indbetaler skat mv., eller brugeren kan rekvirere hjælp til at varetage lønudbetaling mv. fra et privat servicefirma.

57. Som led i sin rådgivning af brugeren bør kommunen, især i forbindelse med igangsættelse af hjælpeordningen hos den enkelte, være behjælpelig med de praktiske ting, så som annoncering, ansættelsesforhold mv. ...

KL og FOA har i fællesskab udarbejdet en standardkontrakt for ansættelse af hjælpere. Standardkontrakten, som den kommunale sagsbehandler kan udlevere til brugeren, kan findes på [www.kl.dk](http://www.kl.dk).

58. Der er med hjælpeordningen tale om et privat ansættelsesforhold mellem brugeren og hjælperne, herunder med hensyn til vurdering af hjælpernes kvalifikationer, tilrettelæggelse af arbejdstid mv. Kommunen kan alene træde til med rådgivning og mere praktiske forhold.”

Ved lov nr. 549 af 17. juni 2008 om ændring af bl.a. lov om social service blev hjælpeordningen omdøbt til ”Borgerstyret personlig assistance (BPA)” og blev samtidig ændret, således at det blev muligt at overdrage arbejdsgiveransvaret til eksempelvis en forening eller en privat virksomhed. Af lovforslagets almindelige bemærkninger punkt 2 (Lovforslag nr. 154 af 28. marts 2008, side 2) fremgår bl.a:

”2. Lovforslaget baggrund og formål

2.1. Borgerstyret personlig assistance

...

Den eksisterende hjælperordning efter servicelovens § 96 har eksisteret i stort set uændret form siden slutningen af 1970’erne. Hjælperordningen blev lovfæstet med lov nr. 454 af 10. juni 1997 (L229, Folketingstidende Tillæg A s. 4906, Tillæg B, s. 1185, Tillæg C 833).

...

De fleste eksisterende borger, som modtager hjælp efter § 96, er som udgangspunkt tilfredse med hjælperordningen, bl.a. fordi hjælperordningen medvirker til at sikre den enkelte borgers selvstændighed. Men placeringen af arbejdsgiveransvaret efter §§ 95 og 96 hos borgeren medfører en række opgaver og et juridisk ansvar, som kan være uoverskueligt for den enkelte. Nogle borgere oplever derfor, at belastningen ved arbejdsgiveransvaret overskygger den frihed og selvstændighed, der var intentionen med hjælperordningen.

Samtidig betyder de eksisterende kriterier for hjælperordningen, at nogle borgere med omfattende hjælpebehov mister deres hjælperordning og dermed muligheden for selv at udvælge og ansætte hjælpere, fordi de har svært ved at magte de opgaver og det ansvar, der følger af at have arbejdsgiveransvaret for hjælperne ...

...

Regeringen foreslår, at personer, der modtager et kontant tilskud til selv at ansætte hjælpere efter servicelovens §§ 95 og 96, skal have mulighed for at overdrage arbejdsgiveransvaret til andre. ...

...

Forslaget indebærer, at borgeren får mulighed for at overdrage arbejdsgiveransvaret og administrationen af ordningen til andre, men at borgeren fastholder opgaven som arbejdsleder for hjælperne. Ved at give borgerne valgfrihed omkring placeringen af arbejdsgiveransvaret sikres, at hjælperordningen i højere grad kan indrettes i forhold til den enkelte borgers ønsker og behov. Herved fastholdes intentionerne i den eksisterende hjælperordning om at sikre borgerens selvbestemmelse samtidig med, at den enkelte borger kan aflastes ved at overdrage arbejdsgiveransvaret og administrationen af hjælperordningen til andre.

...

### 3. Gældende ret og lovforslagets hovedindhold

#### 3.1. Borgerstyret personlig assistance

...

Som et led i at etablere borgerstyret personlig assistance, sikrer forslaget desuden modtagere af støtte efter §§ 95 og 96 en mulighed for at overdrage arbejdsgiveransvaret og administrationen af ordningen til andre, som fx en nærtstående person, der ønsker at varetage denne opgave, en brugerstyret forening eller en privat virksomhed... I det omfang modtageren af støtte ønsker at fastholde arbejdsgiveransvaret, etableres desuden en ret til at aftale med kommunalbestyrelsen, at kommunen varetager administrationen af hjælperordningen, dvs. varetager lønudbetaling m.v., i lighed med det tilbud en række kommuner allerede stiller til rådighed for borgerne i dag. Borgeren har, i lighed med de gældende regler, fortsat mulighed for at lade fx et privat firma varetage lønudbetaling mv.

Borgerstyret personlig assistance fastholder dermed den enkelte borgers indflydelse på valg af hjælpere, tilrettelæggelsen og udførelsen af hjælpen uden, at borgeren samtidig selv skal påtage sig ansvaret og opgaverne som arbejdsgiver for hjælperne. Overdragelse af arbejdsgiveransvaret og/eller administrationen af hjælperordningen skal ske efter nærmere aftale mellem borgeren og den person, forening eller virksomhed, der overtager opgaverne.

Med forslaget forudsættes både for §§ 95 og 96, at modtageren af tilskuddet selv kan fungere som arbejdsleder for hjælperne. Modtageren af tilskuddet skal desuden kunne fungere som arbejdsgiver for hjælperne, med mindre den pågældende vælger at overdrage arbejdsgiveropgaver og arbejdsgiveransvar til andre. Med forslaget fastholdes dermed den eksisterende mulighed for, at modtageren af tilskuddet selv fungerer som arbejdsgiver for sine hjælpere.

Arbejdsgiveransvaret og de opgaver der er forbundet hermed kan for eksempel omfatte: Ansættelse og afskedigelse af hjælpere, herunder udarbejdelse af lovpligtige ansættelsesbeviser, udbetaling af løn, indberetning af skat, indbetaling af feriepenge og ATP m.v.

Arbejdslederopgaver kan fx omfatte: Udvalgelse af hjælpere til ansættelse, udarbejdelse af jobbeskrivelser og vagtplaner for hjælperne, oplæring af nye hjælpere, afholdelse af personalemøder m.v.

Med forslaget vil tilskudsmodtageren fremover have tre muligheder, hvor der tidligere kun var mulighed for de første to:

- 1) At varetage både arbejdsgiveransvar og de opgaver, der er forbundet hermed inklusive administration af ordningen.
- 2) At varetage arbejdsgiveransvaret, men overdrage administrationen til en kommune eller et privat firma.
- 3) At overdrage arbejdsgiveransvaret til en nærtstående, en brugerstyret forening eller en privat virksomhed, som samtidigt varetager administrationen efter nærmere aftale om placeringen af opgaverne...”

Af bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser fremgår side 14 bl.a.:

”Det forudsættes, at der ved overdragelse af arbejdsgiveransvaret indgås en aftale om, bl.a. hvilke opgaver parterne skal udføre, samt opsigelse af aftalen m.v. Tilskuddet kan derefter løbende afregnes mellem kommunen og arbejdsgiveren.

De borgere, der fortsat ønsker at fungere som arbejdsgiver for deres hjælpere, kan fastholde denne ordning. Det betyder dog ikke, at borgeren i enhver henseende skal administrere ordningen, idet det med lovforslaget foreslås, at kommunalbestyrelsen skal tilbyde at varetage den økonomiske administration af en BPA-ordning, når borgeren eller en nærtstående er arbejdsgiver for hjælperne.

Derved får borgerne en ret til at overdrage den økonomiske administration af hjælperordningen til kommunen. Det vil medføre, at kommunen forestår aflønning af hjælpere m.v. efter anvisning fra borgeren. Borgeren kan desuden i lighed med de gældende regler vælge at lade et privat servicefirma varetage lønudbetaling m.v.”

til ansættelse af hjælpere til borgerstyret personlig assistance), der trådte i kraft den 1. juni 2009, blev der ved ændring af lovens § 96 a tilvejebragt hjemmel for ministeren til at fastsætte nærmere regler om kommunalbestyrelsernes udmåling af tilskud til borgerstyret personlig assistance. Af lovforslagets almindelige bemærkninger (Lovforslag nr. 136 af 19. februar 2009) fremgår bl.a.:

*”Almindelige bemærkninger*

*1. Lovforslagets baggrund og formål*

Formålet med lovforslaget er at give velfærdsministeren mulighed for at fastsætte nærmere regler om kommunalbestyrelsens udmåling af tilskud til borgerstyret personlig assistance (BPA), så kommunalbestyrelsen udmåler et tilskud, der reelt gør det økonomisk muligt for borgere med BPA at rekruttere og fastholde de nødvendige hjælpere med de fornødne kvalifikationer. Forslaget skal desuden sikre, at det udmålte tilskud tager højde for de øvrige elementer, der indgår i hjælpernes ansættelsesforhold i en BPA-ordning. Forslaget vedrører således hjælpernes løn, udgifter ved varetagelse af arbejdsgiveropgaver og administrative opgaver m.v. ...

...

Baggrunden for forslaget er endvidere, at det har vist sig, at den kommunale praksis for udmåling af tilskud til ansættelse af hjælpere efter servicelovens §§ 95 og 96 er meget forskellig. Det skyldes, at der ikke er fastsat nærmere regler for udmåling af støtte til ansættelse af handicaphjælpere.

Hvor stort set alle kommuner hidtil har taget udgangspunkt i samme timeløn (niveauet for uddannet plejepersonale), er der i praksis store forskelle særligt i forhold til aflønning i nattetimer (brug af rådighedsløn frem for løn inklusive nattillæg), mulighed for arbejdsmarkedspension og løn under sygdom for handicaphjælperne. Dette har medført, at mange borgere oplever, at det i stigende grad er blevet vanskeligt at rekruttere og fastholde hjælpere med de lønvilkår, udmålingen af tilskud har givet borgeren mulighed for at tilbyde.

Handicaporganisationer og faglige organisationer på området har derfor gennem de senere år peget på, at den kommunale udmåling af tilskud og de heraf afledte lønforhold for handicaphjælpere er en væsentlig barriere for BPA. Det skyldes, at lønforholdene gør det vanskeligt for borgerne at rekruttere og fastholde de nødvendige hjælpere. Dermed kan intentionerne med BPA, om at sikre borgeren en selvstændig tilværelse med mulighed for et aktivt liv, blive modvirket.

Formålet med de regler, som vil blive udstedt administrativt, hvis lovforslaget vedtages er at sikre, at kommunalbestyrelsen udmåler og udbetaler et tilskud til borgere med BPA, der gør det økonomisk muligt at rekruttere og fastholde de nødvendige hjælpere. Dermed får borgere med omfattende funktionsnedsættelser, der modtager hjælp i form af BPA, en reel mulighed

for at fastholde eller opbygge et selvstændigt liv.

...

## *2. Gældende ret og lovforslagets indhold*

...

Efter servicelovens § 96 er der ikke fastsat regler for udmålingen eller udbetalingen af tilskuddet. Det fremgår dog af Ankestyrelsens praksis på området, at kommunalbestyrelsens udmåling skal være tilstrækkelig til at sikre, at borgeren har mulighed for at ansætte de nødvendige hjælpere. Det fremgår desuden af vejledning nr. 96 af 5. december 2006 om særlig støtte til voksne, at der i udmålingen af beløbene skal tages højde for de udgifter, der følger af anden lovgivning, som f.eks. skat, ferie og feriepenge m.v. efter ferieloven, ATP, forsikringer m.v.

...

Med forslaget er det som nævnt hensigten at bemyndige velfærdsministeren til at fastsætte bindende og mere ensartede regler for kommunalbestyrelsens udmåling af tilskud efter servicelovens §§ 95 og 96. Lovforslaget giver derfor en hjemmel til velfærdsministeren til at fastsætte regler om udmåling af tilskud, der dækker såvel udgifter til hjælpernes løn, som udgifter til arbejdsgiveropgaver, administration m.v. og til de øvrige udgifter, der følger af at have hjælpere i og udenfor hjemmet.

Forslaget indebærer, at der kan fastsættes bindende regler for det kontante tilskud, som borgeren har til rådighed til ansættelse af hjælpere til BPA. Forslaget indebærer ikke regulering af ansættelsesforholdene for hjælperne. Løn- og ansættelsesforholdene for hjælperne forudsættes også fremover at være et spørgsmål, som reguleres af arbejdsmarkedets parter.

Det er hensigten, at der vil blive fastsat regler om, at kommunalbestyrelsen ved udmåling af tilskuddet til ansættelse af hjælpere skal tage udgangspunkt i lønniveauet for sammenlignelige faggrupper. Ved udmålingen af tilskuddet til ansættelse af hjælpere, skal der som minimum tages højde for løn inklusive tidsbestemte tillæg, lokale stedtillæg, øvrige tillæg, herunder funktions- og kvalifikationstillæg, arbejdsgivers andel af arbejdsmarkedspension, løn under sygdom, udgifter til oplæring af nye hjælpere, kurser m.v. Det er en forudsætning, at der ved fastlæggelse af niveauet for udmålingen af udgifterne til aflønning skal foretages en konkret vurdering af borgerens behov, herunder behov der kan medføre, at det kan være nødvendigt at ansætte hjælpere med særlige kvalifikationer og/eller en særlig faglig baggrund. Det skal desuden præciseres, at kommunalbestyrelsen ved udmålingen skal tage højde for de udgifter, der følger af anden lovgivning, herunder ferie og feriepenge, forsikring og bidrag til barselsfonde m.v., som et led i dækning af løn og andre ansættelsesudgifter til hjælpere.”

Ved bekendtgørelse nr. 567 af 19. juni 2009 om udmåling af tilskud til borgerstyret personlig assistance efter servicelovens §§ 95 og 96 er der i medfør af bemyndigelsesbestemmelsen i servicelovens § 96 a fastsat nærmere regler for kommunalbestyrelsernes udmåling af tilskud (udmålingsbekendtgørelsen). Bekendtgørelsens § 5 og § 6 lyder:

”§ 5. Kommunalbestyrelsen skal ved beregningen af tilskuddet foretage en konkret vurdering af borgerens behov, og herunder behov der kan medføre, at det er nødvendigt at ansætte hjælpere med særlige kvalifikationer herunder en særlig faglig baggrund. Ved udmålingen af tilskud til dækning af omkostninger til løn til hjælpere skal kommunalbestyrelsen ved beregningen af tilskuddet som minimum tage udgangspunkt i lønnen for sammenlignelige faggrupper.

*Stk. 2.* Ved udmålingen af tilskuddet til løn pr. time efter stk. 1 skal kommunalbestyrelsen sikre, at der ved beregningen sikres den nødvendige rummelighed i udmålingen og herunder tages højde for:

- 1) tidsbestemte tillæg,
- 2) stedbestede tillæg,
- 3) funktions- og kvalifikationstillæg m.v.,
- 4) arbejdsmarkedspension og
- 5) anciennitet

...

*Stk. 4.* Kommunalbestyrelsen skal dække omkostninger ved løn under sygdom og barnets 1. og 2. sygedag.

*Stk. 5.* Ved udmåling af tilskud efter stk. 2 og 3, skal der desuden tages højde for omkostninger til feriepenge, feriegodtgørelse og ferie m.v. efter ferieloven, ATP samt eventuelle andre lovpligtige bidrag.

§ 6. Kommunalbestyrelsen skal dække omkostninger til nødvendige forsikringer, der er forbundet med ansættelse af hjælpere, og dække omkostninger ved bidrag til barselsfond.

*Stk. 2.* Kommunalbestyrelsen skal dække omkostninger til nødvendige kurser for hjælpere.”

I Socialministeriets vejledning nr. 94 af 10. november 2009 om borgerstyret personlig assistance anføres følgende om BPA-ordningen:

”68. Kommunalbestyrelsen skal, jf. [udmålingsbekendtgørelsens] § 5, udmåle et tilskud til løn, der reelt gør det muligt at rekruttere og fastholde de nødvendige hjælpere. Det er en forudsætning, at der ved fastlæggelse af niveauet for udmålingen af omkostningerne til aflønning af hjælperne foretages en konkret og individuel vurdering af den enkelte borgers hjælpebehov og eventuelle forhold hos ansatte hjælpere, som fx hjælpernes anciennitet, som kan have betydning for pensionsforhold mv. Det skal her vurderes, om der er behov for at ansætte hjælpere med særlige faglige kvalifikationer og/eller en særlig faglig baggrund.

...

69. Det er den enkelte borger, der i forbindelse med ansættelse af hjælpere har ansvaret for at sikre, at ansættelsen kan ske inden for den samlede udmålte ramme, medmindre borgeren har overført tilskuddet til en anden part. I den situation vil det være den nærtstående, virksomhedens eller firmaets ansvar, at ansættelserne kan ske inden for den samlede udmålte ramme.

#### Sammenlignelige faggrupper

70. Det vil ofte være udgangspunktet, at det arbejde, der udføres i en BPA-ordning, er arbejde, der kan udføres af ikke-faglært personale med den nødvendige oplæring. Handicaphjælpere vil derfor normalt være ikke-faglært personale. I det omfang kommunalbestyrelsen vurderer, at borgeren har behov for hjælpere med særlige faglige kvalifikationer mv., skal udmålingen til løn dog foretages ud fra denne vurdering.

Ved udmålingen af tilskud skal kommunalbestyrelsen som minimum tage udgangspunkt i lønnen for sammenlignelige faggrupper, jf. bekendtgørelsens § 5, stk. 1. Med sammenlignelige faggrupper forstås faggrupper ansat på både det private og offentlige område. Der kan være tale om ufaglærte hjælpere, eller personer med særlige kvalifikationer eller faglig baggrund som fx social- og sundhedshjælpere, pædagoger, sygehjælpere, plejeassistenter eller lignende.

71. Det er ikke et krav, at kommunalbestyrelsen skal tage udgangspunkt i én bestemt overenskomst ved udmålingen. Det af kommunalbestyrelsen valgte udgangspunkt for udmålingen bør dog anvendes ved beregningen af alle de krævede elementer i udmålingen til løn mv., ... Serviceloven eller bekendtgørelsen indebærer ikke en regulering af ansættelsesforholdene for hjælperne. Løn- og ansættelsesforholdene for hjælperne er et spørgsmål mellem arbejdsgiver og hjælper. Kommunalbestyrelsen er dermed i udmålingen af tilskud ikke forpligtet til at tage højde for den handicappedes borgeres konkrete private aftaler eller særlige overenskomstmæssige forhold, som ligger ud over rammerne af bekendtgørelsen.”

#### **Landsrettens begrundelse og resultat**

Sagen angår i første række, om ... Kommune er arbejdsgiver for A, der siden den 9. juni 2007 har været ansat som personlig hjælper for B, som modtager kontant tilskud i henhold til servicelovens § 96.

Det følger direkte af retsgrundlaget vedrørende BPA-ordningen (tidligere hjælperordningen), at det er en betingelse, at det er den handicappede borger - eller siden 1. januar 2009 alternativt en nærstående, forening eller privat virksomhed - der fungerer som arbejdsgiver for hjælperne. Der er imidlertid tale om et særegent privat ansættelsesforhold, idet kommunen afholder alle udgifter i forbindelse med ansættelsen. Kommunen har også en vejledningspligt og skal tilbyde den handicappede borger og efter 1. januar 2009 tillige den nærstående, som måtte have overtaget arbejdsgiverbeføjelserne, at varetage den økonomiske administration af ordningen.

Sagens parter har ved etableringen af ansættelsesforholdet alle ageret i overensstemmelse

med forudsætningen om, at det er B, som er arbejdsgiveren. Ansættelsessamtalen blev afholdt af B, og det fremgår af ansættelsesbeviset, at det er udarbejdet på vegne af B. Det er tillige i fuld overensstemmelse med ordningen, at det er ... Kommune, der har forestået aflønningen, og A har i forbindelse med ansættelsen meddelt sit skriftlige samtykke til, at kommunen trækker A-skat, AM-bidrag og SP-bidrag ved udbetaling af hans løn for ansættelsen hos B. I forbindelse med varslingen af de ændrede vilkår agerede kommunen i henhold til en fuldmagt fra B, og det fremgår klart af brevet til A vedrørende afskedigelse og tilbud om genansættelse på ændrede vilkår, at meddelelsen gives på vegne af hans arbejdsgiver B. Herefter, og idet sagens øvrige oplysninger ikke giver grundlag for at antage, at A berettiget kan have opfattet kommunen som sin arbejdsgiver, lægges det til grund, at det ikke er ... Kommune, men B, som er As arbejdsgiver.

Spørgsmålet er herefter, om A har krav på godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis, godtgørelse for overtrædelse af ligebehandlingsloven og krav på efterbetaling af løn mv., samt i bekræftende fald om ... Kommune hæfter solidarisk med B, og om det i deres indbyrdes forhold er ... Kommune eller B, der endeligt skal betale.

#### *Godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis*

Det fremgår af As ansættelsesbevis af 21. juni 2007, at det er udfærdiget på vegne af B, og at tjenestestedet er hos B. Efter As forklaring konstaterede han straks ved modtagelsen, at oplysningen om Bs adresse ikke var korrekt, og han skrev selv den korrekte adresse på ansættelsesbeviset efter at have talt med kommunen herom. Uanset arbejdsgiverens navn og adresse kunne have fremgået med større tydelighed, må oplysningspligten i ansættelsesbevislovens § 2, stk. 2, nr. 1, hermed anses for overholdt.

Oplysningspligten i ansættelsesbevislovens § 2, stk. 2, nr. 8, kan ifølge ansættelsesbevislovens § 2, stk. 4, opfyldes ved henvisning til administrative bestemmelser. Det lægges efter indholdet af ansættelsesbeviset og forklaringerne afgivet af C og G til grund, at ”stregoverenskomsten” blev anvendt som administrationsgrundlag ved lønudbetalingen til de personlige hjælpere. Oplysningspligten er imidlertid ikke overholdt alene ved henvisningen hertil, allerede fordi stregoverenskomsten, som i øvrigt ikke medfulgte ansættelsesbeviset, ikke indeholdt oplysninger om størrelsen af den løn, tillæg mv., som A havde ret til ved ansættelsesforholdets påbegyndelse. Da B hermed ikke har overholdt sin oplysningspligt efter ansættelsesbevislovens § 2, stk. 2, nr. 8, skal han betale en godtgørelse til A. Landsretten udmåler efter en samlet vurdering godtgørelsen til 5.000 kr. Landsretten har herved lagt



vægt på, at forholdet ikke har haft konkret betydning for A. Det er således ikke bestridt, at han har modtaget løn, tillæg mv. i overensstemmelse med stregoverenskomsten.

Der er intet grundlag for at pålægge ... Kommune at betale godtgørelsen til A in solidum med B. Da det imidlertid er ... Kommune, der har udarbejdet og sendt det mangelfulde ansættelsesbevis til A, og dette uden B har haft nogen indflydelse herpå, er ... Kommune erstatningsansvarlig over for B. Landsretten tager derfor Bs friholdelsespåstand til følge, for så vidt angår godtgørelsen for mangelfuldt ansættelsesbevis.

#### *Godtgørelse for krænkelse efter ligebehandlingsloven*

Det vil være en direkte forskelsbehandling på grund af køn, såfremt en mand ikke modtager løn under forældreorlov i samme omfang som en kvinde i samme stilling. Det i ”Oversigt vedr. politisk godkendte takster for tilskud i BPA ordninger i ... Kommune. Politisk godkendt i maj måned 2010” indeholdte vilkår om, at der ikke ydes tilskud til faderens løn under barsel, blev annulleret inden ikrafttrædelsestidspunktet, og uden A havde modtaget en ny ansættelseskontrakt med vilkåret. Vilkaeret fik ikke betydning for A, der fortsatte ansættelsen efter varslingen af ændrede vilkår. Idet der hermed ikke er sket udmøntning af vilkåret, foreligger der ikke en krænkelse, som kan begrunde en godtgørelse efter ligebehandlingsloven. Landsretten tager derfor ikke As påstand om godtgørelse efter ligebehandlingsloven til følge.

#### *Efterbetaling af løn, feriegodtgørelse og pensionsbidrag*

Det fremgår direkte af As ansættelsesbrev af 21. juni 2007, at han i ansættelsesforholdet er omfattet af den tilrettede overenskomst af 15. september 1999 kaldet stregoverenskomsten, og han har ubestridt modtaget løn i overensstemmelse med stregoverenskomsten. A har ikke godtgjort, at han uanset ansættelsesbrevets ordlyd har krav på at blive aflønnet efter den til enhver tid gældende overenskomst mellem KL og FOA. Indholdet af Socialministeriets vejledning nr. 96 af 5. december 2006, udmålingsbekendtgørelsens § 5 og socialministeriets skrivelse nr. 9080 af 2. marts 2010 regulerer forholdet mellem kommunen og den handicappede bruger, og ikke ansættelsesforholdet mellem den personlige hjælper og den handicappede. Herefter, og idet det, som A i øvrigt har anført, ikke kan føre til et andet resultat, tager landsretten ikke As påstand om efterbetaling af løn, feriegodtgørelse og pensionsbidrag til følge.

Landsretten frifinder herefter ... Kommune for As påstand og tager As påstand over for B

til følge med 5.000 kr., der ubestridt skal forrentes med procesrente fra den 16. december 2010. I det indbyrdes forhold mellem ... Kommune og B skal kommunen friholde B for betalingen af det idømte beløb på 5.000 kr. med procesrenter.

Efter sagens udfald sammenholdt med parternes påstande skal FOA som mandatar for A betale sagsomkostninger til ... Kommune med 125.586,94 kr., til statskassen med 42.199 kr. og til B med 82.801 kr. Beløbet til ... Kommune omfatter 125.000 kr. til udgifter til advokatbistand inkl. moms og 586,94 kr. til vidnegodtgørelse. Beløbet til statskassen og B er til dækning af Bs udgifter til advokatbistand inkl. moms.

I det omfang, der har været anledning til at tage stilling til de nedlagte friholdelsespåstande, har B fået medhold. ... Kommune skal derfor betale sagsomkostninger til B med 12.500 kr. til dækning af udgifter til advokatbistand inkl. moms.

Landsretten har ved fastsættelsen af omkostningerne lagt vægt på sagens økonomiske værdi og dens omfang, herunder at hovedforhandlingen har haft en varighed på tre retsdage.

Thi kendes for ret:

... Kommune frifindes for As påstand.

B skal til A betale 5.000 kr. med procesrente fra den 16. december 2010.

... Kommune skal friholde B for, hvad han af det idømte beløb på 5.000 kr. med renter betaler til A.

FOA som mandatar for A skal betale sagsomkostninger til ... Kommune med 125.586,94 kr., til statskassen med 42.199 kr. og til B med 82.201 kr.

... Kommune skal betale sagsomkostninger til B med 12.500 kr.

Det idømte skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Kirsten Thorup

Hans-Jørgen Nymark Beck

Gitte Kuhlwein  
(kst.)

Udskriften udstedes uden betaling.

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Vestre Landsret,

Viborg den 20. maj 2014.

Birgitte Borup

Kontorfuldmægtig