

HRJURA MAGASINET

ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET

13. NUMMER / FORÅR 2018

ISSN
2245-3989

HR JURA V/ANTON KRAEV
PETER FABERS GADE 22, ST. TH.
2200 KØBENHAVN N

CVR.NR. 34379866

WEB: HRJURA.IN
E-MAIL: CONTACT@HRJURA.IN



HRJURA MAGASINET

ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET



INDHOLD

Indholdet af HR JURA Magasinet kan ikke sidestilles eller erstattes med juridisk rådgivning.

HR JURA tilstræber, at indholdet er korrekt og udtryk for gældende ret, men eventuelle fejl kan ikke medføre ansvar for HR JURA.

CITERING

Enhver gengivelse eller kopiering af indholdet fra HR JURA Magasinet er betinget af forudgående skriftlig tilladelse fra HR JURA eller andre ret-tighedshavere.

REDAKTION



ANTON KRAEV
ANSVARSHAVENDE REDAKTØR
ADVOKATFULDMÆGTIG, CAND.MERC.JUR

TELEFON: +45 31181138
E-MAIL: ANTON.KRAEV@HRJURA.IN

HR JURA MAGASINET
13. NUMMER / FORÅR 2018

ISSN
2245-3989

HR JURA V/ANTON KRAEV
PETER FABERS GADE 22, ST. TH.
2200 KØBENHAVN N

CVR.NR. 34379866

WEB: HRJURA.IN
E-MAIL: CONTACT@HRJURA.IN





SE SKOVEN.

Komplekse problemstillinger kræver præcise svar. Men selv om djævlens ofte ligger i detaljen, behøver svaret ikke være djævlens detaljeret. Hos Horten ser vi altid tingene i en større sammenhæng. For kun ved at se det store billede kan vi levere præcis rådgivning, der er til at forstå. Og som flytter dig videre og fremad.

Find din advokat på www.horten.dk

HORTEN

INDHOLDSFORTEGNELSE

7 NY LITTERATUR

11 MONISME OG DUALISME I DANSK ARBEJDSRET



RUTH NIELSEN
PROFESSOR, DR.JUR.

21 DET EU-RETLIGE LØNMODTAGERBEGREB



OLE HASSELBALCH
PROFESSOR, JUR.DR.

27 SMITTER DET EU-RETLIGE LØNMODTAGERBEGREB AF
PÅ DANSKE DIREKTØRER?



METTE KLINGSTEN
ADVOKAT (H)

37

“MEST REPRÆSENTATIVE OVERENSKOMST”



BJØRN HOLTZE
ADVOKAT (L), PH.D. STUDERENDE

47

YDERLIGERE ARBEJDSRETLIGE UDFORDRINGER VED VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSE I INSOLVENSSITUATIONER - EN KOMMENTAR TIL U2018.471H



JENS PAULSEN
ADVOKAT (H), PARTNER

56

FORFATTERLISTE

FÅ 1 MÅNEDS GRATIS PRØVEABONNEMENT TIL ET

MODERNE HR-VÆRKTØJ

HR eBogen er et digitalt opslagsværk og en paradigmesamling i et og samme produkt. En stærk søgefunktion og direkte kontakt til advokaterne sikrer, at der aldrig er langt fra spørgsmål til svar.

Skriv til os på hr-ebogen@njordlaw.com, og start dit gratis prøveabonnement i dag.

KOM TIL VORES HR BRUSH-UP KURSER I KØBENHAVN OG AARHUS

- **Ligebehandling, forskelsbehandling og barsel**, den 24. og 25. april 2018.
- **Den nye ferielov**, den 25. og 26. september 2018.

Læs mere og tilmeld dig kurserne på www.njordlaw.com/da/arrangementer



NJORD
LAW FIRM

www.njordlaw.com/hr-ebogen

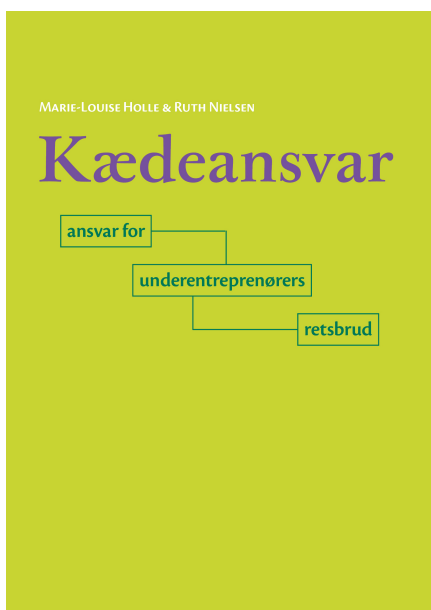


ALDERSDISKRIMINATIONSFORBUDDETS INDTOG I ARBEJDS- OG ANSÆTTELSESRETTEN

Christian Højer Schjøler
1. udgave 2017, Ex Tuto

Bogen giver et kærkomment og nuanceret indblik i det EU-retlige grundlag bag forbuddet mod aldersdiskrimination, som ikke har levet et stille liv siden dets indtog i arbejds- og ansættelsesretten i 2004.

Bogen er et nyttigt værktøj for praktikere, der ønsker indsigt i de mange EU-domme på området og forståelse af forbuddets almene bestanddele, herunder proportionalitetsprincippet.



KÆDEANSVAR - ANSVAR FOR UNDERENTREPRENØRERS RETSBRUD

Marie-Louise Holle og Ruth Nielsen
1. udgave 2017, Ex Tuto

Kædeansvar kan fx blive relevant i tilfælde, hvor en bygherre/ordregiver indgår kontrakt med en hovedentreprenør om udførelse af en opgave, hvorefter hovedentreprenøren giver arbejdets udførelse i underentreprise til en underentreprenør, der underbetaler de ansatte.

I sådanne situationer kan man spørge, om hovedentreprenøren i forhold til dels ordregiveren, dels underentreprenørens ansatte hæfter for den manglende lønbetaling.

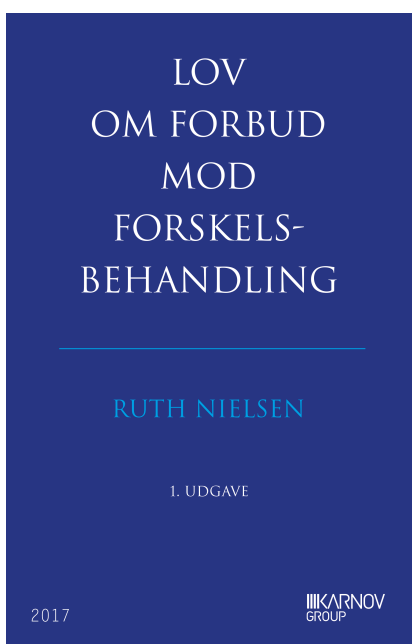


BARSELSREGLER - FLEKSIBILITET, FRAVÆR OG DAGPENGE

Agnete Lied Andersen og Mads Krarup
3. udgave 2017, Karnov Group

Værket er udarbejdet som en praktisk håndbog med det formål at give et samlet overblik over retsstillingen i forbindelse med barsel og orlov.

Forfatterne giver i den nye 3. udgave af bogen et godt overblik over domme og afgørelser om afskedigelse under barsel - herunder også ved inddragelse af en række afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet.



LOV OM FORBUD MOD FORSKELSBEHANDLING

Ruth Nielsen
1. udgave 2017, Karnov Group

Bogen er en kommentar til lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, der forbyder forskelsbehandling på arbejdsmarkedet på grund af race, hudfarve, alder, religion, tro, politisk tilhørsforhold, seksuel orientering, handicap, national, social og etnisk oprindelse.

Denne lovkommentar kommenterer forskelsbehandlingsloven og artikel 21 i EU's Charter om Grundlæggende rettigheder, der indeholder et generelt forbud mod diskrimination i national ret på EU-regulerede område.



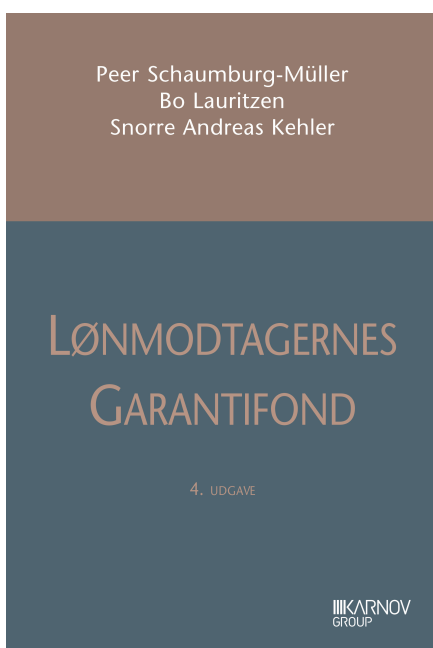
FUNKTIONÆRLOVEN

Henrik Karl Nielsen
7. udgave 2018, Karnov Group

Bogen er opbygget som en traditionel lovkommentar, hvor funktionærlovens bestemmelser gennemgås i lyset af den foreliggende retspraksis.

Der tages højde for de seneste års ændringer i funktionærloven og tilgrænsende speciallovgivning. Domspraksis er ajourført til december 2017.

Siden sjetteudgaven er der gennemført flere lovændringer bl.a. i lyset af udviklingen af EU's ansættelsesretlige standarder. Bogens indledning giver en status på funktionærloven anno 2018 med historisk perspektivering - og diskuterer behovet for en modernisering af loven.



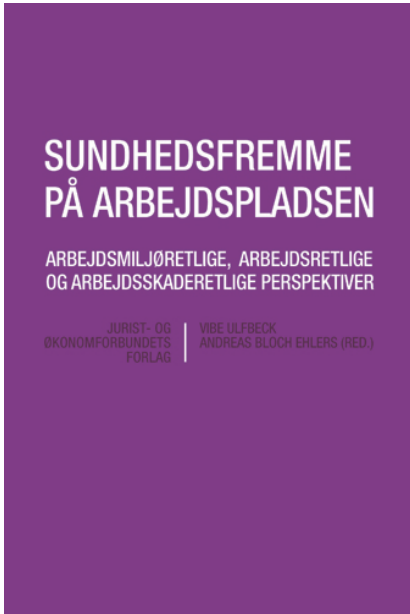
LØNMODTAGERNES GARANTIFOND

Peer Schaumburg-Müller, Bo Lauritzen og Snorre Andreas Kehler
4. udgave 2017, Karnov Group

Lov om Lønmodtagernes Garantifond med kommentarer er en klassisk lovkommentar, som også kan bruges som en håndbog, når retsstillingen på området skal fastlægges.

Bogen bygger først og fremmest på den omfattende praksis, der har udviklet sig gennem årene.

Siden 3. udgaven er der sket mange ændringer både inden for lovens område, men også i de tilgrænsende retsområder, herunder særligt konkursområdet, og der er kommet meget praksis til.



SUNDHEDSFREMME PÅ ARBEJDSPLADSEN

Vibe Ulfbeck og Andreas Ehlers
1. udgave 2017, Djøf Forlag

Antologien består af fire artikler, der beskæftiger sig med det aktuelle tema om "Sundhedsfremme på arbejdspladsen" i en arbejdsmiljøretlig, arbejdsretlig og arbejdsskaderetlig kontekst. Artiklerne er udarbejdet af forskere fra CEVIA (Center for Virksomhedsansvar) og WELMA (Center for Retlige Studier i Velfærd og Marked) ved Det Juridiske Fakultet på Københavns Universitet. Antologien har til formål at redegøre for den retlige regulering, der har betydning for virksomhedernes rettigheder og pligter i forhold til medarbejdernes fysiske og psykiske sundhed.



ARBEJDSMARKEDETS REGLER 2018

Ole Hasselbalch
19. udgave 2018, Djøf Forlag

Arbejdsmarkedets regler 2018 indeholder de vigtigste nationale og internationale arbejds- og ansættelsesretlige love, regler og overenskomster, udvalgt af professor em., jur.dr. Ole Hasselbalch.

Alle lovændringer, som har været offentliggjort til og med 1. januar 2018, er indarbejdet.

Vedtagne lovændringer, som endnu ikke er trådt i kraft, er medtaget i notatform.

MONISME OG DUALISME I DANSK ARBEJDSRET



RUTH NIELSEN
PROFESSOR, DR. JUR.

1. PROBLEMSTILLING

Udtrykkene monisme og dualisme er teoretiske begreber, der blev udviklet i den stats- og folkeretlig litteratur i slutningen af det 19. og begyndelsen af det 20. århundrede. De anvendes ofte i en vag betydning, der varierer fra forfatter til forfatter. Udtrykt i generelle vendinger refererer dualisme til ideen om, at national ret og folkeretten er selvstændige juridiske ordner. En traktat skal inkorporeres i national ret, typisk ved national lov, for at blive en del af national ret.

I modsætning hertil refererer monisme til den opfattelse, at national og international ret begge er komponenter af et og samme retssystem. EU-retten bygger på en overvejende monistisk synsvinkel. Efter denne beror gældende ret på EU-regulerede områder, hvor Danmark ved at tiltræde TEU eller TEUF har overdraget reguleringskompetencen til EU, på en integreret anvendelse af danske og EU-retlige retskilder, dvs. retten i Danmark er baseret både på danske retskilder og på EU retlige retskilder og i nogle tilfælde også folkeretlige retskilder.

EU-retten startede med Rom-Traktaten fra 1957 i en folkeretlig form, men allerede i Van Gend en Loos-sagen fra 1963 og COSTA/ENEL-sagen fra 1964 udtalte EU-Domstolen, at EØF-traktaten til forskel fra almindelige folkeretlige traktater har indført en særlig (*sui generis*) retsorden, der er integreret i medlemsstaternes retssystemer og som skal anvendes af deres domstole som rettigheds- og pligtgørende ikke kun for medlemsstaterne, men også for borgerne og virksomhederne og med forrang for og under visse betingelser direkte virkning i national ret.

Før Danmarks medlemskab af EF/EU pr. 1.1.1973 var der i det danske juridiske miljø en dualistisk tilgang, hvor national ret og international ret blev anset for to adskilte retssystemer og dansk ret for dansk domstol havde forrang for folkeret. I EU er der en monistisk tilgang, hvor national ret og EU-ret anses for at tilhøre det samme integrerede system, hvor national ret fortolkes EU-konformt og EU-ret har forrang for og på visse betingelser direkte virkning i national ret.¹

¹ Se om den EU-retlige udvikling Christina D. Tværnø og Ruth Nielsen: Retskilder & Retsteorier, Kbh. 2017 kap. 2.

Danmark var før EF/EU-medlemskabet klart et dualistisk land. Efter EF/EU-medlemskabet er der gradvis ved at ske en overgang til en monistisk tilgang til forholdet mellem EU-retlige og danske retskilder.

I artiklen belyses brydningen mellem dualisme og monisme i dansk arbejdsret på fire områder

- 1) i implementeringen af EU ret i lovgivningen
- 2) i domspraksis
- 3) i organisationernes praktisering af den danske model for arbejdsmarkedsregulering og
- 4) i forskningen.

I den klassiske danske arbejdsmarkedsmodel var omdrejningspunktet kollektive overenskomster og dansk arbejdsret var en form for speciel kontraktret. Den var primært baseret på kollektive aftaler mellem arbejdsmarkedets organisationer (LO, DA med flere og deres underorganisationer). I den aftalemodel, der gjaldt før EU-medlemskabet, og som stadig gælder på ikke-EU-regulerede områder, undlod den danske lovgiver (regering og folketing) i betydeligt omfang at lovgive om arbejdsmarkedet og overlod reguleringen til arbejdsmarkedets organisationer, der havde meget vidtgående frihed til ved kollektiv overenskomst at aftale næsten hvad som helst, de kunne enes om, evt. efter at have presset hinanden gennem kollektive kampskridt (strejke, blokade mv.). Håndhævelsen af kollektive overenskomster foregik - og sker stadig - i et særligt fagretligt system, hvor arbejdsmarkedets organisationer havde og har en dominerende rolle.

Den danske model og den europæiske model passer i visse væsentlige henseender godt sammen. Set fra en EU-synsvinkel er styrken i den danske model navnlig *effektiviteten og fleksibiliteten* i modellen i forhold til løsning af problemer, der kan løses ved dansk kollektiv overenskomst. Når rettigheder er sikret i en dansk kollektiv overenskomst, bliver de som regel også efterlevet i praksis af arbejdsgiverne. Hvis dette ikke sker frivilligt fra arbejdsgiverside, vil det overenskomstbærende forbund

typisk gennemtvunge overholdelse af overenskomsten gennem det fagretlige system.

Set fra EU's side er en svaghed ved den traditionelle danske model, at dens anvendelsesområde er begrænset. Den kan ikke bruges til at pålægge andre end arbejdsgivere pligter. Den gælder kun til fordel for arbejdstagere ansat hos overenskomstforpligtede arbejdsgivere og er kun forpligtende for sådanne arbejdsgivere. Arbejdsgivere, der ikke er overenskomstforpligtede har ingen pligter efter den traditionelle danske model. Når en EU-regel kræver, at alle arbejdsgivere skal have pligt til et eller andet, fx at betale ligeløn, kan dette ikke opnås alene ved implementering ved hjælp af den traditionelle danske model. For også at få de ikke-overenskomstforpligtede arbejdsgivere med, er det nødvendigt at supplere den danske model. I Danmark sker det i dag (2018) normalt ved, at der vedtages en lov, der er subsidiær i forhold til kollektive overenskomster, der opfylder direktivets krav. Der sker således både lovimplementering og aftaleimplementering.

En anden svaghed ved den danske aftalemodel set fra en EU-vinkel er, at den ikke er nær så effektiv i grænseoverskridende situationer som i rent danske situationer. I forhold til udstationeret arbejdskraft og vandrende arbejdstagere har den danske model fx ikke været effektiv nok til at forhindre, at der er opstået debat om social dumping og velfærdsturisme.

2. LOVUDVIKLINGEN

Langt de fleste danske arbejds- og ansættelsesretlige love, der er vedtaget siden EF/EU-medlemskabet, implementerer EU-direktiver eller andre EU-regler. Danmark har flere gange i de forløbne år gennemført arbejdsretlige direktiver for sent og/eller mangelfuldt, fordi man i første omgang forsøgte at fastholde den traditionelle danske aftalemodel i videre omfang end, hvad der er foreneligt med EU-retten, eller ventede på, at arbejdsmarkedets parter skulle blive enige om, hvad de synes, Danmark skulle gøre eller lade være at gøre for at opfylde et direktiv. Det plejer at føre til kritik fra Kommissionen. Indtil nu (2018) er det altid

endt med, at Danmark har givet efter for de EU-retlige krav og har tilpasset dansk ret til EU-retten.

Danmark befinder sig for tiden (foråret 2018) i en traktatbrudssituation pga. mangelfuld implementering af den sociale klausul i art 18, stk. 2 i udbudsdirektivet fra 2014,² kravet om indførelse af kædeansvar i bygge- og anlægssektoren i art. 12, stk. 2 i håndhævelsesdirektivet vedrørende udstationering³ og manglende implementering af håndhævelsesdirektivet vedrørende arbejdskraftens fri bevægelighed.⁴

I 1985 blev Danmark dømt for traktatbrud⁵ pga. mangelfuld implementering af det dagældende ligelønsdirektiv.⁶ Direktivet krævede ligeløn for 'samme arbejde og arbejde af samme værdi'. Danmark valgte i den første ligelønslov kun at skrive 'samme arbejde' og springe 'arbejde af samme værdi' over. Begrundelsen var, at det stemte med den sædvanlige formulering af ret til ligeløn på det overenskomstdækkede område. EU-Domstolen fastslog, at selv hvis man antog at direktivet var tilstrækkelig gennemført på det overenskomstdækkede område, var det utilstrækkeligt uden for overenskomstområdet, da loven skulle være klar, så enhver arbejdstager og arbejdsgiver kunne kende sine rettigheder og pligter. EU-Domstolen dømte derfor Danmark for at have tilsidesat de forpligtelser, der påhvilede det i henhold til EØF-traktaten [nu TEUF]. Danmark rettede herefter ligelønsloven, der i overensstemmelse med den nu sædvanlige måde at aftaleimplementere direktiver på er subsidiær i forhold til kollektive overenskomster, der giver lige så god retsbeskyttelse som loven.

² 2014/24/EU.

³ 2014/67/EU om håndhævelse af direktiv 96/71/EF om udstationering.

⁴ 2014/54/EU om foranstaltninger til fremme af arbejdstagernes udøvelse af deres ret til fri bevægelighed.

⁵ Sag 143/83, Kommissionen mod Danmark (ligelønsloven).

⁶ 75/117/EØF, nu ophævet og afløst af 2006/54/EF.

⁷ 89/391/EØF.

⁸ Nu afløst af art. 17 i Normen fra 2006.

⁹ 93/104/EF.

¹⁰ 96/34/EF. Nu afløst af 2010/18/EU.

I 1992, da Danmark implementerede rammedirektivet om arbejdsmiljø,⁷ sprang man i første omgang art. 8(4) og (5) om ret til at forlade arbejdspladsen pga. farligt arbejde over, da man mente, at en bestemmelse om 'liv, ære og velfærd' i den dagældende Norm fra 1908,⁸ der var en kollektiv overenskomst, var tilstrækkelig til implementering af disse direktivbestemmelser. Kommissionen var uenig og henviste til, at ikke alle arbejdstagere fik den beskyttelse, de skulle have efter direktivet, da ikke alle danske arbejdsgivere er overenskomstforpligtede. I 2001 gav Danmark efter og ændrede arbejdsmiljøloven, så direktivet blev implementeret i loven. Lovens bestemmelser om ret til at forlade arbejde blev gjort subsidiære i forhold til kollektive overenskomstbestemmelser, der opfyldte direktivets krav.

I forhold til arbejdstidsdirektivet fra 1993⁹ indtog Danmark i første omgang den holdning, at arbejdstid i Danmark var et overenskomstanliggende, som der ikke burde lovgives om. Kommissionen indledte traktatbrudsprocedure efter art. 258 TEUF. Efter at Danmark i 2001 havde modtaget en begrundet udtalelse, hvorefter en retssag ved EU-Domstolen måtte anses for nært forestående, gav Danmark efter og vedtog en implementeringslov om arbejdstid, der er subsidiær i forhold til kollektive overenskomster, der opfylder direktivets krav.

Ved implementering af det dagældende forældreorlovsdirektiv fra 1996¹⁰ sprang man i første omgang force majeure bestemmelsen i art. 3 over, fordi man mente, at dette problem var løst ved en række bestemmelser i kollektive overenskomster om ret til at blive hjemme for at passe syge børn. Efter kritik fra Kommissionen og udveksling af synspunkter i

nogle år gav Danmark efter og vedtog i 2006 loven om lønmodtageres ret til fravær fra arbejde af særlige familiemæssige årsager.

Vedrørende kønsligestilling medførte en ændring af det tidligere gældende ligebehandlingsdirektiv i 2002,¹¹ at der blev vedtaget et EU-krav om etablering af et statsligt overvågningsorgan. Danmark valgte i første omgang ikke at foretage sig noget. Efter kritik fra Kommissionen og diskussion med denne valgte Danmark i 2010 at give efter og pålagde fra 2011 Institut for Menneskerettigheder (IMR) at fungere som statsligt overvågningsorgan.¹²

Fristen for implementering af vikardirektivet¹³ i dansk ret blev overskredet den 5. december 2011. Overskridelsen var især begrundet i uenighed mellem arbejdsmarkedets parter (LO og DA) om direktivets implementering.¹⁴ Implementeringsfristens overskridelse resulterede i en åbningskrivelse fra Europa Kommissionen i januar 2012, som blev fulgt op af en begrundet udtalelse i oktober 2012. Danmark gav efter og vedtog vikarloven, der trådte i kraft den 1. juli 2013.

Den sociale klausul i art 18, stk. 2 i udbudsdirektivet fra 2014,¹⁵ der pålægger Medlemsstaterne at træffe passende forholdsregler for at sikre, at økonomiske aktører i forbindelse med gennemførelsen af offentlige kontrakter overholder gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning i henhold til EU-retten, national lovgivning, kollektive aftaler eller i henhold til de internationale miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning.

lovbestemmelser, der er nævnt i bilag X,¹⁶ blev sprunget over, da direktivet blev implementeret ved udbudsloven i 2015.

Håndhævelsesdirektivet vedrørende arbejdskraftens fri bevægelighed¹⁷ havde implementeringsfrist den 21. maj 2016. Art. 4 i direktivet kræver, at hver medlemsstat skal udpege en eller flere strukturer eller organer til fremme, analyse og overvågning af samt støtte for ligebehandling af EU-arbejdstagere uden diskrimination på grundlag af nationalitet. I Danmark har IMR lignende opgaver vedrørende køns- og etnisk diskrimination. Danmark har i første omgang - ligesom man som omtalt foran for en halv snes år siden gjorde vedrørende kønsligestilling - valgt ikke at vedtage nogen implementeringslovgivning.

Pr. 18. juni 2016 skulle håndhævelsesdirektivet vedrørende udstationering¹⁸ være implementeret. Art. 12 i direktivet om underkontrahentansvar, i Danmark som regel kaldet kædeansvar, handler om ansvar for den kontrahent som arbejdsgiveren er direkte underkontrahent i forhold til. Implementeringsudvalget, der består af repræsentanter for regeringen og arbejdsmarkedets parter, mente, at kædeansvar strider mod den traditionelle danske aftalemodel. Implementeringsudvalget foreslog og den danske lovgiver vedtog i maj 2016 lov om Arbejdsmarkedets Fond for Udstationerede, der ikke opfylder kravene i art. 12, stk. 2 i direktivet.¹⁹

Gennemgangen foran viser, at skiftende regeringer i de sidste godt 30 år har balanceret mellem rollen som loyal EU medlemsstat, der overholder EU-reg-

¹¹ Direktiv 2002/73/EF om ændring af direktiv 76/207/EØF. Tilsvarende bestemmelser blev senere indsat i direktiv 2004/113/EF.

¹² Se nærmere Andersen, Nielsen, Precht og Tvarnø: Ligestillingslovene med kommentarer, Bind I kap. 5, Kbh. 2015. Også tilgængelig på Arbejdsretsportalen+.

¹³ 2008/104/EF.

¹⁴ Falsner, Jacob: The Europeanized Temporary Agency Worker, phd-afhandling, Juridisk Fakultet, KU

¹⁵ 2014/24/EU. Se Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: EU's udbudsregler - i dansk kontekst, Kbh. 2017 kap. 10.

¹⁶ Bilag X oplister bl.a. de otte ILO-konventioner, der fastsætter grundlæggende rettigheder for arbejdstagerne.

¹⁷ 2014/54/EU om foranstaltninger til fremme af arbejdstagernes udøvelse af deres ret til fri bevægelighed.

¹⁸ 2014/67/EU om håndhævelse af direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser og om ændring af forordning (EU) nr. 1024/2012 om administrativt samarbejde via informationssystemet for det indre marked («IMI-forordningen»).

¹⁹ Se nærmere Marie-Louise Holle og Ruth Nielsen: Kædeansvar, Kbh. 2017.

lerne og den monistiske tilgang, og rollen som støtte til den traditionelle danske aftalemodel og til arbejdsmarkedets parter (LO, DA med flere), der i denne model praktiserer en dualistisk tilgang, se afsnit 4.

3. UDVIKLINGEN I DOMSPRAKSIS

Domstolene har på det arbejdsretlige område især beskæftiget sig med forholdet mellem EU-ret og dansk ret i sager om diskrimination (forskelsbehandling),²⁰ navnlig vedrørende alder, handicap og køn.

3.1. ALDER OG HANDICAP

Efter beskæftigelsesdirektivet²¹ blev implementeret i forskelsbehandlingsloven ved en ændring af denne i december 2004,²² hvor alder og handicap blev indsat i forskelsbehandlingsloven som forbudte diskriminationskriterier, har Højesteret afgjort flere sager om handicap- og aldersdiskrimination, hvor den har taget stilling både til dansk ret og EU-ret.²³ I disse sager har den fulgt en pragmatisk og forsigtig linje og landet på et EU-konformt resultat i overensstemmelse med den monistiske tilgang. Ajosdommen²⁴ er en enkeltstående afvigelse fra dette mønster, idet Højesteret her vælger en EU-konfrontatorisk dualistisk linje.²⁵

Tvisterne om 120-dages-reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2 i sagen om Skibby Supermarked²⁶ og om den tidligere § 2 a, stk. 3 om fratrædelsesgodtgørelse i funktionærloven i Ajos-sagen handler om samme overordnede problemstilling: en dansk privat arbejdsgiver havde overtrådt et EU-retligt forbud mod diskrimination, i Skibby Supermarked-sagen forbuddet mod handicapdiskrimination i Ajos-sagen forbuddet mod aldersdiskrimination.²⁷

Begge sager angik diskriminationsforbuddet i beskæftigelsesdirektivets artikel 2.²⁸ Afskedigelserne i begge sager (25. maj 2009 i Ajos-sagen og 10. december 2009 i Skibby Supermarked-sagen) skete på et tidspunkt, hvor forskelsbehandlingsloven, hvis § 2 forbyder handicap- og aldersdiskrimination, var gældende i Danmark. Beskæftigelsesdirektivet konkretiserer det bagvedliggende almindelige EU-retlige princip om forbud mod diskrimination. Dette forbud er kodificeret i artikel 21 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder, der ved Lissabon-traktatens ikrafttræden den 1. december 2009 fik traktatrang. De to sager adskiller sig fra hinanden ved at afskedigelsen i Ajos-sagen skete før Chartret fik traktatrang, mens afskedigelsen i Skibby Supermarked-sagen skete efter. Handicap-

²⁰ Se Ruth Nielsen: Forskelsbehandlingsloven med kommentarer, Kbh. 2017.

²¹ 2000/78/EF.

²² Lov nr. 1417 af 22.12.2004. Ikrafttræden den 28. december 2004.

²³ Se U.2017.824 (Ajos-sagen), U.2016.2463 H, U.2016.2530 H, U.2016.749 H,, U.2015.3301 H, U.2015.1303 H.,U.2015.16 H, U.2015.3827 H (Skibby Supermarked-sagen), U.2014.3667 H, U.2014.1119, U.2014.470 H, U.2013.2575 H, U.2013.3098 H, U.2013.3130, U2012.2033 H., U.2010.2125 H,

²⁴ U 2017.824 H, EU_Domstolens dom i Ajos-sagen Sag C-441/14, Ajos, EU:C:2016:278. Generaladvokatens udtalelse:EU:C:2015:776..

²⁵ Sml. Ulla Neergaard og Karsten Engsig Sørensen, der skriver, at Højesteret 'had, until 6 December 2016, followed a pragmatic and careful approach towards the CJEU and EU law. This has now changed dramatically, as on that date it surprisingly chose to disobey the CJEU, thus undermining a cornerstone of the EU acquis by failing to apply the principle of the supremacy of EU law. As the SCDDK [Højesteret] thereby fails to act consistently with the principle of mutual trust this was a startling outcome.' Ulla Neergaard and Karsten Engsig Sørensen: Activist Infighting among Courts and Breakdown of Mutual Trust? The Danish Supreme Court, the CJEU, and the Ajos Case, Yearbook of European Law, (2017) p. 1.

²⁶ U 2015.3827 H.

²⁷ Se om forholdet mellem Skibby Supermarked-sagen og Ajos-sagen Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Det afviste manuskript II i Ajos-debatten, på internettet på <http://openarchive.cbs.dk/>

²⁸ Artikel 2 i beskæftigelsesdirektivet bestemmer: '1. I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde.' De i artikel 1 nævnte grunde er religion eller tro, handicap, alder og seksuel orientering.

diskrimination er også forbudt i FN's handicapkonvention, som såvel Danmark som EU som folkeretssubjekter er bundet af.

I begge sager havde arbejdsgiverens adfærd støtte i funktionærloven. I begge sager havde EU-domstolen tidligere fastslået, at arbejdsgiveradfærd, som den, der blev udvist i Skibby Supermarked- og Ajos-sagerne, stred mod beskæftigelsesdirektivet, se om 120-dagesreglen i funktionærlovens § 5, stk. 2 Ring og Werge-sagerne²⁹ og om den tidligere § 2 a, stk. 3 i funktionærloven Ole Andersen-sagen.³⁰

Uanset de betydelige ligheder mellem de to sager, afgjorde Højesteret dem helt forskelligt med hensyn til retskilder, argumentation og resultat. I Skibby Supermarked-sagen blev arbejdsgiveren dømt til at betale godtgørelse for overtrædelse af forskelsbehandlingsloven, der blev fortolket EU-konformt. I Ajos-sagen anså Højesteret forskelsbehandlingsloven for uanvendelig og frifandt arbejdsgiveren efter den tidligere § 2 a, stk. 3 i funktionærloven, som Højesteret afviste at fortolke EU-konformt. Højesteret diskuterede i Ajos-sagen det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination, men antog, at det ikke gælder i Danmark over for private arbejdsgivere.

3.2. KØNSLIGESTILLING

I DANPO-sagen,³¹ der blev afgjort i 1983, dvs. for 35 år side, var problemet, om en hjemsendelsesbestemmelse i en fællesoverenskomst mellem SiD og KAD (Kvindeligt Arbejderforbund i Danmark) på den ene side og industrifagene på den anden side indebar forskellige hjemsendelsesregler afhængig af køn. Efter sammenlægningen af KAD og SiD pr. 1. januar 2005 i 3F er sådanne sager alene af historisk

interesse. I sagen, der var anlagt af KAD mod fjerkræsammenslutningen DANPO og Industrifagene som arbejdsgiverorganisation for DANPO var der indgået to forskellige overenskomster mellem arbejdsgiverorganisationen på den ene side og på den anden side hhv. KAD og SiD. I KAD-overenskomsten var der adgang til hjemsendelse uden løn i tilfælde af svigtende råvaretilførsler. I SiD-overenskomsten var der ikke adgang hertil. I 1977 blev der indgået en fællesoverenskomst, hvor det blev bestemt, at tilførselssituationen på det område, der tidligere var dækket af KAD-overenskomsten, til enhver tid kunne medføre hjemsendelse uden økonomiske forpligtelser for arbejdsgiveren. KAD påstod under sagen denne bestemmelse kendt ugyldig efter § 7, nu § 11 i ligebehandlingsloven.³² Højesterets flertal anså ikke bestemmelsen for stridende mod ligebehandlingsloven.

Højesteret anvendte herved en dualistisk forståelse af forholdet mellem danske og EU-retlige retskilder og tillagde danske kollektive overenskomster større vægt end det EU-retlige forbud mod kønsdiskrimination. I senere praksis har Højesteret og de øvrige domstole rettet ind efter EU-reglerne og følger nu den monistiske tilgang til forholdet mellem danske retskilder og EU-retlige retskilder vedrørende kønsligestilling.³³

3.3. PARADIGMESKIFT?

Karen Dyekjær konkluderer i et par artikler i Europarättsligt Tidsskrift,³⁴ at Højesteret inden for en kort periode har afsagt flere vigtige domme, der forholder sig til klassiske EU-retlige principper som pligten til EU-konform fortolkning, direktivers direkte virkning, og betydningen af almindelige, nu charterfikserede EU-retlige lighedsprincipper. Sammen

²⁹ Forenede sager C-335/11, Ring, og C-337/11, Werge, EU:C:2013:222.

³⁰ Sag C-499/08, Ole Andersen, EU:C:2010:600.

³¹ U 1983.379 H.

³² Efter ligebehandlingslovens § 11 er aftaler i strid med loven, der hviler på et underliggende EU-direktiv, ugyldige.

³³ Se for detaljer Agnete L. Andersen med flere: Ligestillingslovene med kommentarer, bind II, Kbh. 2016. Også tilgængelig på Arbejdsretsportalen+.

³⁴ Se Karen Dyekjær: Om EU rettens integrering i den danske retsorden, Del I. og Del II, Et paradigmeskift?, | ERT (Europarättsligt Tidsskrift 2015 nr. 3 og 4.

med andre tendenser peger Højesterets behandling af disse emner mod et paradigmeskift, hvad angår forståelsen af nationale domstoles aktive rolle og centrale placering i opretholdelse af EU's retsorden. Jeg er enig i denne konklusion i relation til udviklingen i domspraksis.

4. ORGANISATIONERNES PRAKTISERING AF DEN DANSKE MODEL FOR ARBEJDSMARKEDSREGULERING: FOKUS PÅ KOLLEKTIVE OVERENSKOMSTER ELLER PÅ EFFEKTIV HÅNDHÆVELSE AF MEDLEMMERNES LOVBASEREDE OG EU-RETLIGT BASEREDE RETTIGHEDER

4.1. DEN TRADITIONELLE DANSKE AFTALE-MODEL

Den traditionelle aftalebaserede model hviler på en overvejende dualistisk tilgang til forholdet mellem danske retskilder og EU-retlige kilder. Den klassiske danske model for arbejdsmarkedsregulering var og er på ikke EU-regulerede områder stadig i det væsentligste baseret på aftaleregulering vedtaget enten som individuelle ansættelsesaftaler af ansættelsesforholdets individuelle kontraktparter (arbejdstageren og arbejdsgiveren) eller som kollektive overenskomster af arbejdsmarkedets organisationer, ofte kaldet arbejdsmarkedets parter (LO og DA med flere).

Den danske aftalebaserede model gav organisationerne en meget stærk position. De går i dag (2018) typisk ind for i videst muligt omfang at fastholde denne model.³⁵ Dansk arbejdsret, navnlig den kollektive arbejdsret og den danske model,³⁶ har i mange år i betydelig grad fungeret som en lidt speciel, semi-autonom juridisk disciplin med særegne træk forankret i en særlig dansk tradition med egne retskilder, navnlig kollektive overenskomster, og et særligt tvistløsningssystem (det fagretlige system: domstolen Arbejdsretten og de faglige

voldgiftsretter), hvor arbejdsmarkedets parter sammen med en mindre kreds af arbejdsretligt kyndige dommere har spillet den afgørende rolle. Dansk kollektiv arbejdsret er mere præget af lægfolk og praktikere og mindre af juridisk forskning end mange andre retsområder. For godt 100 år siden skrev Carl Ussing herom,³⁷ at

Retsudviklingen på den kollektive Kontrakts Område her i Landet på iøjnefaldende Måde har været taget ud af Hænderne på den juridiske Videnskab og lagt i Hænderne på Lægfolk, der stod midt i Kampene på Arbejdsmarkedet.

Denne karakteristik er væsentlig mindre dækkende i dag (2018) end for hundrede år siden, men dansk kollektiv arbejdsret, herunder det fagretlige system, er stadig meget præget af organisationsfolk, mens disse spiller en langt mindre rolle i de EU-arbejdsretlige og folkeretlige dele af det arbejdsretlige system. Globaliseringen og europæiseringen har i betydelig grad taget det arbejdsretlige system ud af hænderne på arbejdsmarkedets organisationer og lagt det i hænderne på dommere ved de europæiske domstole (EU-Domstolen og Den europæiske Menneskerettighedsdomstol) og de almindelige nationale domstole samt forskere.

4.2. EFFEKTIV HÅNDHÆVELSE AF MEDLEMMERNES LOVBASEREDE OG EU-BASEREDE RETTIGHEDER

Dyrekjær antager i de foran nævnte artikler, at det særlige ved EU-retten sammenlignet med folkeretten udover principperne om EU-konform fortolkning, forrang og direkte virkning er en meget høj prioritering af *effektivitetsprincippet*.

Nogle lønmodtagerorganisationer, det gælder navnlig HK, har prioriteret tvangshåndhævelse af de rettigheder, deres medlemmer har i kraft af lovgivning, der implementerer EU-direktiver, fx ligeløns-

³⁵ Se fx Udfordringerne for den danske model. Oplæg til LO's kongres 2011 på LO's hjemmeside.

³⁶ Se om denne Due, Jesper, Jørgen Steen Madsen og Carsten Strøby Jensen: Den danske model. Kbh. 1993 og Jesper Due og Jørgen Steen Madsen. 2013. "20 år med den danske model", Tidsskrift for Arbejdsliv, nr. 1, 2013 s. 94.

³⁷ U 1914 B 121.

loven, ligestillingsloven og forskelsbehandlingsloven. De benytter herved en monistisk tilgang til forholdet mellem danske retskilder og EU-retlige retskilder og benytter EU-retten mod danske retskilder som løftestang for medlemmernes retsbeskyttelse.

Et særligt klart og vigtigt eksempel på denne strategi er Danfoss-sagen, der dels blev afgjort ved dansk faglig voldgift,³⁸ dels ved en dom fra EU-Domstolen.³⁹ Sagen handlede om bevisbyrden i ligelønssager, når arbejdsgiveren anvender et uigennemskueligt lønsystem, i sagen det danske minimallønssystem, hvor den kollektive overenskomst fastsætter en mindsteløn, der suppleres med personlige tillæg til de enkelte ansatte. De berørte kvinder og mænd udførte samme arbejde eller arbejde af samme værdi, men mændene opnåede i gennemsnit højere løn end kvinderne.

Voldgiftsretten stillede præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen, der svarede:

- 1) såfremt en virksomhed anvender et helt uigennemskueligt lønfastsættelsessystem, har arbejdsgiveren bevisbyrden for, at den førte lønpolitik ikke er udtryk for en forskelsbehandling, når en kvindelig lønmodtager på grundlag af et forholdsvis omfattende personmateriale godtgør, at gennemsnitslønnen for kvindelige lønmodtagere er lavere end for mandlige,
- 2) såfremt det viser sig, at anvendelsen af kriterier for personlige tillæg som f.eks. fleksibilitet, faglig uddannelse og anciennitet systematisk stiller kvindelige lønmodtagere ringere og

- kan en arbejdsgiver begrunde en anvendelse af kriteriet fleksibilitet, hvis det forstås som evnen til at tilpasse sig skiftende arbejdstider og -steder, ved at bevise, at en sådan tilpasningsevne er af betydning for udførelsen af de konkrete arbejdsopgaver, den pågældende lønmodtager har, men ikke, hvis kriteriet forstås som omfattende kvaliteten af det udførte arbejde;
- kan en arbejdsgiver begrunde en anvendelse af kriteriet faglig uddannelse ved at bevise, at en sådan uddannelse er af betydning for udførelsen af de konkrete arbejdsopgaver, den pågældende lønmodtager har;
- behøver en arbejdsgiver ikke særligt at begrunde en anvendelse af kriteriet anciennitet.

EU-Domstolens dom i Danfoss-sagen blev kodificeret i bevisbyrdedirektivet,⁴⁰ der fastslår, at der er delt bevisbyrde i ligelønssager

5. UDVIKLINGEN I FORSKNINGEN

Samspil og modspil mellem den klassiske danske aftalemodel og den integrerede europæiske model, der er under udvikling, har været diskuteret af mange forfattere i dansk arbejdsretlig litteratur gennem de sidste 25-30 år, se fra begyndelsen af perioden Ruth Nielsen: EF-arbejdsret, 1. udgave, Kbh. 1989,⁴¹ Ruth Nielsen: Arbejdsgiverens ledelsesret i EF-retlig belysning - Studier i EF-rettens integration i dansk arbejdsret, Kbh. 1992 og fra de seneste år Jens Kristiansen: Aftalemodellen og dens europæiske udfordringer. Om rollefordelingen mellem

³⁸ HK mod DA for Danfoss A/S, Sønderjylland, opmandskendelse af 22. oktober 1991 afsagt af forhenværende højesteretspræsident Peter M. Christensen og højesteretsdommerne Mogens Hornslet og Marie Louise Andreassen.

³⁹ Sag 109/88, Danfoss, EU:C:1989:383 dom af 17.10.1989.

⁴⁰ 97/80/EF, nu ophævet og indarbejdet i 2006/54/EF om lige muligheder for og ligestilling af kvinder og mænd i beskæftigelse og erhverv.

⁴¹ Ruth Nielsen: EU-arbejdsret, 5. reviderede udgave udkommer i sommeren 2018.

overenskomstparterne, Folketinget og domstolene, Kbh. 2013.⁴²

gange nævnt, bygger på en dualistisk tilgang.⁴⁵ Andre hælder mere til en monistisk tilgang.⁴⁶

Forskellige forfattere har forskellig holdning til monisme og dualisme, hvilket kommer tydeligt frem i vurderingen af Højesterets dom i Ajos-sagen. Ajosdommen, der anlagde en dualistisk tilgang, og Skibby Supermarked-dommen, der anlagde en monistisk tilgang, er blevet genstand for meget forskellig opmærksomhed i det juridiske fagmiljø. Ajos-sagen har vakt opsigt. Den har været genstand for flere debatarrangementer og en del faglige artikler.⁴³ Skibby Supermarked-sagen har fået⁴⁴ meget mindre opmærksomhed. Jens Kristiansen accepterer uden forbehold Ajosdommen, der, som flere

⁴² Se også Jytte Kaltoft Bendixen: Europæisering af arbejdstiden. Et case studie af samspejlet mellem arbejdstidsdirektivet og arbejdsmarkedssystemerne i fem EU-medlemslande, Kbh. 2007, Jacob Falsner: The Europeanized Temporary Agency Worker, phd-afhandling, Juridisk Fakultet, KU 2015 og Christian Højer Schiøler: Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten, Kbh. 2017.

⁴³ Se om Højesterets dom i Ajos-sagen Jonas Christoffersen: Kort Nyt - Ajos-sagen, EU Ret og Menneskeret nr. 2, 2016, Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Det afviste manuskript i Ajos-debatten, på internettet på <http://openarchive.cbs.dk/handle/10398/9471>, Ruth Nielsen and Christina D. Tvarnø: Danish Supreme Court infringes the EU Treaties by its ruling in the Ajos case, ERT (Europarättsligt Tidskrift) 2017 No 2, Ole Spiermann: En højesteretsdom om EU-tiltrædelsesloven, U2017 B 297, Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: PRÆJUDIKAT ELLER IKKE PRÆJUDIKAT - Chartrets retsvirkning i dansk ret efter EU-domstolens og Højesterets afgørelser i Ajos-sagen, TfR 2017 nr. 2-3, Mikael Rask Madsen, Henrik Palmer Olsen and Urska Sadl: Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court's Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation, European Law Journal No 1 2017, Jens Kristiansen: Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret - Om Højesterets dom i Ajos-sagen, U 2017 B 75, Michael Møller Nielsen og Julie Flindt Rasmussen: Efter Ajos - har vi alle grundlæggende rettigheder?, HR Magasinet 2017, <http://www.hrjura.in/>, Ulla Neergaard and Karsten Engsig Sørensen: Activist Infighting among Courts and Breakdown of Mutual Trust? The Danish Supreme Court, the CJEU, and the Ajos Case, Yearbook of European Law, (2017) p. 1, Jens Kristiansen: EU-chartret og grundlovens § 20 U.2017 B 413 og Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Det afviste manuskript II i Ajos-debatten på internettet på <http://openarchive.cbs.dk/>.

⁴⁴ Højesterets forskellige tilgange i Skibby Supermarked-sagen og Ajos-sagen omtales i Jens Kristiansen; Når dansk ret (måske) er uforenelig med EU-retten - Er der en fast linje i højesteretspraksis?, Juristen 2015 s. 225, Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Ajos-sagens betydning for rækkevidden af EU-konform fortolkning i forhold til det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination, U 2016 B 269, Ruth Nielsen: Forskelsbehandlingsloven med kommentarer, Kbh. 2017 (i kommentaren til § 2). Se også Ruth Nielsen: Hundred Years of Labour Law i Vishy Priya Kohle og Peter Arnt Nielsen (red.): Erhvervsretlige emner 1917-2017, Kbh. 2017 og Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Det afviste manuskript II i Ajos-debatten på internettet på <http://openarchive.cbs.dk/>.

⁴⁵ Se Jens Kristiansen: Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret - Om Højesterets dom i Ajos-sagen, U 2017 B 75 og Jens Kristiansen: EU-chartret og grundlovens § 20 U.2017 B 413.

⁴⁶ Se navnlig Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Det afviste manuskript i Ajos-debatten, på internettet på <http://openarchive.cbs.dk/handle/10398/9471>, Ruth Nielsen and Christina D. Tvarnø: Danish Supreme Court infringes the EU Treaties by its ruling in the Ajos case, ERT (Europarättsligt Tidskrift) 2017 No 2, Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: PRÆJUDIKAT ELLER IKKE PRÆJUDIKAT - Chartrets retsvirkning i dansk ret efter EU-domstolens og Højesterets afgørelser i Ajos-sagen, TfR 2017 nr. 2-3, og Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Det afviste manuskript II i Ajos-debatten på internettet på <http://openarchive.cbs.dk/>.



Arbejdsretsportalen

Find nemt svar på juridiske spørgsmål om HR

Med Arbejdsretsportalen er du sikker på altid at være fuldt opdateret på reglerne indenfor arbejds- og ansættelsesret.

Arbejdsretsportalen giver dig adgang til:

- ▣ Arbejds- og ansættelsesretlig lovgivning
- ▣ Centrale domme og afgørelser
- ▣ Grundlæggende og speciallitteratur

Altid opdateret

Love, bekendtgørelser, cirkulærer og vejledninger i portalen er altid opdateret med seneste ændringer, og du kan søge på tværs af indholdet.

Læs mere og bestil 14 dages gratis prøveadgang på schultz.dk/arbret.



DET EU-RETLIGE LØNMODTAGERBEGREB



OLE HASSELBALCH
PROFESSOR, JUR.DR.

Afgrænsningen af lønmodtagerbegrebet i forhold til andre kontrakter om arbejde er central i dansk ret, men også relevant i forhold til de EU-retlige regelsæt.

Spørgsmålet er i så henseende først og fremmest, i hvilke tilfælde begrebet har et *selvstændigt* EU-retligt indhold, som går forud for nationale grænse-
dragninger, og dernæst - i sådanne tilfælde - *hvorledes* EU-retten drager grænsen.

Reglerne herom er komplicerede og kan inden for begrænsede pladmæssige rammer kun fremstilles oversigtligt. Men det kan dog konstateres, at EU-retten faktisk forholder sig til, hvem der skal anses som lønmodtagere i relation til de forskellige EU-retlige regelsæt, at EU-retten ikke opstiller nogen generelt dækkende definition på, hvilke arbejdstagere de EU-retlige regelsæt omfatter, samt at EU-retten meget langt ikke tillader, at medlemsstaterne *selv* afgrænser den gruppe, der skal omfattes af nationale implementeringsordninger.

EU-RETEN FORHOLDER SIG TIL, HVEM DER ER LØNMODTAGER

EU-traktaterne og de herpå byggede forordninger, direktiver mv. taler flere steder om f.eks. "*arbejdskraften*" (artiklerne 45 og 48 TEUF), "*arbejdstagere*" (Charter om Grundlæggende Rettigheder 2007 artiklerne 27-28 og 30-31), "*arbejds-*

aftaler" (kontraktkonventionsforordningen 593/2008, men i kraft af retsforbeholdet hos os Romkonventionen 80/934/EØF) osv. Reglerne er sjældent særlig eksplicite mht. hvad der tænkes på, men begrænser ikke desto mindre de nationale lovgiveres råderum i flere retninger:

Således begrænses medlemsstaternes adgang til at kvalificere arbejdskontrakter som uafhængige, såfremt arbejdskraftens frie bevægelighed kompromitteres derved. Videre begrænses den ved, at de mål for social sikring og ligebehandling, der er en del af unionsgrundlaget, ikke må underskrides. Omvendt må anvendelsesområdet for nationale sociale sikrings-, tilskuds- m.fl. ordninger for lønmodtagere ikke udvides, sådan at den frie konkurrence og etableringsret samt tjenesteydelserne frie bevægelighed undergraves på en måde, som muliggør offentlige subventioner eller indgreb i løndannelsen til skade for den lige konkurrence. Endelig afskæres medlemsstaternes muligheder for at indrette nationale ordninger for tilvejebringelse af kollektive arbejdsoverenskomster for lønmodtagere på en vis, som indebærer et ud fra hensynet til den i EU-retten hjemlede ordning mht. den frie konkurrence ulovligt indgreb i den frie løndannelse.

De første tre af disse fire aspekter vil blive taget op i det følgende i oversigtlig form.

ER EU-RETTENS LØNMODTAGERBEGREB OVERORDNET I FORHOLD TIL NATIONAL RET?

TEUF artikel 45 sikrer arbejdskraftens fri bevægelighed (stk. 1), og forbyder forskelsbehandling begrundet i nationalitet for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og andre arbejdsvilkår (stk. 2). Hertil knytter sig forordning 492/11/EU om arbejdskraftens frie bevægelighed, som er udstedt med hjemmel i TEUF artikel 46 med henblik på nærmere udmøntning af princippet i artikel 45. Det fremgår af EF/EU-Domstolens praksis om arbejdstagerbegrebet iht. disse regler, at der er tale om et overordnet, EU-retligt begreb, som skal respekteres af medlemsstaterne. Se herved sag C-113/89, dom af 27/3 1990, og sag C-43/93, dom af 9/8 1994. Dog skal en arbejdstager, der udstationeres til en anden medlemsstat som led i arbejdsgiverens udveksling af tjenesteydelser, som udgangspunkt ikke betragtes som arbejdstager set i forhold til opholdslandets myndigheder, hvorfor EU-rettens regler om den fri bevægelighed af arbejdskraften ikke finder anvendelse i forhold til opholdslandets myndigheder, men derimod traktatens artikel 56 ff.

Reglerne om den fri bevægelighed suppleres med bestemmelserne om vandrende arbejdstagers sociale sikring, jf. artikel 48 TEUF og forordning 883/2004/EF. Allerede i sag 75/63, dom af 19/3 1964 fastslås, at også begrebet "*arbejdstager og dermed ligestillet person*" i den tidligere forordning 3, ligesom udtrykket "*arbejdskraft*" i dagældende traktats artikler 48-51 havde fællesskabsretlig betydning. Begrebet omfatter således alle, der i denne egenskab og uanset under hvilken benævnelse er omfattet af de forskellige nationale sikringsordninger. I mangel af andet EU-retligt grundlag, der henskyder afgrænsningen til national ret, binder dette medlemsstaterne.

Reglerne om den frie etableringsret, TEUF artikel 49 med servicedirektivet (2006/123/EF), og om tjenesteydelserne frie bevægelighed, TEUF artikel 56, indebærer *omvendt*, at ikke *alle* arbejdstagerforhold må kvalificeres som lønmodtagerforhold på nationalt plan. Det skyldes, at en udvidet national anvendelse af lønmodtagerbegrebet vil kunne kompromittere disse friheder. Afgrænsningen hhv. i artikel 45 og i artiklerne 49 og 56 er dog ikke sammenfaldende. Og hvis man på nationalt plan udstrækker den sociale beskyttelse til personer uden for artikel 45's område, kan dette meget vel kollideres med artiklerne 49 og 56. Ligeledes vil der kunne opstå et problem i relation til EU-konkurrencereguleringerne, jf. artikel 101 TEUF.

Endvidere gælder, at i den udstrækning, i hvilken en regel om "*arbejdstagere*" er (gjort til) en del af selve det fællesskabsretlige grundlag, er begrebet fællesskabsretligt. Se eksempelvis sag C-256/01, dom af 13/1 2004: Udtrykket "*arbejdstager*" i traktatens artikel 141, stk. 1, om ligeløn er et fællesskabsretligt begreb, der ikke kan fortolkes restriktivt, eftersom princippet om lige løn til mænd og kvinder er en del af Fællesskabets grundlag.

Direktiver indgår ikke i sig selv som del af selve traktatgrundlaget, uanset at de på visse punkter overlapper det. Spørgsmålet er derfor, i relation til hvilke direktiver og evt. i hvilket omfang medlemsstaterne har retten til at definere, hvem der er omfattet af de nationale implementeringsordninger.

I visse af direktiverne har grænsedragningen ikke større betydning, idet også selvstændige arbejdstagere udtrykkeligt inddrages. I relation til andre direktiver opstår problemet imidlertid.

Undertiden er det udtrykkeligt bestemt i direktivet, at det afgøres efter national ret, om der foreligger et ansættelsesforhold i direktivets forstand. Se f.eks. direktivet om udstationering af arbejdstagere (96/71/EF), artikel 2, 2.

Men et direktiv kan, som f.eks. f.eks. direktiv 89/391/EØF (rammedirektivet om arbejdsmiljø), artikel 3 a, også evt. *selv* konkretisere, hvilke arbejdskontrakter, det omfatter.

Undertiden henviser direktivet udtrykkeligt til national ret, men der tages dog forbehold med henblik på nationalstaternes muligheder for at definere

visse arbejdsforhold ud af reglernes anvendelsesområde. Se f.eks. insolvensdirektivet (80/987/EØF), artikel 1 og virksomhedsoverdragelsesdirektiv (2001/23/EF) artikel 2. Det ligger i et sådant forbehold, at de af direktiverne omfattede ansættelsesformer ikke på nationalt plan kan defineres som ikke værende lønmodtagerforhold i direktivets forstand.

Vikarbureaudirektivet 2008/104/EF rummer et særligt problem. Det hedder her i artikel 3, 1, a, at en arbejdstager er *"enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i medfør af de nationale arbejdsretlige bestemmelser"*. Og efter artikel 3, 1, b er en arbejdstager *"en arbejdstager, som har indgået en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold med et vikarbureau med det formål at blive udsendt til en brugervirksomhed for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver under dennes tilsyn og ledelse"*. Efter artikel 3, stk. 2, berører direktivet imidlertid ikke national ret for så vidt angår definitionen af *"aflønning, arbejdsaftale, ansættelsesforhold og arbejdstager."*

Stk. 2 kunne efterlade det indtryk, at afgrænsningen af, hvem der er lønmodtager, er overladt til medlemsstaterne, så længe disse blot ikke definerer de af direktivet omhandlede arbejdstagere helt ud af det nationale lønmodtagerbegreb. Men Domstolen når i sag C-216/15, 17/11 2016 til et andet resultat. Af præmisserne 30-33 fremgår således, at artikel 3, stk. 2, *udelukkende* betyder, at EU-lovgiver har haft til hensigt at bevare medlemsstaternes beføjelse til at fastlægge, hvilke personer der hører ind under begrebet *"arbejdstager"* som omhandlet i *national* ret, og som skal være genstand for en beskyttelse inden for deres *interne* retsorden, hvilket aspekt direktiv 2008/104/EF, § 3, 2 *ikke* har til formål at harmonisere. Derimod kan bestemmelsen *ikke* fortolkes som et afkald fra EU-lovgivers side på selv at fastlægge rækkevidden af *direktivets* lønmodtagerbegreb - EU-lovgiver har jo præciseret rammerne herfor i direktivets artikel 3, stk. 1, litra a). Begrebet dækker således i relation til direktivet enhver person, der indgår i et arbejdsforhold som nævnt i dommens præmis 27. Ifølge denne præmis er det væsentligste kendetegn ved et arbejdsforhold, at en

person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger, ligesom der skal henses til, hvorvidt arbejdstageren i den pågældende medlemsstat er beskyttet i forbindelse med den arbejdsydelse, som vedkommende præsterer.

Med andre ord: Hvis et direktiv indeholder blot en form for definition af arbejdstagerbegrebet, ja, så er arbejdstagerbegrebet EU-retligt, *uanset* at der tillige i direktivet henvises til, at det ikke berører den nationale definition.

Selv uden grundlag i et udtrykkeligt forbehold i direktivteksten mht. medlemsstaternes muligheder kan dets *formål* tilsige en begrænsning af medlemsstaternes definitionsret.

Man kan formentlig herefter sammenfatte stillingen derhen, at *selv om* et direktiv i princippet retter sig på dem, der i *national* ret kvalificeres som lønmodtagere, vil formålsfortolkning af og modsætningslutninger fra direktivet begrænse medlemsstaternes muligheder for vilkårligt at udelade bestemte grupper af definitionen. Medlemsstaternes muligheder i så henseende afhænger således af direktivernes formål og forudsætninger: Direktivets effektive virkning og de almindelige EU-retlige grundsatninger skal respekteres, og medlemsstaterne kan ikke diskretionært udelukke visse kategorier af personer fra den beskyttelse, der er tilsigtet med direktivet. Det kan de kun gøre, såfremt forholdet efter sin art *"adskiller sig væsentligt"* fra det forhold, som forbinder ansatte, der i henhold til national ret henhører under kategorien arbejdstagere, med deres arbejdsgivere (præmis 51 i sag C-393/10, dom af 1/3 2012).

Derimod hindrer direktivernes formål normalt ikke, at der på nationalt plan *inddrages andre* arbejdstagere end de, der EU-retligt defineres som lønmodtagere, under implementeringsreglernes område. Se sag C-334/92, dom af 16/12 1993: Medlemmer af direktionen hører under direktiv 80/987/EØF om beskyttelse af arbejdstagerne ved arbejdsgiverens

insolvens, hvis de i national ret betegnes som arbejdstagere.

Såfremt et direktiv *ikke* bestemmer "arbejdstager" begrebet på et af disse grundlag, er i al fald teoretiske udgangspunktet antagelig, at det er nationalretligt, og dette kan også følge af en tolkning af reglerne. EFTA-domstolens dom af 22/3 2002 i sag E-3/01 noterer f.eks., at om der forelå et lønmodtagerforhold efter reglerne i virksomhedsoverdragelsesdirektivet - der på sagens tidspunkt intet indeholdt derom - måtte afgøres i henhold til national ret, jf. EF-Domstolens praksis. Denne fortolkning udledtes - jf. bl.a. sag C-343/98, dom af 14/9 2000 - af, at direktivet kun tilsigtede en delvis harmonisering af det pågældende område, idet det i det væsentlige bestemte, at den beskyttelse, som arbejdstagerne havde i henhold til de forskellige medlemsstaters egen lovgivning, også skulle gælde i tilfælde, hvor virksomheden overføres.

DET EU-RETLIGE LØNMODTAGERBEGREBS INDHOLD

EU-retten præjudicerer altså i det omtalte omfang medlemsstaternes muligheder for at lægge deres egne grænser for, hvem der skal anses omfattet af de for lønmodtagere gældende nationale regler. Vanskeligheden er imidlertid, at de EU-retlige regelsæt ikke definerer det EU-retlige lønmodtagerbegreb entydigt. I sag C-85/96, dom af 12/5 1998 udtales ligefrem udtrykkeligt, at arbejdstagerbegrebet afhænger af det retsområde, der er tale om. Eksempelvis er begrebet "arbejdstager" i relation til traktatens artikel 45 og forordning 492/11/EU ikke nødvendigvis sammenfaldende med begrebet "arbejdstager" i forbindelse med traktatens artikel 48 og forordning 883/2004/EF.

Med andre ord vil afgrænsningen meget langt afhænge af de enkelte regelsæts indretning og formål.

I mangel af holdepunkter for andet i den enkelte forskrift eller det enkelte regelsæt er udgangspunktet imidlertid ligesom i dansk ret - se om stillingen her Ole Hasselbalch, *Arbejdsretten*, Schultz' Arbe-

jds-retsportal afsnit III, 1 - visse, centrale elementer. Således er kernen i det EU-retlige lønmodtagerforhold, at der skal være tale om arbejde i et *underordningsforhold mod vederlæggelse*. Som det siges i sag C-46/12, dom af 21/2 2013: Det følger af fast retspraksis, at begrebet "arbejdstager" i artikel 45 TEUF's forstand må defineres på grundlag af objektive kriterier, som karakteriserer arbejdsforholdet under hensyntagen til de berørte persons rettigheder og pligter; og det væsentligste kendetegn ved arbejdsforholdet er, at en person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger.

Disse kriterier anvendes som udgangspunkt også ved afgørelsen af, hvem der *ikke* kan anses som lønmodtagere. Se f.eks. sag C-22/98 (dom af 16/9 1999): Eftersom de af sagen omhandlede havnearbejderne var en integrerende del af de pågældende virksomheder, så længe ansættelsesforholdet varede, og de således dannede en økonomisk enhed med disse virksomheder, udgjorde de ikke *selv* "virksomheder" i Fællesskabets konkurrenceregler forstand, men måtte betragtes som "arbejdstagere" som omhandlet i EF-traktatens artikel 48.

I supplement til de nævnte elementer henser Domstolen imidlertid til en række andre forhold. Disse supplerende kriterier er i det væsentlige følgende:

Domstolen vurderer forholdets *realitet*. Se f.eks. sag C-197/86, dom af 21/6 1988 (også om den frie bevægelighed) som forlanger, at der udøves *en faktisk og reel beskæftigelse*. Tilsvarende siges det i sag C-232/09, dom af 11/11 2010 i præmisserne 40-41, at *benævnelsen* i national ret af, om en person er arbejdstager eller ej, ikke er afgørende, og at den *formelle* betegnelse som selvstændig erhvervsdrivende i henhold til national ret ikke var til hinder for, at en person måtte kvalificeres som arbejdstager i den forstand, hvori udtrykket anvendtes i det EU-direktiv, sagen omhandlede, hvis vedkommendes uafhængighed kun var fiktiv og dermed skjulte, at der var tale om et arbejdsforhold i direktivets forstand.

Ansættelsesforholdets *kvalifikation blandt forskellige typer af ansættelser, der anvendes i national ret*, er derimod som udgangspunkt ikke afgørende. I sag C-519/09, dom af 7/4 2011 udtales f.eks. med henblik på reglerne om den frie bevægelighed, at det er uden interesse, om arbejdstageren er ansat som arbejder, funktionær eller tjenestemand, og ligeledes om ansættelsesforholdet henhører under den offentlige ret eller privatretten.

Særlige problemer mht. afgrænsningen knytter sig til spørgsmålet om, hvilken rolle, *beskæftigelsesperiodens varighed og beliggenhed* spiller. Overordnet kan herom siges, at der – som udgangspunkt – ikke knyttes særlige tidsmæssige krav til arbejdstagerforholdets varighed, for at det vil blive anset for lønmodtagerforhold i EU-retlig forstand. Se sagerne C-22/08 og C-23/08, dom af 4/6 2009: At en lønnet beskæftigelse er kortvarig, kan ikke i sig selv udelukke beskæftigelsen fra artikel 45's anvendelsesområde.

Hvad angår kravene til *beskæftigelsens omfang*, gælder, at også deltidsbeskæftigede og modtagere af forskellige former for supplerende understøttelse som udgangspunkt falder under reglerne om den frie bevægelighed. Men beskæftigelsen må dog ikke være et *"rent marginalt supplement"*. Se f.eks. sag 53/81, dom af 23/3 1982, om deltidsbeskæftigedes status i relation til den dagældende artikel 48.

Ud fra afgørelsen i sagen C-14/09, dom af 4/2 2010, er spørgsmålet imidlertid, hvad der forstås herved. Det drejede sig her om et tilfælde, hvor der ikke arbejdedes mere end 5,5 timer ugentligt arbejde til en gennemsnitlig månedsløn på ca. 175 Euro. Herom siger Domstolen i relation til artikel 45, at *"selv om den omstændighed, at den pågældende som led i arbejdsforholdet kun har arbejdet ganske*

få timer, kan være et holdepunkt for, at den udøvede beskæftigelse kun er et rent marginalt supplement (...) forholder det sig ikke desto mindre således, at uafhængigt af den begrænsede størrelse af et vederlag udbetalt i forbindelse med en beskæftigelse, og uafhængigt af den begrænsede arbejdstid i forbindelse med beskæftigelsen, kan det ikke udelukkes, at denne beskæftigelse efter en samlet bedømmelse af det omhandlede arbejdsforhold af de nationale myndigheder anses for at være af reel og faktisk karakter, hvilket indebærer, at vedkommende skal anses for arbejdstager ...".

Der skal således foretages en samlet bedømmelse af arbejdsforholdet for at vurdere, om beskæftigelsen har *"reel og faktisk karakter"*, hvorved der skal tages hensyn ikke blot *til* arbejdstidens omfang og vederlagets størrelse, men også *til* retten til betalt ferie og løn under sygdom, *til* om ansættelsesaftalen er omfattet af den til enhver tid gældende kollektive overenskomst, og *til* hvor længe arbejdsforholdet har varet. Der må følgelig ved afgørelsen af, hvorvidt der er tale om et *"marginalt supplement"*, e.o. også henses til, hvorledes forholdet betragtes i pågældende nationale ret.

Men mere overordnet bør i øvrigt i denne forbindelse erindres, at det arbejdstagerbegreb, som i relation til deltidsproblematikken er udviklet af EU-Domstolen i vedrørende artikel 45 om arbejdskraftens fri bevægelighed, næppe uden videre kan overføres til artikel 48 om social tryghed for vandrende arbejdstagere. Der praktiseres da også i forskellige EU-lande ordninger, som stiller større krav til beskæftigelsens omfang, end det umiddelbart læses i Domstolens retspraksis, uden at dette hidtil har givet kommissionen anledning til indgriben.¹

¹ Jf. European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Comparative Report 2015, The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment s. 63 ff. Det konkluderes s. 75 bl.a.: *"As things currently stand, although the CJEU has in the past declared that the term 'worker' has a Union meaning and should not be modified by Member States, there is currently sufficient room to manoeuvre for Member States to effectively create their own definitions, by pushing the definition of 'marginal and ancillary' wider than it would have appeared, under Levin, to stretch"*.

Beskæftigelsens manglende fasthed vil til gengæld næppe afskære lønmodtagerstatus. Sag C-313/02, dom af 12/10 2004 omhandler f.eks. et tilfælde, hvor der skulle der "arbejdes efter behov" og "omfanget og tilrettelæggelsen af arbejdstiden (skulle) fastsættes i hvert enkelt tilfælde i henhold til en fælles aftale mellem parterne". Dette hindrede ikke, at den pågældende var lønmodtager i henhold til deltidsdirektivet.

Det anses imidlertid for afgørende, hvordan det vederlag, der er et kerneelement i definitionen på et lønmodtagerforhold, tilgår arbejdstageren. Se sag C-268/99, dom af 20/11 1999 forudsætningsvis: Prostitution henhører under selvstændig erhvervsvirksomhed som omhandlet i disse bestemmelser, når det er godtgjort, at den udøves af tjenesteyderen bl.a. under den betingelse, at vederlaget udbetales i sin helhed. Vederlaget behøver på den anden side ikke være penge, se sag C-456/02, dom af 7/9 2004 om arbejde i et herberg mod naturalieydelse og lomme penge, når blot de ydelser, det drejer sig om, normalt kan anses for henhørende under arbejdsmarkedet. Ej heller er vederlagets beregningsgrundlag afgørende. Se sag 3/87, dom af 14/12 1989 hvor den omstændighed, at en person modtager vederlag i form af en "part", og at vederlaget eventuelt beregnes på kollektiv basis, ikke i sig selv bevirker, at den pågældende mister sin status som arbejdstager. Vederlagets størrelse i forhold til den normale løn eller den løn, markedsforholdene betinger, eller dets rimelighed i forhold til indsatsen er heller ikke nødvendigvis i sig selv afgørende. I sag 53/81, dom af 23/3 1982, udtaltes således om den daværende artikel 48, at reglerne om den fri bevægelighed omfattede en statsborger fra en medlemsstat, som på en anden medlemsstats område udøvede en lønnet beskæftigelse, der gav en indtægt under, hvad der i opholdsstaten ansås som tilstrækkeligt til det fornødne underhold. Det samme gælder personer, som supplerer indtægterne ved lønnet beskæftigelse med andre indtægter og derved når op på det nævnte mindstebeløb, eller som stiller sig tilfredse med midler til underhold, der ligger under dette mindstebeløb.

Der lægges endvidere vægt på, om arbejdstageren har *risikoen for arbejdet* eller ej. Se sag C-268/99, dom af 20/11 1999 forudsætningsvis om retten til at udøve selvstændig virksomhed: Artikel 44 i associeringsaftalen med Republikken Polen og artikel 45 i associeringsaftalen med Den Tjekkiske Republik - svarende til artikel 39 om den frie etableringsret - måtte forstås således, at prostitution henhørte under selvstændig erhvervsvirksomhed som omhandlet i disse bestemmelser, når det var godtgjort, at den udøves af tjenesteyderen bl.a. under den betingelse, at arbejdet udføres på eget ansvar.

Hvad angår kursister, praktikanter og uddannelsesforhold fastslog Domstolen i sag 66/85, dom af 3/7 1986, at en lærerkandidat, der under vejledning og opsyn af de offentlige skolemyndigheder gennemgik et kursus i praktisk pædagogik, hvorunder han underviste og fik vederlag herfor, var arbejdstager efter reglerne om den frie bevægelighed: Pågældende var således, så længe kurset varede, undergivet vejledning og opsyn af den skole, hvor han var ansat, og det var denne skole, som fastlagde hans arbejdsydelser og arbejdstid, hvis anvisninger han skulle rette sig efter, og hvis regler han skulle overholde. Under en væsentlig del af kurset skulle han give eleverne undervisning, og han præsterede således ydelser af en vis økonomisk værdi til fordel for skolen. De beløb, han modtog, kunne således betragtes som vederlag for de tjenesteydelser, der præsteredes, og for de forpligtelser, som gennemgangen af kurset indebar.

SMITTER DET EU-RETLIGE LØNMODTAGERBEGREB AF PÅ DANSKE DIREKTØRER?



METTE KLINGSTEN
ADVOKAT (H)

I en anden artikel i dette nummer af HR JURA Magasinet har professor, dr. Jur. Ole Hasselbalch set på afgrænsningen af lønmodtagerbegrebet i forhold til de EU-retlige regelsæt, herunder om begrebet har et selvstændigt EU-retligt indhold, som skal anvendes ved fortolkningen af dansk lov. Denne artikel ser på afgrænsningen mellem lønmodtagere og direktører og giver et par relevante eksempler på, at den EU-retlige grænsedragning kan blive afgørende ved fortolkningen af dansk lovgivning set fra en praktikers synsvinkel. Jeg har valgt fire konkrete emner: Ligeløn, ligebehandling, forskelsbehandling og hviletid (ferie).

EU-RETTENS SONDRING MELLEM LØNMODTAGER OG DIREKTØR

I Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), artikel 45 og 48 om arbejdskraftens frie bevægelighed, nævnes "*arbejdskraften*" og "*arbejdstagere*". Der er i disse bestemmelser ikke nogen sondring mellem direktører og lønmodtagere¹, således som vi normalt har i henhold til dansk ret.

Det er fastslået i EU-Domstolens retspraksis, at arbejdstagerbegrebet i TEUF artikel 45 er et EU-retligt begreb, som ikke må fortolkes indskrænkende.

¹ I en dansk terminologi anvendes begreberne »arbejdstager«, »lønmodtager«, »medarbejder« og »ansat« oftest som synonymmer. Som et eksempel på anvendelse af begreberne kan henvises til direktiv 2001/23/EF om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter virksomhedsoverdragelsesdirektivet), der omfatter »arbejdstagere«, mens den danske virksomhedsoverdragelseslov (lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse) anvender begrebet »lønmodtagere«.

Som det ses anvender direktivet i den danske oversættelse begrebet »arbejdstagere« om den af direktivet beskyttede personkreds. Den danske lov anvender i stedet udtrykket »lønmodtagere«. Der er imidlertid ikke med terminologien i virksomhedsoverdragelsesloven tilsigtet nogen ændring eller præcisering af den i loven beskyttede personkreds i forhold til direktivet. Begrebet »lønmodtagere« er nok mere almindeligt indarbejdet i dansk arbejdsretlig terminologi sammenlignet med »arbejdstagere«.

Dette indebærer, at enhver unionsborger, som udøver reel og faktisk beskæftigelse, bortset fra beskæftigelse af så ringe omfang, at den fremtræder som et rent marginalt supplement, anses for "arbejdstager". I Agegate-sagen² har Domstolen udtalt sig om arbejdstagerbegrebet i relation til EØF-traktatens artikel 48 (nu EUF-traktatens artikel 45) i en sag om spanske fiskere. Det fremgår af præmisserne til dommen, at det fællesskabsretlige begreb »arbejdstager« skal defineres på grundlag af objektive kriterier, som karakteriserer rettigheder og pligter i arbejdsforholdet. Det væsentligste kendetegn ved arbejdsforholdet er, at en person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger.

Spørgsmålet om, hvorvidt et givet forhold falder uden for rammerne af et sådant arbejdsforhold, må i hvert enkelt tilfælde besvares under hensyn til alle de faktorer og omstændigheder, som er karakteristiske for forholdet mellem parterne, f.eks. at den pågældende bærer en del af den kommercielle risiko, frit vælger sin arbejdstid og selv ansætter sine medhjælpere. I hvert fald kan den omstændighed, at en person modtager vederlag i form af en »part«, og at vederlaget eventuelt beregnes på kollektiv basis, ikke i sig selv bevirke, at den pågældende mister sin status som arbejdstager. Domstolen lægger således blandt andet vægt på om den pågældende har en økonomisk risiko og en mulighed for gevinst og tab ved vurderingen af, om der er tale om et forhold, der falder udenfor arbejdstagerbegrebet.

I sagen nævnte Domstolen også kriteriet om, at der er tale om beskæftigelse over en vis periode. Der kan lægges vægt på om der er tale om en

beskæftigelse over en vis periode, men selv kortvarige ansættelsesforhold vil normalt efter dansk praksis være omfattet af det almindelige lønmodtagerbegreb. I forhold til ferieloven er der eksempelvis ikke nogen undergrænse for timeantallet, såfremt de almindelige kriterier i øvrigt er opfyldt. Ved vurderingen af, om der er tale om reel og faktisk beskæftigelse, lægges der vægt på, at personen i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger. Det er i den forbindelse ikke afgørende om den pågældende er direktør eller har status som lønmodtager, således som dette begreb er defineret i dansk ret.

Forordning (EU) nr. 492/11 om arbejdskraftens frie bevægelighed omtaler "arbejdstagere", og i præambelen, at arbejdskraftens frie bevægelighed "*bør anerkendes uden forskel for »permanente« arbejdstagere, sæsonarbejdere, grænsearbejdere og arbejdstagere, der udfører arbejde som led i en tjenesteydelse*". Forordningen indeholder ikke en afgrænsning mellem lønmodtagere og direktører.

Charteret om Grundlæggende Rettigheder (2007/C 303/01) indeholder heller ikke en afgrænsning mellem lønmodtagere og direktører. I artikel 27-28 og 30-31 nævnes "*arbejdstager*" uden, at det er fastslået, at de rettigheder, der kan udledes af chartret, kun skulle omfatte, hvad vi efter dansk ret ville opfatte som lønmodtagere.

Kontraktkonventionsforordningen 593/2008³ og Rom-konventionen 80/934/EØF om lovvalg gælder også både direktører og lønmodtagere.

Selskabsdirektiverne indeholder også omtale af "arbejdstagere", men ikke en definition heraf.

² Dom af 14. december 1989, sag C-3/87, Agegate Ltd. 10 Dom af 26. november 1998, sag C-1/97, Birden, og dom af 19. november 2002, sag C-180/02, Kurz. Det bemærkes, at dommene vedrører fastlæggelsen af arbejdstagerbegrebet i Associeringsrådets afgørelse nr. 1/80 af 19. november 1980 i medfør af associeringsaftalen mellem EU og Tyrkiet, men at EU-Domstolen i den forbindelse udtaler sig om fortolkningen af det EU-retlige arbejdstagerbegreb.

³ Formålet med forordningen er at afgøre, hvilke regler der gælder for virksomheder og borgere, som har indgået kontrakter på tværs af grænser. Forordningen bestemmer, hvilket lands lovgivning der skal anvendes i disse sager og under hvilke omstændigheder. Forordningen om, hvilket lands love der skal anvendes, er baseret på Rom-konventionen fra 1980, der fortsat anvendes i Danmark som følge af retsforbeholdet. Rom-konventionen bygger på samme principper som konventionen. Forordningen er dog mere præcis end Rom-konventionen.

I en række direktiver er det udtrykkeligt bestemt, at det afgøres efter national ret, om der foreligger et ansættelsesforhold i direktivets forstand. Det gælder eksempelvis direktivet om udstationering af arbejdstagere (96/71/EF). Det fremgår således af artikel 2, stk. 2, at *"Med henblik på anvendelsen af dette direktiv fortolkes begrebet arbejdstager som i lovgivningen i den medlemsstat, på hvis område arbejdstageren er udstationeret"*.

Det fremgår tilsvarende af insolvensdirektivet (80/987/EØF), artikel 1, stk. 2 at *"Medlemsstaterne kan undtagelsesvis fra dette direktivs anvendelsesområdet udelukke krav fra visse kategorier af arbejdstagere, fordi arbejdstagernes arbejdsaftale eller ansættelsesforhold er af en særlig karakter, eller fordi der findes andre former for garanti, som sikrer arbejdstagerne en beskyttelse svarende til den, der fremgår af dette direktiv"*.

Endvidere fremgår det af virksomhedsoverdragelsesdirektivet (2001/23/EF) artikel 2, at begrebet "arbejdstager" omfatter *"enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i henhold til den nationale lovgivning"*. Det vil sige, at medlemsstaterne i henhold til disse direktiver kan lade national ret være afgørende for, hvem der har status af arbejdstager.

I forhold til direktivet om kollektive afskedigelser har EU-Domstolen i sag C-229/14, Balkaya (ECLI:EU:C:2015:455) fastslået, at en direktør skulle anses for arbejdstager i henhold til direktivet, idet han var underlagt et andet organs anvisninger og tilsyn, og til enhver tid kunne afskediges. Domstolen bemærkede også, at direktøren ikke ejede anparten i selskabet, uden at dette dog i sig selv var afgørende. Det kan ikke udledes af dommen, at direktører generelt skal anses for arbejdstagere i henhold til direktivet om kollektive afskedigelser, idet det i hvert enkelt tilfælde må afgøres, om der foreligger et underordningsforhold.

Såfremt direktivet indeholder en definition af arbejdstagerbegrebet, anvendes dette lønmodtager-

begreb. Der henvises i den forbindelse til Ole Hasselbalchs artikel.

Formålet med et direktiv kan også indebære, at der gælder et EU-retligt lønmodtagerbegreb. EU-Domstolen udtalte for eksempel i den ovennævnte Balkaya-dom, at begrebet "arbejdstager" i artikel 1, stk. 1, litra a), i direktivet om kollektive afskedigelser ikke skal defineres snævert, idet formålet med direktivet navnlig er at øge beskyttelsen af arbejdstagere i tilfælde af kollektive afskedigelser.

I henhold til EU-Domstolens praksis kan en direktør efter omstændighederne altså godt kan være en "arbejdstager". Dette har EU-Domstolen også fastslået i en dom af 11. november 2010 i sag C-232/09, Danosa (ECLI:EU:C:2010:674). EU-Domstolen fastslog endvidere i sag C-85/96, Sala (ECLI:EU:C:1998:217), præmis 31, at indholdet af arbejdstagerbegrebet i henhold til fællesskabsretten ikke var entydigt, men afhæng af det retsområde, der var tale om.

Det er ikke alle EU-landene, der har en sondring mellem direktører og lønmodtagere, således som vi kender det fra dansk lovgivning og praksis. Uagtet om der i et givent EU-land sondres mellem direktører og lønmodtagere eller ej, er arbejdsforholdets karakter efter national ret dog ikke afgørende for arbejdstagerbegrebet i EU-rettens forstand, jf. sag C-116/06, Kiiski, ECLI:EU:C:2007:536, præmis 26, medmindre dette er udtrykkeligt bestemt i direktivet.

DEN TRADITIONELLE DANSKE SONDRING MELLEM DIREKTØRER OG LØNMODTAGERE

Efter en almindelig dansk forståelse er en lønmodtager en person, der er ansat i et tjenesteforhold hos en arbejdsgiver og underkastet arbejdsgiverens løbende instruktion. En lønmodtager er desuden kendetegnet ved, at det er en person, der udfører arbejde efter arbejdsgiverens anvisninger og for arbejdsgiverens regning og risiko. Der er ikke et entydigt lønmodtagerbegreb, og begrebet er i princippet defineret i de enkelte ansættelsesretlige love.

Der er omfattende ansættelsesretlig regulering på det danske arbejdsmarked. Der findes en lang række love, der efter en traditionel forståelse omfatter samtlige lønmodtagere, efter den sædvanlige danske definition heraf. Dette gælder eksempelvis ansættelsesbevisloven, virksomhedsoverdragelsesloven, masseafskedigelsesloven, arbejdstidsloven, forskelsbehandlingsloven, ferieloven og ligebehandlingsloven. Herudover sker reguleringen af løn- og arbejdsvilkår i kollektive overenskomster. Tilsvarende gælder, at der efter konkurslovens § 95, stk. 1, nr. 1, kun er fortrin for løn eller andet vederlag for arbejde i skyldnerens tjeneste, såfremt der er tale om en lønmodtager i modsætning til en direktør⁴.

I Danmark har der traditionelt været en sondring mellem "ægte" direktører og lønmodtagere. Direktørerne er som udgangspunkt ikke omfattet af lønmodtagerregler eller kollektiv overenskomst. Det gælder også en overenskomst, der ellers gælder ledere, som Ledernes Hovedaftale. Dette er udtrykkeligt nævnt i overenskomsten.

Det kan være en udfordring at fastlægge, hvor grænsen mellem selvstændige erhvervsdrivende og lønmodtagere skal drages. Der kan være en tilsvarende vanskelighed med at fastlægge grænsen mellem direktører og lønmodtagere.

En "ægte" direktør vil ofte være virksomhedens administrerende direktør. Det er den person, der tegner virksomheden udadtil og har det overordnede ansvar for den daglige ledelse af virksomheden. Den administrerende direktør refererer som udgangspunkt til bestyrelsen og ansættes og afskediges af bestyrelsen. Når virksomheden er et moder-

selskab i en koncernstruktur med flere juridiske selskaber betegnes den øverste direktør ofte koncerndirektør, koncernchef eller CEO (Chief Executive Officer).

Det er imidlertid ikke titlen, der er afgørende, men om vedkommende har en direktørs sædvanlige beføjelser. I praksis lægges der vægt på, om vedkommende refererer til bestyrelsen, om vedkommende deltager i bestyrelsesmøderne, om vedkommende kan tegne selskabet, eventuelt inden for visse rammer, om vedkommende har det overordnede økonomiske ansvar, om vedkommende ensidigt kan ansætte og opsig medarbejdere (måske bortset fra ledende medarbejdere), og om vedkommende er anmeldt til Erhvervsstyrelsen.

Som udgangspunkt er en direktør, der er anmeldt til Erhvervsstyrelsen og har en direktørs sædvanlige beføjelser, ikke omfattet af beskyttelseslovene for lønmodtagere, da stillingen i kraft af lovgivningen er så selvstændig, at den falder uden for disse love. Det gælder især for administrerende direktører.

Der findes dog også eksempler på, at direktører er anmeldt til Erhvervsstyrelsen, men alligevel sidder i et reelt lønmodtagerforhold uden den selvstændighed, som normalt kendetegner en direktørstilling, og som derfor er omfattet af den traditionelle lønmodtagerlovgivning.

Om en person er direktør eller lønmodtager beror på en helhedsvurdering.

⁴ Ved *Sø- og Handelsrettens dom 2. juli 2015 i sag P-9-14* fastslog Sø- og Handelsretten, at en person ikke ansås for reelt at have haft en stilling i selskabet, der afskar ham fra at have en fortrinsret efter konkurslovens § 95, stk. 1 for et lønkrav. Den pågældende var ikke var registreret som direktør, men ansat som overmontør på funktionærlignende vilkår. Efter forklaringen fra den pågældende og hans bror, der også var ansat i virksomheden, var overmontøren ikke tillagt selvstændig beslutningskompetence vedrørende selskabets økonomiske forhold, herunder ansættelse og opsigelse af andre medarbejdere. Kontakten til eksterne parter skete efter aftale med broderen, der var direktør i selskabet. Over tid ændrede stillingen så, så den pågældende ikke havde noget udkørende montørarbejde, men primært arbejdede på kontoret uden øvre arbejdstid og fik tildelt 10 procent af selskabskapitalen. Dette ændrede imidlertid ikke på, at den pågældende var i et almindeligt tjenesteforhold. Overmontøren var imidlertid nærtstående i forhold til sin bror, der var ejer og direktør, og med den begrundelse blev hans krav afvist.

Østre Landsret har ved to domme fra 2012⁵ fastslået, at det beror på en konkret vurdering om den øverste ledelse er lønmodtager eller ej. I den ene sag var den pågældende at betragte som lønmodtager, hvorimod det ikke var tilfældet i den anden sag. Selv om ansættelseskontrakten måtte indeholde en henvisning til funktionærloven, ændrer det ikke en direktørs status til funktionær.

Det afgørende er således stillingsindholdet og hvilken kompetence, der er tillagt den konkrete person.⁶

I dansk ret har udgangspunktet været, at der er af-talefrihed i forhold til ansættelsesvilkår for de ægte direktører, bortset fra enkelte særregler i ansættelses-klausullovens § 11 (tidligere aftalelovens § 38), hvorimod ansættelsesvilkårene for lønmodtagere er blevet mere og mere lovreguleret gennem årene, ikke mindst i kraft af den EU-retlige regulering.

Spørgsmålet er, om der alligevel er nogle traditionelle områder, hvor "ægte" direktører har den samme beskyttelse som lønmodtagere og således må anses for omfattet af præceptive regler.

⁵ Østre Landsret har henholdsvis 8. og 14. december 2011 afsagt domme om afgrænsningen mellem lønmodtagere og funktionærer. I den ene sag blev en person blevet ansat i en virksomhed med henblik på senere at blive ansat i og medejer af en anden virksomhed, som dog først skulle stiftes. Parterne indgik en direktørkontrakt for ansættelsen i det endnu ikke stiftede selskab med et tillæg vedrørende ansættelsen i et selskab, der var etableret. Det fremgik af tillægget at den pågældende var ansat som "agent direktør" uden tegningsret. Den anden virksomhed blev aldrig stiftet, og den første virksomhed gik konkurs. Ved sin vurdering af, om vedkommende var "ægte" direktør eller omfattet af funktionærloven, lagde Østre Landsret vægt på, om han havde en selvstændig stilling med en sådan grad af ansvar og råderum, at han ikke var ansat i en tjenestestilling, eller om han indtog en tjenestestilling, hvor han var underlagt instruktionsbeføjelser fra en overordnet og skulle præstere en tjenesteydelse. Agent direktøren havde kun et begrænset selvstændigt økonomisk ansvar og kunne blandet andet ikke ansætte eller opsige medarbejdere og havde ikke adgang til selvstændigt at indgå kontrakter. Østre Landsret fastslog, at direktøren på trods af titel og lønnens størrelse var lønmodtager og omfattet af funktionærloven.

Den anden sag vedrørte en medarbejder, der var ansat som Country Manager i en bank med ansvar for daglig ledelse af den danske filial. Han havde ret til at ansætte og opsige medarbejdere. Han deltog ikke i bestyrelsen, at al koordinering skulle ske under kontrol, samt at alt indkøb skulle godkendes. Der var herudover en række indskrænkninger i forhold til, hvad han kunne foretage sig i forhold til medarbejderne i filialen. Der blev afgivet en række forklaringer under sagen, og landsrettens konklusion var på den baggrund, at den pågældende havde indtaget en sådan selvstændig stilling i banken, at han ikke var omfattet af funktionærbegrebet. Der var ikke noget til hinder for, at parterne aftalte, at funktionærlovens bestemmelser ikke fandt anvendelse, og at tvister skulle afgøres ved voldgift.

⁶ SØ- og Handelsrettens dom afsagt den 22. december 2009 i sag F-4-05.

⁷ Direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder

⁸ Direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv

LIGELØN

Princippet om ligeløn følger af Lissabontraktatens artikel 157 (tidligere artikel 141) om vedtagelse af foranstaltninger, der skal sikre anvendelsen af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv, herunder princippet om lige løn for samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

Lissabontraktatens artikel 157 har karakter af en EU-retlig pligtorm, der er rettet mod såvel medlemsstaterne, som borgere og virksomheder.

Princippet om ligeløn er et EU-retligt begreb, der følger af traktaten, og som nærmere er udmøntet i ligelønsdirektivet fra 1975⁷ og ligebehandlingsdirektiv fra 2006⁸.

Efter Lissabontraktatens artikel 157 skal enhver medlemsstat gennemføre princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi. Det følger af artiklens stk. 2, at der ved løn forstås "*den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejds-*

giveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier”.

Lønbegrebet i traktatens artikel 157, stk. 2, må på baggrund heraf fortolkes bredt. EU-Domstolen har anlagt en tilsvarende bred fortolkning af arbejdstagerbegrebet i artikel 157.

Domstolen har fortolket arbejdstagerbegrebet i sag C-256/01, Allonby, (ECLI:EU:C:2004:18). Det fremgår af dommens præmis 66, at udtrykket ”arbejdstager” i artikel 157 TEUF (dengang artikel 141, stk. 1 EF) ikke kan ”defineres ved henvisning til medlemsstaternes lovgivninger, men er et begreb af fællesskabsretlig rækkevidde. Desuden kan det ikke fortolkes restriktivt”. Og af præmis 67 fremgår, at ”I denne bestemmelses forstand er en arbejdstager en person, der i en periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden efter dennes anvisninger (...)”.

Ligelønsdirektivet pålægger i artikel 2 medlemsstaterne at indføre de nødvendige bestemmelser for, at ”enhver arbejdstager, der føler sig krænket ved tilsidesættelse af ligelønsprincippet, kan gøre sine rettigheder gældende for retslige instanser efter eventuelt at have indbragt sagen for andre kompetente instanser”.

Ligelønsdirektivet og ligebehandlingsdirektivet er implementeret ved ligelønsloven, der forbyder lønmæssig forskelsbehandling på grund af køn. Kvinder og mænd skal have lige løn og lige lønvilkår for samme arbejde eller for arbejde af samme værdi.

Ligelønsloven indeholder ikke en afgrænsning af lovens rettighedssubjekter. Dog er der i vidt omfang, herunder i lovens §§ 2-6, anvendt betegnelsen ”lønmodtagere”. Betegnelsen er ikke nærmere defineret i forarbejderne til ligelønsloven.

Anvendes den traditionelle danske sondring mellem ægte direktører og lønmodtagere, ville direktører som udgangspunkt ikke være omfattet af lovens anvendelsesområde. Som EU-Domstolen slog fast i

sag C-256/01, Allonby, (ECLI:EU:C:2004:18) er arbejdstagerbegrebet i Lissabontraktatens artikel 157 imidlertid et EU-retligt begreb, og omfatter en person, der i en periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden efter dennes anvisninger. De ”ægte” direktører må derfor alt andet lige være omfattet af reglerne om ligeløn til mænd og kvinder. Det bemærkes i den forbindelse, at forbuddet mod diskrimination af køn også er en grundlæggende rettighed i henhold til Chartrets artikel 21, stk. 1⁹.

FORSKELSBEHANDLING

Forskelsbehandlingsloven fastslår i § 2, stk. 1, at ”En arbejdsgiver må ikke forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår”.

Forskelsbehandlingsloven blev vedtaget i 1996. Kriterierne alder og handicap blev tilføjet i 2004. Det fremgår af direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, artikel 2, at ”I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde”.

Det fremgår af direktivets artikel 3, at reglerne gælder ”uanset niveau i erhvervshierarkiet”.

Det følger af forskelsbehandlingslovens § 2, at ”En arbejdsgiver må ikke forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår.”

Der er ikke nogen definition af lønmodtagerbegrebet i forskelsbehandlingsloven. Det fremgår ikke af bemærkningerne til lovændringen i 2004, at lovens beskyttelsesområde skulle være anderledes end det traditionelle lønmodtagerbegreb. Beskæftigelsesministeriet tilkendegav dog i oktober 2005, at det var ministeriets vurdering, at forskelsbehandlings-

⁹ Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende rettigheder (2000/C 364/01).

loven også omfatter administrerende direktører, og i en vejledning fra 2006 fastslog Beskæftigelsesministeriet, at forskelsbehandlingsloven beskytter fra den almindelige lønmodtager til den administrerende direktør¹⁰.

Særligt henset til forskelsbehandlingsdirektivets brede anvendelsesområde, er der ikke i praksis tvivl om, at forskelsbehandlingslovens lønmodtagerbegreb også omfatter de "ægte" direktører.

LIGEBEHANDLING

Det følger af Rådets direktiv 76/207/EØF¹¹, artikel 2, stk. 1, at princippet om ligebehandling indebærer, at der ikke må finde nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling. Direktivet er implementeret ved ligebehandlingsloven¹².

Ligebehandlingsloven indeholder ikke en positiv afgrænsning af lovens rettighedssubjekter. Af lovens § 2, stk. 1, fremgår det, at "*Enhver arbejdsgiver skal behandle mænd og kvinder lige ved ansættelser, forflytninger og forfremmelser*". Herudover er begrebet "lønmodtager" blandt andet anvendt i lovens §§ 8, 8a og 9.

Det fremgår af ligebehandlingsdirektivets artikel 3, stk. 1, at princippet om ligebehandling på grundlag af køn finder anvendelse i forhold til "*alle niveauer i erhvervshierarkiet*". Dette svarer til principperne i forskelsbehandlingsloven.

Det er nærliggende, at ligebehandlingslovens generelle forbud mod forskelsbehandling mellem mænd og kvinder på samme måde som forskelsbehandlingsloven finder anvendelse i forhold til administrerende direktører og andre direktører, der

normalt falder uden for den danske definition af en lønmodtager. Dette følger givet også af Chartrets artikel 21, stk. 1, jf. ovenfor.

HVILETID (FERIE)

Den 1. september 2020 træder en ny ferielov i kraft¹³. I forbindelse hermed har det været drøftet, hvilke persongrupper der skal være omfattet af ferieloven. Den nuværende ferielov omfatter ikke alle lønmodtagere. I den gældende ferielov har stats-lige tjenestemænd og søfarende en særstilling i forhold til loven, ligesom andre grupper også har haft en særstilling i forhold til ferieloven. Der er har derimod ikke været krav om noget mindste timeantal eller ansættelse i et bestemt tidsrum som betingelse for at være omfattet af ferieloven.

I den nuværende ferielov er personer, der har afgørende indflydelse på den virksomhed, som den pågældende arbejder i, undtaget fra lovens lønmodtagerbegreb, jf. ferielovens § 1, stk. 3. Den almindelige antagelse i dansk ret har derfor været, at direktører som udgangspunkt ikke har været omfattet af ferieloven.

Fra praksis kan der henvises til Østre Landsret dom af 17. marts 2004, trykt i U.2004.1708 Ø, hvor en salgsdirektør, uanset at direktøren ikke var registreret som sådan i Erhvervsstyrelsen (dengang Erhvervs- og Selskabsstyrelsen), ikke var omfattet af ferieloven, herunder blandt andet henset til stillingens indhold. I den konkrete sag lagde landsretten vægt på vederlagets karakter og sammensætning, samt hvorvidt direktøren reelt var undergivet en overordnet instruktionsbeføjelse, eller om han havde en selvstændig stilling med en sådan grad af ansvar og råderum, at der ikke forelå en egentlig tjenestestilling.

¹⁰ Beskæftigelsesministeriets vejledning om forskelsbehandling af 6. januar 2006.

¹¹ Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår.

¹² Lovbekendtgørelse nr. 645 af 8. juni 2011.

¹³ Lov nr. 60 om ferie af 30. januar 2018. Loven indeholder bestemmelser, der gennemfører dele af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden.

Afgørelsen er på linje gældende praksis, hvorefter der skal foretages en konkret vurdering af om en direktør anses som lønmodtager i ferielovens forstand ved at vurdere vedkommende position og beføjelser.

Den nye ferielov er blandt andet en konsekvens af arbejdstidsdirektivets artikel 7, hvorefter retten til 4 ugers betalt ferie skal sikres alle, der er omfattet af det EU-retlige arbejdstagerbegreb.

Det følger af arbejdstidsdirektivets artikel 7, at *"Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at alle arbejdstagere får en årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed i overensstemmelse med de kriterier for opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgivning og/eller praksis"*.

Ved den nye ferielov skal det blandt andet sikres, at alle lønmodtagere, herunder også nye på arbejdsmarkedet, har ret til 5 ugers årlig betalt ferie i det løbende år med indførelsen af samtidighedsferie.

Loven bygger på betænkning nr. 1568/2017 om ny ferielov og overgang til samtidighedsferie (*"Ferielovsbetænkningen"*).

Det fremgår af § 1 i den nye ferielov, at *"Loven skal sikre lønmodtagere ret til årlig ferie og feriebetaling"*. Det fremgår endvidere af § 2 om anvendelsesområdet, at *"Ret til ferie og feriebetaling efter denne lov tilkommer enhver, der mod vederlag udfører personligt arbejde i tjenesteforhold (lønmodtager), jf. dog §§ 42-45."*

Det fremgår af bemærkningerne til ferieloven, at der i forhold til lønmodtagerbegrebet er taget afsæt i den gældende ferielovs lønmodtagerbegreb. En ny ferielov vil således først og fremmest skulle omfatte personer, der modtager vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold. Der skal ikke fremover være specifikke bestemmelser, der vedrører regulering af personer, der har afgørende indflydelse på den virksomhed, som personen arbejder i, herunder direktører.

Det fremgår også af bemærkningerne, at udvalget har været bevidst om, at den danske ferielov, udover at indgå i en dansk arbejdsretlig sammenhæng, også skal implementere EU-retlige forpligtelser i forhold til personer, der er omfattet af det EU-retlige arbejdstagerbegreb.

Det fremgår af Ferielovsbetænkningen, at *"Udvalget har vurderet, at den mest hensigtsmæssige måde at sikre alle personer, der er omfattet af arbejdstagerbegrebet, ferie i overensstemmelse med arbejdstidsdirektivets artikel 7, er ved at lade disse personer være omfattet af lønmodtagerbegrebet i ferieloven. EU-Domstolens praksis vil således have indflydelse på, hvilke persongrupper der omfattes af lønmodtagerbegrebet. Som det fremgår af den omtalte praksis fra EU-Domstolen, (...) vil direktører efter omstændighederne således være omfattet af ferielovens lønmodtagerbegreb"*.

Når den nye ferielov træder i kraft den 1. september 2020, er der meget, der taler for, at direktører altså som udgangspunkt være omfattet af loven. Det afgørende er, at vederlaget ydes for en arbejds- eller tjenesteydelse, som den ansatte har præsteret, og der gælder således ikke nogen undergrænse i forhold til ferieloven. Ligeledes vil titlen ikke have betydning for vurderingen af, om en person er lønmodtager.

I mange direktørkontrakter aftales det, at direktøren har ret til ferie med løn fra første ansættelsesdag, men at direktøren ikke får feriegodtgørelse ved fratræden. De nye regler om samtidighedsferie indebærer, at ferien afvikles i takt med, at den optjenes. Det vil derfor i mange tilfælde være stemmende med de aftaler, man sædvanligvis indgår i direktørkontrakter, at det direkte aftales i direktørkontrakter, at den nye ferielov, der træder i kraft pr. 1. september 2020 finder anvendelse. Man kan i den forbindelse også tage stilling til, om over-

gangsreglerne¹⁴ om indefrysning af feriepenge skal finde anvendelse på direktøren. Det vil formentlig være den generelle opfattelse, at disse overgangsregler ikke skal finde anvendelse på direktører, der falder uden for det traditionelle lønmodtagerbegreb med den konsekvens, at der ikke skal ske indefrysning af feriepenge.

Samlet set er der i hvert fald på visse punkter sket en ændring af den traditionelle opfattelse af, hvad det er for love, der kun regulerer lønmodtageres retsstilling, og hvilke, der regulerer både direktører og lønmodtagere i lyset af det EU-retlige lønmodtagerbegreb. Dette gælder især områder, hvor der kan være behov for en lige så stærk beskyttelse af administrerende direktører og direktører, der ellers ikke er omfattet af den sædvanlige danske definition af lønmodtagere.

¹⁴ Inden en ny ferieordning træder i kraft, indføres en overgangsordning. Dette er for at skabe en overgang mellem den nuværende ferielov og den nye ferieordning. Ved overgangen til den ny ferielov med samtidighed i optjening og afvikling af ferie vil lønmodtageren efter de nugældende regler have optjent ferie, som endnu ikke er afholdt. Samtidig vil den enkelte på overgangstidspunktet begynde at optjene ny ferie, som kan afholdes i takt med, at ferien optjenes ("samtidighedsferie"). Som nævnt ovenfor træder den nye ferieordning med samtidighed i kraft den 1. september 2020. Ferie, der er optjent i perioden fra 1. september 2019 til 31. august 2020, "indefryses", og kan ikke afholdes eller udbetales, før lønmodtageren forlader arbejdsmarkedet. Dette svarer til en udbetaling af det sidste års optjente ferie, når vedkommende forlader arbejdsmarkedet

Vil du befri din indre forfatter?

Har du en spændende
juridisk problemstilling,
som du vil gå i dybden med?

Har du en særlig interesse for
ansættelses- og arbejdsret?

... så **kontakt** HR JURA for at høre
nærmere om dine muligheder!



“MEST REPRÆSENTATIVE OVERENSKOMST”



BJØRN HOLTZE
ADVOKAT (L), PH.D. STUDERENDE

Anvendelsen af begrebet, “mest repræsentative overenskomst” eller lignende formuleringer, som grundlag for fravigelse af en lov, finder stadig større udbredelse. Men hvad betyder det?

Tidligere var det en mere udbredt praksis, at der skulle være en “kollektiv overenskomst”, før end at en lov kunne fraviges helt eller delvist.

Det seneste eksempel på anvendelse af begrebet er den nye ferielov. Det fremgår af lovens § 3, at den kan fraviges ved overenskomster indgået af de “mest repræsentative” parter.

Spørgsmålet er dermed, hvad dette begreb dækker? Og er der forskel på formuleringen af begreberne i de enkelte love?

Denne artikel vil komme med bud på svar på disse spørgsmål. Henset til det begrænsede omfang af artiklen, vil ikke alle love, hvor formuleringen eller tilsvarende findes, blive behandlet, men alene et uddrag af disse love.

Det er artiklens formål at kaste lys over, hvad begrebet “mest repræsentativ” dækker over. Det er ikke

artiklens formål at afklare, om den pågældende definition medfører problemer i relation til anden lovgivning og/eller andre retsprincipper, herunder EU-retten og menneskerettighederne.

FERIELOVEN

Som nævnt ovenfor, er den nye ferielov, som træder i kraft d. 1. september 2020, den pt. seneste lov som anvender begrebet.

Den gældende ferielov kan på flere punkter fraviges, enten ved individuel aftale som f.eks. vedr. varsling af ferie i § 15, jf. § 21, stk. 2, jf. Højesterets dom i U2015.3823H, eller ved kollektiv overenskomst som er hjemlet i flere bestemmelser jf. §§ 6, 10, 20, 21, 27, 30a, 31 og 40.

I den gældende ferielov anvendes begrebet “kollektiv overenskomst”, men fastsætter ikke andre krav.

Forståelsen kunne derfor være den gængse af en kollektiv overenskomst, altså en aftale mellem en kollektivitet af lønmodtagere (dvs. mindst 2) på den ene side, og en arbejdsgiver på den anden side. Imidlertid kræves der, jf. forarbejderne til ferieloven, at der mindst skal være tale om en lokal fagforening,

som er medlem af en landsdækkende organisation, således at de pågældende lønmodtagere ikke risikerer at blive påtvunget en ugunstig overenskomst vedr. ferie.

Det nye ferielovsudvalg fandt anledning til at revidere dette begreb. Udvalget anfører, at den tidligere definition gav mulighed for, at de lokale afdelinger kunne indgå overenskomster uden at foreligge disse for den landsdækkende organisation, som de er medlem af. Udvalget forholder sig ikke til, om dette kunne være i strid med forbundets vedtægter.¹

Derfor anfører udvalget, at der skal stilles krav til disse lokale aftaler, og de dermed skal være godkendt af den landsdækkende organisation. Det anføres, at disse aftaler skal være godkendt af "den mest repræsentative lønmodtagerorganisation" eller være udformet i overensstemmelse med rammer fastsat i en kollektiv overenskomst indgået af en sådan "mest repræsentativ lønmodtagerorganisation".²

Udvalget kommer ikke med bud på, hvem disse parter er, hvorfor der ikke i betænkningen er bidrag til forståelsen af begrebet. Lovteksten må dog forstås således, at der alene kan være én overenskomst pr. område, jf. ordene "den mest repræsentative lønmodtagerorganisation".

Det er således denne organisation, som fastsætter rammerne, og som ifølge udvalget er garant for, at de aftalte fravigelser, som et hele, ikke stiller lønmodtageren dårligere end ferielovens bestemmelser.

Betænkningen anviser ikke, hvorledes man finder frem til "den mest repræsentative part", altså om der lægges vægt på antallet af medlemmer, ansatte un-

der overenskomsten, antal arbejdsgivere omfattet eller noget helt tredje.

Ændringen påkaldte sig ikke den store opmærksomhed ved behandlingen for folketinget. Der var i høringsfasen indlæg fra de parter, som ville blive udfordret af den nye formulering, idet Frie Funktionærer og Kristelig Fagforening opponerede mod ændringen, som, jf. Kristelig Fagforening "ligner et forsøg på, at sikre magtmonopolet hos de største af arbejdsmarkedets parter".³

Beskæftigelsesministeren bemærker hertil, at forslaget er afgivet af et enigt udvalgt bestående af arbejdsmarkedets parter, og ferieloven er subsidiær i relation til overenskomsterne. Endvidere foreslås, at der skal være skærpede krav til, hvilke parter der kan indgå overenskomster som fraviger loven.⁴

Udvalget bestod af tidligere Højesteretspræsident Børge Dahl som formand for udvalget. Herudover deltog repræsentanter fra DA, KL, Danske Regioner og Moderniseringsstyrelsen fra arbejdsgiverside og LO, FTF og Akademikerne fra lønmodtagerside. Disse parter vil højst sandsynligt ikke få deres muligheder for fravigelser ved den nye ferielov indskrænket, idet disse parter vil blive betegnet som de "mest repræsentative" på deres respektive områder.⁵

UDSTATIONERINGSLOVEN

I denne lov findes begrebet om de mest repræsentative parter i lovens § 6a. Bestemmelsen er indsat på baggrund af den retstilstand som var klarlagt efter EU-domstolens dom i Laval-sagen (C-341/05). Lovforslaget, som blev vedtaget d. 18. december 2008, vedrørte alene § 6a.

Bestemmelsen omhandler muligheden for at indlede konflikt mod en udenlandsk tjenesteyder, som udfører opgaver i Danmark.

¹ Jf. betænkningen s. 155

² Jf. Betænkningen s. 155

³ <http://www.ft.dk/samling/20171/lovforslag/L116/bilag.htm> - Høringsnotatet s. 18f

⁴ Høringsnotatet s. 19.

⁵ <http://bm.dk/da/Beskaeftigelsesomraadet/Et%20godt%20arbejdsliv/Ferielovsudvalg/Kommissorium.aspx>

§ 6a, stk. 2, er sålydende:

"Det er en betingelse for iværksættelse af kollektive kampskridt som nævnt i stk. 1, at der forinden over for den udenlandske tjenesteyder er henvist til bestemmelser i de kollektive overenskomster, der indgås af de mest repræsentative arbejds-markedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område. Det skal af disse overenskomster med den fornødne klarhed fremgå, hvilken løn der efter overenskomsterne skal betales." (min understregning).

Formulering af § 6a er uændret fra det første forslag til den endelige vedtagne tekst.

Det fremgår ikke af fremsættelsestalen, hvad der menes med begrebet "mest repræsentative", dog henvises til at arbejdsmarkedets parter har været med i arbejdet forud for det fremsatte lovforslag.

I betænkningen afgivet i forbindelse med lovforslaget, er definitionen, jf. betænkningens s. 19, at en række kollektive overenskomster og aftaler ikke kan anvendes jf. bestemmelsen.⁶

De aftaler som undtages i betænkningen, er de kollektive aftaler som ikke gælder på hele det danske område, således ikke virksomhedsoverenskomster, lokale eller regionale aftaler. Ifølge betænkningen vil det være Arbejdsretten der konkret afgør, hvornår et kollektivt kampskridt er lovligt eller ulovligt, og dermed også om konfliktgrundlaget enten udgør, eller ikke udgør, en overenskomst indgået af de mest repræsentative parter. Det fremgår ikke klart af betænkningen, om der kan være flere overenskomster i spil (jf. anvendelsen er ordet "en" og ikke "én" på s. 19, tredje afsnit, sidste sætning).⁷

⁶ Det skal til dette bemærkes, at § 6a forhindrer konflikt, hvis virksomheden er dækket. Adgangen til konflikt mellem konkurrerende overenskomster er fastslået i Arbejdsrettens praksis, f.eks. i konflikten omkring Restaurant Vejlegården, AR2012.0341.

⁷ Hertil skal bemærkes, at ikke alle faglige organisationer kan anvende konfliktvåbenet.

⁸ Lovforslaget findes her: <http://www.ft.dk/samling/20081/lovforslag/l36/index.htm>

⁹ Særligt s. 188

Beskæftigelsesministeren har ikke i sine svar, i forbindelse med det lovforberedende arbejde, svaret på en definition af begrebet, om end der var flere spørgsmål i denne kategori (navnlig spørgsmål 11-13).⁸

Der er således ikke i det lovforberedende arbejde nogen klar definition på begrebet, om end det dog synes at være intentionen, at der alene kan anvendes én overenskomst som normerende for de forhold, som kan være grundlaget for en konflikt.

I Christian Andersen-Mølgaard m.fl. "Udstationeringsloven med kommentarer", 1. udgave 2015, gennemgås fra side 187-190 de spørgsmål som knytter sig til formuleringen i relation til udstationeringsloven. Konklusionen er, at der ikke på det tidspunkt forelå en klar retsstilling, og at der ej heller var et klart svar fra lovgiver. Der er alene en undergrænse, idet virksomhedsoverenskomster og lokale eller regionale aftaler ikke kan anvendes.⁹

VIKARLOVEN

Vikarloven indeholder i § 3, stk. 5, en mulighed for at anvende et vikarbureaus egen overenskomst, i modsætning til udgangspunktet i bestemmelsens stk. 1-4, hvor det er brugervirksomhedens overenskomst der finder anvendelse.

I § 3, stk. 5 fremgår det at stk. 1-4 ikke finder anvendelse "...hvis vikarbureauet omfattes af eller har tiltrådt en kollektiv overenskomst, som er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område, hvorved den generelle beskyttelse af vikarer respekteres."

I vikarloven er således en formulering tilsvarende den, som er gældende i den nye ferielov. I vikar-

loven er desuden anført en grund hertil, at beskyttelsen af vikarer skal respekteres.

Vikarloven bygger på Rådets direktiv 2008/104. I dette direktiv er der i artikel 5, stk. 3 anført, at medlemsstaterne kan høre arbejdsmarkedets parter "på det relevante niveau" som kan videreføre eller indgå kollektive overenskomster, og at den generelle beskyttelse af vikarer derved kan sikres. Der er således ikke i direktivet et krav om, at de parter som kan fravige direktivet, er de mest repræsentative, blot skal de være på det relevante niveau.

Denne formulering tyder umiddelbart på en forståelse tilsvarende den, som var i den gamle ferielov, at organisationen er landsdækkende, og at beskyttelsen derved sikres.

I implementering er imidlertid anvendt en mere restriktiv formulering. At det skal være de mest repræsentative parter, skyldes at overenskomsten ikke må medføre social dumping, og at vikarer, som ikke kan støtte ret på ligebehandlingsprincippet, er sikret betryggende vilkår.¹⁰

Det antages, at de overenskomster som indgås af de mest repræsentative parter, sikrer betryggende vilkår, om end der ikke er nogen garanti herfor, og at dette anerkendes, jf. spørgsmål 9 i det lovforberedende arbejde.¹¹

Konsekvensen af, at overenskomsten ikke er indgået af de mest repræsentative parter, er at denne ikke kan danne grundlag for en fravigelse af ligebehandlingsprincippet, samt at vikaren, jf. lovens § 8, stk. 3, kan have krav på en godtgørelse.

Med bestemmelsen er det klart, at lokaloverenskomster eller virksomhedsoverenskomster ikke lever op til lovens krav. Men det er uklart, hvor grænsen går for, at en part kan betegnes som "mest repræsentativ".

Der kan anføres flere punkter, som kan inddrages i vurderingen som foretages af domstolene bl.a. hvor mange medlemmer den pågældende lønmodtagerorganisation har og hvor mange der er dækket af overenskomsten. Vurderingen skal foretages på landsplan.¹²

Det anføres videre, at loven ikke er til hinder for, at der kan være overlappende overenskomster, som hver især må betragtes som indgået af de mest repræsentative parter.

Navnlig denne sidste bemærkning lægger op til, at der kan være flere parter på samme område, i modsætning til ferieloven, som taler om "den" mest repræsentative.

Under behandlingen af lovforslaget til vikarloven fyldte drøftelserne om overenskomst en stor del, fokus var dog ikke (her) på, hvem der præcist kunne betegnes som repræsentativ, men mere en frygt for at disse repræsentative parter kunne indgå overenskomster som svækkede princippet om ligebehandling, da kravet alene er, at overenskomster er indgået af sådanne parter, og der er ikke noget krav til indholdet af disse.

Selvom flere af de stillede spørgsmål under behandlingen af lovforslaget vedrører emner omkring overenskomster og muligheden for fravigelse, er der ikke konkrete bud på, hvordan de mest repræsentative parter defineres.

BESKÆFTIGELSESIKKELSESLOVEN

Denne lov indeholder i § 72, stk. 1 en bestemmelse om at løn mv. fastsættes på baggrund af de kollektive overenskomster på området. Er der tale om ikke-overenskomstdækket arbejde, skal sammenlignelige overenskomster anvendes.

Der er således 2 spørgsmål, som kan rejses på baggrund af bestemmelsen. Dels om hvorvidt "de

¹⁰ Anne Marie Abrahamson, Vikarloven med kommentarer, 1. udgave 2014, s. 124

¹¹ Anne Marie Abrahamson, Vikarloven med kommentarer, 1. udgave 2014, s. 124

¹² Anne Marie Abrahamson, Vikarloven med kommentarer, 1. udgave 2014, s. 121

kollektive overenskomster på området” kan omfatte alle overenskomster, herunder lokalaftaler, hvad der ligger i begrebet ”sammenlignelige overenskomster”, og om dette giver en valgfrihed blandt alle anvendelige overenskomster, eller om der i dette begreb alene kan henregnes overenskomster blandt de mest repræsentative overenskomster.

Det særligt interessante er, hvad der menes med ”ikke-overenskomstdækket arbejde”, samt om alle overenskomster kan tælle med i arbejde, som er dækket af overenskomst.

Der ikke holdepunkter for anden konklusion, end at overenskomsten på arbejdspladsen er gældende, såfremt der er en sådan. Det må dog antages at denne skal have en vis størrelse, jf. i § 72, stk. 1 sidste pkt., således at lokalaftaler og virksomhedsoverenskomster næppe finder anvendelse.

Det ikke-overenskomstdækkede arbejde skal fastsætte lønniveauet efter de gældende overenskomster på området.

På dette område må lønnen tage udgangspunkt i den største, dvs. mest udbredte, overenskomst på området, dog er det ikke uden undtagelser såfremt der er holdepunkter for andet. Imidlertid kan arbejdets art konkret medføre, at der skal anvendes en anden og mere specifik overenskomst, jf. U1992.625Ø, som dog vedrørte lov om arbejdstilbud til langtidsledige.¹³

TAXILOVEN

Denne lov, som trådte i kraft d. 1. januar 2018, indeholder i § 10 en bestemmelse om, at indehaveren af en tilladelse til at udføre persontransport skal følge de kollektive overenskomster. Bestemmelsen er sålydende:

”Indehaveren af en tilladelse til erhvervmæssig persontransport skal følge de bestemmelser, der sikrer de ansatte løn, herunder særlige ydelser, samt arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre

gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område.” (min understregning)

Tidligere var området reguleret af taxikørselsloven, som i § 5, stk. 5 havde en bestemmelse som skulle dække det samme område. Bestemmelsen lød sådan:

”Indehaveren af en tilladelse skal følge de bestemmelser om løn- og arbejdsvilkår for chauffører, der findes i de pågældende kollektive overenskomster.”

Det er tydeligt, at der må være tilsigtet et andet dækningsområde, med den i væsentlig omfang ændrede lovtekst, hvilket også vurderes at være tilfældet.

Den gamle bestemmelse medførte, at der skulle følges en mere udbredt overenskomst, og ikke en lokal overenskomst. Hensynet var, at konkurrence skulle foregå på rimelige vilkår, hvilket ville blive undermineret med lokale aftaler med dårlige lønforhold. De overenskomster som skulle lægges til grund, skulle afspejle det generelle lønniveau i branchen.

Som det fremgår, indeholdt(e) den gamle bestemmelse ikke en definition af, hvem der kunne indgå de pågældende overenskomster.

Højesteret afsagde en dom der besvarede dette spørgsmål i Nortra-sagen (U2015.1509H), hvor det blev klarlagt hvilke overenskomster, der kunne falde under den gamle bestemmelse.

Sagen vedrørte en transportvirksomhed, som udførte såvel bus- som taxikørsel jf. overenskomst mellem Kristelig Fagforening og Kristelig Arbejdsgiverforening, og som tillod, at sådan kørsel kunne foregå på provisionsafłønning. Andre lignende over-

¹³ Jf. John Klausen, Fleksjob, 1. udgave 2007, s.79ff

enskomster på området tillod ikke en sådan aflønning, idet sagen ikke vedrørte traditionel taxikørsel, men kørselsopgaver for det offentlige, kaldet OST (Offentlig Service Trafik). Det indkørte beløb var således væsentligt lavere end det beløb, der kunne indkøres på almindelig taxikørsel.

I landsrettens afgørelse i sagen (som blev afsagt med dissens), lagde flertallet vægt på at ordlyden "de pågældende kollektive overenskomster" betød, at der ikke var adgang til at anvende enhver kollektiv overenskomst, uanset hvor ringe denne var, men derimod at der skulle udledes et niveau gennem de overenskomster som var på området, og at der således ikke kunne afviges væsentligt fra disse. Da den pågældende overenskomst gjorde dette, var det korrekt at Trafikstyrelsen havde trukket tilladelsen tilbage, idet § 5, stk. 5, ikke var opfyldt.

Mindretallet fandt ikke baggrund for at anlægge en fortolkning, som anført af flertallet, hvorfor denne dommer stemte imod Trafikstyrelsen. Mindretallet lagde vægt på, at bestemmelsen ikke var tilstrækkelig klar i forhold til, hvilke overenskomster der skulle lægges til grund for fastsættelsen af løn- og arbejdsvilkår, og der var ikke grundlag for at fortolke bestemmelsen således, at der skulle udfindes et generelt niveau, som skulle være normerende for aflønningen på området. Denne dommer udtalte, at en sådan fortolkning ville være et indgreb i aftalefriheden, som er grundstenen i den danske model, og at dette i så fald krævede en klar lovhjemmel, før et sådant indgreb kunne anerkendes. Mindretallet fandt således, at kravet i bestemmelsen alene var, at den pågældende vognmand fulgte en overenskomst, som kunne karakteriseres som en kollektiv overenskomst, men at der ikke kunne stilles krav om beregnede niveauer for denne.

Højesteret ændrer afgørelsen, og dømte Trafikstyrelsen. Højesteret fulgte argumentationen fra mindretallet i landsretten.

På baggrund af afgørelsen forelå det således klart, at den pågældende overenskomst som tillod provisionsaflønning, opfyldte kravet i § 5, stk. 5, og den tilsvarende bestemmelse i buskørselsloven¹⁴. Det skal hertil bemærkes at samme bestemmelse findes i godskørselsloven.¹⁵

Efter denne dom blev loven ændret, til den nye bestemmelse som anført ovenfor. Det fremgår af debatten i folketinget, at spørgsmålet om ordentlige løn- og arbejdsvilkår var noget, som lå politikerne meget på sinde.¹⁶

I det oprindeligt fremsatte lovforslag, havde bestemmelsen i § 10 samme ordlyd som den tidligere § 5. Det fremgår af Transportminister Ole Birk Olesens svar på spørgsmål 3 af 25. oktober 2017, at regeringen ikke tilsigtede nogen ændring. Spørgsmål 4, og svaret herpå, understøtter yderligere at der ikke var tilsigtet nogen ændring, og Transportministeren svarer her, at en konsekvens af denne manglende ændring medfører, at kollektive overenskomster i bred forstand er gyldige jf. loven.

Det mest uddybende svar kommer i spørgsmål 19, hvor Transportministeren henviser til en undersøgelse udarbejdet af Kammeradvokaten i forbindelse med udstationeringsloven. Konklusionen er herpå, at anvendelse af begrebet "mest repræsentativ overenskomst" vil medføre et de facto monopol på området, og at der således alene blive blot én gyldig overenskomst. Da formuleringen ikke er sammenfaldende med formuleringen i det fremsatte forslag, har det næppe været regeringens ønske at anvende den snævrere formulering af bestemmelsen.

¹⁴ LBKG nr. 1050, 2012-11-12, § 18, stk. 2

¹⁵ LBKG nr. 1051, 2012-11-12 - § 6, stk. 3.

¹⁶ <http://www.ft.dk/samling/20171/lovforslag/L24/BEH1-10/forhandling.htm>

I betænkningen afgivet i forbindelse med lovforslaget, er ændringsforslaget taget med, og det fremgår af denne, at formålet med den ændrede formulering af bestemmelsen er at gøre op med den retstilstand som fulgte efter Nortra-sagen, og gå tilbage til den retstilstand, som antoges gældende før dommen.¹⁷

Den ændrede tekst, set i forhold til det fremsatte lovforslag, er med i 2. behandlingen i folketinget og ligeledes i det endeligt vedtagne lovforslag.

ERHVERVSUDDANNELSESLOVEN

I erhvervsuddannelsesloven findes også en bestemmelse, som afgrænser de anvendelige overenskomster. Denne bestemmelse findes i § 55, stk. 2, og har følgende formulering:

“Lønnen skal mindst udgøre den løn, der er fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet.”

Med andre ord er den kollektive overenskomst normerende for, hvad der skal betales i løn på det konkrete område.

Spørgsmålet er så, om dette betyder, at såfremt der er en “mest repræsentativ” overenskomst for det pågældende område, og denne indeholder regler for elever, om denne så skal anvendes generelt, eller om en arbejdsgiver kan anvende sin egen eller evt. en anden valgfri overenskomst, hvis denne regulerer det pågældende område.

Det skal hertil bemærkes, at der i § 55, stk. 3-4 er fastsat regler om, hvordan lønnen skal fastsættes såfremt der er tale om et uddannelsesområde, som ikke er underlagt en kollektiv overenskomst, og i dette tilfælde bliver lønnen fastsat af et særligt nævn.

Selvom formuleringen af § 55, stk. 2 er anderledes end de ovenfor nævnte bestemmelser i andre love, idet der ikke direkte anvendes ordene “mest repræsentative” eller lignende, er der alligevel et krav om et repræsentativitetsprincip.¹⁸

Dette princip betyder, at overenskomsterne skal have en vis udbredelse, før end de kan bredes ud på ikke-overenskomstdækkede arbejdsgivere. Dette blev fastslået i U1959.306H, hvor en udbredelse på ca. 10% af området (butiksområdet) ikke medførte at de pågældende overenskomst kunne anses for at være indgået af de mest repræsentative parter. Dommen fastsætter således en vis grænse for, hvor stor udbredelsen skal være, idet 10% ikke var nok.

I sagen kunne den pågældende overenskomst således ikke sætte normen for de virksomheder, som ikke var omfattet af overenskomsten.

De situationer, hvor en virksomhed er omfattet af den mest udbredte overenskomst opstår der selvsagt ikke problemer, idet virksomheden således blot følger denne.

Ligeså med virksomheden, som ikke har nogen overenskomst, og som derfor ikke er bundet af kollektive forpligtigelser til hverken den ene eller den anden side. Virksomheden vil også her være forpligtet til at aflønne overenskomstmæssigt jf. § 55, stk. 2, men vil fastsættelsen af denne aflønning ikke opleve nogen konflikt.

Det særlige spørgsmål, som har interesse for denne artikel, er om den virksomhed, som allerede har overenskomst, men ikke den mest udbredte, kan følge den pågældende overenskomst, eller om virksomheden er forpligtet til at fravige fra den aftalte nævn.

¹⁷ Betænkning til L24 af 30. november 2017, s. 5.

¹⁸ Arbejdspladsens Kommenterede Love, Erhvervsuddannelsesloven, Simon Neergaard-Holm m.fl., 5. udgave 2010, s. 184.

overenskomst, og i stedet anvende den mest udbredte.¹⁹

Twistighedsnævnet, som er det umiddelbare afgørelsesorgan på elevområdet, har afsagt flere kendelser om spørgsmålet.

I kendelse af 11. november 2008 sag 18.2007, fandt nævnet, at Industriens overenskomst skulle finde anvendelse på aflønningen i elevforholdet, uanset at der var overenskomstdækning til anden side (overenskomst mellem Kristelig Fagforening og Kristelig Arbejdsgiverforening). Nævnet henviste bl.a. til forarbejderne i forbindelse med loven, hvori det er anført at overenskomstparterne aftaler mindstelønnen for alle virksomheder.

Nævnets kendelse blev efterfølgende indbragt for domstolene, hvor Østre Landsret d. 14. april 2010 afsagde dom med samme udfald, som nævnets afgørelse.²⁰

En tilsvarende afgørelse findes i nævnets kendelser af 10. september 2009 sag 30.2009 og 74.2008, hvor overenskomsten mellem Kristelig Fagforening og Kristelig Arbejdsgiverforening også blev tilsidesat, dog var der en dissens om hvilke løndelev, der faktisk kunne kræves efterbetales, men således ikke overenskomstgrundlaget.

I afgørelsen i U2008.1897H tog Højesteret stilling til Twistighedsnævnets sammensætning, og det blev konkluderet at kun de forhandlingsberettigede organisationer kan sidde med i nævnet jf. § 64, stk. 2, da de repræsenterer den nødvendige fagkundskab. Østre Landsret henviste til denne afgørelse i den ovenfor nævnte afgørelse af 14. april 2010.

I den pågældende sag, var der tale om en arbejdsgiver som blev dømt til at betale en godtgørelse til

en elev for uberettiget ophævelse af elevforholdet. Ophævelsen skete på baggrund af en udløbet lægeerklæring, hvorefter eleven ikke af sig selv sendte en ny, da han ikke mødte på arbejde efter udløbsdatoen på den første lægeerklæring. At ophævelsen var uberettiget ses således at være i tråd med den praksis, som i øvrigt findes på tilsvarende situationer.²¹

Der kan derfor argumenteres for, at der i den pågældende situation ikke var behov for sagkundskab, da sagen ikke vedrørte et uddannelsesspecifikt spørgsmål, da sagen vedrørte et spørgsmål om almindelig misligholdelse i et ansættelsesforhold.

Der kan også her drages en parallel til Arbejdsretsloven, hvorefter de udenforstående parter kan kræve, at der ikke medvirker ordinære dommere udpeget af organisationer, som de ikke er medlem af, med den betydning ikke pådømmes af dommere som kan være fjendtlig indstillet overfor den pågældende part.

Om Twistighedsnævnet sammensætning kan medføre de samme overvejelser som Arbejdsrettens sammensætning har gjort, kræver en dybere analyse, som falder uden for denne artikels område.

For så vidt angår erhvervsuddannelsesloven er konklusionen derfor, at bestemmelsen i § 55, stk. 2, slår igennem på en sådan måde, at de "ikke mest udbredte" overenskomster vil blive tilsidesat, i det omfang disse stiller eleven dårligere på lønnen, end de mest udbredte gør. Virksomheden vil dog forsat være forpligtet på den tiltrådte overenskomst, og eleven kan derfor få det bedste fra begge.

ANERKENDELSEN AF ANDRE OVERENSKOMSTER

¹⁹ Den mest udbredte overenskomst vil reelt finde anvendelse der, hvor den er bedre end den allerede gældende. Virksomheden kan ikke gå under den aftalte overenskomst, selvom den mest udbredte skulle være dårligere, da virksomheden herved vil begå overenskomstbrud.

²⁰ Sag B-879-09.

²¹ Se om kravene til dokumentation for sygdom f.eks. Lars Svenning Andersen m.fl., Funktionærret 5. udgave, s. 435ff.

Der er klar praksis for, at Arbejdsretten behandler sager, som hviler på kollektive overenskomster. Der er ikke hverken i arbejdsretsloven, eller andre kilder, baggrund for at sige, at kun visse overenskomster kan behandles her. Der er således adgang til få behandlet alle aftaler, der opfylder betingelserne for at være en kollektiv overenskomst.²²

Særbestemmelserne i Arbejdsretsloven, som anfører at en sag kan behandles uden sidedommere, understøtter denne konklusion. Det fremgår af § 8, stk. 2, at en part som ikke er tilknyttet de organisationer eller myndigheder, som er nævnt i § 3, stk. 1 (som udpeger ordinære dommere), kan kræve sagen behandlet uden medvirken af disse. Derved afgøres sagen alene af retsformanden, evt. med et udvidet formandskab jf. § 8, stk. 1.

Arbejdsretslovens § 8, stk. 2 skal således sammenholdes med § 3, stk. 1, og der kan derfor udledes, at andre parter end de i § 3, stk. 1 nævnte, kan få sagen behandlet ved Arbejdsretten. Dette sker også i praksis, da Arbejdsretten behandler sagen mellem f.eks. Kristelig Fagforening og Kristelig Arbejdsgiverforening, som ikke er nævnt i § 3, stk. 1.²³

Bestemmelsen i § 8, stk. 2 giver en af parterne krav på, at en sag behandles uden ordinære dommere. Det er således ikke blot en mulighed, eller noget som overlades til retten. De parter, som ikke udpeger ordinære dommere efter § 3, stk. 1, er derved sikret gennem bestemmelsen.

KONKLUSION

Det må på baggrund af ovenstående konkluderes, at begrebet "mest repræsentative" medfører, at der på det enkelte område alene er adgang til at anvende én overenskomst, til at regulere området. Begrebet har, i de anvendte formuleringer, givet udtryk for mere eller mindre samme anvendelsesområde, om end beskyttelseshensynene i de forskellige love er forskellige.

At det alene er "de mest repræsentative", som kan fravige lovgivningen eller være normerende, betyder dermed også at de "ikke-mest repræsentative", ikke har de samme muligheder, og derved hverken kan fravige den aktuelle overenskomst eller virke normerende.

Da det kan ændre sig over tid, hvilken overenskomst der er den mest repræsentative, er der ikke tale om at bestemte overenskomster sidder urokkeligt på det pågældende område. Idet der henvises til det ovenfor nævnte vedr. vikarloven, og det af Abrahamson herom anførte, som også forekommer ganske korrekt, kan dette være definitionen på, hvornår overenskomsten er mest repræsentativ.

Med den nye ferielov må konklusionen således være, at der ikke længere er adgang, for de samme parter som tidligere, til at fravige denne, da begrebet "mest repræsentativ" er introduceret i den nye formulering, hvilket også finder støtte i lovens forarbejder.

²² Om kravene til en kollektiv overenskomst, se Jens Kristiansen, Den Kollektive Arbejdsret, 3. udgave, s. 160ff.

²³ Overenskomstsamarbejdet mellem Kristelig Fagforening og Kristelig Arbejdsgiverforening er ophørt i september 2017. Kristelig Arbejdsgiverforening har efterfølgende indgået landsdækkende overenskomst med Det Faglige Hus.

LOKALAFTALER OG KUTYMER

SJÆLDENT UDBUDT KURSUS

Læs mere og tilmeld dig på
www.juc.dk/LOKU



4.
OKT.

7
LEKT.

KR.
4.995,-
ekskl. moms

Afholdes kl. 09.30 – 16.00 på
Axelborg, Vesterbrogade 4A, 1620 København V

Arbejder du med kollektiv arbejdsret eller har du interesse for området? Sidste år afholdte vi for første gang kurset "Lokalaftaler og kutyster" med Peter Nisbeth. I år gentager vi succesen.

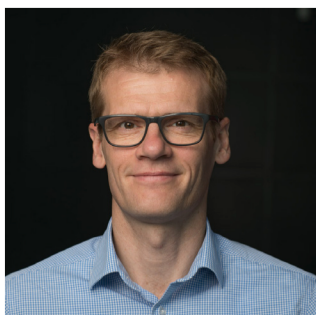
På kurset får du et samlet overblik over rammerne for lokale aftaler, og du bliver klædt på juridisk til at håndtere de spørgsmål og dilemmaer, der kan opstå, når lokale aftaler indgås, leves, fortolkes og opsiges både på det private og offentlige arbejdsmarked.

Lokale aftaler på den enkelte arbejdsplads har fået en fremtrædende rolle i overenskomstsystemet. Den danske arbejdsmarkedsmodel bliver ofte solgt på, at løn- og arbejdsvilkår ikke fastsættes politisk, men aftales gennem kollektive aftaler. Lokalt indgås der f.eks. aftaler om løn, arbejdstid, fridage, betalt frokostpause, rettigheder til uddannelse osv. – listen er lang.

Underviser

Peter Nisbeth

Advokat og fagretlig koordinator hos LO



Nogle af de spørgsmål, som bliver rejst på kurset, er:

- › Hvem er de lokale aftaleparter?
- › Hvad er spillereglerne for lokale forhandlinger og hvordan kommer man ud af en lokalaftale?
- › Hvorfor dog indlade sig på lokale aftaler og ikke bare lade HR-afdelingen udarbejde en ensidig personalepolitik?
- › Hvad er en lokalaftale, en personalepolitik og en kutyme?
- › Hvornår bliver medarbejdere og virksomheder bundet af en kutyme, som end ikke er nedskrevet?
- › Hvad kan man aftale lokalt – i almindelighed og særlige eksempler fra private og offentlige overenskomster?

ANDRE KURSER FRA JUC

Ytringsfrihed for offentligt ansatte på sociale medier
11. september 2018

Ansættelsesrettens 10 mest aktuelle emner
13. september 2018

Bonus- og incitamentsordninger for medarbejdere
25. september 2018

Internationale ansættelser
30. oktober 2018



Axelborg | Vesterbrogade 4A | 1620 København V
tlf: 7020 8260 | juc@juc.dk | www.juc.dk | cvr: 35391304

YDERLIGERE ARBEJDSRETLIGE UDFORDRINGER VED VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSE I INSOLVENSSITUATIONER - EN KOMMENTAR TIL U2018.471H



JENS PAULSEN
ADVOKAT (H), PARTNER

På den ene side styrker højesteretsdommen retsstillingen for de lønmodtagere, der er ansat i en virksomhed, der er under insolvensbehandling, og som ikke omfattes af en virksomhedsoverdragelse. På den anden side hæmmer højesteretsdommen motivationen hos mulige virksomhedskøbere til at overtage virksomheder under insolvensbehandling. En konsekvens af dommen vil givetvis også være, at potentielle købere i virksomhedsoverdragelsessituationer vil tage flere forbehold, hvilket igen vil reducere købesummen og dermed hæmme omsætningen af virksomheder under insolvensbehandling med den konsekvens, at færre arbejdspladser bevares i tilknytning til ophøret af insolvensbehandlingen.

1. VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSESLOVEN - HOVEDPRINCIPPERNE

EØF-direktiv nr. 187 af 14. februar 1977 om *tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter* blev implementeret i dansk ret ved lov nr. 111 af 21. marts 1979 med ikrafttrædelse den 1. april 1979¹. Lovens kaldenavn er virk-

somhedsoverdragelsesloven (vol.) Ved Rådsdirektiv 98/50/EF af 29. juni 1998 blev det oprindelige direktiv ændret - ændringer primært baseret på den ret omfangsrige praksis, der allerede på daværende tidspunkt forelå fra EU-domstolen (på daværende tidspunkt benævnt EF-domstolen).

Ændringsdirektivet er implementeret i dansk ret ved lov nr. 441 af 7. juni 2001. Ændringsdirektivet, som den gældende danske lovgivning er baseret på, har hjemmel i EØF-traktatens art. 100, smh. art. 117, hvor det fastslås, at *det er nødvendigt at fremme en forbedring af arbejdernes leve- og arbejdsvilkår for herigennem at muliggøre en udjævning af disse vilkår på et stadigt stigende niveau*.

1.1. HOVEDVIRKNINGEN AF VOL. § 1

Virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse ved overdragelse af en virksomhed eller en del heraf, der ligger inden for det område, hvor traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab finder anvendelse, jf. vol. § 1, stk. 1. Virksomhedsoverdragelsesloven vedrører overdragelser, der relaterer sig til såvel offentlige som private

¹ Loven og direktivet er bl.a. beskrevet af Lars Svenning Andersen, Bjarke Vejby og Jeppe Høyer Jørgensen: *Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse*, 5. udg., (2009), (fork.: *Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse*); Mette Klingsten: *Ansættelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelse*, 2. udg. (2016), (fork.: *Mette Klingsten*).

virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om virksomheden virker med gevinst for øje, jf. vol § 2, stk. 2, 1. pkt. Ikke mindst i disse omstrukturings- og udflytningstider er det væsentligt at fastslå, at ifølge vol. § 1, stk. 2, 2. pkt., anses en administrativ eller ved lov foretaget omorganisering af offentlige administrative myndigheder eller en overførsel af administrative funktioner mellem offentlige administrative myndigheder ikke af virksomhedsoverdragelseslovens definition af overførsel i virksomhedsoverdragelseslovens forstand.

1.2. HOVEDVIRKNINGEN AF VOL. § 2

Virksomhedsoverdragelseslovens hovedbestemmelse fremgår af § 2, stk. 1, der har sålydende indhold:

Overdrages en virksomhed eller en del heraf, indtræder erhververen umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overtagelsestidspunktet i henhold til:

1. kollektiv overenskomst og aftale,
2. bestemmelser om løn- og arbejdsforhold, der er fastsat eller godkendt af offentlig myndighed, og
3. individuel aftale om løn- og arbejdsforhold.

Bestemmelsen fastslår, at erhververen af en virksomhed i virksomhedsoverdragelseslovens forstand indtræder i rettigheder og forpligtelser i forhold til lønmodtagerne. Normalt giver denne lønmodtagerafgrænsning ikke anledning til vanskeligheder, men særligt i forhold til medarbejdere, der indtager en mere selvstændig rolle, herunder som direktør, forretningsfører, bestyrer, forstander o.l. må der foretages en konkret vurdering af, om der er tale om et lønmodtagerforhold eller et samarbejdsforhold mellem to juridiske enheder, hvoraf ingen af parterne opfylder lønmodtagerkriterierne.

Spørgsmålet om lønmodtagerstatus eller ej skal afgøres efter de nationale regler. I forhold til dansk ret vil også skattemæssige² fortolkningsprincipper i visse tilfælde kunne have vejledende karakter.

I praksis har det særligt været *forpligtelserne*, der har givet anledning til domstolsafgørelser. På baggrund af lovens formulering og med henvisning til såvel national- som EU-retlig domstolspraksis kan det uden videre lægges til grund,

at en erhverver af en virksomhed indtræder i de forpligtelser, der er stiftet af overdrageren før overdragelsestidspunktet³,

at ved virksomhedsoverdragelsen sker der et *debitorskifte*, således at erhververen "overtager" overdragerens forpligtelser over for de overtagne lønmodtagere,

at erhververens overtagelse af forpligtelser alt andet lige resulterer i, at der i virksomhedsoverdragelsesaftaler altid opereres med *refusionsbestemmelser*, hvorefter lønmodtagerforpligtelser i relation til overtagne medarbejdere, hvor forpligtelser, der vedrører tiden før overtagelsestidspunktet, af erhververen kan modregnes over for overdrageren via refusionsopgørelsen,

at erhververens forpligtelse relaterer sig til samtlige på overtagelsestidspunktet hos overdrageren ansatte lønmodtagere, uanset om de på overdragelsestidspunktet var fraværende som følge af evt. (længerevarende) sygdom, orlov, midlertidig hjemsendelse eller evt. suspenderet, og medarbejdere, der på overdragelsestidspunktet var opsagte men endnu ikke fratradte,

at erhververen (også) indtræder i opsigelser, som overdrageren har afgivet inden overtagelsestidspunktet.

² Jf. Personskattecirkulærets (cirk. nr. 129 af 04.07.1994) pkt. 3.1.1 om afgrænsning mellem lønmodtagere og selvstændige erhvervsdrivende.

³ Jf. bl.a. Jørgen Nørgaard og Lennart Lynge Andersen: U1987B.113: *Virksomhedsoverdragelsesloven og konkurs*.

1.3. HOVEDVIRKNINGEN AF VOL. § 3

Det fremgår af vol. § 3, stk. 1, at *afskedigelse på grund af overdragelse af en virksomhed eller en del heraf anses ikke for rimeligt begrundet i virksomhedens forhold, medmindre afskedigelsen skyldes økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer.*

Populært sagt præciserer vol. § 3, hvad der allerede fremgår af vol. § 2, nemlig at en virksomhedsoverdragelse ikke i sig selv er udtryk for en saglig begrundelse for at foretage opsigelser. Opsigelsesbeskyttelsen efter vol. § 3, stk. 2, er betinget af, at der er tale om en virksomhedsoverdragelse, der omfattes af definitionen i vol. § 1.

De i vol § 3, stk. 1, anførte gyldige opsigelsesgrunde: 1) *økonomiske*, 2) *tekniske* eller 3) *organisatoriske årsager*, er udtryk for generelt saglige opsigelsesbegrundelser, når en opsigelse er begrundet i arbejdsgiverens forhold, og indgår ofte – også uden for insolvenssituationen – ved vurdering af opsigelsers saglighed, både i henhold til ful. § 2b⁴ og Hovedaftalen § 4, stk. 3, litra e.

Vol. § 3, stk. 2, vedrører den situation, at arbejdsaftalen ophæves af en lønmodtager fordi virksomhedsoverdragelsen medfører væsentlige ændringer af den pågældende lønmodtagers arbejdsvilkår til skade for lønmodtageren. I denne situation sidestilles lønmodtagerens ophævelse med en opsigelse afgivet af arbejdsgiveren. Denne bestemmelse giver særlige udfordringer, hvor det næsten vil være et uafvendeligt faktum, at en virksomhedsoverdragelse vil medføre væsentlige vilkårsændringer i tilnærmelsesvis samtlige ansættelsesvilkår, nemlig i de situationer, hvor en virksomhed overdrages med henblik på, at alle eller tilnærmelsesvis alle aktiviteter flyttes fra det oprindelige domicil til et domicil, der afstandsmæssigt er placeret så langt⁵

fra den oprindelige virksomhedsadresse, at isoleret set ville et pålæg om uden varsel at udføre arbejde fra den nye virksomhedsadresse berettigede lønmodtageren til at betragte ansættelsesforholdet som opsagt. Ikke enhver ophævelse af ansættelsesaftalen fra lønmodtagerens side i denne situation vil være en overtrædelse af vol. § 3, stk. 1, jf. § 2. Også i denne situation skal der tages højde for, om flytningen isoleret set kan tilskrives økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager. Det vil som absolut hovedregel være udgangspunktet, når det er et faktum, at den insolvente virksomhed ikke vil kunne fortsætte som on-going.

2. VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSESLOVEN I KONKURS, REKONSTRUKTIONS- OG FRIVILLIG AKKORDSITUATIONEN

Såvel det oprindelige virksomhedsoverdragelsesdirektiv som det efterfølgende direktiv var begge *minimumsdirektiver*. Ved lov nr. 141 af 7. juni 2001 gennemførtes to ændringer af virksomhedsoverdragelsesloven, der ikke var påkrævede for at implementere EU-direktivet.

For det første blev det ved 2001-lovens § 1, stk. 3, fastslået, at virksomhedsoverdragelsesloven *finder anvendelse ved et konkursbos videresalg af en virksomhed eller en del heraf til en erhverver*. Denne bestemmelse fremgik ikke af den oprindelige virksomhedsoverdragelseslov. Både i forhold til den oprindelige og den gældende virksomhedsoverdragelseslov er det væsentligt at slå fast, at en virksomheds overgang til et konkursbo som følge af afsigelse af konkursdekret ikke er en virksomhedsoverdragelse i virksomhedsoverdragelseslovens forstand. Det er først ved konkursboets (videre) overdragelse, at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse. Det kan allerede her fastslås, at hvad der gælder i forhold til konkursboer også er gældende i forhold til virksomheder under rekon-

⁴ Jf. *Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse*, s. 257 ff.; *Mette Klingsten*: s. 367 ff.; Lars Svenning Andersen m.fl.: *Funktionærret*, 5. udg. (2016), (fork.: *Funktionærret*), s. 781; Jens Paulsen: *Afskedigelse - arbejdsgiverens ledelsesret og ledelsespligt, alm. del* (2015), (fork.: *Afskedigelse*), s. 602 ff.; H. G. Carlsen v/Danielle Buhl og Jeppe Høyer Jørgensen: *Dansk Funktionærret*, 8. udg., (2014), (fork.: *HG Carlsen*), s. 367 ff.; Henrik Karl Nielsen: *Funktionærloven*, 6. udg. (2013), (fork.: *Funktionærloven*), s. 296 ff.; Jørgen Rønnow Bruun: *Usaglig afskedigelse - en håndbog*, 1. udg. (2006), (fork.: *Usaglig afskedigelse*), s. 117 ff.

⁵ Jf. bl.a. *Funktionærret*, s. 253 ff.; *Afskedigelse*, s. 245 ff., særligt s. 259 ff.

struktionsbehandling i henhold til konkurslovens afsnit IA. Ved frivillig akkord-forhandling opereres ikke med fristdag eller "officiel" skæringsdag, og i og med der, hvad enten det sker i form af "stille" betalingsstandsning eller "helt stille" betalingsstandsning, iværksættes en frivillig akkord-forhandling, indebærer denne de facto frivillige akkord-forhandling ikke, at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse. Også i denne situation er det først på det tidspunkt, hvor der sker en virksomhedsoverdragelse fra overdrageren (under frivillig akkord-forhandling) til erhververen, at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse.

For det andet blev vol. § 4a indført som en del af gældende dansk ret ved 2001-loven. Bestemmelsen relaterer sig til overenskomstdækkede virksomheder, uanset om der er tale om overenskomst indgået mellem arbejdsgiverorganisation og lønmodtagerorganisation, virksomhedsoverenskomst eller tiltrædelsesoverenskomst. Essensen af vol. § 4a er, at erhververen af en overenskomstdækket virksomhed inden 5 uger efter det tidspunkt, hvor erhververen vidste eller burde vide, at de ansatte, eller en del af de ansatte på den overtagne virksomhed, har været omfattet af en kollektiv overenskomst, skal give meddelelse til den faglige organisation, der har overenskomst med den pågældende virksomhed, såfremt erhververen ikke ønsker at tiltræde (og videreføre) den på overtagelsestidspunktet gældende overenskomst. En sådan tilkendegivelse om ikke at ville være omfattet af overenskomsten på den overtagne virksomhed benævnes i praksis som en *frasingelse af overenskomsten*.

5-ugersfristen i henhold til vol. § 4a skal ses i sammenhæng med den i bestemmelsen anførte 3-ugersfrist, hvorefter erhververen af en virksomhed, uanset hvornår virksomhedsoverdragelsesaftalen blev indgået i forhold til overtagelsestidspunktet, altid har 3 uger fra overtagelsestidspunktet til at give

meddelelse om ikke at ville fortsætte overenskomstforholdet.

Overholder erhververen ikke meddelelespligten og de anførte frister, anses erhververen at have tiltrådt den på overtagelsestidspunktet gældende overenskomst. Er erhververen af virksomheden allerede omfattet af en anden overenskomst end den overenskomst, overdrageren var omfattet af, vil den manglende frasingelse af overenskomsten betyde, at erhververen fremadrettet vil være *dobbelt overenskomstdækket* - ofte en ikke særlig hensigtsmæssig situation.

3. REFERAT AF U2018.471H

Højesteretsdommen vedrørte en situation, hvor kurator i et konkursbo overdrog en række medarbejdere til en erhverver, men ikke alle medarbejdere og bl.a. ikke en *tillidsrepræsentant*. I praksis kommer man sjældent ud for, at alle medarbejdere omfattes af en virksomhedsoverdragelse i situationer, hvor overdrageren er under insolvensbehandling. Udgangspunktet er derfor, at der ofte vil blive fravalgt medarbejdere - et fravalg, der i praksis foretages af overdrageren, men i princippet efter ønske fra erhververen.

Højesteret skulle tage stilling til, om en virksomheds-erhververs fravalg af medarbejdere ved en virksomhedsoverdragelse, hvor overdrageren var under insolvensbehandling, var beskyttet af vol. § 2, jf. § 3.

U2018.471H vedrørte konkret retsstillingen i forhold til en ikke-virksomhedsoverdraget tillidsrepræsentant. Samme problemstilling gør sig gældende i forhold til samtlige ikke-virksomhedsovertagne lønmodtagere, men med forskellig styrke afhængig af, hvilken *opsigelsesbeskyttelse* den enkelte lønmodtager er omfattet af, enten de almindelige⁶ regler om sikring af saglighed ved opsigelser, eller de

⁶ Jf. særligt ful. § 2b og Hovedaftalens § 4, stk. 3, litra a, jf. litra e.

særlige⁷ regler om sikring af saglighed ved opsigelser.

De faktiske omstændigheder i sagen var følgende:

I en virksomhed blev en medarbejder den 1. december 2004 ansat som *mediekonsulent*. Virksomheden, der ikke var medlem af en arbejds-giverforening, havde indgået overenskomst med Dansk Metal på baggrund af Industriens Funktionæroverenskomst, men på visse punkter på bedre for lønmodtagerne (tillidsrepræsentanten) aftalte vilkår.

Medarbejderen blev valgt som *tillidsrepræsentant* (fællestillidsrepræsentant) i 2006 og havde fra 1. januar 2010 stillingsbetegnelsen: *Large account manager*.

Arbejdsgiveren kom i økonomiske vanskeligheder, og den 24. november 2011 blev der afsagt *konkursdekret*. *Ultimo november 2011* blev et betydeligt antal medarbejdere opsagt. Driften fortsatte delvist under konkursbehandlingen med et *nødberedskab* bestående af ca. 20 nøglepersoner. De resterende medarbejdere - ca. 220 - blev suspenderet på dekretdagen.

Den 23. december 2011 blev der underskrevet *overdragelsesaftale*. Det fremgår af bilag til overdragelsesaftalen, hvilke medarbejdere, der omfattedes af overdragelsen. Den 27. december 2011 meddelte kurator, at tillidsrepræsentanten ikke blev omfattet af virksomhedsoverdragelsen, der effektueredes med *overtagelsesdag* 30. december 2011. Alle ikke-overtagne medarbejdere og ikke tidligere fritstillede medarbejdere blev *fritstillet* den 31. december 2011. Samtidig blev tillidsrepræsentanten opsagt med det for hans ansættelse gældende kortest mulige varsel.

I februar 2012 blev enkelte medarbejdere, herunder tillidsrepræsentanten, tilbudt (gen)ansættelse. Efter mailudveksling den 29. februar 2012 meddelte tillidsrepræsentanten, at han ikke ønskede genansættelse på de nu endeligt tilbudte vilkår. Den 21. maj 2012 fik tillidsrepræsentanten ny ansættelse hos anden arbejdsgiver med tiltrædelse 1. september 2012. Ifølge den overenskomst, som tillidsrepræsentanten var omfattet af, var der efter *særaftale IX - regler for tillidsrepræsentanter m.v.* indgået følgende aftale: *Godtgørelse for uberettiget opsigelse udgør mindst⁸ 12 måneders løn*.

Under tillidsrepræsentantens ansættelse havde han prøvet alle salgsfunktioner. Han havde succes med salget og leverede "top performance" med højeste provision.

Tillidsrepræsentantens chef de seneste 3 år udtalte i retten, at tillidsrepræsentanten var en loyal og pligttopfyldende medarbejder samt en god sælger, og at det ville være naturligt ved en virksomhedsoverdragelse, at tillidsrepræsentanten medfulgte. Det blev tillige oplyst, at tillidsrepræsentanten havde vundet en tur til New York i en "guldklub"-konkurrence, hvor alene de bedste "top performers" kom med - det var i 2010 eller 2011. En anden chef forklarede, at tillidsrepræsentanten var en "top performer", som nåede sine mål godt og vel.

En repræsentant for kurator forklarede, at ultimo december 2011 blev den del af de tilbageværende medarbejdere, som køberne af virksomheden ikke ønskede at overtage, opsagt og fritstillet. Repræsentanten forklarede også, at køberen havde adgang til et datarum, hvor der var fin adgang til data med henblik på udvælgelse af medarbejdere. Køberen meddelte

⁷ I princippet samtlige specifikke beskyttelsesregler, der operer med godtgørelse i tilfælde af usaglig opsigelse, i praksis særligt ved overtrædelse af ligebehandlingsloven, forskelsbehandlingsloven, opsigelse af tillidsrepræsentant og arbejdsmiljørepræsentant o.l.

⁸ En kollektiv aftalt godtgørelsesregel på mindst 12 måneders løn uden hensyntagen til tillidsrepræsentantens anciennitet og omstændighederne i øvrigt er ikke udtryk for et normalt eller sædvanligt godtgørelsesniveau i situationer, hvor en tillidsrepræsentant opsiges uberettiget. Om godtgørelsesniveauet se Ole Hasselbalch: *Tillidsmandsret og repræsentation*, 3. udg. (2013), s. 441 ff.

kurator, hvilke medarbejdere købererne gerne ville overtage. Købererne rådførte sig måske indirekte med konkursboet. Den 23. december 2011 blev det bestemt, hvilke medarbejdere der skulle virksomhedsovertages. Det blev af kurators repræsentant udtrykt således: *Det var køber, som satte sit hold.* Endelig oplyste kurators repræsentant, at der ikke var tid til nærmere forhandling så tæt på jul, også henset til at der var tale om en kæmpe overdragelsesproces, som blev forceret. Køberens daværende HR-direktør forklarede, at købererne ikke måtte gå i dialog med medarbejderne.

Overenskomsten blev af købererne frasagt i tilknytning til virksomhedsoverdragelsen, jf. vol. § 4a.

4. HØJESTERETSDOMMENS FASTLÆGGELSE AF GÆLDENDE RET

I gengivelsen af dommen anfører retten i Glostrup under overskriften: *Sagens baggrund og parternes påstande: "Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt en tillidsrepræsentant, der var opsagt og fritstillet i en konkursramt virksomhed, har krav i henhold til overenskomst i forbindelse med en virksomheds-overdragelse til en anden virksomhed, som frasagde sig overenskomsten."*

Det kan uden videre lægges til grund, at det faktum, at en erhverver efter vol. § 4a frasiger sig overenskomsten, som var gældende på den overtagne virksomhed, ikke fritager erhververen for at respektere de overenskomstmæssige forpligtelser, der var gældende på den overtagne virksomhed på overdragelsestidspunktet. Det er da også spørgsmålet, om beskrivelsen af sagens baggrund er helt korrekt. Efter tidligere praksis⁹ fandtes vol. § 3 efter dens indhold at vedrøre en *afskedigelsessituation*, hvorfor ... *bestemmelsen [derfor] ikke finder anvendelse på*

beslutningen om ikke at genantage medarbejderen, og der er heller ikke under de foreliggende omstændigheder grundlag for at udstrække bestemmelsen til at omfatte denne beslutning [om ikke at foretage (gen)ansættelse af medarbejderen].

Efter U2012.1910VL¹⁰ og ØL0303.2015, 5. afd., af 02.05.2016, havde erhververen af en virksomhed i realiteten "frit valg på alle hylde" ved udøvelsen af skønnet over, hvilke medarbejdere der ønskedes virksomhedsoverdraget, og hvilke medarbejdere der ikke ønskedes overført. Det kan også udtrykkes derhen, at før U2018.471H var de almindelige ansættelsesretlige regler omkring afskedigelsesbeskyttelse sat ud af kraft, når der forelå en virksomhedsoverdragelse i en situation, hvor overdrageren var under insolvensbehandling. Sådan er det ikke efter U2018.471H.

Det følger af U2018.471H, at det tidligere tilnærmelsesvis frie valg en erhverver af en virksomhed havde med henblik på at vælge, hvilke medarbejdere han ønskede omfattet af en virksomhedsoverdragelse, nu er frataget erhververen. Ved virksomhedsoverdragelser - også hvor overdrageren er insolvent - vil enhver beslutning om ikke at virksomhedsoverdrage en medarbejder i princippet blive bedømt som en opsigelse af den pågældende medarbejder. Sagligheden af disse opsigelser skal vurderes ud fra de *saglighedskriterier*, der gælder i forhold til den enkelte lønmodtager på det tidspunkt, hvor lønmodtageren opsiges. Opsigelsen og ofte tillige fritstillingen vil i tilnærmelsesvis samtlige tilfælde være sket inden virksomhedsoverdragelsen. Det er der i hvert fald to årsager til. *For det første* vil det i langt de fleste tilfælde være påkrævet at iværksætte tabsbegrænsende tiltag ved bl.a. opsigelser. *For det andet* tilsiger fast LG-praksis¹¹ omkring håndteringen af virksomhedsoverdragelser i konkurs, at det er nød-

⁹ Jf. U2012.1910VL og den indankede østrelandsretsdom i U2018.471H: ØL 0303.2015, 5. afd., af 02.05.2016.

¹⁰ I sagen var der af lønmodtageren også nedlagt påstand om godtgørelse i medfør af lbl. § 16 som følge af påstået overtrædelse af lbl. § 9.

¹¹ Jf. Peer Schaumburg-Müller, Bo Lauritzen og Snorre Andreas Kehler: *Lønmodtagernes Garantifond*, 3. udg. (2013), s. 48 ff. Se også afsnit 5.2.

vendigt, at ikke-virksomhedsoverdragne medarbejdere på overragelsestidspunktet er opsagte og fritstillede.

Med Højesterets ændring af retsstillingen ved U2018.471H vil det i realiteten fremadrettet være erhververen, der har eller bør have en væsentlig interesse i at få oplysninger omkring samtlige lønmodtagere på den virksomhedsoverdragne virksomhed, inden det besluttes, hvilke medarbejdere der skal virksomhedsoverdrages. Det hænger sammen med, at selvom det er overdrageren, der de facto foretager opsigelserne, vil det i realiteten være erhververen, der bestemmer, hvilke lønmodtagere der ønskes virksomhedsoverdraget. U2018.471H fastslår, at det i denne situation er erhververen, der bærer ansvaret for, om de foretagne opsigelser - eller rettere: om beslutningen om ikke at virksomhedsoverdrage en eller flere medarbejdere - kan anses som usaglige opsigelser, der kan resultere i godtgørelsesansvar for erhververen.

5. HØJESTERETSDOMMENS KONSEKVENSER

Højesteretsdommens konsekvenser vil dels være betydelige, dels ramme bredt. Konsekvenserne vil være af: 1) arbejdsretlig karakter, 2) insolvensretlig karakter og 3) M&A-retlig karakter.

5.1. ARBEJDSRETLIGE KONSEKVENSER

U2018.471H nødvendiggør, at der også i enhver virksomhedsoverdragelse i konkurs og under rekonstruktionsbehandling iværksættes en due diligence-proces i forhold til mulige medarbejdere, som kan omfattes af en virksomhedsoverdragelse. Det kan skabe praktiske vanskeligheder. På den ene side vil en del medarbejdere være enten suspenderede og i en række tilfælde fritstillede, med den konsekvens, at i hvert fald fritstillede medarbejdere ikke ansættelsesretligt har pligt til at besvare eventuelle forespørgsler fra en potentiel virksomhedskøber. På den anden side vil en eller flere fritstillede medarbejders nægtelse af at efterkomme opfordringer om at give oplysninger om deres ansættelsesforhold, herunder ønsker til fremtiden, i sig selv kunne være et argument, der gør, at et fravalg af sådanne

medarbejdere ikke ligestilles med en usaglig opsigelse. I langt de fleste tilfælde må det påregnes, at en virksomhedskøber vil stille krav om, at i det omfang køberen bliver mødt af godtgørelseskrav og de facto bliver dømt til at betale godtgørelse til en ikke-virksomhedsoverdraget lønmodtager, vil dette godtgørelseskrav skulle refunderes virksomhedskøberen af sælgeren. Det vil en virksomhedssælger - hvad enten der er tale om et konkursbo eller en virksomhed under rekonstruktionsbehandling - normalt ikke være interesseret i. Det er der flere årsager til. *For det første* vil der kun sjældent være frie midler, hvori et evt. godtgørelseskrav kan modregnes. *For det andet* vil en insolvent sælger ikke påtage sig en risiko for, at der træffes u hensigtsmæssige dispositioner fra en erhververs side. Det må derfor antages, at der fremadrettet i større omfang end hidtil vil blive indgået procesaftaler mellem erhververen og overdrageren, således at en evt. risiko for betaling af godtgørelse ved ikke-virksomhedsoverdragelse af en eller flere medarbejdere fordeles i et på forhånd aftalt forhold mellem erhververen og overdrageren. Sådanne procesrisikoaftaler vil normalt skulle være tiltrådt af overdragerens panthaver - som regel virksomhedspanthaver - eftersom der ved udtømmende virksomhedspannt ikke vil være frie aktiver til sælgers opfyldelse af indgåede procesaftaler.

I enkelte tilfælde må konsekvensen af U2018.471H antages at blive, at der ikke gennemføres en virksomhedsoverdragelse. Det gælder i de situationer, hvor der på den pågældende virksomhed er et betydeligt antal lønmodtagere, der hver især er omfattet af afskedigelsesbeskyttelse, og hvor der mellem overdrageren og erhververen ikke kan opnås enighed om fordeling af procesrisikoen, såfremt der af en eller flere af disse medarbejdere efterfølgende lægges sag an mod erhververen med påstand om godtgørelse for ikke at være blevet virksomhedsoverdraget.

5.2. INSOLVENSRETLIGE KONSEKVENSER

Også efter retsstillingen før U2018.471H ville erhververe af virksomheder ofte betinge sig, at de ikke overtog lønmodtagerforpligtelser over for andre

lønmodtagere end de lønmodtagere, som erhververen ønskede omfattet af virksomhedsoverdragelsen. Det voldte efter hidtidig praksis¹² ikke større udfordringer, idet hidtidig ret var af den opfattelse, at fravalg af en eller flere medarbejder(e) i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse i insolvenssituationen ikke betragtedes som en opsigelse, der skulle vurderes efter de arbejdsretlige sagligheds-kriterier.

I det omfang erhververen eller dennes rådgiver har gjort sig retsstillingen i henhold til U2018.471H klar, vil en erhverver generelt forsøge i virksomhedsoverdragelsesaftalen at få indføjet en bestemmelse, hvorefter eventuelle godtgørelseskrav, der kan gøres gældende mod erhververen for usaglig afskedigelse, kan kræves refunderet via refusionsopgørelsen. Et sådant vilkår vil overdrageren normalt ikke kunne acceptere. Det kan der være flere årsager til. *For det første* vil det være erhververen, der i denne situation udøver skønnet over, hvilke medarbejdere der ønskes virksomhedsoverdraget. *For det andet* vil der sjældent ved virksomhedsoverdragelser efter 1. januar 2006¹³ i insolvenssituationer være friaktiver, hvori evt. godtgørelseskrav kan modregnes. *For det tredje* vil de fleste aktiver, ud over lønmodtagere der omfattes af en virksomhedsoverdragelse, normalt være pantsatte ved enten pant i fast ejendom, pant i erhvervstilbehør, virksomheds- eller fordringspant eller ved løsøre pant. På denne baggrund vil en bestemmelse i en virksomhedsoverdragelsesaftale om refusion derfor kun kunne få effekt, såfremt pantgiveren accepterer at frigive værdien af pantsatte aktiver i et sådant omfang, at modregning praktisk bliver mulig. Retsstillingen må derfor også i insolvensretlig henseende antages at resultere i et betydeligt større fokus på due diligence-undersøgelser i forhold til ikke blot virksomhedsoverdragne lønmodtageren, men på den samlede medarbejderstab, der var ansat på dekrettidspunktet eller på det tidspunkt,

hvor overdrageren begærede rekonstruktionsbehandling.

5.3. M&A-RETLIGE KONSEKVENSER

Virksomheder under insolvensbehandling, hvad enten det er under konkursbehandling eller rekonstruktionsbehandling, vil ofte være i en midlertidig fase. Konkursboer skal afvikles, jf. kl. § 110, stk. 1. Rekonstruktionsbehandlinger har en maksimal udstrækning på små 12 måneder, jf. kl. § 13, stk. 1, jf. § 13a, stk. 1, smh. § 11e, stk. 5.

Formålet med en konkursbehandling er realisation af konkursboets aktiver. Det er alene vilkårene, hvorunder der kan ske realisation, der er forskellige fra konkursbo til konkursbo. I jo højere grad det er muligt at sælge en virksomhed - også under konkurs - med henblik på fortsat drift, jo højere vil værdiansættelsen af virksomheden være. Det vil i særlig grad være virksomhedens panthavere, der har interesse i en høj pris, og derfor må virksomhedspanthavere og andre panthavere nødvendigvis fremadrettet skulle involvere sig dybere i due diligence-processen, også for så vidt angår lønmodtagerkrav, end man tidligere har oplevet.

6. KONKLUSION

Retsstillingen før U2018.471H var set fra en praktikers side ret belejlig. I hvert fald var det ikke arbejdsretlige betragtninger, der var hovedårsagen til, at det ikke ville være muligt at gennemføre virksomhedsoverdragelser af virksomheder under insolvensbehandling. Ud fra et overordnet samfundshensyn er det derfor vanskeligt at kritisere retspraksis før U2018.471H.

Med U2018.471H er den arbejdsretlige beskyttelse udvidet. Det kunne der være god grund til i de situationer, hvor der sker en virksomhedsoverdragelse til en erhverver af en virksomhed, hvor erhververen helt eller delvist er "genganger" i forhold til overdrageren, nemlig hvor den tidligere kapitalejer også

¹² Jf. U2012.1910VL og ØL0303.2015, 5. afd., af 02.05.2016.

¹³ Som følge af, at der med virkning pr. denne dato blev indført virksomheds- og fordringspant i dansk ret i henhold til lov nr. 560 af 24.06.2005.

fremadrettet er kapitalejer i en eller anden udstrækning. Om der er samme rimelighed i retsstillingen i situationer, hvor der sker overdragelse til uafhængig tredjemand, kan man måske godt sætte spørgsmålstegn ved. Rimelig eller ej er retsstillingen uafhængig af, om der sker virksomhedsoverdragelse til en nærtstående eller en ikke-nærtstående. I enhver virksomhedsoverdragelsessituation - også hvor overdrageren er under insolvensbehandling - skal der foretages en konkret saglighedsvurdering af samtlige ansættelsesforhold, der kunne blive omfattet af en virksomhedsoverdragelse. Kan erhververen ikke løfte bevisbyrden for, at der er truffet afgørelse om, hvem der omfattes af en virksomhedsoverdragelse på et ansættelsesretligt sagligt grundlag, risikerer erhververen at ifalde et godtgørelseskrav fra en eller flere medarbejdere, der ikke virksomhedsoverdrages.

En konsekvens af retsstillingen efter U2018.471H vil givetvis blive, at der vil blive iværksat betydeligt mere udtømmende due diligence-undersøgelser end hidtil, og at flere virksomhedsoverdragelser end hidtil vil blive frafaldet, simpelthen fordi det ikke er muligt at nå til enighed om håndteringen/fordelingen af risikoen for betaling af godtgørelseskrav, der måtte blive rejst fra ikke-virksomhedsoverdragne medarbejdere.

Ansættelsesretligt er U2018.471H isoleret set udtryk for en lønmodtagerretlig landvinding. Sådan forholder det sig ikke nødvendigvis, når U2018.471H skal vurderes i et bredere erhvervs- og samfundsmæssigt perspektiv. Sikkert er dog, at holder særligt erhververes rådgivere sig ikke U2018.471H for øje, er kimen lagt til et rådgiveransvar.

FORFATTERLISTE



RUTH NIELSEN
PROFESSOR, DR.JUR.

Ruth Nielsen har siden 1993 været professor ved Juridisk Institut, CBS (Copenhagen Business School). Hun har skrevet bøger og artikler, navnlig om EU-retlige, arbejdsretlige og retsteoretiske emner.

Ruth Nielsen driver forskning ved hjælp af juridisk metode primært i generel EU-ret, arbejdsret og ligestillingsret. Ruth har desuden i de senere år været projektleder på et projekt om udvikling af EU-retlig metode, herunder udviklingen af en europæisk realistisk retsteori.



OLE HASSELBALCH
PROFESSOR, JUR.DR.

Ole Hasselbalch er professor ved Juridisk Institut, Aarhus School of Business and Social Sciences (Aarhus Universitet). Han har skrevet en lang række bøger og artikler om jura (især arbejdsret og foreningsret) og samfundsforhold. Blev fra midten af 1980'erne kendt for sin kritik mod den førte indvandringspolitik. Deltog under Den Kolde Krig i arbejdet på at afdække og modvirke den påvirkningsoffensiv, Warszawa-pagten førte med henblik på at få Danmark løsrevet fra NATO.

Ole Hasselbalch skabte med sin licentiatafhandling "Ansættelsesret" fra 1975 denne juridiske disciplin og har med disputatsen "Arbejdsretlige Funktioner" (1979) og bogen "Den Danske Arbejdsret" bundet arbejdsrettens forskellige grene sammen i denne juridiske disciplins moderne form.



METTE KLINGSTEN
ADVOKAT (H)

Mette Klingsten er advokat med møderet for Højesteret og driver virksomhed i regi af Mette Klingsten Advokatfirma.

Mette Klingsten er forfatter til en række bøger, og har senest udgivet 2. udgaven af "Ansættelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelse".



BJØRN HOLTZE
ADVOKAT (L), PH.D.
STUDERENDE

Ph.d.-studerende ved Aalborg Universitet i arbejdsret og EU-ret, samt advokat (L) ved Krifa (pt. orlov fra denne stilling).

Bjørn Holtze har arbejdet med ansættelsesret og arbejdsret siden 2004, og undervist på AAU siden 2011.



JENS PAULSEN
ADVOKAT (H), PARTNER

Jens Paulsen er tilknyttet DAHLs faggrupper for hhv. insolvensret og arbejdsret.

Jens Paulsen har over en årrække fungeret som kurator, rekonstruktør, frivillig akkordleder og brugspanteadvokat og har i denne egenskab medvirket ved gennemførelse af et betydeligt antal virksomhedsoverdragelser, der alle særligt har været kendetegnet ved, at sælgeren var under insolvensbehandling.

Han er kursusafvikler og oplægsholder inden for såvel insolvens- som arbejdsret og har fungeret som voldgiftsdommer i flere sager.

Han er forfatter/medforfatter til adskillige insolvens- og arbejdsretlige artikler og bøger.

HRJURA

MAGASINET

ANSÆTTELSES- OG ARBEJDSRET

