

**UDSKRIFT  
AF  
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG**

---

**D O M**

Afsagt den 14. december 2018 af Østre Landsrets 17. afdeling  
(landsdommerne Arne Brandt, Louise Saul og Anne-Sophie Abel Lohse (kst.))

17. afd. nr. B-310-18:

FTF som mandatar for

Dansk Tandplejerforening som mandatar for

A

(advokat Ann-Beth Kirkegaard)

mod

Tandlægeforeningen som mandatar for

X v/B

(tidligere Y v/B)

(advokat Bo Enevold Uhrenfeldt)

Denne sag, der er anlagt ved stævning af 6. oktober 2017, er ved kendelse af 9. februar 2018 henvist til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

Sagen vedrører i første række spørgsmålet om, hvorvidt A i medfør af ferielovens § 23, stk. 2, har krav på kompensation for mistet provision under afholdelse af ferie i perioden fra august 2011 til og med 2016, og i givet fald hvorledes dette skal beregnes. Endvidere vedrører sagen et spørgsmål om, hvorvidt det var berettiget, at X v/B (tidligere Y v/B) i perioden

april til september 2016 nedsatte As provisionsafklønning i forbindelse med en reduktion af det offentlige tilskud til tandbehandlinger.

Sagsøgeren, FTF som mandatar for Dansk Tandplejerforening som mandatar for A, har endeligt nedlagt følgende påstande:

1) X v/B tilpligtes at anerkende, at der tilkommer A løn under ferie i perioden august 2011 til og med 2016, og at den del, der udgøres af variabel provision, skal beregnes efter en gennemsnitsberegning af As provision i de 3 forudgående måneder.

2) X v/B tilpligtes at anerkende, at det ikke var berettiget at reducere As provision med 5,6 % i perioden april 2016 til september 2016.

Sagsøgte, Tandlægeforeningen som mandatar for X v/B, har endeligt nedlagt påstand om frifindelse.

De endelige påstande er nedlagt under hovedforhandlingen, hvor parterne efter indgåelse af en procesaftale ændrede sagen til et anerkendelsessøgsmål.

### **Sagsfremstilling**

A blev den 1. januar 2008 ansat på Y v/B (herefter: X v/B). Hendes ansættelsesforhold reguleredes af ansættelsesbrev af 14. november 2007, der senere blev erstattet af ansættelsesbrev af 4. oktober 2011. Ansættelsen skete i henhold til gældende overenskomster mellem Dansk Tandlægeforening og Dansk Tandplejerforening. Hendes løn bestod af en fast løn tillagt en provisionslø, der fra den 1. august 2010 udgjorde 25 % af indgået honorar over 75.000 kr.

Det fremgår af sagen, at det honorar, som provisionen blev beregnet på baggrund af, var patientindbetalingerne tillagt modtaget tilskud fra den offentlige sygesikring.

As løn var i perioden fra maj 2011 til juni 2016 sammensat således:

År	Fast løn inkl. pension, ferietillæg, løn under sygdom og ferie	Provision	Provisionens andel af den samlede løn
2011 (maj-december)	310.965,34	52.479,95	14,4 %
2012	550.194,25	81.338,55	14,8 %
2013	509.706,06	95.595,31	18,7 %
2014	587.519,24	118.432,34	20,1 %
2015	484.921,80	158.518,76	32,7 %
2016 (januar-juni)	246.038,82	89.949,35	36,6 %

Overenskomst om tandlægehjælp, som er indgået mellem Regionernes Lønnings- og Takstnævn og Tandlægeforeningen, og som er ændret ved aftale af 14. november 2014, har som bilag 1 en aftale om overenskomstens økonomi, hvoraf fremgår blandt andet:

”Rammen følger kalenderåret, og udgiftsudviklingen inden for overenskomstens område følges af parterne i kvartalsvise opgørelser, der viser regionernes udgifter vurderet i forhold til den aftalte ramme.

...

Hvis den kvartalsvise opgørelse viser tegn på, at udgifterne ikke kan holdes inde for den samlede aftale ramme, drøfter parterne mulighederne for at iværksætte udgiftsdæmpende tiltag.

Hvis de årlige udgifter til tandlægebehandling på trods af eventuelle udgiftsdæmpende tiltag alligevel overstiger den aftalte ramme, sker der med virkning fra den førstkommende regulering en modregning først i reguleringen dernæst via en nedsættelse af tilskuddene.

...

Parterne er enige om at tilskuds-nedsættelsen ikke overvælttes på patienterne, og at patienternes egenbetaling i kroner ikke berøres...”

Det fremgår af udateret tekstbesked med titlen ”Vedr tilbagebetaling til regioner – tandplejere” fra ..., chefkonsulent hos Dansk Tandplejerforening, at arbejdsgiveren fremadrettet kunne ”trække 5,6 % af den del af jeres omsætning, som udgøres af sygesikringen.”

Der er i sagen fremlagt mailkorrespondance mellem Tandlægeforeningen som repræsentant for X v/B og Dansk Tandplejerforening samt FTF som repræsentant for A.

Korrespondancen omhandler flere elementer af As honorering.

Tandlægeforeningen skrev den 24. august 2016 til Dansk Tandplejerforening blandt andet:

”Det er korrekt, at Tandlægeforeningen ikke er enig i, hvordan Tandplejerforeningen beregner udbetaling af provision under ferie.

...

Det er derfor ikke min opfattelse, at A har krav på beregning af en fiktiv gennemsnitsberegning af de sidste tre måneders provision før ferien.

A har selvfølgelig krav på sin faste løn hver måned, og under ferie har A desuden krav på feriegodtgørelse på 12,5 % af provisionen. Jeg har i gang med at foretage udregning af As feriegodtgørelse optjent i 2015 til brug for ferieåret 2016/2017. Derudover er jeg også i gang med gennemgang af omsætningslister i forhold til udregning af manglende feriegodtgørelse for tidligere år.”

Den 20. april 2017 skrev FTF til Tandlægeforeningen blandt andet:

”Den tilbageværende tvist mellem parterne ser jeg som følgende:

1. Forældelsesspørgsmålet vedrørende beløbene hidrørende fra 2011. Her beder jeg dig overveje forældelseslovens § 21, stk. 5, som jeg agter at påberåbe mig.

...

3. Tilgodehavende provision (og tilhørende følgeposter i form af pension og ferietillæg). Omdrejningspunktet er her dels 5,6%-reduktionen, som jeg muligvis må frafalde, men dels også manglende provision af offentlige betalinger anført som KOM og BUT. Jeg har forstået at førstnævnte er betaling i form af sociale bevillinger og sidstnævnte er børnetandpleje. Hvad jer jeres og tandlægens holdning til dette spørgsmål ?

...

5. Beregningsmodellen ved kompensation for provisionstab under ferie (og tilhørende følgeposter i form af pension men ikke ferietillæg).”

Tandlægeforeningen besvarede dette ved mail af 15. maj 2017, hvoraf fremgår blandt andet:

”Det kan accepteres, at august til december 2011 ikke er forældet, jf. forældelseslovens § 21, stk. 3.

...

Tandlægeforeningen og vores medlem kan ikke acceptere den beregningsmetode, som I anvende til at beregne feriegodtgørelse af medarbejderens provision.”

Der blev i oktober 2017 udarbejdet et underskrevet forhandlingsprotokollat i sagen. Det fremgår heraf, at parterne fortsat ikke var enige om, hvilke løndele, der tilkom A under afholdelse af ferie eller metoden til beregning heraf, eller om arbejdsgiveren havde ret til at foretage en reduktion i tandplejerens provisionsgrundlag på 5,6 % i henhold til økonomiaftalen i Tandlægeoverenskomsten. Dansk Tandplejerforening tog i den forbindelse forbehold for at videreføre sagen ved de civile domstole vedrørende disse to krav. Afslutningsvist fremgår det af protokollatet, at "Der er enighed mellem parterne om, at der ikke derudover kan rejses yderligere krav hidrørende fra ansættelsesforholdet for ansættelsesperioden år 2011-2016."

### **Forklaringer**

C har forklaret blandt andet, at hun har arbejdet i Tandlægeforeningen siden september 2014. B kontaktede hende i sommeren 2016, da han havde modtaget en beregning fra Dansk Tandplejerforening vedr. forskellige manglende løndele i As løn. Hun drøftede efterfølgende beregningen med flere konsulenter i Dansk Tandplejerforening.

Tandlægeforeningen og Dansk Tandplejerforening har hele tiden været uenige om, hvordan As feriekompensation skal beregnes. Da hun i mail af 15. maj 2017 skrev, at der ikke var indtrådt forældelse for august til december 2011, så mente hun alene de krav, som Tandlægeforeningen accepterede at betale.

Tandplejerne arbejdede under den aftale, som Tandlægeforeningen havde indgået vedrørende regionens tilskud til patientbehandling. Det tilskud, tandlægen modtog fra regionen, blev på grund af rammens overskridelse reduceret med 5,6 % i forhold til, hvad der fremgik af oversigterne over tilskud fra den offentlige sygesikring. Den i sagen fremlagte sms blev sendt fra en konsulent hos Dansk Tandplejerforening til en privatansat tandplejer.

B har forklaret blandt andet, at han etablerede klinikken [X v/B] den 1. oktober 1998, og at han frem til 2015 var både administrativt ansvarlig og praktiserende tandlæge. Han arbejder i dag udelukkende som administrerende tandlæge på klinikken, der har 18 ansatte. Tandlæger er rent provisionslønnede, hvorimod enten hele eller den væsentligste del af tandplejeres løn består af en fast løn. Sagen startede, da A i 2016 viste ham en artikel i Dansk Tandplejerforenings blad, hvoraf det fremgik, at hun havde krav på pension af provisionen samt kompensation for mistet provision under ferie og sygdom. Dansk Tandplejerforening opgjorde det samlede krav til over 200.000 kr., og han bad der-

for Tandlægeforeningen vurdere sagen. Han har, mens sagen verserer i retten, valgt at udbetale kompensation for provision under ferie som påberåbt af Dansk Tandplejerforening.

### **Retsgrundlag**

Ferielovens § 1, stk. 1-2, § 23, stk. 1-2 og 5, samt § 27, jf. lovbekendtgørelse nr. 1177 af 9. oktober 2015, har følgende ordlyd:

§ 1. En lønmodtager har ret til ferie og feriegodtgørelse eller løn under ferie og ferietillæg efter denne lovs bestemmelser.

Stk. 2. Ved lønmodtager forstås i denne lov en person, der modtager vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold...

§ 23. En lønmodtager, der er antaget månedsvis eller for længere tid, og som har ret til fuld løn på sønehelligdage og sygedage, får løn under ferie.

Stk. 2. Lønnen under ferie er den sædvanlige og fast påregnelige løn på ferietidspunktet. Hertil lægges værdien af eventuelle personalegoder, som lønmodtageren ikke råder over under ferien. En provisionslønnen har under ferien krav på en kompensation for den provision, der mistes som følge af ferieafholdelsen. Endvidere får lønmodtageren et ferietillæg på 1 pct. af lønnen i optjeningsåret, jf. § 26, stk. 1.

...

Stk. 5. En lønmodtager kan før optjeningsårets begyndelse kræve feriegodtgørelse med 12 pct. af lønnen i optjeningsåret i stedet for løn under ferie og ferietillæg, jf. § 26.

§ 27. Det kan ved kollektiv overenskomst aftales, at en lønmodtager får løn under ferie, selv om betingelserne i § 23, stk. 1, ikke er opfyldt, og at en lønmodtager, der er omfattet af § 23, stk. 1, får feriegodtgørelse efter § 24 i stedet for løn under ferie.

Stk. 2. § 23, stk. 2, 3, 4 og 5, § 25, stk. 2, og § 26 kan fraviges ved kollektiv overenskomst."

Bestemmelserne er affattet på baggrund af lovforslag nr. 178 fremsat den 27. januar 2000, hvoraf fremgår blandt andet:

#### **"Forholdet til EU-retten**

Lovforslaget opfylder kravet i Rådets direktiv 93/104/EF om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelsen af arbejdstiden, hvorefter lønmodtagere har ret til mindst 4 ugers betalt ferie om året...

...

#### **Til § 23**

...

I stk. 2 er det fastsat, hvad lønnen under ferie skal udgøre. Ferielønnen er lønmodtagerens aktuelle, normale vederlag for arbejdsydelsen, som lønmodtageren er antaget til fast at udføre. Lønmodtageren har krav på den løn, som lønmodtageren ville have fået, hvis lønmodtageren havde været på arbejde...

For så vidt angår provisionslønnede, gør der sig særlige forhold gældende. Der tilsigtes ingen ændringer i den nuværende praksis vedrørende provision. Provisionslønnedes indkomst kan være beregnet og sammensat på flere måder i et samspil mellem en præstationsløn og en eventuel fast månedsløn. ... Hvis aflønningen er sammensat af en fast grundløn samt en ikke ubetydelig provision, og arbejdsvilkårene indebærer, at provisionsdelen reduceres som følge af ferieafholdelse, vil den pågældende være berettiget til under ferieafholdelse at kombinere den faste løn med feriegodtgørelse af provisionen i det forudgående optjeningsår.”

Rådets direktiv 93/104/EF blev erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden. Direktivet videreførte artikel 7 vedrørende retten til mindst 4 ugers betalt ferie om året, der har følgende ordlyd:

**”Årlig ferie**

1. 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.
2. Den minimale årlige betalte ferieperiode kan ikke erstattes med en finansiell godtgørelse, medmindre arbejdsforholdet ophører.”

**Procedure**

FTF som mandatar for Dansk Tandplejerforening som mandatar for A har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med det i påstandsdokument af 5. november 2018 anførte, hvoraf fremgår blandt andet:

**” ANBRINGENDER**

Til støtte for de nedlagte påstande gøres følgende gældende,

Kompensation for tab af provision under ferieafholdelse

Der tilkommer i medfør af ferielovens § 23, stk. 2 sagsøger kompensation for den provisionsindtægt, som hun mistede under afholdelse af ferie.

Det gøres i den sammenhæng gældende, at sagsøger ikke selv har haft indflydelse på planlægningen af sit arbejde og derfor ikke har kunne arbejde forceret før og efter en ferieafholdelse, hvorfor det også var udelukket at tilrettelægge arbejdet ud fra sagsøgers ferieafholdelse, og dermed indhente et provisionstab under ferie i løbet af året. Dette er nu også tiltrådt af sagsøgte i processkrift A, hvorfor retten kan lægge dette til grund.

Herudover gøres det gældende, at sagsøgers løn har været sammensat af en fast grundløn og en ikke ubetydelig provision, idet provisionsdelen har udgjort ikke mindre end mellem 14,4 og 36,6 % af den samlede løn i årene 2011- 2016...

Det gøres gældende, at sagsøgers afholdelse af ferie har påført hende et betydeligt tab i form af mistet provision af de indtægter, som sagsøgte klinik havde på tandplejeydelser, mens sagsøger var fraværende på grund af ferie.

Efter ferielovens § 23, stk. 5 er det alene lønmodtagerens valg om vedkommende vil vælge at modtage kompensationen som en godtgørelse svarende til 12 % af indtægten i optjeningsåret eller at modtage løn under ferie.

Det gøres gældende, at sagsøger ikke har benyttet sin mulighed for, jf. ferielovens § 23, stk. 5, konkret at kræve feriegodtgørelse med 12 % af provisionen i optjeningsåret i stedet for løn under ferie og ferietillæg, og at der ikke i den for ansættelsesforholdet gældende overenskomst, jf. ferielovens § 27, stk. 2 er sket en fravigelse af § 23, stk. 2.

§ 27, stk. 2 hjemler ikke en fravigelse ved individuel aftale mellem parterne.

Det gøres gældende, at sagsøgte ensidige valg af metode til kompensation for tab af provision har påført sagsøger et tab...

Sagsøger gør gældende, at bemærkninger i ferielovens forarbejder til § 23, stk. 2 om, at den provisionslønnede er berettiget til at vælge feriegodtgørelsesmodellen, er en parallel til lovens almindelige regel i § 23, stk. 5 om medarbejderens berettigelse til forud for optjeningsårets begyndelse at kræve feriegodtgørelse i stedet for løn under ferien.

Ferielovens § 23, stk. 2 angiver netop ikke en metode for beregningen af kompensationen men angiver blot, at lønmodtageren har et krav på kompensation. For så vidt angår bemærkningerne til § 23, stk. 2 i forslag til ferieloven ... fremgår der alene af disse, at lønmodtager er berettiget til at kombinere den faste løn med feriegodtgørelse af provisionen i det forudgående optjeningsår.

Sagsøger gør på denne baggrund gældende, at ferieloven ikke bindende fastlægger, hvorledes Landsretten skal fastsætte den kompensation, der tilkommer sagsøger som følge af tabet af provision under ferie, men at EU-domstolens praksis begrænser Landsrettens skønsmuligheder således, at en valgt beregningsmetode skal understøtte arbejdsdirektivets formål, samt den af EU-domstolen fastsatte praksis i sagerne C-155/10 (Williams) og C-539/12 (Lock).

Det bestrides generelt, at det vil være i overensstemmelse med Danmarks traktatmæssige forpligtelser overfor EU at tillade en reduktion af lønnen under ferie, og konkret, at sagsøgers provisionsindtægter forholdsmæssigt set er af en sådan størrelse, at de ville falde under en evt. bagatelgrænse.

Det gøres gældende, at nationale regler - her ferieloven - skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten herunder direktiv 2003/88 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden og dommene Williams C-155/10 og Lock C-539/12, så længe en EU konform fortolkning ikke strider direkte mod ferielovens ordlyd.



Det gøres gældende, at det i denne situation er muligt at tolke i overensstemmelse med EU-retten, da der er tale om en uafklaret retstilstand og en fortolkning til fordel for sagsøger ikke strider imod ordlyden og indholdet i ferielovens § 23, stk. 2

Det gøres på denne baggrund gældende, at sagsøgte er pligtig at efterbetale sagsøger differencen mellem den beregnede feriegodtgørelse og kravet på kompensation for det lidte tab...

Sagsøger gør gældende, at den mest retvisende og fuldt ud kompenserende beregning af provisionskravet under ferie opgøres som et løbende gennemsnit af en reference periode på de 3 forudgående måneders provision korrigeret for sygefravær og feriefravær.

...

Reduktion af provisionsgrundlaget i april – september 2016

I relation til spørgsmålet om reduktionen af sagsøgers provisionsindtægt med 5,6% i perioden april – september 2016 gør sagsøger gældende, at reduktionen af provisionsindtægten ikke er indeholdt i sagsøgers ansættelsesvilkår, og at beregningsgrundlaget for hendes berettigede provisionskrav for månederne april – september 2016 er 5,6% højere end det anvendte.

Sagsøger gør gældende, at reduktionen af regionernes tilskud til tandarbejde beror på sagsøgtens forhold, og at sagsøgte, i overensstemmelse med almindelige obligationsretlige regler og efter en analogi af handelsagentloven, ikke er berettiget til ensidigt at frafalde et sådant vederlagskrav til skade for sagsøger.

Det gøres gældende, at nedsættelsen af provisionen kan behandles ud fra en analogi af handelsagentlovens § 14, der efter sagsøgers opfattelse er en kodificering af almindelige obligationsretlige regler. Retten til den optjente provision bortfalder således kun, hvis den manglende honorering af tandlægeklinikkens faktura beror på den provisionslønnes (dvs. sagsøgers) forhold.

Beror den manglende honorering imidlertid på hvervgivers (dvs. sagsøgtens) forhold har det ingen indflydelse på den provisionslønnes forhold.

At den manglende betaling fra regionernes side – uanset om dette beror på reduktion eller tilbagebetaling – ikke beror på sagsøgtens egne individuelle forhold, har ingen betydning, idet den med regionerne indgåede tandlægeoverenskomst ikke er principiel forskellig herfra... Nedsættelsen af sagsøgtens vederlag beror således ikke på offentligretlige regler, men på en aftale indgået af sagsøgtens kollektive organ, Tandlægeforeningen, til hvem sagsøgte har overladt et mandat til at indgå aftaler på hans vegne.

Den indgåede overenskomst mellem Tandlægeforeningen og Danske Regioners Lønnings- og Takstnævn begrænser sagsøgers indtægt uden, at sagsøger har haft mulighed for at påvirke tabet og uden, at sagsøger er blevet varslet, i overensstemmelse med reglerne for væsentlige vilkårsændringer.

Nedsættelsen udgør efter sagsøger opfattelse allerede som følge af, at der sker reduktion af arbejdsvederlaget, subsidiært som følge af reduktionens størrelse en væsentlig vilkårsændring, og kunne derfor alene, af sagsøgte være gjort

gældende i ansættelsesforholdet med et varsel svarende til sagsøgers personlige opsigelsesvarsel i henhold til funktionærlovens regler, hvilket ikke er sket.

Sagsøger bestrider, at hun skulle være afskåret fra at fremsætte kravet på yderligere provision eller skulle have frafaldet dette.

Det gøres derfor gældende, at sagsøgtets nedsættelse af provisionsgrundlaget har været uberettiget, hvorfor sagsøgte er pligtig til sagsøger at efterbetale differencen mellem provisionen beregnet på det oprindelige grundlag og det reducerede grundlag...

#### Forældelse

Det gøres gældende, at der ikke i relation til nogen dele af sagsøgers krav er udvist retsfortabende passivitet.

Der har ikke i perioden fra 2011 til 2017 været en specifik anledning til, at sagsøger skulle gøre sin stilling klar for så vidt angår provisionens korrekte eller ukorrekte afregning.

Derudover gøres det gældende, at sagsøgte har forpasset muligheden for at påberåbe sig en eventuel passivitet ved at indgå i realitetsforhandlinger om kravet.

I forhold til sagsøgtets anbringende om forældelse af kravet gøres det gældende, at der ikke er sket forældelse af kravet fra og med august 2011, da der efter mailkorrespondancen den 23.-24. august 2016 ... fortsat foregik realitetsforhandlinger mellem Tandlægeforeningen og Tandplejerforeningen.

Herudover har Tandlægeforeningen i mail af 15. maj 2017 ... tilkendegivet, at: "Det kan accepteres, at august til december 2011 ikke er forældet jf. forældelsesloven §21, stk. 3". Det gøres på den baggrund gældende, at Tandlægeforeningen tidligere overfor Tandplejerforeningen har accepteret og erklæret sig enig i, og at kravene ikke var forældede. Tandplejerforeningen har handlet i tiltro til denne erklæring fra Tandlægeforeningen, og stævning i sagen er først indleveret til retten den 6. oktober 2017, og Tandlægeforeningen kan derfor ikke træde tilbage fra erklæringen."

Tandlægeforeningen som mandatar for X v/B har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med det i påstandsdokument af 5. november 2018 anførte, hvoraf fremgår blandt andet:

### **"3. Anbringender**

...

#### **3.1.1 Passivitet**

Det er en arbejdsretlig grundsætning, at krav for manglende udbetaling af løn skal fremsættes inden rimelig tid efter hver udbetaling, jf. blandt andet præmisserne i kendelse af 18. april 2017 i FV2016.0181.

A's krav omhandler perioden mellem maj 2011 og juni 2016. Først i 2016 fremsatte A via Dansk Tandplejerforening et krav overfor B vedrørende betaling af manglende kompensation for mistet provision under ferien.

På denne baggrund gøres det gældende, at A har fortabt retten til kompensation for mistet provision under ferie som følge af retsfortabende passivitet, da A ikke inden rimelig tid efter hver udbetaling har fremsat sit krav på manglende betaling for mistet provision.

Subsidiært gøres det gældende, at A har fortabt en del af kravet for perioden maj 2011 til juni 2016 som følge af retsfortabende passivitet. Dette gælder særligt i forhold til perioden 2011 – 2014, hvor As provisionsandel var 20 % eller under.

### 3.1.2 Forældelse

Såfremt As krav på kompensation for mistet provision ikke er fortabt ved retsfortabende passivitet, gøres det gældende, at As krav på kompensation for mistet provision for 2011 er forældet, hvorfor A kun kan have krav på manglende betaling for perioden 2012 til 2017. Det bemærkes i den forbindelse, at forældelsesfristen for ansættelsesretlige krav er 5 år, jf. forældelseslovens § 4. Spørgsmålet er herefter, om korrespondancen mellem Tandlægeforeningen og Tandplejerforeningen afbrød forældelsesfristen.

A anfører, at parterne var i forhandling allerede i august 2016 med henvisning til e-mailkorrespondance af 23. og 24. august 2016 mellem C (ansat hos Tandlægeforeningen) og ... (ansat hos Dansk Tandplejerforening)...

Dette bestrides.

Tandlægeforeningen afviste As fremsatte krav og redegjorde for, hvordan provision efter Tandlægeforeningens opfattelse skulle beregnes.

Dette er ikke udtryk for realitetsforhandlinger i forældelseslovens forstand, jf. forældelseslovens § 21, stk. 5. Det fremgår af Karnovs noter til forældelsesloven ... at der skal være tale om egentlige forhandlinger mellem parterne om kravet eller grundlaget for dette. Forældelsen udskydes således ikke, hvis skyldneren under forløbet indtager en afvisende holdning til kravet. Da Tandlægeforeningen afviste kravet, kan Dansk Tandplejerforening ikke have haft føje til at antage, at det ikke var nødvendigt at iværksætte retslige skridt for at undgå forældelse.

På denne baggrund gøres det ligeledes gældende, at forældelsesfristen ikke er afbrudt som følge af den ... fremlagte korrespondance.

### 3.1.3 Kompensation for mistet provision under ferien

Såfremt landsretten kommer frem til, at As krav ikke er bortfaldet, gøres det gældende, at As aflønning ikke er sammensat af en fast grundløn og en ikke-ubetydelig provision, hvorfor A ikke er berettiget til kompensation for den provision, der mistes som følge af ferieafholdelsen, jf. bemærkningerne til

§ 23, stk. 2 i LFF nr. 178 (2000), herunder sætningen ”*samt en ikke ubetydelige provision*”.

Herudover henvises der til Arbejdstilsynets vejledende udtalelse af 15. januar 1997, hvor Arbejdstilsynet fastslog, at en provisionsandel på 30-40 % måtte karakteriseres som ”*ikke ubetydelig*”.

As provision udgjorde gennemsnitligt 22,9 % i perioden maj 2011 – juni 2016...

På denne baggrund gøres det gældende, at As provisionsandel ikke opfylder kravet om ”*en ikke ubetydelig provision*”, hvorfor A ikke er berettiget til kompensation for mistet provision under ferie.

Subsidiært gøres det gældende, at A ikke er berettiget til kompensation for mistet provision under ferie for samtlige år i perioden maj 2011 – juni 2016.

### 3.1.4 Opgørelse af provisionen

#### 3.1.4.1 Feriegodtgørelse

A anfører, at Arbejdstidsdirektivet medfører, at landsretten er forpligtet til at fortolke ferieloven i overensstemmelse med Arbejdstidsdirektivet art. 7, stk. 1.

Dette bestrides.

Et direktiv har kun virkning i forholdet mellem EU og medlemsstaterne (vertikal virkning). Direktiver har derimod ikke virkning mellem private virksomheder (horisontal virkning). Arbejdstidsdirektivet kan således kun påberåbes over for den danske stat eller danske offentlige myndigheder, herunder offentlige arbejdsgivere. Derimod kan direktivet ikke påberåbes i forholdet mellem en privat arbejdsgiver og en lønmodtager, jf. blandt andet U2014.914H og betænkning nr. 1568 (2017), side 67.

På denne baggrund gøres det gældende, at landsretten kun skal vurdere, hvorvidt B har overholdt ferieloven i forbindelse med udbetaling af provision under ferie til A.

...

Såfremt A er berettiget til kompensation for mistet provision under ferie, fremhæves det, at arbejdstidsdirektivets art. 7, stk. 1, fastslår, at medlemsstaterne skal sikre, at medarbejdere årligt har ferie af mindst fire ugers varighed i overensstemmelse med de kriterier, der er fastsat i national lovgivning.

Dette er fastslået i C-155/10 (Williams) og C-539/12 (Lock)...

I disse afgørelser fastslår EU-domstolen, at medarbejdere er berettiget til normal løn under ferie, og at der ved fastlæggelsen af provisionen under ferien skal tages udgangspunkt i et gennemsnit over en repræsentativ referenceperiode.

I ferielovens betænkning nr. 1568 (2017), s. 66, anføres det:

*"[EU-]Domstolen har desuden udtalt, at hvis den løn, der udbetales til arbejdstageren, består dels af en grundløn, dels af en provision, hvis størrelse fastsættes med henvisning til det salg, arbejdsgiveren har realiseret, og de kontrakter, denne har indgået, som følge af arbejdstagerens personlige arbejdsindsats, skal provisionen indregnes i lønnen, når arbejdstageren holder ferie. En arbejdstager har herefter krav på kompensation for mistet provision som følge af ferieafholdelse." [min fremhævning]*

I overensstemmelse hermed er det i forarbejderne til ferieloven, herunder bemærkningerne til § 23, stk. 2, i LFF nr. 178 (2000), s. 25, fastslået:

*"Hvis aflønningen er sammensat af en fast grundløn samt en ikke ubetydelig provision, og arbejdsvilkår indebærer, at provisionsdelen reduceres som følge af ferieafholdelse, vil den pågældende være berettiget til under ferieafholdelse at kombinere den faste løn med feriegodtgørelse af provision". [mine fremhævninger]*

Det samme fremgår af betænkning nr. 1568 (2017), s. 133.

Ferieloven og ferielovens forarbejder anvender således begreberne optjeningsår og ferieår, og begge begreber dækker en 12 måneders periode. Referenceperioden i ferieloven er således fastsat til 12 måneder og opfylder således kravet om en referenceperiode i C-155/10 (Williams) og C-539/12 (Lock).

I Højesteretsdom af 31. marts 2015 i sag 66/2015 fastslås, at ferielovens kompensation i form af feriegodtgørelse for mistet provision under ferie er i overensstemmelse med Arbejdstidsdirektivets art. 7, stk. 1.

På denne baggrund gøres det gældende, at ferieloven er i overensstemmelse med Arbejdstidsdirektivets art. 7, stk. 1, og at kompensationen for mistet provision skal fastsættes til feriegodtgørelsen af den tidligere indtjente provision.

Dette understøttes af, at ferielovens kompensation for mistet provision under ferie medfører, at medarbejdere bliver overkompenseret i forhold til Arbejdstidsdirektivets art. 7, stk. 1.

A er i medfør af overenskomsten mellem Tandlægeforeningen og Dansk Tandplejerforening, der fastslår, at ferieloven finder anvendelse på ansættelsesforholdet, berettiget til 5 ugers ferie samt 5 feriefridage pr. år.

Ferielovens kompensation for mistet provision under ferie i form af feriegodtgørelse af provisionen (12,5 %) medfører, at medarbejderen i løbet af ferieåret får udbetalt svarende til 6,5 ugers optjent provision (12,5 % x 52 uger = 6,5 uger).

A bliver dermed lønmæssigt stillet bedre under ferie i forhold til under arbejdsperioder, hvorfor ferieloven er i overensstemmelse med Arbejdstidsdirektivets art. 7, stk. 1, og formålet i Arbejdstidsdirektivet, jf. blandt andet C-539/12, præmis 17.

Herudover bestrides det, at der kun kan udbetales feriegodtgørelse for provision, hvis medarbejderen har bedt om dette forud for ferieåret begyndelse, da dette ikke fremgår af ferieloven eller forarbejderne.

#### 3.1.4.2 Funktionærlovens § 9, stk. 3

A anfører, at kompensation for mistet ferie skal opgøres i overensstemmelse med funktionærlovens § 9, stk. 3.

Dette bestrides.

For det *første* fremgår det af Overenskomsterne af 2012 og 2014 ... at ferieloven finder anvendelse ved medarbejderens ferie.

For det *andet* indeholder ferieloven ikke nogen hjemmel til, at kompensation for mistet provision under ferie skal opgøres i overensstemmelse med funktionærlovens § 9, stk. 3.

For det *tredje* indebærer funktionærlovens § 9, stk. 3, at løn under sygdom for provisionslønnede funktionærer beregnes på grundlag af den provisionsindtægt, som funktionæren antagelig ville have oppebåret, såfremt han ikke var blevet hindret i sin virksomhed i de pågældende tidsperioder. Det fremgår direkte af funktionærlovens § 9, stk. 3, at dette princip alene er gældende for de rettigheder, som specifikt er nævnt i bestemmelsen. Sygdom er specifikt nævnt i bestemmelsen, men det er ferie ikke. Provision under ferie er derfor ikke omfattet af funktionærlovens § 9, stk. 3, og der er således ikke i funktionærloven grundlag for, at kompensation for mistet kompensation under ferie skal opgøres på samme måde som provision under sygdom. På dette grundlag bestrides den af FTF opgjorte beregning.

#### 3.1.4.3 Handelsagentloven

A anfører, at handelsagentlovens § 14 finder analogt anvendelse, da bestemmelsen skulle være udtryk for en obligationsretlig grundsætning.

Dette bestrides.

Handelsagentlovens regler om provision udgør ikke en obligationsretlig grundsætning. Dette kommer blandt andet til udtryk i Aftaler og Mellemmænd (3. udgave), side 351 - 352, hvoraf fremgår:

*"Det er usædvanligt, at en obligationsretlige lov indeholder en så intensiv regulering af vederlagsspørgsmålet og principperne for betalingspligten, der normalt – eventuelt for visse rammer – er overladt til parternes aftale, men reglerne skal dels ses i lyset af den måde, agentforholdet virker på, dels – som en konsekvens heraf – direkte.*" [min fremhævning]

Hertil kommer, at provision ikke er reguleret i andre regelsæt for mellem-mænd, herunder kommissionsloven, men derimod overladt til parternes aftale.

På denne baggrund gøres det samlet gældende, at principperne i handelsagent-lovens § 14 ikke finder anvendelse, og at A derfor alene er berettiget til

provision i overensstemmelse med B og As aftale. A er derfor ikke berettiget til provision uden nedreguleringen, da det af ansættelsesaftalen fremgår, at A er berettiget til provision af det indgåede honorar.

For en god ordens skyld bemærkes, at As ansættelsesvilkår ikke er blevet ændret, men derimod klinikkernes indgåede honorar.

...

### 3.1.5 Reduktion af provisionsgrundlaget

A anfører, at B har modregnet Danske Regioners reducereing af tilskuddet til tandplejebehandlinger i As provision.

Dette bestrides.

Det gøres gældende, at provisionsgrundlaget er klinikkens ”indgåede honorar”, jf. ansættelseskontraktens pkt. 10... Indgået honorar må efter sin naturlige ordlyd forstås som det honorar, tandlægen modtager for at behandle patienten, herunder tilskuddet fra Danske Regioner og patienternes egenbetaling...

Det er således ikke As provision, der er blevet nedsat, men derimod klinikkernes indgåede honorar.

På denne baggrund gøres det gældende, at A ikke som følge af Danske Regioners reducereing af tilskuddet til tandplejebehandling er berettiget til den provision, som hun ville have modtaget, hvis Danske Regioner ikke havde reduceret tilskuddet.”

## **Landsrettens begrundelse og resultat**

### Kompensation for mistet provision under ferie

Landsretten lægger på baggrund af den fremlagte mailkorrespondance og forhandlingsprotokollatet til grund, at der frem til oktober 2017 var forhandlinger mellem parterne om As lønkrav for ansættelsesperioden 2011-2016, og at disse forhandlinger også vedrørte kravet om kompensation for mistet provision under ferie. Der blev senest ved det underskrevne forhandlingsprotokollat indgået en suspensionsaftale vedrørende forældelse.

Landsretten finder herefter, at der ved indlevering af stævning den 6. oktober 2017 ikke var indtrådt forældelse. Der er heller ikke grundlag for at anse kravet for bortfaldet ved passivitet.

Der er enighed mellem parterne om, at det ikke med overenskomsten mellem Tandlægeforeningen og Dansk Tandplejerforening har været tilsigtet at fravige ferielovens bestemmelser i medfør af ferielovens § 27.

Det følger herefter af ferielovens § 23, stk. 2, 3. pkt., sammenholdt med forarbejderne hertil, at en lønmodtager, hvis aflønning er sammensat af en fast grundløn samt en ikke ubetydelig provision, og hvis arbejdsvilkår indebærer, at provisionsdelen reduceres som følge af ferieafholdelse, er berettiget til under ferieafholdelse at kombinere den faste løn med feriegodtgørelse af provisionen i det forudgående optjeningsår.

Der er enighed mellem parterne om, at As arbejdsvilkår indebar, at hendes provisionsdel reduceredes som følge af ferieafholdelse.

Landsretten finder, at As provisionsløn, der udgjorde mellem 14,4 og 36,6 % af den samlede løn, må anses for en ikke ubetydelig provision, hvorfor A i forbindelse med afholdelse af ferie havde krav på en kompensation for den provision, hun mistede som følge af ferieafholdelsen.

Landsretten finder endvidere, at A i medfør af ferielovens § 23, stk. 2, 3. pkt., sammenholdt med forarbejderne hertil, ikke har krav på at blive kompenseret på anden måde end ved at have ret til feriegodtgørelse på 12,5 % af provisionen i det forudgående optjeningsår. I forarbejderne anvendes således udtrykkeligt betegnelsen ”feriegodtgørelse”.

Arbejdstidsdirektivets artikel 7 kan ikke føre til et andet resultat. Højesteret fastslog således i dom af 31. marts 2016 (UfR.2016.2163), at kompensation i form af feriegodtgørelse af provisionen i det forudgående optjeningsår var i overensstemmelse med direktivet.

#### Reduktion af provisionsgrundlaget

Det fremgår af As ansættelseskontrakt, at hun var berettiget til provision af ”indgået honorar”. Honoraret for en tandbehandling bestod af en egenbetaling fra patienten samt et offentligt tilskud. Der blev i 2016 gennemført en reduktion af det offentlige tilskud til tandbehandlinger, hvorefter X v/B i perioden april til september 2016 som følge heraf modtog et lavere offentligt tilskud til tandbehandling. Hermed skete der en tilsvarende reduktion i det honorar, der indgik for en tandbehandling. X v/B var herefter berettiget til at reducere As honorar, således at der blev beregnet provision af det faktisk indgåede honorar.



X v/B frifindes herefter for de af A nedlagte påstande.

FTF som mandatar for Dansk Tandplejerforening som mandatar for A skal betale sagsomkostninger for landsretten til Tandlægeforeningen som mandatar for X v/B med i alt 30.000 kr. Beløbet dækker udgifter til advokatbistand ekskl. moms. Ved fastsættelsen af beløbet er der ud over sagens værdi taget hensyn til sagens forløb og varighed, samt at sagen efter parternes opfattelse er principiel.

**T h i k e n d e s f o r r e t :**

X v/B (tidligere Y v/B) frifindes.

I sagsomkostninger for landsretten skal FTF som mandatar for Dansk Tandplejerforening som mandatar for A inden 14 dage betale 30.000 kr. til Tandlægeforeningen som mandatar for X v/B.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

**(Sign.)**

— — —

**Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den**