



HØJESTERETS DOM

afsagt tirsdag den 19. november 2019

Sag BS-2518/2019-HJR
(1. afdeling)

Fagbevægelsens Hovedorganisation (tidligere FTF)
som mandatar for
Danske Tandplejere (tidligere Dansk Tandplejerforening)
som mandatar for
A
(advokat Peter Nisbeth)

mod

Tandlægeforeningen
som mandatar for
Y ved/B (tidligere X ved/B)
(advokat Thea Præstmark)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 17. afdeling den 14. december 2018.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Poul Dahl Jensen, Jens Peter Christensen, Hanne Schmidt, Kurt Rasmussen og Jens Kruse Mikkelsen.

Påstande

Appellanten, Fagbevægelsens Hovedorganisation som mandatar for Danske Tandplejere som mandatar for A, har nedlagt følgende påstande:

1. Indstævnte, Y ved/B (tandklinikken), skal anerkende, at der tilkommer A løn under ferie i perioden august 2011 til og med 2016, og at den del af lønnen, der

udgøres af variabel provision, skal beregnes på grundlag af det gennemsnitlige indgåede honorar (beregningsgrundlaget) i de forudgående 3 måneder korrigeret for fravær, subsidiært en anden referenceperiode.

Subsidiært

Tandklinikken skal anerkende, at der tilkommer A løn under ferie i perioden august 2011 til og med 2016, og at den del af lønnen, der udgøres af variabel provision, skal beregnes efter en gennemsnitsberegning af As provision i de forudgående 3 måneder, subsidiært en anden referenceperiode.

2. Tandklinikken skal anerkende, at det ikke var berettiget at reducere As provision med 5,6 % i perioden april 2016 til september 2016.

Tandlægeforeningen som mandatar for Y ved B har nedlagt følgende påstande:

Over for appellants principale påstand 1 påstås afvisning, subsidiært frifindelse og mere subsidiært, at appellanten skal anerkende, at kompensationen for manglende provision under ferie skal beregnes på grundlag af det gennemsnitlige indgåede honorar i de 12 forudgående måneder.

Over for appellants subsidiære påstand 1 påstås stadfæstelse, subsidiært at appellanten skal anerkende, at kompensationen for manglende provision under ferie skal beregnes på grundlag af det gennemsnitlige indgåede honorar i de 12 forudgående måneder.

Over for appellants påstand 2 påstås stadfæstelse.

Anbringender

Fagbevægelsens Hovedorganisation som mandatar for Danske Tandplejere som mandatar for A har vedrørende tandklinikken påstand om afvisning af den principale påstand 1 anført, at påstanden er tilstrækkelig klar og dækker over samme indholdsmæssige tema som påstanden for landsretten. Det er undskyldeligt, at påstanden ikke blev gjort gældende i første instans, idet landsretten opfordrede appellanten til at ændre betalingspåstanden for landsretten til en anerkendelsespåstand. Der var derfor kun kort tid til at formulere påstanden.

Der er ikke grundlag for at anse nogen del af As krav på løn under ferie for at være forældet. Der gælder en fem-årig forældelsesfrist for lønkrav efter forældelseslovens § 4, og kravet har været suspenderet i medfør af forældelseslovens § 21, stk. 5, idet der har været forhandlinger om kravet mellem parterne siden den 23.-24. august 2016. Desuden har Tandlægeforeningen i mail af 15. maj 2017 tilkendegivet, at det kan accepteres, at "august til december 2011 ikke er forældet, jf. forældelseslovens § 21, stk. 3". Ferielovens § 35, stk. 2, er en teknisk tre-

årig forældelsesregel, som ikke ændrer ved tandklinikens forpligtelse til at betale kompensation for provision for en fem-årig periode.

For så vidt angår kravet om løn under ferie anføres navnlig, at ferielovens § 23, stk. 2, der anvender formuleringen "kompensation for den provision, der mistes som følge af ferieafholdelse", lægger op til, at det skal vurderes, hvilken provision A ville have optjent, hvis hun ikke havde afholdt ferie. Den mest retvisende og fuldt ud kompenserende beregning af provisionskravet er opgørelse af kravet som et løbende gennemsnit af en referenceperiode på de tre forudgående måneders provision korrigeret for eventuelt fravær. Forarbejderne til ferielovens § 23, som peger på, at man kan få kompensation som 12,5 % af det forudgående optjeningsårs provision, udelukker ikke, at der kan anvendes en anden beregningsmetode.

Det er ferielovens princip, at lønmodtageren kan vælge beregningsmetode, hvilket fremgår af ferielovens § 23, stk. 5, hvorefter lønmodtageren har mulighed for at vælge feriegodtgørelse på 12 % i stedet for løn under ferie. Også i henhold til funktionærlovens § 9, stk. 3, jf. § 5, om løn under sygdom for provisionslønnede funktionærer udøves ifølge praksis et konkret skøn over, hvilken provision den pågældende måtte forventes at ville have optjent uden sygefravær.

Løn under ferie skal endvidere efter EU-retten beregnes således, at den svarer til arbejdstagerens normale løn, jf. præmis 21 i EU-Domstolens dom af 15. september 2011 i sag C-155/10 (Williams m.fl. mod British Airways), og kompensation for mistet provision skal beregnes på grundlag af en referenceperiode, der i henhold til national ret anses for at være repræsentativ, jf. EU-Domstolens dom af 22. maj 2014 i sagen C-539/12 (Lock mod British Gas), præmis 34.

Hertil kommer, at parterne i en tidligere sag fra 2010 om en provisionsaflønnede tandplejer og ved en dom afsagt af en byret i 2015 har anerkendt eller fået fastslået, at kompensation for provision under ferie og sygdom skal beregnes på grundlag af de 3 eller 6 forudgående måneders provision, da der med denne beregningsmetode tages højde for provisionsaftaler med "knæk".

Provisionslønnen under ferie skal i henhold til den principale påstand 1 beregnes ved, at gennemsnittet af de tre forudgående måneders indgåede honorarer divideres med antallet af arbejdstimer pr. måned. Gennemsnitshonoraret pr. time ganges med antallet af fraværstimer i måneden. Dette fraværshonorar og det faktisk indgåede honorar for måneden udgør beregningsgrundlaget for den månedlige provision, således at provisionen i den måned, hvor der afholdes ferie, i henhold til parternes ansættelsesaftale udgør 25 % af det indgåede honorar plus det beregnede fraværshonorar over 75.000 kr. På den måde opnås en kompensation på grundlag af den aktuelle provision umiddelbart op til ferien, som

tager højde for tilfælde, hvor en tandplejer holder ferie i kortere perioder end hele måneder, over et månedsskifte eller når der afholdes enkelte feriedage, samt eventuelle fraværsperioder i forudgående måneder med mindre i honorar.

Ved at beregne compensationen som en feriegodtgørelse på 12,5 % af provisionen i det forudgående år er der risiko for, at beregningsgrundlaget for compensation for mistet provision bliver 0 kr. i de måneder, hvor tandplejeren er fraværende i en del af måneden, og dermed muligvis omsætter for mindre end 75.000 kr.

For så vidt angår påstand 2 bemærkes, at der ikke er adgang til at modregne 5,6 % i As indgåede honorarer. Reduktionen beror på en aftale indgået mellem Tandlægeforeningen og det offentlige, som A ikke har indflydelse på, og hun er heller ikke blevet varslet i overensstemmelse med reglerne for væsentlige vilkårsændringer.

Tandlægeforeningen som mandatar for Y ved/B har anført navnlig, at appellan- tens principale påstand 1 er for uklar og ubestemt til at kunne danne grundlag for, hvordan provisionslønnen feriegodtgørelse skal beregnes. Påstanden indeholder ikke en dækkende beskrivelse af, hvorledes provisionen skal opgøres, og formuleringerne "i de forudgående 3 måneder", "indgåede honorarer" og "korrigeret for fravær" er upræcise og uklare. Det er heller ikke undskyldeligt, at påstanden ikke er nedlagt tidligere. Opfordringen under landsrettens behandling til at ændre påstanden til en anerkendelsespåstand skyldtes alene, at appellan- ten under forberedelsen for landsretten ikke havde redegjort for opgørelsen af det oprindelige påstandsbeløb på ca. 112.000 kr., og det er således appellan- tens egne forhold, der er årsag til, at der nu nedlægges en ny påstand. Det er heller ikke påvist, at A vil lide et uforholdsmæssigt tab, hvis påstanden afvises. Hvis Højesteret finder, at den principale påstand 1 ikke skal afvises, skal tand- klinikken frifindes.

For så vidt angår feriegodtgørelse optjent i ferieåret 2011 og 2012 er kravene for- ældet, jf. ferielovens § 35, stk. 2. Forældelse for feriegodtgørelse indtræder efter denne bestemmelse 3 år efter ferieårets udløb.

Parterne er for Højesteret enige om, at As løn var sammensat af en fast grund- løn og en ikke ubetydelig provision, og at hun har krav på compensation efter ferielovens § 23, stk. 2, 3. pkt. Uenigheden angår alene opgørelsen af kravet.

A har for 2011-2016 modtaget feriegodtgørelse af den del af hendes løn, der ud- gjorde provision, og betalingen udgjorde 12,5 % af provisionen i det forudgå- ende optjeningsår. Denne fremgangsmåde ved beregningen følger direkte af

forarbejderne til ferielovens § 23, stk. 2, og der er ikke hjemmel til at kræve feriegodtgørelse udbetalt på anden måde end som 12,5 % af provisionen i det forudgående optjeningsår.

Der er heller ikke hjemmel til at opgøre feriegodtgørelsen efter samme principper, som følger af funktionærlovens § 9, stk. 3, om løn under sygdom og barsel mv.

Appellantens påstand 1 skaber i øvrigt usikkerhed om, i hvilket omfang en provisionslønnen kan kræve, at provision under ferie skal betales på baggrund af provisionen i 3 måneder forud for ferie, uanset i hvilket omfang denne løn er retvisende for, hvad den provisionsaflønnede ville have tjent, hvis vedkommende ikke havde holdt ferie. Feriegodtgørelse af provision beregnet på baggrund af optjent provision i de seneste 3 måneder vil medføre stor vilkårlighed i relation til størrelsen af den betaling under ferie, der tilfalder lønmodtager.

Det forhold, at medarbejdere skal opnå en vis omsætning, inden de optjener provision (omsætning "med knæk"), og at de i en række tilfælde i feriemåneder vil optjene 0 kr. i provision, medfører heller ikke, at ferielovens regler for betaling af feriegodtgørelse skal fraviges.

Den kompensation, A har modtaget, er i overensstemmelse med artikel 7 i arbejdstidsdirektivet, jf. UfR 2016.2163 H.

Såfremt Højesteret når til, at As ret til provision under ferie skal fastsættes på baggrund af en referenceperiode, skal denne udgøre 12 måneder, således at eventuelle udsving ved optjeningen af provision ikke har betydning for det vederlag, den ansatte modtager under sin ferie, jf. præmis 48 i generaladvokatens forslag til afgørelse i Lock-sagen.

For så vidt angår appellantens påstand 2 om As krav på provision i perioden april til september 2016 bemærkes, at det offentlige tilskud i denne periode var reduceret med 5,6 %. Da provisionen efter ansættelseskontrakten skal beregnes på grundlag af det indgåede honorar, var det berettiget, at As provision blev beregnet på baggrund af det tilskud, klinikken rent faktisk modtog fra det offentlige.

Supplerende retsgrundlag

Af EU-Domstolens dom af 22. maj 2014 i sag C-539/12 (Lock mod British Gas) fremgår bl.a. følgende:

*"Retsforskrifter
EU-retten*

3. Artikel 7 i direktiv 2003/88 med overskriften "Årlig ferie" er affattet således:

"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 finansiel godtgørelse, medmindre arbejdsforholdet ophører."

...

De præjudicielle spørgsmål

Om det første og det andet spørgsmål

13. Med det første og det andet spørgsmål, som skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 skal fortolkes således, at den er til hinder for nationale bestemmelser og en national praksis, hvorefter en arbejdstager, hvis løn er sammensat af dels en grundløn, dels en provision, hvis størrelse fastsættes i forhold til de kontrakter, der indgås af arbejdsgiveren som resultat af denne arbejdstagers realiserede salg, kun har ret til en løn, der udelukkende består af hans grundløn, i forbindelse med hans årligt betalte ferie.

14. Herved bemærkes, at enhver arbejdstagers ret til årlig betalt ferie ifølge Domstolens faste praksis skal betragtes som et særligt vigtigt princip i Den Europæiske Unions sociallovgivning, der ikke kan fraviges, og som skal gennemføres af de kompetente nationale myndigheder inden for de udtrykkelige grænser, der er fastsat ved selve direktiv 93/104, idet dette direktiv er blevet kodificeret ved direktiv 2003/88 (jf. dom KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis). Denne ret fremgår i øvrigt udtrykkeligt af artikel 31, stk. 2, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, som i medfør af artikel 6, stk. 1, TEU har samme juridiske værdi som traktaterne.

15. På denne baggrund skal artikel 7 i direktiv 2003/88 fortolkes i lyset af sin ordlyd og det formål, som den forfølger.

16. Selv om ordlyden af artikel 7 i direktiv 2003/88 ikke udtrykkeligt siger noget om, hvilken løn en arbejdstager har krav på i forbindelse med sin årlige ferie, har Domstolen imidlertid allerede haft lejlighed til at præcisere, at udtrykket "årlig betalt ferie" i den nævnte artikel 7, stk. 1,

betyder, at løn under den "årlige ferie" i direktivets forstand fortsat skal udbetales, og at arbejdstageren med andre ord skal modtage sin normale løn under denne hvileperiode (jf. domme Robinson-Steele m.fl., C-131/04 og C-257/04, EU:C:2006:177, præmis 50, og Schultz-Hoff m.fl., C-350/06 og C-520/06, EU:C:2009:18, præmis 58).

17. Direktiv 2003/88 behandler nemlig retten til årlig ferie og retten til betaling heraf som værende to dele af samme rettighed. Formålet med at betale denne ferie er under denne ferie at stille arbejdstageren i en tilsvarende situation lønmæssigt som under en arbejdsperiode (jf. domme Robinson-Steele m.fl., EU:C:2006:177, præmis 58, og Schultz-Hoff m.fl., EU:C:2009:18, præmis 60).

18. Henset til denne retspraksis har British Gas og Det Forenede Kongeriges regering fremhævet, at formålet med artikel 7 i direktiv 2003/88, således som det er blevet fortolket af Domstolen, ifølge de nationale bestemmelser og den nationale praksis er blevet nået, da sagsøgeren i hovedsagen under sin årligt betalte ferie modtog en løn, der kunne sammenlignes med den løn, som han modtog under arbejdsperioder, idet han under denne periode rådede over ikke blot sin grundløn, men også den provision, der var resultatet af de salg, som han havde realiseret i de uger, der lå forud for denne årlige ferieperiode.

19. Denne argumentation kan ikke tiltrædes.

20. De betingelser, der er opstillet i artikel 7 i direktiv 2003/88, som fortolket af Domstolen, synes ganske vist overholdt ved de nationale bestemmelser og den nationale praksis, da arbejdstageren i sin årlige ferieperiode råder over et beløb, der samlet set er sammenligneligt med det beløb, der modtages i arbejdsperioderne. Dette beløb, der udbetales dels i forbindelse med hans årlige ferie, dels for de salg, som han har realiseret i de uger, der går forud for den årlige ferieperiode, gør det således muligt for arbejdstageren at tage den ferie, han har ret til (jf. i denne retning dom Robinson-Steele m.fl., EU:C:2006:177, præmis 49).

21. Det skal imidlertid bemærkes, at på trods af den løn, som arbejdstageren disponerer over i den periode, hvor han faktisk afholder ferie, kan denne arbejdstager blive afskrækket fra at udøve sin ret til årlig ferie i betragtning af den forskudte, men rent faktisk lidte økonomiske skade i den periode, der følger efter den årlige ferieperiode.

22. Som British Gas har medgivet under retsmødet, optjener arbejdstageren nemlig ikke provision i sin årlige ferieperiode. Som det fremgår af denne doms præmis 8, betales der i den periode, der følger efter den

årlige ferieperiode, følgelig kun en løn, der er reduceret til arbejdstagerens grundløn. Denne negative økonomiske virkning kan afskrække arbejdstageren fra faktisk at afholde den nævnte ferie, og denne afskrækkende virkning er, som generaladvokaten anførte i punkt 34 i forslaget til afgørelse, så meget desto mere sandsynlig i en situation som den, der gør sig gældende i hovedsagen, hvor provisionen i gennemsnit udgør mere end 60% af arbejdstagerens løn.

23. En sådan nedsættelse af en arbejdstagers løn i forbindelse med hans årlige ferie, der kan afskrække ham fra faktisk at udøve sin ret til en sådan ferie, er i strid med det formål, der forfølges ved artikel 7 i direktiv 2003/88 (jf. i denne retning bl.a. dom Williams m.fl., C-155/10, EU:C:2011:588, præmis 21). Det forhold, at en sådan lønnedsættelse, således som det er tilfældet i tvisten i hovedsagen, indtræder efter den årlige ferieperiode, har i denne forbindelse ingen betydning.

24. Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det første og det andet spørgsmål besvares med, at artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 skal fortolkes således, at den er til hinder for nationale bestemmelser og en national praksis, hvorefter en arbejdstager, hvis løn er sammensat af dels en grundløn, dels en provision, hvis størrelse fastsættes i forhold til de kontrakter, der indgås af arbejdsgiveren som resultat af denne arbejdstagers realiserede salg, kun har ret til en løn, der udelukkende består af hans grundløn, i forbindelse med hans årligt betalte ferie.

Det tredje spørgsmål

25. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om der, henset til det svar, der er givet på det første spørgsmål, i artikel 7 i direktiv 2003/88 er nogen indikationer med hensyn til metoderne for beregningen af den provision, som en arbejdstager, som sagsøgeren i hovedsagen, har ret til i forbindelse med sin årlige ferie, og i givet fald hvilke.

26. I denne forbindelse bemærkes først, at den årlige ferieløn principielt skal beregnes således, at den svarer til arbejdstagerens normale løn (jf. dom Williams m.fl., EU:C:2011:588, præmis 21).

27. Når en arbejdstagers løn består af flere dele, kræver det imidlertid en nærmere undersøgelse at fastslå denne normale løn, som arbejdstageren har ret til under sin årlige ferie (jf. dom Williams m.fl., EU:C:2011:588, præmis 22).

28. Som det blev fastslået i denne doms præmis 7, er dette tilfældet for så vidt angår Z.J.R. Locks løn. Denne arbejdstager modtager nemlig som salgskonsulent, der er ansat i en virksomhed, en løn, der er sammensat af en fast månedlig løn og en variabel provision, som er knyttet til de af arbejdsgiveren indgåede kontrakter som resultatet af de af Z.J.R. Locks realiserede salg.

29. I forbindelse med den nærmere undersøgelse, som omhandlet i den førnævnte retspraksis, står det fast, at enhver ulempe, som er forbundet med udførelsen af de opgaver, som påhviler arbejdstageren i henhold til hans ansættelseskontrakt, og som kompenseres med en godtgørelse, der indgår i beregningen af arbejdstagerens samlede løn, nødvendigvis skal indgå i det beløb, som arbejdstageren har krav på under sin årlige ferie (jf. dom Williams m.fl., EU:C:2011:588, præmis 24).

30. Domstolen har endvidere præciseret, at alle bestanddelene i den samlede løn, der knytter sig til arbejdstagerens personlige og erhvervsmæssige status, fortsat skal udbetales under hans årlige betalte ferie. Som følge heraf skal tillæg, der i givet fald knytter sig til den pågældendes ledelsesfunktion, anciennitet og erhvervsmæssige kvalifikationer, fortsat oppebæres (jf. i denne retning domme Parviainen, C-471/08, EU:C:2010:391, præmis 73, og Williams m.fl., EU:C:2011:588, præmis 27).

31. Ifølge samme retspraksis skal de dele af arbejdstagerens samlede løn, som udelukkende har til formål at dække lejlighedsvis eller accessoriske omkostninger, som indtræder i forbindelse med udførelsen af de opgaver, som påhviler arbejdstageren i henhold til hans ansættelseskontrakt, derimod ikke tages i betragtning ved beregningen af ferielønnen (jf. dom Williams m.fl., EU:C:2011:588, præmis 25).

32. Som generaladvokaten har anført i punkt 31-33 i forslaget til afgørelse, står den provision, som Z.J.R. Lock modtager i hovedsagen, i direkte forbindelse med hans arbejde i virksomheden. Der er følgelig en iboende sammenhæng mellem den provision, som Z.J.R. Lock får udbetalt hver måned, og udførelsen af de arbejdsopgaver, der påhviler ham i henhold til hans ansættelseskontrakt.

33. Det følger heraf, at en sådan provision skal tages i betragtning ved beregningen af den samlede løn, som en arbejdstager, som sagsøgeren i hovedsagen, har ret til i forbindelse med sin årlige ferie.

34. Under disse omstændigheder tilkommer det den nationale ret i lyset af de nævnte principper, der er opstillet i Domstolens praksis, at vurdere, om de metoder for beregningen af den provision, der skal betales til en arbejdstager som sagsøgeren i hovedsagen i forbindelse med dennes årlige ferie på grundlag af et gennemsnit i en referenceperiode, der anses for at være repræsentativ, i henhold til national ret, når det formål, der forfølges med artikel 7 i direktiv 2003/88.

35. Det følger heraf, at det tredje spørgsmål skal besvares med, at metoderne for beregningen af den provision, som en arbejdstager som sagsøgeren i hovedsagen har ret til i forbindelse med sin årlige ferie, skal vurderes af den nationale ret på grundlag af de regler og kriterier, der er opstillet i Domstolens praksis, og i lyset af det formål, der forfølges med artikel 7 i direktiv 2003/88."

Højesterets begrundelse og resultat

A blev i 2008 ansat som tandplejer på Y ved/B (tandklinikken). Hendes månedsløn bestod af en fast løn med tillæg af provision, der fra den 1. august 2010 udgjorde 25 % af indgået honorar over 75.000 kr.

Sagen angår beregningen af As krav på kompensation for mistet provision under ferie afholdt i perioden august 2011 til og med 2016. Herudover er der spørgsmål om beregningen af As provision for perioden april 2016 til september 2016.

Der er tillige spørgsmål om, hvorvidt appellants principale påstand 1, der først er nedlagt under sagens behandling i Højesteret, skal afvises. Højesteret bemærker hertil, at den ny påstand har en nær sammenhæng med den påstand, der blev nedlagt for landsretten, og at påstanden blev nedlagt i tilknytning til anken til Højesteret. Højesteret finder ikke grundlag for at afvise påstanden i medfør af retsplejelovens § 383 og finder heller ikke, at påstanden er uegnet til at danne grundlag for behandling af sagen. Påstanden afvises derfor ikke.

Kompensation for mistet provision under ferie

Parterne er for Højesteret enige om, at As løn var sammensat af en fast grundløn og en ikke ubetydelig provision, og at hun har krav på kompensation for den provision, hun mistede som følge af ferieafholdelse, jf. ferielovens § 23, stk. 2, 3. pkt. Uenigheden angår, hvorledes kompensationen skal beregnes.

Appellanten gør gældende, at kompensationen skal beregnes på grundlag af enten det indgåede honorar eller den optjente provision i de forudgående 3 måneder korrigeret for fravær, subsidiært en anden referenceperiode. Tandklinik-

ken mener, at compensationen skal beregnes som feriegodtgørelse af provisionen i det forudgående optjeningsår, jf. det anførte herom i forarbejderne til ferielovens § 23, stk. 2.

Ifølge ferielovens § 23, stk. 2, 1. pkt., er lønnen under ferie den sædvanlige og fast påregnelige løn på ferietidspunktet. Endvidere er det bestemt i ferielovens § 23, stk. 2, 3. pkt., at en provisionslønnen under ferien har krav på kompensation for den provision, der mistes som følge af ferieafholdelsen.

Af forarbejderne til ferielovens § 23, stk. 2 (Folketingstidende 1999-2000, tillæg A, lovforslag nr. L 178, bemærkningerne til § 23) fremgår det, at den ansatte vil være berettiget til under ferieafholdelse at kombinere den faste løn med feriegodtgørelse af provisionen i det forudgående optjeningsår, hvis aflønningen er sammensat af en fast grundløn samt en ikke ubetydelig provision, og arbejdsvilkårene indebærer, at provisionsdelen reduceres som følge af ferieafholdelse.

Det er således i ferieloven og dens forarbejder angivet, hvordan kompensation for mistet provision under ferie beregnes i de nævnte tilfælde, og det er ikke angivet, at den ansatte kan vælge en anden beregningsmetode ved opgørelsen af compensationen.

På den baggrund finder Højesteret ligesom landsretten, 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 kalenderår (optjeningsåret). Der er endvidere ikke grundlag for at fastslå, at denne opgørelsesmåde i den foreliggende sag er i strid med kravet om, at kompensation for mistet provision i forbindelse med afholdelse af ferie skal beregnes på grundlag af et gennemsnit i en referenceperiode, der anses for at være repræsentativ, jf. præmis 34 i EU-Domstolens dom af 22. maj 2014 i sag C-539/12 (Lock mod British Gas).

Appellantens påstand om, at compensationen for provision skal beregnes på grundlag af en referenceperiode på 3 måneder (korrigeret for fravær) eller en anden referenceperiode, kan derfor ikke tages til følge. Bestemmelsen i funktionærlovens § 9, stk. 3, om beregning af løn under sygdom mv. for provisionslønnede funktionærer kan ikke føre til et andet resultat.

Højesteret frifinder på den anførte baggrund tandklinikken for appellantens principale og subsidiære påstand 1.

Der er herefter ikke anledning til at tage stilling til, om As krav på kompensation for mistet provision under afholdelse af ferie i årene 2011 og 2012 er forældet.

Provision i perioden april 2016 til september 2016

A var efter ansættelseskontrakten berettiget til provision af "indgået honorar". Den del af honoraret, der bestod af offentligt tilskud til tandbehandlinger, blev i 2016 reduceret med 5,6 % i overensstemmelse med Overenskomst om tandlægehjælp indgået mellem Regionernes Lønnings- og Takstnævn og Tandlægeforeningen. Tandklinikken indgående honorar blev tilsvarende mindre. Højesteret tiltræder, at tandklinikken på denne baggrund var berettiget til at reducere As provision, således at der alene blev beregnet provision af det faktisk indgåede honorar. Højesteret finder endvidere, at reduktionen kunne ske uden forudgående varsling af A, idet der ikke var tale om en ændring af vilkårene for beregningen af hendes provision.

Højesteret tiltræder herefter, at tandklinikken frifindes for appellanterns påstand 2.

Konklusion

Højesteret stadfæster dommen.

THI KENDES FOR RET:

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Fagbevægelsens Hovedorganisation som mandatar for Danske Tandplejere som mandatar for A betale 40.000 kr. til Tandlægeforeningen som mandatar for Y ved/B.

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.