



ØSTRE LANDSRET
DOM
afsagt den 13. marts 2019

Sag BS-27458/2018-OLR
(14. afdeling)

PROSA som mandatar for
A
(advokat Benjamin Lundström)

mod

Dansk Erhverv som mandatar for
X A/S
(advokat Jesper Schäfer Munk)

Landsdommerne Benedikte Holberg, Rosenløv og Anne-Mette Lyhne Jensen (kst.) har deltaget i sagens afgørelse.

Hovedsagen drejer sig om, hvorvidt A, der var tilknyttet vikarbureauet X A/S, ved udsendelse som vikar i Y A/S var berettiget til fuld løn under sygdom.

PROSA som mandatar for A har anlagt sagen den 25. oktober 2017 ved Københavns Byret, der ved kendelse af 12. juli 2018 har henvist den til behandling ved landsretten i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1, med påstand om, at X A/S dømmes til at betale ham 21.367,87 kr. med tillæg af procesrente fra sagens anlæg. Det påstævnte beløb udgør A's krav på manglende løn under sygdom og godtgørelse for overtrædelse af vikarloven.

Dansk Erhverv har principalt påstået afvisning, subsidiært frifindelse.

PROSA har nedlagt påstand om frifindelse for afvisningspåstanden.

Landsretten har i medfør af retsplejelovens § 253, stk. 1, jf. stk. 2, udskilt spørgsmålet om afvisning til særskilt behandling og afgørelse. Det udskilte spørgsmål, der har været mundtligt forhandlet, drejer sig om, hvorvidt sagen henhører under Arbejdsrettens enekompetence, jf. vikarlovens § 3, stk. 7, og arbejdsretsloven § 9, stk. 1, nr. 9.

Sagsfremstilling

Det fremgår af sagen, at A den 6. juli 2016 blev tilknyttet vikarbureauet X A/S som vikar med henblik på midlertidige ansættelser i vikar-bureauet. De enkelte vikariater, som Toni Hugsted påtog sig for X A/S, var reguleret af dels en tilknytningskontrakt, dels en ansættelseskontrakt vedrørende udsendelse i det pågældende vikariat.

Med virkning fra den 1. august 2016 blev A udsendt til Y A/S som vikar. Timelønnen udgjorde 220 kr. pr. time. De mellem A og X A/S indgåede kontrakter indeholder ikke bestemmelser, der gav A ret til løn under sygdom. Af ansættelseskontrakterne fremgår, at A's ansættelsesforhold under udsendelsen til Y A/S var reguleret af Funktionæroverenskomst for Handel, Viden og Service mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver, HK/Privat og HK Handel (herefter Funktionæroverenskomsten). Denne overenskomst, som X A/S har tiltrådt gennem sit medlemskab af Dansk Erhverv, indeholder heller ikke bestemmelser om løn under sygdom.

Under udsendelsen til X A/S havde A fra september 2016 til marts 2017 seks sygedage, for hvilke han alene modtog sygedagpenge fra X A/S svarende til 112,97 kr. pr. time i 2016 og 114,73 kr. pr. time i 2017.

Parternes hovedsynspunkter vedrørende realiteten

Der er enighed mellem parterne om, at A ville have været omfattet af funktionærloven og dermed have været berettiget til løn under sygdom, hvis han havde været ansat direkte af Y A/S til samme arbejdsopgaver, og at der er tale om forskelsbehandling i strid med ligebehandlingsprincippet i vikarlovens § 3, stk. 1, såfremt betingelserne i vikarlovens § 3, stk. 5, for at fravige ligebehandlingsprincippet ikke er opfyldt.

PROSA har anført, at det kan tiltrædes, at Funktionæroverenskomsten er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark og gælder på hele det danske område, således at overenskomsten opfylder de formelle betingelser i vikarlovens § 3, stk. 5. Vikarlovens § 3, stk. 1 og 5, skal imidlertid fortolkes således, at ligebehandlingsprincippet i lovens § 3, stk. 1, finder anvendelse, når en kollektiv overenskomst som i den foreliggende sag ikke indeholder en regulering – og dermed heller ikke en fravigelse – af et eller flere af de væsentlige ansættelsesvilkår, som er omfattet af ligebehandlingsprincippet. I det forelig-

gende tilfælde indeholder Funktionæroverenskomsten ikke en regulering af vikarens aflønning under sygdom, hvorfor man falder tilbage på vikarlovens ligebehandlingsprincip.

Selv for det tilfælde, at retten måtte finde, at Funktionæroverenskomsten regulerer vikarens løn under sygdom, skal vikarlovens § 3, stk. 1 og 5 – i overensstemmelse med de bagvedliggende bestemmelser og principper i vikardirektivet – fortolkes således, at en eventuel fravigelse, der stiller vikaren dårligere end efter ligebehandlingsprincippet, alene vil kunne gøres gældende, såfremt det forringede vilkår opvejes af andre fordelagtige vilkår.

Dansk Erhverv har gjort gældende, at betingelserne i vikarlovens § 3, stk. 5, for at fravige ligebehandlingsprincippet i vikarlovens § 3, stk. 1, er opfyldt, *idet* X A/S har tiltrådt Funktionæroverenskomsten, *idet* A under sin udsendelse til Y A/S var omfattet af Funktionæroverenskomsten, som ikke giver A ret til løn under sygdom, og *idet* Funktionæroverenskomsten er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark og gælder på hele det danske område. Den fornødne generelle beskyttelse af vikarer respekteres herved, og X A/S har således ikke været forpligtet til at overholde ligebehandlingsprincippet i vikarlovens § 3, stk. 1, i forbindelse med A's ansættelse.

Retsgrundlaget

Ligebehandlingsprincippet i vikarloven og fravigelsesmuligheden

Vikarloven (lov nr. 595 af 12. juni 2013 om vikarers retsstilling ved udsendelse af et vikarbureau m.v. med senere ændringer) indeholder i § 3, stk. 1, det såkaldte ligebehandlingsprincip. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”§ 3. Vikarbureauet skal sikre, at vikaren under dennes udsendelse til en brugervirksomhed, for så vidt angår arbejdstidens længde, overarbejde, pauser, hvileperioder, natarbejde, ferie, helligdage og aflønning, mindst har vilkår svarende til, hvad der ville have været gældende i medfør af lovgivning, kollektive overenskomster eller andre bindende generelle bestemmelser, hvis vikaren havde været ansat direkte af brugervirksomheden til udførelse af samme arbejdsopgave.”

Ligebehandlingsprincippet kan fraviges i medfør af vikarlovens § 3, stk. 5, der lyder som følger:

”Stk. 5. Stk. 1-4 finder ikke 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.”

Bestemmelserne implementerer vikardirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde), der i artikel 2 indeholder følgende formålsbestemmelse:

”Artikel 2

Formål

Dette direktiv har til formål at beskytte vikaransatte og forbedre kvaliteten af vikararbejde ved at sikre, at princippet om ligebehandling, som fastsat i artikel 5, gælder for vikaransatte, og ved at anerkende vikarbureauer som arbejdsgivere samtidig med, at der tages hensyn til behovet for at etablere passende rammer for anvendelsen af vikararbejde med henblik på at bidrage effektivt til at skabe arbejdspladser og til at udvikle fleksible former for arbejde.”

Direktivets artikel 5, stk. 1 og 3, lyder som følger:

”Artikel 5

Princippet om ligebehandling

1. De væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår, der gælder for vikaransatte under deres udsendelse til en brugervirksomhed, skal mindst svare til dem, der ville være gældende, hvis de vikaransatte havde været ansat direkte af denne virksomhed til udførelse af samme arbejdsopgave.

...

3. Medlemsstaterne kan efter høring af arbejdsmarkedets parter give disse mulighed for på det relevante niveau og på betingelser, som medlemsstaterne fastsætter, at videreføre eller indgå kollektive overenskomster, hvorved der, samtidig med at den generelle beskyttelse af vikaransatte respekteres, kan indføres ordninger vedrørende vikaransattes arbejds- og ansættelsesvilkår, som kan afvige fra dem, der er omhandlet i stk. 1.”

For så vidt angår undtagelsesmuligheden i artikel 5, stk. 3, fremgår følgende af betragtning 16 og 17 i direktivets præambel:

”(16) For at tilgodese arbejdsmarkedernes og arbejdsmarkedsrelationernes forskellighed på en fleksibel måde kan medlemsstaterne tillade arbejdsmarkedets parter at fastsætte arbejds- og ansættelsesvilkårene, forudsat at den generelle beskyttelse af vikaransatte respekteres.

(17) Under visse begrænsede omstændigheder bør medlemsstaterne endvidere, på grundlag af en aftale indgået mellem arbejdsmarkedets parter på nationalt plan, inden for visse grænser kunne fravige princippet om ligebehandling, forudsat at der sikres en passende beskyttelse.”

Af de almindelige bemærkninger til forslaget til vikarloven (lovforslag nr. 209 af 17. april 2013) pkt. 3.2.2, fremgår bl.a. følgende om fravigelsesmuligheden i § 3, stk. 5:

”3.2.2. *Fravigelse af ligebehandlingsprincippet*

Direktivets artikel 5, stk. 3, giver medlemsstaterne mulighed for at fastsætte de nærmere betingelser for, hvordan ligebehandlingsprincippet kan fraviges ved kollektiv overenskomst, og det foreslås at udnytte denne mulighed. Adgangen til at fravige ligebehandlingsprincippet foreslås betinget af, at den overenskomstmæssige ordning, der træder i stedet for ligebehandlingsprincippet, findes i de landsdækkende overenskomster, herunder tiltrædelses- eller virksomhedsoverenskomster, som er eller bliver indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som dækker det pågældende vikarbejde. Med en sådan fravigelsesadgang tilvejebringes der på den ene side fleksibilitet i forhold til indgåelse af kollektive aftaler, mens det på den anden side sikres, at den grundlæggende beskyttelse af vikarers ansættelsesvilkår, som er fastsat i de nævnte, landsdækkende overenskomster, ikke undermineres.

Muligheden for at fravige ligebehandlingsprincippet ved en overenskomstmæssig ordning, der findes i de nævnte landsdækkende overenskomster, indebærer, at en vikar ikke i et konkret tilfælde, hvor vikaren har ringere vilkår, end vikaren ville have haft i henhold til ligebehandlingsprincippet, kan støtte ret på dette princip; hvis vikarbureauet er dækket af en landsdækkende overenskomst mellem de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter eller en tiltrædelses- eller virksomhedsoverenskomst, indgået med de mest repræsentative lønmodtagerpartier i Danmark, er betingelsen for, at der kan ske fravigelse af ligebehandlingsprincippet, opfyldt.”

Af de specielle bemærkninger til § 3, stk. 5, fremgår endvidere:

”Det foreslås i *stk. 5*, 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. Bestemmelsen indebærer, at et vikarbureau vil være undtaget fra at følge ligebehandlingsprincippet, hvis vikarbureauet er medlem af en repræsentativ arbejdsgiverorganisation og dermed er omfattet af denne organisations landsdækkende overenskomster, eller hvis vikarbureauet har tiltrådt en sådan overenskomst eller indgået en virksomhedsoverenskomst og dermed er forpligtet i forhold til en repræsentativ lønmodtagerorganisation til at overholde overenskomsten. Betingelsen om, at de skal være de mest repræsentative parters overenskomster, der skal anvendes for at ligebehandlingsprincippet kan fraviges, er begrundet i hensynet til at undgå social dumping på vikarområdet og sikre, at vikarer, der ikke kan støtte ret på ligebehandlingsprincippet, har betryggende overenskomstmæssige rettigheder i stedet.

Det må antages, at de overenskomster, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark og som gælder på hele det danske område, sikrer vikarer løn- og arbejdsvilkår på et passende niveau. Referencen af-

slutningsvis i stk. 5 til den indskudte sætning i direktivets artikel 5 stk. 3 og til direktivets betragtning 16 er således alene udtryk for, at det kan lægges til grund, at de mest repræsentative arbejdsmarkedsparters overenskomster opfylder det EU-retlige minimumskrav med hensyn til beskyttelsen af vikarers løn- og arbejdsvilkår.”

I det udkast til vikarloven, der forinden fremsættelse af lovforslaget blev sendt i høring, var § 3, stk. 5, affattet som følger:

”Stk. 5. Stk. 1-4 finder ikke anvendelse, hvis vikarbureauet omfattes af eller har tiltrådt en kollektiv overenskomst, som er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, som gælder på hele det danske område, og som regulerer de løn- og arbejdsvilkår, der er nævnt i stk. 1.”

Af Beskæftigelsesministeriets høringsnotat af 17. april 2013 vedrørende lovforslaget (Beskæftigelsesudvalget 2012-13, L 209, bilag 1) fremgår følgende om Akademikernes Centralorganisation (AC) bemærkninger til den foreslåede bestemmelse i § 3, stk. 5, og Beskæftigelsesministeriets kommentarer hertil:

”Akademikernes Centralorganisation

...

AC finder ..., at undtagelsesbestemmelsen i § 3, stk. 5, er uklart formuleret, og foreslår, at den sidste sætning omformuleres, så det fremgår, at den generelle direktivmæssige beskyttelse af vikaransatte skal respekteres.

Kommentar:

...

Med hensyn til formuleringen af § 3, stk. 5, er ordlyden ændret i overensstemmelse med, hvad AC foreslår.”

I forbindelse med Folketingets behandling af lovforslaget besvarede beskæftigelsesministeren en række spørgsmål fra Folketingets Beskæftigelsesudvalg vedrørende vikarlovens § 3, stk. 5, og gav i den forbindelse bl.a. følgende svar (Beskæftigelsesudvalget 2012-13, L 209 endeligt svar på spørgsmål 9, 15, 17 og 24):

”Spørgsmål nr. 9:

”Kan ministeren bekræfte, at § 3, stk. 5, kan medføre, at en vikar, som er omfattet af en landsdækkende overenskomst indgået af repræsentative parter, kan medføre, at en vikar modtager f.eks. løn, feriefridage, helligdagsordninger og overarbejdsregler, der er markant forringet i forhold til en brugervirksomheds særlige lokale overenskomst, uden at dette nødvendigvis opvejes af andet ud fra en helhedsvurdering?”

Endeligt svar:

Det kan bekræftes, at der vil kunne være situationer, hvor en vikar ville være anderledes stillet efter ligebehandlingsprincippet end vikaren er efter en repræsentativ overenskomst.

Det er en del af den fælles forståelse mellem arbejdsmarkedets parter, der udgør baggrunden for L 209, at de mest repræsentative landsdækkende overenskomster er på et passende niveau. Regeringen finder, at denne vurdering af de mest repræsentative landsdækkende overenskomster kan lægges til grund, når parterne er enige herom.”

”Spørgsmål nr. 15:

”Vil ministeren under henvisning til spørgsmål 9 til 13 forklare, hvorledes evt. bekræftende svar vil kunne føre til, at lovforslagets § 3, stk. 5 efterlever direktivets klare beskyttelsesformål, herunder også efterlever kravet i direktivets artikel 5, stk. 3 ”at den generelle beskyttelse af vikaransatte respekteres”?”

Endeligt svar:

Det er en del af den fælles forståelse mellem arbejdsmarkedets parter, der udgør baggrunden for L 209, at de mest repræsentative landsdækkende overenskomster er på et passende niveau. Regeringen finder, at denne vurdering af de mest repræsentative landsdækkende overenskomster kan lægges til grund, når parterne er enige herom.

Der er således efter regeringens opfattelse intet grundlag for at anfægte, at L 209 fuldt ud lever op til det beskyttelsesformål, der er en væsentlig del af baggrunden for vikardirektivet.”

”Spørgsmål nr. 17:

”Kan ministeren ... bekræfte, at det undtagelsesvis i ekstreme tilfælde vil være muligt retsligt at håndhæve det overordnede krav i direktivet og loven om beskyttelse af en vikar, når en i henhold til § 3, stk. 5 godkendt overenskomst stiller vikaren radikalt ringere end brugervirksomhedens vilkår? Spørgsmålet er i særlig grad relevant, når der er tale om en landsdækkende overenskomst, hvor lønmodtagersiden ikke har anerkendt, at den kan fravige ligebehandlingsprincippet ...”

Endeligt svar:

Det kan ikke bekræftes. Det beskyttelsesniveau, der findes i direktivets artikel 5, stk. 3, går alene på indholdet af den overenskomst, der kan fravige ligebehandlingsprincippet, og det har ingen betydning i den forbindelse, om der er meget stor forskel på de vilkår, vikaren vil være sikret, hvis ligebehandlingsprincippet fandt anvendelse, og den pågældende overenskomsts vilkår.

Det er en del af den fælles forståelse mellem arbejdsmarkedets parter, der udgør baggrunden for L 209, at de mest repræsentative landsdækkende overenskomster er på et passende niveau. Regeringen finder, at denne vurdering af de mest repræsentative landsdækkende overenskomster kan lægges til grund, når parterne er enige herom.

Det må anses for ganske usandsynligt, at EU-Domstolen i en eventuel sag om, hvorvidt de mest repræsentative landsdækkende overenskomster i Danmark er på et passende niveau, vil kunne nå til et andet resultat.”

”Spørgsmål nr. 24:

”På baggrund af ministerens svar på spørgsmål 17 bedes ministeren begrunde, hvorfor ministeren betragter det som helt usandsynligt, at EU-Domstolen vil kunne dømme, at en repræsentativ overenskomst er i strid med direktivets ligebehandlingsprincip, og om det er sandsynligt, at Domstolen vil tillægge den formelle enighed mellem parterne større vægt end det materielle indhold i beskyttelsen af vikarer, jf. direktivet.”

Endeligt svar:

Det beskyttelseskrav, der findes i direktivets artikel 5, stk. 3, går alene på indholdet af den overenskomst, der kan fravige ligebehandlingsprincippet, idet det fastslås, at den generelle beskyttelse af vikaransatte skal respekteres.

Det er Beskæftigelsesministeriets vurdering, at det er helt usandsynligt, at EU-Domstolen vil finde, at overenskomster, som efter parternes fælles forståelse er på et passende niveau, jf. besvarelsen af spørgsmål 17, ikke lever op til det EU-retlige minimumskrav til beskyttelsen af vikarer. I den forbindelse skal det bemærkes, at det er beskyttelsesniveauet i de mest repræsentative landsdækkende overenskomster i Danmark, der skal sammenlignes med minimumsniveauet i EU.”

Arbejdsrettens kompetence

Vikarlovens § 3, stk. 7, fastsætter i tilknytning til fravigelsesmuligheden i vikarlovens § 3, stk. 5, at:

”Sager om, hvorvidt de i stk. 5 anførte betingelser er opfyldt, afgøres af Arbejdsretten.”

I overensstemmelse hermed fastsættes ved § 9, stk. 1, nr. 9, i lov om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter, jf. lovbekendtgørelse nr. 1003 af 24. august 2017, følgende:

”§ 9. For Arbejdsretten indbringes sager om

...

9) hvorvidt de i § 3, stk. 5, i lov om vikarers retsstilling ved udsendelse af et vikarbureau m.v. anførte betingelser er opfyldt, jf. lovens § 3, stk. 7.”

Af arbejdsretslovens § 11, stk. 1, fremgår endvidere følgende:

”Sager, der efter § 9 hører under Arbejdsretten, kan ikke anlægges ved de almindelige domstole, jf. dog stk. 2 og 3.”

Bestemmelsen i vikarlovens § 3, stk. 7, blev indsat i vikarloven ved lov nr. 1369 af 16. december 2014 på baggrund af lovforslag nr. 15 af 9. oktober 2014. Af pkt. 2.1.2 i de almindelige bemærkninger til lovforslaget fremgår bl.a. følgende om bestemmelsen:

”2.1.2. *Den foreslåede ordning*

Ifølge nærværende lovforslag vil det være Arbejdsretten, der vil skulle tage stilling til, om et vikarbureau opfylder betingelserne i vikarlovens § 3, stk. 5, og om der således kan ske fravigelse af vikarlovens ligebehandlingsprincip. Det vil således ifølge lovforslaget være Arbejdsretten, der skal afgøre, om vikarbureauet omfattes af eller har tiltrådt en kollektiv overenskomst, om denne overenskomst er landsdækkende, og om overenskomsten er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark. Ifølge lovforslaget vil sådanne spørgsmål ikke fremover skulle behandles af de almindelige domstole, da Arbejdsretten med sit særlige kendskab til arbejdsmarkedets parter og overenskomstsyste­met bedst vil kunne sikre en ensartet og sagligt begrundet praksis ved anvendelsen af lovens § 3, stk. 5.

...

I de sager, hvor vikarbureauet er omfattet af en kollektiv overenskomst, og hvor Arbejdsretten i første omgang har taget stilling til, om overenskomsten er repræsentativ og landsdækkende, jf. § 3, stk. 5, og hvor Arbejdsretten har fundet, at overenskomsten ikke lever op til de betingelser som § 3, stk. 5, fastsætter, vil en sag om vikarbureauets manglende overholdelse af ligebehandlingsprincippet kunne behandles ved Arbejdsretten i umiddelbar forlængelse af denne afgørelse, hvis vikaren er medlem af en faglig organisation. Hvis vikaren ikke er medlem af en faglig organisation, vil dette spørgsmål derimod skulle behandles af de almindelige domstole.

Dette indebærer på baggrund af det ovenfor anførte, at Arbejdsretten, hvis vikaren er medlem af en faglig organisation, vil have kompetence til at behandle sager, både for så vidt angår det overenskomstdækkede område og det ikke-overenskomstdækkede område.

Lovforslaget indebærer også, at der kan forekomme sager, hvor Arbejdsretten først afgør spørgsmålet om, hvorvidt en overenskomst lever op til betingelserne for at fravige ligebehandlingsprincippet, og hvor de almindelige domstole herefter skal afgøre spørgsmålet om overholdelse af vikarlovens § 3, stk. 1. Det er dog ikke muligt at undgå, at flere forskellige domstole skal involveres, hvis Arbejdsretten på den ene side altid er rette instans for de ovenfor nævnte § 3, stk. 5-sager, og hvis § 3, stk. 1-sager på den anden side også skal kunne indbringes for de almindelige domstole.”

Af de specielle bemærkninger til § 3, stk. 7, fremgår endvidere bl.a. følgende:

”...

Det foreslås dernæst, at Arbejdsretten skal tillægges kompetence til at afgøre, om et vikarbureau opfylder betingelserne i vikarlovens § 3, stk. 5.

Forslaget indebærer, at Arbejdsretten skal være enekompetent til at vurdere, om et vikarbureau 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.

” Dette indebærer, at de almindelige domstole ikke kan tage stilling til om et vikarbureau opfylder betingelserne i lovens § 3, stk. 5. Er en sag indbragt for de almindelige domstole, hvorved dette spørgsmål rejses, skal sagen afvises, medmindre sagen herudover rejser spørgsmål, som ikke er omfattet af Arbejdsrettens enekompetence. Domstolen kan i det tilfælde udsætte sagen, såfremt det findes påkrævet, således at spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne i vikarlovens § 3, stk. 5, er opfyldt, indbringes for og afgøres af Arbejdsretten, hvorefter domstolen kan fortsætte med en behandling af de øvrige spørgsmål i sagen. ”

Lovforslaget var en udmøntning af anbefalingerne fra Udvalget om fagretlig behandling af sager om overholdelse af vikarloven, der i januar 2014 afgav betænkning om ”Mulighederne for at lade tvister behandles og afgøres i det fagretlige system”.

Af udvalgsbetænkningen, der indeholder udkast til bestemmelser, der ganske svarer til de vedtagne bestemmelser i vikarlovens § 3, stk. 7, og arbejdsretslovens § 9, stk. 1, nr. 9, fremgår bl.a. følgende (side 8):

”Udvalget finder, at sager om, hvorvidt et vikarbureau opfylder betingelserne i § 3, stk. 5, skal afgøres af Arbejdsretten. Dermed bliver det Arbejdsretten, der afgør, om vikarbureauet omfattes af eller har tiltrådt en kollektiv overenskomst, om denne overenskomst er landsdækkende, og om overenskomsten er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark. Udvalget finder således, at sådanne spørgsmål ikke skal behandles af de almindelige domstole, og begrundet dette med, at Arbejdsretten med sit særlige kendskab til arbejdsmarkedets parter og overenskomstsyste- met bedst vil kunne sikre en ensartet og sagligt begrundet praksis ved anvendelsen af lovens § 3, stk. 5, og at dette også gælder i tilfælde, hvor vika- ren er medlem af en organisation.”

Udvalgsbetænkningen indeholder følgende bemærkninger til udkastet til § 3, stk. 7, i vikarloven (side 16):

”... Det foreslås dernæst, at Arbejdsretten skal tillægges kompetence til at afgøre, om et vikarbureau opfylder betingelserne i vikarlovens § 3, stk. 5.

Forslaget indebærer, at Arbejdsretten skal være enekompetent til at vurdere, om et vikarbureau 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.

” Dette indebærer, at de almindelige domstole ikke kan tage stilling til om et vikarbureau opfylder betingelserne i lovens § 3, stk. 5. Er en sag indbragt for de almindelige domstole, hvor dette spørgsmål rejses, skal sagen afvises, medmindre sagen herudover rejser spørgsmål, som ikke er omfattet af Arbejdsrettens enekompetence. Domstolen kan i det tilfælde udsætte sagen, såfremt det findes påkrævet, således at spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne

i vikarlovens § 3, stk. 5, er opfyldt, indbringes for og afgøres af Arbejdsretten, hvorefter domstolen kan fortsætte med en behandling af de øvrige spørgsmål i sagen.”

Ferieloven

Den kommende ferielov (lov nr. 60 af 30. januar 2018 om ferie), der træder i kraft den 1. september 2020, indeholder i § 3, stk. 3 og 7, følgende bestemmelser:

”Stk. 3. Lovens bestemmelser kan bortset fra de bestemmelser, der er nævnt i stk. 1, fraviges ved kollektiv overenskomst, som er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark eller på arbejdsgiversiden af en enkelt virksomhed. ... Fravigelser efter 1. og 2. pkt. kan kun ske, hvis de er i overensstemmelse med de af Den Europæiske Union udstedte direktiver om tilrettelæggelsen af arbejdstiden.

...

Stk. 7. Sager om, hvorvidt de anførte betingelser i stk. 3-5 er opfyldt, afgøres af Arbejdsretten.”

Af lovforslaget til den kommende ferielov (lovforslag nr. 116 af 6. december 2017) fremgår bl.a. følgende af de almindelige bemærkninger pkt. 2.13.1.2:

”2.13.1.2. Ferielovsudvalgets overvejelser.

Der vil som konsekvens af udvalgets forslag til hvem, der kan fravige den nye ferielov kunne opstå tvister om, hvem der er mest repræsentativ overenskomstpart efter den foreslåede ferielovs § 3, stk. 3-5.

Udvalget vurderer, at Arbejdsretten vil være bedst egnet til at behandle spørgsmål om en overenskomstparts repræsentativitet. Der kan i den forbindelse henvises til lov nr. 1369 af 16. december 2014 om ændring af lov om vikarers retsstilling ved udsendelse af et vikarbureau m.v. og lov om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter (Overførsel af kompetencer til Arbejdsretten), hvor kompetencen til at tage stilling til, om der er tale om en landsdækkende overenskomst indgået af en mest repræsentativ arbejdsmarkedspart, blev overført fra de almindelige domstole til Arbejdsretten. Udvalget foreslår derfor, at spørgsmålet skal behandles af Arbejdsretten, der efter arbejdsretslovens § 9, stk. 1, nr. 4, afgør tvister om, hvorvidt der foreligger en kollektiv overenskomst.

...

2.13.1.3. Beskæftigelsesministeriets overvejelser og den foreslåede ordning
Beskæftigelsesministeriet er enig i udvalgets overvejelser og forslag. ...”

Af de specielle bemærkninger til § 3, stk. 3, fremgår endvidere bl.a. følgende:

”Det vil være overenskomstparternes ansvar at overholde de rammer, inden for hvilke de kan indgå overenskomster, herunder de internationale forpligtelser.

Muligheden for at fravige ferielovens bestemmelser ved en overenskomst-mæssig ordning, der findes i de nævnte landsdækkende overenskomster, virksomhedsoverenskomster eller lokalaftaler, indebærer, at en lønmodtager ikke i et konkret tilfælde, hvor lønmodtageren har ringere vilkår, end denne ville have haft i henhold til en eller flere af ferielovens fravigelige bestemmelser, vil kunne støtte ret på en sådan bestemmelse, forudsat at betingelserne for fravigelighed er opfyldt. Hvis det pågældende arbejde er dækket af en landsdækkende overenskomst indgået mellem de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter, en tiltrædelses- eller virksomhedsoverenskomst indgået med de mest repræsentative lønmodtagerparter i Danmark, eller en lokalaf-tale indgået i henhold til en sådan overenskomst, og hvis den pågældende overenskomstmæssige ordning er i overensstemmelse med artikel 7 i ar-bejdstidsdirektivet, jf. nedenfor, vil betingelsen for, at der kan ske fravigelse af de pågældende bestemmelser i ferieloven, være opfyldt.

...

Det bemærkes, at Arbejdsretten vurderes bedst egnet til at behandle spørgs-mål om en overenskomstparts repræsentativitet, jf. forslagets stk. 7. Der kan i den forbindelse henvises til ændringen af vikarloven og arbejdsretsloven, jf. lov nr. 1369 af 16. december 2014, hvor kompetencen til at tage stilling til, om der er tale om en landsdækkende overenskomst indgået af en mest repræsentativ arbejdsmarkedspart, blev overført fra de almindelige domstole til Arbejdsretten.

Det foreslås endelig præciseret i 3. pkt., at ferielovens regler kun kan fravi- ges ved kollektiv overenskomst hvis fravigelsen er i overensstemmelse med de af Den Europæiske Union udstedte direktiver om tilrettelæggelsen af ar- bejdstiden. De aktuelle regler findes i artikel 7 i Europa-Parlamentets og Rå- dets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindel- se med tilrettelæggelse af arbejdstiden (arbejdstidsdirektivet) og EU-Dom- stolens retspraksis herom. Bestemmelsen vil også omfatte senere ændringer af EU-regulering om tilrettelæggelsen af arbejdstiden.”

Anbringender

Dansk Erhverv har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt Funktionæroverenskomsten, som X A/S har tiltrådt, opfylder betingelserne for at fravige ligebehandlingsprincippet i vikarlovens i 3, stk. 1, jf. 3, stk. 5, og sagens materielle hovedspørgsmål er der- for omfattet af Arbejdsrettens enekompetence. Sager om, hvorvidt betingelserne anført i vikarlovens § 3, stk. 5, er opfyldt, kan alene afgøres af Arbejdsretten, jf. vikarlovens § 3, stk. 7, og arbejdsretslovens § 9, stk. 1, nr. 9, jf. § 11, stk. 1. Såvel ordlyden af som forarbejderne til vikarlovens § 3, stk. 7, understøtter denne for- ståelse af Arbejdsrettens kompetence.

Denne forståelse understøttes i øvrigt af, at vurderingen af, om betingelserne i vikarlovens § 3, stk. 5, er opfyldt, forudsætter en fortolkning af overenskom- sten, herunder en nærmere vurdering af, om overenskomsten i sin helhed sikrer den fornødne generelle beskyttelse af vikarer. Denne vurdering af overenskom-

sten bør ikke foretages af de almindelige domstole, men af Arbejdsretten, som har kompetence til at fortolke overenskomster.

Ved sagsøgerens anbringende om, at man "falder tilbage på" ligebehandlingsprincippet i vikarlovens § 3, stk. 1, når en kollektiv overenskomst ikke indeholder en regulering af et eller flere af de væsentlige ansættelsesvilkår, som er omfattet af ligebehandlingsprincippet, har sagsøgeren indfortolket yderligere krav efter vikarlovens § 3, stk. 5, som betingelse for, at overenskomsten kan anvendes til at fravige ligebehandlingsprincippet i vikarlovens § 3, stk. 1. Dette spørgsmål bør ikke behandles af de almindelige domstole, idet Arbejdsretten med sit særlige kendskab til arbejdsmarkedets parter og overenskomstsyste­met bedst vil kunne sikre en ensartet og sagligt begrundet praksis ved anvendelsen af lovens § 3, stk. 5.

PROSA har til støtte for påstanden om frifindelse for afvisningspåstanden gjort gældende, at sagens materielle hovedspørgsmål ikke forudsætter en stillingtagen til spørgsmål, der er omfattet af Arbejdsrettens enekompetence efter vikarlovens § 3, stk. 7, og arbejdsretslovens § 9, stk. 1, nr. 9.

Arbejdsrettens enekompetence efter vikarlovens § 3, stk. 7, der er begrundet i Arbejdsrettens særlige kendskab til arbejdsmarkedets parter og overenskomstsyste­met, er efter ordlyden og forarbejderne begrænset til spørgsmålene om, 1) hvorvidt vikarbureauet omfattes af eller har tiltrådt en overenskomst, 2) hvorvidt den pågældende overenskomst er landsdækkende, og 3) hvorvidt den pågældende overenskomst er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark. Da det er ubestridt, at disse formelle overenskomstbetingelser er opfyldt, er der derfor ikke behov for, at der tages stilling hertil for at behandle den materielle del af sagen.

Sagen drejer sig derimod om, hvordan vikarlovens § 3, stk. 1 og 5, skal fortolkes og forstås i lyset af de bagvedliggende bestemmelser og principper i vikardirektivet, og om de nationale regler er forenelige med EU-retten, hvilket er et spørgsmål om principiel lovforklning, som de almindelige domstole har saglig kompetence til at behandle.

Sagsøgerens krav under sagen støttes på ligebehandlingsprincippet i vikarlovens § 3, stk. 1, og det spørgsmål, som retten skal tage stilling til i forhold til materien, er, om ligebehandlingsprincippet kan påberåbes ud en fra fortolkning af de bagvedliggende bestemmelser og principper i vikardirektivet.

Der er ikke efter forarbejderne grundlag for at fortolke vikarlovens § 3, stk. 7, udvidende, således at Arbejdsretten skulle være enekompetent til at træffe afgørelse om sagens materielle del, herunder om forholdet mellem vikarlovens § 3, stk. 1 og 5.

Sagens principielle karakter – herunder de EU-retlige aspekter, der efter sagsøgerens opfattelse vil kræve en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen, og hensynet til ikke at afskære sædvanlig to-instansbehandling ved de almindelige domstole og Højesterets mulighed for stillingtagen til sagens principielle spørgsmål – taler i sig selv for, at sagen bør behandles af de almindelige domstole.

Det følger endvidere af retspraksis fra de almindelige domstole og Arbejdsretten, at sager om både almindelig og principiel lovfortolkning kan kræves afgjort af de almindelige domstole.

Landsrettens begrundelse og resultat

Det følger af vikarlovens § 3, stk. 7, at sager om, hvorvidt betingelserne i vikarlovens § 3, stk. 5, for at fravige ligebehandlingsprincippet er opfyldt, afgøres af Arbejdsretten, og i overensstemmelse hermed følger det af arbejdsretslovens § 9, stk. 1, nr. 9, at sager om, hvorvidt de i vikarlovens § 3, stk. 5, anførte betingelser er opfyldt, indbringes for Arbejdsretten.

Af bemærkningerne til vikarlovens § 3, stk. 7, som er gengivet ovenfor, fremgår, at bestemmelsen indebærer, "at Arbejdsretten skal være enekompetent til at vurdere, om et vikarbureau 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".

PROSA har vedrørende den materielle tvist i første række gjort gældende, at vikarlovens § 3, stk. 1 og 5, skal fortolkes således, at ligebehandlingsprincippet i lovens § 3, stk. 1, finder anvendelse, når en kollektiv overenskomst ikke indeholder en regulering af et eller flere af de væsentlige ansættelsesvilkår, som er omfattet af ligebehandlingsprincippet. I det foreliggende tilfælde indeholder Funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service indgået mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver, HK/Privat og HK Handel ikke en regulering af vikarens aflønning under sygdom, hvorfor man falder tilbage på vikarlovens ligebehandlingsprincip.

Det er i anden række gjort gældende, at selv hvis Funktionæroverenskomsten måtte anses at regulere vikarens løn under sygdom, skal vikarlovens § 3, stk. 1 og 5 – i overensstemmelse med de bagvedliggende bestemmelser og principper i vikardirektivet – fortolkes således, at en eventuel fravigelse, der stiller vikaren dårligere end efter ligebehandlingsprincippet, alene vil kunne gøres gældende, såfremt det forringede vilkår opvejes af andre fordelagtige vilkår.

Efter ordlyden af vikarlovens § 3, stk. 5, og forarbejderne hertil tiltræder landsretten parternes samstemmende synspunkt om, at vikarlovens § 3, stk. 5, må forstås således, at bestemmelsen – ud over de formelle krav om overenskomstparternes repræsentativitet og overenskomstens geografiske udstrækning – indeholder en materiel betingelse om, at den pågældende overenskomst opfylder det EU-retlige minimumskrav med hensyn til beskyttelse af vikarers løn- og arbejdsvilkår.

Landsretten finder, at besvarelsen af de rejste spørgsmål afhænger af en vurdering af, om den overenskomstmæssige ordning, som følger af Funktionæroverenskomsten, opfylder betingelserne i vikarlovens § 3, stk. 5, for at fravige ligebehandlingsprincippet i vikarlovens § 3, stk. 1. Afgørelsen heraf henhører under Arbejdsrettens enekompetence, jf. vikarlovens § 3, stk. 7, og arbejdsretslovens § 9, stk. 1, nr. 9, og påstanden om afvisning af sagen fra domstolene tages derfor til følge.

Efter sagens udfald skal PROSA i sagsomkostninger betale 20.500 kr. til Dansk Erhverv, hvoraf 20.000 kr. tilkendes til dækning af udgifter til advokatbistand ekskl. moms, og 500 kr. tilkendes til dækning af retsafgift. Ud over sagens værdi er der ved fastsættelsen af beløbet til advokatbistand taget hensyn til sagens omfang og forløb.

THI KENDES FOR RET:

Sagen afvises fra domstolene.

I sagsomkostninger skal PROSA som mandatar for A betale 20.500 kr. til Dansk Erhverv som mandatar for X A/S.

Beløbet skal betales inden 14 dage og forrentes efter rentelovens § 8 a.

