

Vikarbureauansatte vikarers retsstilling i dansk arbejdsret

(Temporary agency workers position in Danish labour)

af MARLENE LASSEN

Spicalet omhandler vikarbureauvikarers retsstilling i dansk arbejdsret.

Vikarbureauansættelsen rejser en del arbejdsretlige problemstillinger, da den adskiller sig fra det traditionelle arbejdsgiver-lønmodtagerforhold ved, at vikaren indgår i et trepartsforhold med henholdsvis vikarbureauet og brugervirksomheden. Da der endnu ikke i dansk ret findes en direkte lovregulering af vikarbureauforhold og de arbejdsretlige regler traditionelt regulerer topartsforholdet mellem arbejdsgiver og lønmodtager, har det været særligt interessant at kvalificere vikarbureauansættelsen nærmere. Det konkluderes, at vikaren ikke er lønmodtager efter den traditionelle opfattelse i dansk arbejdsret. Vikaren er heller ikke funktionær og opnår ikke rettigheder efter funktionærloven. Samtidig konstateres, at vikaren i et vist omfang er beskyttet i det kollektivarbejdsretlige system. Herefter analyseres de EU retlige regler om udstationering af vikarbureauansatte til Danmark, der giver en del udfordringer for den danske aftalemodel, da reglerne om den fri bevægelighed sætter grænser for, hvordan Danmark kan sikre reglernes overholdelse i forhold til udstationerede vikarer. Afslutningsvist behandles EU direktivet om vikararbejde, og det konkluderes, at direktivet må ventes at skabe klarhed om vikarbureauvikarers retsstilling i dansk arbejdsret.

Temporary agency workers position in Danish labour.

Temporary agency work raises a number of issues in the Danish labour, since it differs from the traditional employer-employee relationship in that temporary workers are part of a triangular relationship with the agency and the user company. Since no Danish law is a direct legal regulation of temporary employment relations, and labour law traditionally only regulates the relation between the employer and his employee, it has been particularly interesting to qualify the employment of temporary agency work. It is concluded that the temporary agency worker is not employed by the traditional perception of the Danish labour. Substitute is not salaried and do not acquire rights under the Salaried Employees Act. At the same time found that the temporary agency worker to a certain extent protected by the collective labour law system. Then analyzed the EU law on posting of temporary agency workers in Denmark, which provides some challenges for the Danish model, since the rules on free movement sets limits for how Denmark can ensure good compliance over posted temps. To conclude with the EU directive 2008/104 EF on temporary agency work and concludes that the directive is expected to clarify the position for temporary agency worker in Danish labour.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning og problemformulering	3
2. Afgrænsning og opbygning	4
3. Beskyttelsen af vikarbureauvikarer i dansk ret	5
3.1 Historik om vikarbureauvirksomhed	5
3.2 Definitioner og afgrænsningsproblemer	6
3.2.1 Definition af vikarbureau	6
3.2.2 Definition af brugervirksomhed	7
3.2.3 Definition af vikaransat	7
3.3 Sammenfatning	8
3.4 Det individuelle ansættelsesforhold	8
3.4.1 Den individuelle aftale	8
3.4.2 Lønmodtagerbegrebet	9
3.4.2.1 Problemstillingen	9
3.4.2.2 Nærmere om lønmodtagerbegrebet	12
3.4.2.3 Praksis om vikarbureauansattes lønmodtagerstatus i dansk ret	12
3.4.2.3.1 Opmandskendelse af 27. august 2003 ”Bravida”	12
3.4.2.3.2 Opmandskendelse af 3. august 2005 ”TDC-sagen”	13
3.4.2.3.3 Opmandskendelse af 9. juli 2007 ”Promecon”	13
3.4.2.4 Sammenfatning	14
3.4.3 Ansættelsesretlig beskyttelseslovgivning	14
3.4.3.1 Funktionærloven	14
3.4.3.1.1 U 1996.946SH	14
3.4.3.1.2 U 1997.1495H	15
3.4.3.1.3 Kommentarer til afgørelserne	15
3.4.3.2 Ansættelsesbevisloven	16
3.4.3.2.1 U 1999.1870SH	16
3.4.3.3 Sammenfatning	17
3.5 Det kollektive aftaleforhold – vikarens overenskomstmæssige retsstilling	18
3.5.1 Den kollektive overenskomst	18
3.5.2 Vikarbureauvikarens overenskomstmæssige retsstilling	20
3.5.2.1 Vikarens overenskomstmæssige stilling i forhold til vikarbureauet	20
3.5.2.2 Vikarens overenskomstmæssige stilling i forhold til brugervirksomheden	21
3.5.2.2.1 Udgangspunktet	21
3.5.2.2.2 Omgåelse af overenskomsten	21
3.5.2.2.3 Praksis	24
3.5.2.2.3.1 Opmandskendelse af 27. august 2003 ”Bravida”	24
3.5.2.2.3.2 Opmandskendelse af 3. august 2005 ”TDC-sagen”	25
3.5.2.2.3.3 Opmandskendelse af 9. juli 2007 ”Promecon”	27
3.5.2.2.4 Virkninger af, at brugervirksomhedens overenskomst finder anvendelse for vikaren	28

3.5.2.3 Vikarprotokollater og selvstændige overenskomster om vikarbureauarbejde	31
3.5.2.3.1 Industriens Vikarprotokollat	32
3.5.2.3.2 Eksempel på vikaroverenskomst: Dansk Erhverv/3F-Vikaroverenskomsten	32
3.5.2.3.3 Sammenfattende vurdering	33
3.5.3 Sammenfatning om vikarbureauvikarers overenskomstmæssige retsstilling	33
4. Den EU-retlige regulering af vikarbureauvikarers retsstilling	34
4.1 Danmarks forpligtelser i forhold til EU	34
4.1.1 EU og den danske model	34
4.1.2 Implementering af EU-direktiver	34
4.2 Udstationering af vikarbureauansatte vikarer til Danmark	35
4.2.1 Introduktion – fri bevægelighed i EU og social dumping	35
4.2.2 Udstationeringsdirektivet	36
4.2.2.1 Formål og anvendelsesområde	37
4.2.2.2 Hovedindhold og særlige indvirkninger på dansk arbejdsret	37
4.2.2.2.1 Minimumsbeskyttelse	37
4.2.2.2.2 Særligt om mindsteløn	38
4.2.2.2.3 Forholdet til konfliktretten	38
4.2.2.2.3.1 Laval sagen	39
4.2.2.2.4 Kontrolforanstaltninger	40
4.2.3 Sammenfatning	42
4.3 EU's direktiv om vikararbejde	42
4.3.1 Baggrund	42
4.3.2 Formål	43
4.3.3 Indhold	43
4.3.3.1 Ligebehandlingsprincippet	43
4.3.3.2 Adgang til permanent beskæftigelse, efteruddannelse mv	43
4.3.3.3 Nærheds- og proportionalitetsprincippet	44
4.3.4 Implementeringen af direktivet – samt mulige indvirkninger i dansk ret	44
5. Konklusion	45
Litteraturliste	48

1. Indledning og problemformulering

På det danske arbejdsmarked har der i de senere år været en markant stigning i antallet af beskæftigede indenfor vikarbranchen. I 1999 udgjorde andelen af vikarbureauansatte 0,3 % af den samlede beskæftigelse¹, mens tallet var steget til mere end det tredobbelte i 1. kvartal 2008 med 1,1 % af den samlede

¹ Jf. Analyse fra Arbejderbevægelsens Erhvervsråd: "Historisk højt antal vikarer", 28. december 2006 s. 1.

beskæftigelse². Den økonomiske højkonjunktur og virksomhedernes stigende behov for fleksibilitet i arbejdsstyrken er nogle af årsagerne til væksten i både vikarbureauer og brugen af vikarer i Danmark. Som ansættelsesform er vikarbureauansættelsen mindre udbredt i Danmark, sammenlignet med andre europæiske lande.³ EU-udvidelsen mod øst og arbejdskraftens frie bevægelighed over grænserne peger også i retning af, at vikaransættelsen vil få stadig stigende betydning som ansættelsesform herhjemme, hvor vikarbureauerne allerede har tegnet sig, som den største aftager af østeuropæisk arbejdskraft til Danmark.⁴ Udover den voksende praktiske betydning, både i national og EU sammenhæng, er vikarbureauforholdet særligt interessant i arbejdsretlig sammenhæng, idet det adskiller sig fra det traditionelle arbejdsgiver-lønmodtager forhold ved, at vikaren indgår i et trepartsforhold med henholdsvis vikarbureauet og brugervirksomheden.

I dansk ret findes endnu ingen direkte lovregulering af vikarbureauvirksomhed, og da de arbejdsretlige regler er baseret på et traditionelt topartsforhold mellem arbejdsgiveren og lønmodtageren, bliver det af afgørende betydning for vikarens retsstilling, om vikaren kan siges at befinde sig i et lønmodtagerforhold, som den traditionelle arbejdsret regulerer. Afledt heraf er spørgsmålet, hvem der i så fald må anses at være vikarens arbejdsgiver, bureauet eller brugervirksomheden eller evt. begge?

Mit speciale har derfor til formål at kvalificere vikarbureauansættelsen nærmere, da denne usikkerhed omkring klassificeringen medfører en del arbejdsretlige problemstillinger. Efter en gennemgang af vikarens retsstilling i dansk arbejdsret, vil jeg undersøge, hvilken indvirkning EU har på området. Der sker i dag i stort omfang udstationering af vikarer til Danmark, hvilket rejser spørgsmålet hvorledes disse vikarers retsstilling er i Danmark. Afslutningsvist vil EU direktivet om vikararbejde blive inddraget, da dette må ventes at have betydning for den retlige kvalificering af vikarforhold og skal være gennemført på national plan senest den 5. december 2011.⁵

2. Afgrænsning og opbygning

Specialet vedrører både den nationale regulering og den EU retlige regulering af vikarbureauforhold.

Formålet er først og fremmest at belyse den nuværende retsstilling for vikarbureauvikarer i lyset af dansk arbejdsret, hvorfor hovedvægten er lagt på denne del af specialet. Arbejdsretten indgår i et nært samspil med en række andre retsområder, men jeg har valgt at anskue emnet ud fra en ren arbejdsretlig vinkel, hvorfor de skatteretlige problemstillinger, som vikarbureauvirksomhed kan give anledning til, ikke vil blive behandlet, ligesom de sociale sikringslove, der har til formål at give den enkelte lønmodtager en række socialt prægede rettigheder i forhold til det offentlige, f.eks. dagpenge ved fravær eller

² Jf. Analyse fra Arbejderbevægelsens Erhvervsråd: ”Vikarbranchen er i dyb krise”, 3. december 2009 s. 3. Siden andelen af vikaransatte nåede sit toppunkt i 1. kvartal 2008 med 1,1 % af den samlede beskæftigelse er der sket et fald under den økonomiske krise. Ved udgangen af 2009 var andelen halveret til lige godt 0,6 % af den samlede beskæftigelse. Ifølge analysen skal forklaringen på, at vikarbeskæftigelsen er faldet både hurtigere og mere end den samlede beskæftigelse findes i, at vikarbranchen er mere fleksibel end den samlede beskæftigelse. Således reagerer vikarbranchen hurtigere på et skift i konjunkturerne end andre dele af arbejdsmarkedet. Selvom der endnu ikke er tale om en vending, viser tallene, at der dog er sket en opbremsning i beskæftigelsesfaldet i 3. kvartal 2009 jf. analysens s. 2.

³ Jeff. Storrie, Donald: ”Temporary agency work in the European Union”, 2006, s. 37ff. Frankrig, Holland og England har flest bureauvikarer ifølge rapporten. Tallene er fra 1999.

⁴ Jf. LO's ugebrev A4, nr. 11, af 17. marts 2008, s. 17ff.

⁵ Direktiv 2008/104 om vikararbejde.

sygdom, ligeledes ikke vil blive gennemgået.⁶ Specialet afgrænses desuden til det private arbejdsmarked.⁷ Jeg vælger desuden at sondre mellem de vikarbureauer, der har til formål at drive vikarbureauvirksomhed med udlejning af vikarer og de vikarbureauer, der ikke har til formål at drive udlejningsvirksomhed ("nonprofit virksomhed").⁸ Dette speciale vil kun behandle vikarbureauer, der har til formål at drive udlejningsvirksomhed. Målet er således ikke at give en udtømmende opregning af vikarbureauvikarers retsstilling, da det vil blive for omfattende. I stedet behandles et udvalg af de problemstillinger, som har givet anledning til tvivlsspørgsmål. Det gælder navnlig spørgsmålet om vikarernes lønmodtagerstatus og funktionærstatus. I relation til de kollektive overenskomster har det været relevant at undersøge, hvorvidt vikaren er omfattet af brugervirksomhedens overenskomst, da vikarkonstellationen også er atypisk i forhold til de traditionelle overenskomster, og der har været rejst en række sager om, hvorvidt vikarer er omfattet af brugervirksomhedens overenskomst. Under den EU retlige regulering af vikarbureauvikarers stilling gennemgås den situation, at en udenlandsk vikarbureauansat udstationeres til Danmark fra et andet EU land, for at udføre arbejde her. Der findes en omfattende lovgivning, der har betydning for udenlandsk arbejdskraft i Danmark, bl.a. arbejdsmiljølovgivningen, skattelovgivning, udlændingelovgivning mv. Fokus er lagt på en analyse af reglerne om udstationering, og hvilken indvirkning denne EU regulering har på dansk arbejdsret. Øvrige regler vil kun sporadisk blive berørt. Afslutningsvist vil EU direktivet om vikarbejde blive behandlet, for at se hvilken ændring, det kan tænkes at få for vikarbureauvikarers retsstilling i Danmark, hvorefter jeg drager en sammenfattende konklusion.

3. Beskyttelsen af vikarbureauvikarer i dansk ret

3.1 Historik om vikarbureauvirksomhed

Lovgivningen i Danmark forbød tidligere privat arbejdsformidling, og da udlejning af vikarer via et vikarbureau blev sidestillet med dette, var vikarbureauvirksomhed principielt også forbudt. Inden for handels- og kontorområdet blev det dog tilladt at drive vikarbureauvirksomhed bl.a. på betingelse af, at kontrakten mellem bureauet og brugervirksomheden indeholdt oplysning om vikarens retsstilling i henhold til funktionærloven, lov om den offentlige sygeforsikring, lov om arbejdsmarkedets tillægspension (ATP), ferieloven og lov om forsikring mod følger af ulykkestilfælde.⁹ Ordningen med vikar-

⁶ I praksis spiller skattelovgivningen f.eks. en væsentlig rolle ved siden af mindstelønsordninger, når det drejer sig om indkomstmæssige forhold. Arbejdsløshedsforsikringslovens regler om dagpengegodtgørelse for 1. og 2. ledighedsdag (G-dage) kan være særlig byrdefuld for vikarbranchen grundet de mange korte ansættelser.

⁷ Ved fravalget af det offentlige arbejdsmarked finder hele det forvaltningsretlige regelsæt derfor ikke anvendelse. Som en naturlig følge af fravalget af det offentlige som arbejdsgiver, vil offentlige vikarkorps derfor ikke blive behandlet. Det kan dog tilføjes, at det offentlige og det private arbejdsmarked fordeler sig rimelig jævnyrdigt i forhold til at benytte sig af vikarer fra vikarbureauer. Således tegner det offentlige sig for 47 % af den samlede omsætning, mens virksomheder tegner sig for 46 % og organisationer og privatpersoner tegner sig for 7 % af den samlede omsætning fra vikarformidling, jf. Nyt fra Danmarks statistik: "Produktstatistik for vikarbureauer og anden arbejdsformidling 2008", nr. 442 af 5. oktober 2009 figur 2.

⁸ Som eks. på en nonprofit virksomhed kan nævnes vikarbureauet Asylbureau ApS/kirkeasyl, hvor formålet ikke er at drive virksomhed, men at skaffe afviste irakiske asylansøgere opholdstilladelse via udlændingeloven. Et andet eksempel er offentlige vikarbureauer, der heller ikke har til formål at tjene penge på "virksomheden".

⁹ Jf. Bkg. nr. 163 af 17. april 1970 om vikarbureauer inden for handels- og kontorområdet, som blev udstedt i henhold til lov nr. 114 af 24. marts 1970 om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring § 27, den senere § 24a, og Jens Kristiansen: "Grundlæggende arbejdsret" 2009, s. 309. Af kontrakten kunne bl.a. også fremgå, at vikarens løn mindst skulle svare til den

bureauvirksomhed blev senere forsøgsmæssigt udvidet til også at omfatte udlejning af tekniske tegnere, laboranter uden for hospitalssektoren og klinikassistenter, inden forbuddet mod at drive vikarbureauvirksomhed helt blev ophævet som led i en generel liberalisering af arbejdsformidlingen i 1990, da der ikke længere fandtes særlige beskyttelseshensyn til vikarerne.¹⁰ Der stilles derfor ikke særlige krav til at drive et vikarbureau.¹¹ Opfattelsen af vikarudlejning ændrede sig fra at være betragtet som privat arbejdsformidling til, at man nu mere fokuserede på vikarbureauarbejde som en særlig ansættelsesform. I det følgende vil jeg derfor se nærmere på, hvad der gør vikarbureauansættelsen til en særlig ansættelsesform ved at forsøge at kvalificere, hvad der forstås ved henholdsvis vikarbureau, vikar og brugervirksomhed.

3.2 Definitioner og afgrænsningsproblemer

Selve ordet vikar tilkendegiver, at der er tale om et midlertidigt eller et tidsbestemt ansættelsesforhold. Vikaransættelsesforhold kan forekomme enten ved et traditionelt lønmodtager - arbejdsgiverforhold, eller ved vikarbureauarbejde, som behandles i dette speciale, hvor vikaren indgår i et trepartsforhold med henholdsvis vikarbureau og brugervirksomhed, hvilket gør, at vikaren ikke uden videre er omfattet af det traditionelle lønmodtagerbegreb. Da vikarbureauvirksomhed ikke er reguleret direkte ved lov, kan en definition af, hvad der forstås ved henholdsvis vikarbureauvikar, vikarbureau og brugervirksomhed ikke udledes ad legislativ vej.

3.2.1. Definition af vikarbureau

I dansk ret bliver vikarbureauer ikke defineret, hvorfor EU-direktivet om vikararbejde (herefter benævnt direktivet) kan bruges som vejledning.¹² Her defineres et vikarbureau i artikel 3, nr.1 litra b som ”enhver fysisk eller juridisk person, som i overensstemmelse med lovgivning indgår en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold med vikaransatte med henblik på at udsende dem til brugervirksomheder for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver under disses tilsyn og ledelse”. Direktivet finder anvendelse på

overenskomstmæssigt fastsatte løn for vedkommende faglige gyldighedsområde, og at det enkelte ansættelsesforhold højst kan have en uafbrudt varighed af 3 måneder. Vikarbureauet skulle derudover holde vikaren ansvarsforsikret.

¹⁰ Jf. Cirkulære nr. 3385 af 18. juni 1986 vedrørende forsøgsordning for tekniske tegnere mv. og Lov nr. 840 af 20. december 1989 om ændring af lov om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring mv., der trådte i kraft 1. juli 1990. De seneste tal fra Danmarks Statistik viser, at vikarer især formidles til sundhedssektoren, der tegner sig for den største omsætning med 46 %, mens produktion, bygge og anlæg tegner sig for 19 %, transport, lager og logistik for 13 % af den samlede omsætning, mens resten fordeler sig inden for andre områder jf. Nyt fra Danmarks Statistik: ”Produktstatistik for vikarbureauer og anden arbejdsformidling 2008”, nr. 442 af 5. oktober 2009 figur 1.

¹¹ Ifølge lov nr. 451 af 22. maj 2006 om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed, krævede det tidligere Sundhedsstyrelsens godkendelse at drive et sygeplejevikarbureau, men pr. 1. januar 2007 er loven ophævet, og det er derfor ikke længere en betingelse, at der er en godkendt og autoriseret sygeplejerske tilknyttet vikarbureauet. Det kræver dog stadig Færdselsstyrelsens godkendelse at drive et chaufførvikarbureau, og her gælder reglerne i godskørselsloven Lbkg. nr. 108 af 19/2 2003.

¹² Direktiv 2008/104 om vikararbejde. Den nu ophævede § 24a, stk. 2 i lov om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring definerede *vikarbureauvirksomhed* som udlejning af arbejdskraft, hvis ansættelse hos udlejeren kun omfatter det enkelte udlejningsforhold. Bekendtgørelse om arbejdets udførelse omfatter også vikaransættelsesforhold, men giver heller ikke en åbenbar definition af vikarbureauvirksomhed. Bekendtgørelsens § 21 omhandler kun en virksomhed, hvis arbejdskraft er udlejet til den eller på anden måde er stillet til rådighed for den af en fremmed virksomhed, jf. Bkg. nr. 559 af 17/6 2004 om arbejdets udførelse. Bekendtgørelsen gennemfører rådets direktiv 91/383/EØF af 25. juni 1991, om supplerende foranstaltningerne til forbedring af sikkerheden og sundheden på arbejdsstedet for arbejdstagere, der har et tidsbegrænset ansættelsesforhold eller et vikaransættelsesforhold.

både offentligretlig og privatretlig virksomhed, men det er tilsyneladende ikke en betingelse, at vikarbureauet har til formål at drive vikarbureauvirksomhed med økonomisk gevinst for øje, jf. artikel 1, nr. 2. Som nævnt i afgrænsningen, vil dette speciale kun behandle vikarbureauer, der har til formål at drive vikarbureauvirksomhed.

3.2.2 Definition af brugervirksomhed

Brugervirksomhed benyttes i dette speciale som betegnelse for den virksomhed, der indlejer vikarers arbejdskraft. I direktivet defineres *Brugervirksomhed* som ”enhver fysisk eller juridisk person, for hvem og under vis tilsyn og ledelse en vikaransat midlertidigt udfører en arbejdsopgave” jf. artikel 3, nr. 1 litra d.

3.2.3 Definition af vikaransat

En *vikaransat* defineres i direktivet som ”en *arbejdstager*, som har indgået en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold med et vikarbureau med det formål at blive udsendt til en brugervirksomhed for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver under dennes tilsyn og ledelse.” jf. artikel 3, nr. 1 litra c. EU direktivet om vikarbejde giver således vikaren lønmodtagerstatus i forhold til bureauet. Dette taler for, at vikarbureauet er vikarens arbejdsgiver.

Det særegne ved denne konstellation er, at arbejdsgiverbeføjelserne ifølge direktivet er delt mellem på den ene side vikarbureauet, der har ansættelses- og afskedigelseskompetencen, og på den anden side brugervirksomheden, der har instruktionsbeføjelsen og varetager tilsynet og ledelsen af arbejdet.¹³ Vikaren har derfor ikke én men to arbejdsgiverrelationer. Det er antaget i teorien, at ledelsesretten er et *produkt* af ansættelseskontrakten (og overenskomsten).¹⁴ I ansættelsesretlig forstand vil det derfor være bureauet, der juridisk set er defineret som vikarens arbejdsgiver, da kontraktforholdet består mellem vikaren og bureauet. At brugervirksomheden har en del af ledelsesbeføjelserne må evt. kunne anskues som vikarbureauets delegation¹⁵ af instruktionsbeføjelsen til brugervirksomheden eller simpelthen ses som en betingelse ved vikaransættelsesforholdet, at instruktionsbeføjelsen er tillagt brugervirksomheden. Om man anskuer det som en delegation af arbejdsgiverbeføjelser eller som et vilkår ved vikaransættelsesforholdet, har den delte ledelsesret i begge tilfælde sin oprindelse i selve aftaleforholdet mellem vikaren og vikarbureauet. Det mest naturlige er derfor at anse vikarbureauet for vikarens arbejdsgiver i ansættelsesretlig forstand.¹⁶

¹³ Arbejdsgiverens ledelsesret er et udtryk for en række beføjelser, som tilkommer arbejdsgiveren. De består hovedsageligt i en antagelses- og afskedigelsesret, instruktionsbeføjelsen vedrørende selve arbejdet, beføjelsen til at tilrettelægge arbejdstiden, beføjelsen til at iværksætte kontrolforanstaltninger og beføjelsen til at fastsætte reglementariske bestemmelser for arbejdspladsen se f.eks. nærmere herom Ole Hasselbalch: ”Ansættelsesretten” 2002, s. 747ff. Ledelsesretten var en af hovedhjørnestene i Septemberforliget af 1899, hvor lønmodtagerne fik anerkendt retten til at organisere sig og føre kollektive forhandlinger mod at arbejdsgiverne fik anerkendt ledelsesretten. Om den historiske rodfæstelse se f.eks. Per Jacobsen: ”Kollektiv arbejdsret” 1994, s. 583ff.

¹⁴ Jf. Ole Hasselbalch: ”Arbejdsrettens almindelige del” 2. udg. 2000, s. 229

¹⁵ Jf. Ole Hasselbalch: ”Arbejdsrettens almindelige del”, s. 114. Forudsætningen for en delegation er, at dette sker under omstændigheder, hvor den, der bemyndiges til at udøve arbejdsgiverbeføjelserne, forsynes med den fornødne legitimation hertil i relation til lønmodtageren, samt at delegationen i øvrigt holder sig inden for ansættelsesaftalens forudsætninger.

¹⁶ Dette harmonerer i øvrigt også med vikarbureauernes egen beskrivelse. Som eksempel kan nævnes vikarbureauerne Manpower og Adecco, der er nogle af de største aktører på det danske marked. På www.manpower.dk er gennemgået, hvordan ansættelsesaftalen med Manpower består af en ”tilknytningsaftale” med centrale bestemmelser for ansættelsesforholdet. Når

I forlængelse heraf skal der knyttes en kort kommentar til udstationeringsloven.¹⁷ Loven finder anvendelse i situationer, hvor virksomheder i forbindelse med levering af tjenesteydelser udstationerer lønmodtagere til Danmark. Ifølge lovens § 4, stk. 1 nr. 3 anses en virksomhed også at udstationere lønmodtagere til Danmark, ”når virksomheden i sin egenskab af vikarbureau eller anden virksomhed, der stiller lønmodtagere til rådighed, udstationerer en lønmodtager i en brugervirksomhed.”. Det er i den forbindelse værd at bemærke, at det er en betingelse for anvendelsen, at der består et *ansættelsesforhold* mellem lønmodtageren og den udstationerede virksomhed eller en anden virksomhed, der har stillet lønmodtageren til rådighed for den udstationerede virksomhed. Som ved EU direktivet om vikararbejde, anses vikarbureauet (udstationeringsvirksomheden) således også i henhold til udstationeringsloven, for at være vikarens arbejdsgiver i ansættelsesretlig forstand.

3.3 Sammenfatning

I EU direktivet om vikararbejde kunne hentes en vis vejledning til at definere aktørerne i vikarkonstruktionen. På grund af vikarbureauforholdets særegne karakter og forskel fra det traditionelle lønmodtager-arbejdsgiverforhold har man ikke kunne overføre de traditionelle arbejdsretlige regler direkte på vikarbureaukonstruktionen. Da EU direktivet om vikararbejde endnu ikke er ratificeret i dansk ret, har det endnu ingen virkning herhjemme, og det bliver derfor interessant at undersøge, hvordan vikarbureauvikaren er stillet i national sammenhæng.

3.4 Det individuelle ansættelsesforhold

3.4.1 Den individuelle aftale

Et ansættelsesforhold opstår ved, at en arbejdsgiver indgår en aftale med en lønmodtager, om at denne stiller sin arbejdskraft til rådighed, mod at arbejdsgiveren vederlægger lønmodtageren. Det er de almindelige aftaleretlige principper, der ligger til grund for et ansættelsesforhold. Der foreligger som udgangspunkt et gensidigt bebyrdende skyldforhold mellem lønmodtager og arbejdsgiver, men til forskel fra andre kontraktforhold, hvor parterne i forhandlingspositionen som udgangspunkt er stillet lige, er der en fundamental ulighed mellem arbejdsgiveren og lønmodtageren i det individuelle ansættelsesforhold, hvor arbejdsgiverens ledelsesret indikerer et klart over-/underordningsforhold mellem parterne såvel ved ansættelsesaftalens indgåelse som under ansættelsesforholdet.¹⁸ Denne ulighed mellem arbejdsgiver og lønmodtager bliver opvejet af den ansættelsesretlige lovgivning til beskyttelse af lønmodtageren som den svage part, så reelt er der grænser for aftalefriheden mellem de to parter ved indgåelse af en ansættelsesaftale.¹⁹

bureauet indgår en udlejningsaftale med en brugervirksomhed, modtager vikaren en jobbekræftelse fra vikarbureauet med oplysninger om tidspunkt for vikariatets start, arbejdstid, arbejdsopgaver, beliggenhed og timeløn.

¹⁷ Loven gennemfører rådets direktiv 96/71 EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser (udstationeringsdirektivet).

¹⁸ Om arbejdsaftaler som gensidigt bebyrdende skyldforhold se f.eks. Bernhard Gomard: ”Obligationsretten 1. del” 3. udgave 1998, s. 7. Ole Hasselbalch søger også principgrundlaget for ansættelsesretten (og arbejdsretten som disciplin) i almindelige kontraktretlige grundsætninger jf. f.eks. ”Arbejdsrettens almindelige del”, s. 143-144.

¹⁹ Som et eksempel på en lønmodtagerlov, der sætter grænser for aftalefriheden, kan nævnes funktionærloven, der indeholder opsigelsesregler, der er væsentligt strengere for arbejdsgiveren end funktionæren, ligesom arbejdsgiveren skal kunne begrunde en opsigelse sagligt, jf. lovens § 2b. Derudover sætter aftalelovens almindelige ugyldighedsregler også grænser for aftalefriheden mellem parterne.

Lønmodtagerbegrebet spiller derfor en central rolle, da hele formålet med den ansættelsesretlige beskyttelseslovgivning netop er at udligne det ulige forhold, der er mellem arbejdsgiver og lønmodtager ved en række regler, der ikke kan fraviges til ugunst for lønmodtageren, medmindre dette fremgår udtrykkeligt af loven. Da beskyttelseslovgivningen kun gælder for lønmodtagere, er det i forhold til vikarbureaukonstruktionen derfor ikke ligegyldigt, om vikarens relation til vikarbureauet karakteriseres som en almindelig fri kontrakt om arbejdets udførelse eller som et lønmodtagerforhold.

3.4.2 Lønmodtagerbegrebet

3.4.2.1 Problemstillingen

Der sondres generelt mellem ansat lønnet arbejdskraft (lønmodtagerforhold) og en almindelig fri kontrakt om arbejdets udførelse (uafhængige arbejdsaftaler), når der opstår et behov for at få et arbejde udført.²⁰

Groft skitseret er lønmodtagerforhold kendetegnet ved, at arbejdstageren er ansat direkte i virksomheden og stiller sin arbejdskraft til rådighed for arbejdsgiveren, som har instruktions- og tilsynsbeføjelse overfor lønmodtageren. Hertil hører de opgave- og tidsbegrænsede ansættelsesaftaler med opsigelsesadgang. De frie kontrakter om arbejdets udførelse omfatter omvendt de grupper på arbejdsmarkedet, der ikke er ansat direkte i virksomheden. Her udarbejdes normalt en samarbejdsaftale mellem ”den frie agent” og virksomheden, der regulerer de indbyrdes forpligtelser. Det er en ren kommerciel aftale, hvor køber og sælger i forvejen har aftalt et bestemt arbejdsresultat, og sælgeren er ikke underlagt en instruktionsbeføjelse, som ved lønmodtagerforholdet. For eksempel hører freelancearbejdere, projektansatte, konsulenter, entreprenører og selvstændige til gruppen af frie agenter.²¹

Grænsen mellem en kontrakt om ansat lønnet arbejdskraft og de ”frie kontrakter” er dog ikke åbenbar, når kontrakten som i vikarbureauforholdet indeholder visse af ansættelsesforholdets kendetegn men ikke andre. I vikarbureausituationen er det ikke vanskeligt at adskille vikarbureauvikaren fra brugervirksomhedens egne ansatte, alene af den grund, at vikaren ikke er *ansat* direkte i brugervirksomheden, og derfor ikke indgår i et lønmodtagerforhold til denne. Derimod kan det være sværere at afgrænse de ”frie kontrakter” i forhold til vikarbureausituationen. Lighedstrækkene er, at hverken ”de frie agenter” eller vikarbureauvikaren er ansat i brugervirksomheden. Men hvor den frie agent er helt uafhængig, og selv bærer ansvaret for, at arbejdet fører til det forventede resultat, er vikarbureauvikaren underlagt brugervirksomhedens kontrol- og instruktionsbeføjelse.

Man kunne også forestille sig den situation, at en virksomhed med jævne mellemrum udlåner sine medarbejdere til en anden virksomhed. Det kan være, at den udlejende virksomhed har ansatte med en særlig ekspertise, eller at lånevirksomheden af andre grunde har behov for assistance. Situationen ligner vikarbureausituationen ved, at den udlejede vikar ikke er ansat i brugervirksomheden/lånevirksomheden, men bevarer den ansættelsesretlige tilknytning til den udlejende virksomhed. Denne bevarer ligeledes arbejdsgiverbeføjelserne (evt. med uddelegering af instruktionsbeføjelsen).

²⁰ Jf. Ole Hasselbalch: ”Arbejdsrettens almindelige del”, s. 51.

²¹ Opdelingen er ikke konsekvent. En konsulent kan f. eks. godt arbejde både i som udenfor tjenesteforhold ligesom det afhænger af en helhedsvurdering, om et forhold karakteriseres som lønmodtagerforhold eller ikke, jf. f.eks. ARD 2007.293, hvor arbejdsretten udtalte, at freelancearbejde, der udføres under forhold, som er mere karakteristiske for ansættelsesforhold end for selvstændig virksomhed, må betegnes som lønmodtagerarbejde udført som løsarbejde.

Situationen adskiller sig fra vikarbureausituationen ved, at medarbejderen ikke er ansat i en virksomhed, der har til *formål* at drive vikarbureauvirksomhed med udlejning af vikarer. Medarbejderen vil som udgangspunkt have en *pligt* til at påtage sig det tilbudte arbejde, medmindre det udgør en *væsentlig* ændring af ansættelsesforholdet, mens den vikarbureauansatte ikke har samme pligt til at påtage sig tilbudt arbejde.²²

Af ovenstående betragtninger ses, at vikarbureauvikaren ikke så let lader sig indplacere i hverken gruppen af lønmodtagere eller gruppen af frie, uafhængige arbejdskontrakter, da forholdet har visse fælles træk med begge grupperinger. I det følgende vil jeg derfor forsøge at kvalificere lønmodtagerbegrebet nærmere, da det er af afgørende betydning for vikarens retsstilling, om denne kan indplaceres i det traditionelle lønmodtager- arbejdsgiver system og dermed være omfattet de arbejdsretlige beskyttelsesregler, der kun gælder for traditionelle lønmodtagere.

3.4.2.2 Nærmere om lønmodtagerbegrebet

Lønmodtagerbegrebet er ikke lovfæstet eller entydigt defineret i dansk ret.²³ Om en given person skal anses for at være lønmodtager eller ej, vil med andre ord variere alt efter, hvilken lov der er tale om, og hvilket hensyn loven er sat til at varetage. Flere af de arbejdsretlige love nøjes dog kun med at konstatere, at de gælder for "lønmodtagere", "arbejdstagere" eller lignende, uden at definere begrebet yderligere.²⁴ Funktionærloven går et skridt videre ved at betinge en anvendelse af loven af, at den pågældende "indtager en tjenestestilling, således at han er undergivet arbejdsgiverens instruktioner", jf. funktionærlovens § 1, stk. 2. I ansættelsesbevisloven er lønmodtagere defineret som "personer, der modtager vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold", jf. lovens § 1 stk. 2.²⁵ En tilsvarende definition findes f.eks. også i ferielovens § 1, stk. 2.²⁶ Betegnelsen "vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold" bliver også brugt i kildeskattelovens § 43, stk. 1 til at definere lønmodtagerbegrebet. Der synes altså at være et sammenfald mellem den personkreds, der er lønmodtager efter ansættelsesbevisloven og ferieloven, og den personkreds, der er indkomstskattepligtig efter kildeskattelovens § 43, stk. 1.²⁷

²²Jf. H.G. Carlsen: "Dansk funktionærret", 7.udgave 2003, s. 54. At vikarbureauvikaren ikke har samme pligt til at påtage sig tilbudt arbejde forudsætter, at vikaren kan opsige sit ansættelsesforhold med bureauet uden varsel og at ansættelsesforholdet kun omfatter det enkelte udlejningsforhold. I specialet vil kun disse vikaransættelsesforhold blive behandlet. Lønmodtageren, der er udlånt af sin virksomhed, må på sædvanlig vis iagttage de opsigelsesvarsler og vilkår, der gælder for ansættelsesforholdet med den virksomhed, han er ansat i (udlejningsvirksomheden), hvis arbejdet udgør en væsentlig ændring af ansættelsesforholdet.

²³ Jf. forslag til lov om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet (Ansættelsesbevisloven) lovforslag nr. 172 1992/93, hvori det nævnes, at det er "nyttigt, at man i fremtiden får en generel og håndterbar definition af lønmodtagerbegrebet indenfor det arbejdsretlige område, bl.a. set i lyset af evt. kommende direktiver, som nødvendiggør lovgivning, og hvor fastsættelse af lønmodtagerbegrebet bliver afgørende for udstrækningen af den beskyttelse, der typisk vil være tale om".

²⁴ Jf. f.eks. arbejdsmiljølovens § 2 "arbejde for en arbejdsgiver", sygedagpengelovens § 2 "lønindtægt" og § 3 "lønmodtagere", ligelønslovens § 1, stk. 2 "lønmodtagere" osv.

²⁵ Loven finder derudover kun anvendelse for ansættelsesforhold, der har mere end en måneds varighed, og hvor den gennemsnitlige ugentlige arbejdstid overstiger 8 timer, jf. § 1, stk. 1.

²⁶ Jf. Bekendtgørelse nr. 407 af 28/5 2004 af ferieloven med senere ændringer.

²⁷ Jf. forslag til lov om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet 1992/1 nr. 172, under bemærkningerne til § 1. Selvom lønmodtagerbegrebet er enslydende i de nævnte love, bør man have for øje, at det skatteretlige lønmodtagerbegreb formelt har et selvstændigt indhold. Der er altså ikke nødvendigvis sammenhæng mellem anvendelsen af begrebet i skatteretten og begrebet i ansættelsesretten, da lovene varetager forskellige hensyn. F.eks. skal skatteretten varetage en effektiv skatteopkrævning hvor ferieloven regulerer retten til ferie.

Kravet, om at lønmodtageren skal indgå i et *tjenesteforhold* til arbejdsgiveren, træder klart frem i de ovennævnte eksempler fra lovgivningen, og det er da også denne afgrænsning, der anses for at være den traditionelle afgrænsning af lønmodtagerbegrebet i den arbejdsretlige lovgivning.²⁸

Ole Hasselbalch har foretaget en indgående undersøgelse af lønmodtagerbegrebet i dansk ret og har på den baggrund samlet sig om en række *vejledende* momenter, der har været brugt i det overordnede forsøg på at indicere om der foreligger et lønmodtagerforhold.²⁹

Det første moment drejer sig om graden af arbejdsgiverens ret til at disponere løbende over arbejdsindsatsen og til at give instruktioner i denne sammenhæng. At arbejdsgiveren kan råde (frit) over arbejdsindsatsen taler for, at der foreligger et lønmodtagerforhold. Afgørende i den henseende kan også være, om arbejdsgiveren har adgang til at føre kontrol med arbejdsydelsen, om arbejdstageren har en rapporteringspligt, om arbejdet er bestemt efter art eller skal udføres indenfor fastlagt arbejdstid.

Det andet moment omhandler vederlaget. Hvis arbejdstageren ikke bærer risikoen for at et bestemt arbejdsresultat nås, men bliver vederlagt alligevel, får stillet driftsmateriel til rådighed og får refunderet sine omkostninger i forbindelse med hvervets udførelse taler dette for et lønmodtagerforhold.

Det tredje moment går på, at en lønmodtager har pligt til at udføre arbejdet personligt. Kan parten sætte en anden i sit sted, taler dette imod, at der foreligger et lønmodtagerforhold.

Det fjerde moment vedrører tilknytningen til arbejdsgiveren. Om arbejdet er af en mere varig karakter, om arbejdet udføres hos arbejdsgiveren, og om arbejdstageren har mulighed for at påtage sig andet arbejde er momenter, der overvejes. Jo tættere tilknytning, jo mere taler for at betragte forholdet som et lønmodtagerforhold.

Det femte moment går på, hvorvidt arbejdstageren i henseende til sin sociale og erhvervsmæssige stilling naturligt kan sidestilles med en almindelig lønmodtager.³⁰

Det sjette moment er en formålsfortolkning af det regelsæt, det drejer sig om at bringe i anvendelse og er ikke i sig selv et beskrivende moment i vurderingen af, hvornår der foreligger et lønmodtagerforhold. I stedet er det lovens formål, der bestemmer, om det foreliggende arbejdsforhold falder inden for eller uden for bestemmelseens anvendelsesområde og dermed graden af beskyttelse.

Hvis modellen bruges på vikarbureausituationen, tegner der sig et noget uklart billede. I relationen mellem vikaren og bureauet taler det imod lønmodtagerstatus, at bureauet ikke har en instruktionsbeføjelse, og derfor heller ikke kan råde frit over vikarens arbejdsindsats og heller ikke stiller driftsmateriel til rådighed for vikaren, idet arbejdet bliver udført på brugervirksomheden ved brug af dennes materialer. Omvendt taler det for lønmodtagerforhold, at vikaren er ansat i vikarbureauet, og derved har en ar-

²⁸ Jf. bemærkningerne til L 172 Folketingstidende 1992/93, tillæg A, spalte 6319ff, § 1, hvori det bemærkes, at den valgte definition af lønmodtagerbegrebet i ansættelsesbevislovens § 1 anses for at ramme kernen i de lønmodtagerbegreber, der ellers arbejdes med i dansk ret. Definitionen harmonerer i øvrigt også godt med det EU-retlige lønmodtagerbegreb jf. Ruth Nielsen: "EU arbejdsret" 4. udgave 2006, side 86 der bl.a. henviser til "Lawrie-Blum-sagen", sag 66/85, hvorefter det er en betingelse, at arbejdstageren skal yde arbejde for en anden og være undergivet dennes instruktioner samt at arbejdet skal ske mod vederlag.

²⁹ Jf. i det hele Ole Hasselbalch: "Arbejdsretlige funktioner", 1979, s. 97ff. H.G. Carlsen tilslutter sig i det væsentlige disse resultater jf. "Dansk funktionærret", s. 45ff. I Ole Hasselbalch: "Ansættelsesbevisloven med kommentarer" 2. udgave, 2002, s. 34 er de fem vejledende momenter udvidet med en formålsfortolkning af det pågældende regelsæt som det sjette moment.

³⁰ Den sociale vurdering bør nok indgå med en vis forsigtighed, når lønmodtagerbegrebet fastsættes. F.eks. nævnes i Ole Hasselbalch: "Arbejdsretlige funktioner", s. 109 ff., at det afgørende til syvende og sidst er domstolens syn på sagen, om der foreligger lønmodtagerstatus, og at administrationen måske er tilbøjelig til at gøre lønmodtagerbegrebet videre, end domstolene har villet acceptere. Under alle omstændigheder bør den sociale betragtningstype ikke udstrækkes ganske uden hensyntagen til de underliggende reglers karakter.

bejdspligt uden at bære risikoen for at et bestemt arbejdsresultat nås. Vikaren vil derudover ikke selv kunne sætte en anden i sit sted, da arbejdsforpligtelsen er personlig, ligesom tilknytningen til bureauet også taler for at der foreligger et lønmodtagerforhold mellem bureau og vikar, hvor hovedbeskæftigelsen er vikararbejdet.

Endelig peger hele vikarens sociale og erhvervsmæssige stilling sandsynligvis også i retning af at side stille vikaren med en lønmodtager i forhold til bureauet, da arbejdets beskaffenhed og de sociale behov er således sammenlignelige med det almindelige lønmodtagerforhold, at der er anledning til at lade beskyttelsesreglerne finde anvendelse for vikaren.

I forholdet mellem vikaren og brugervirksomheden opstår samme usikkerhed om, hvorvidt vikaren har lønmodtagerstatus i forhold til brugervirksomheden. For lønmodtagerstatus taler, at arbejdet udføres på brugervirksomheden, der har instruktionsbeføjelsen over arbejdets udførelse ligesom vikaren ikke bærer risikoen for, at et bestemt arbejdsresultat nås. På den anden side stiller vikaren sin arbejdskraft til rådighed uden at blive vederlagt herfor af brugervirksomheden, der i stedet vederlægger vikarbureauet. Brugervirksomheden vil også ofte kunne sætte en anden i vikarens sted uden videre. Dette taler imod, at vikaren indgår i et lønmodtagerforhold til brugervirksomheden.

3.4.2.3 Praksis om vikarbureauansattes lønmodtagerstatus i dansk ret

Om vikarbureauvikaren skal anses for at være lønmodtager i forhold til vikarbureauet, som lejer arbejdskraft ud til brugervirksomheden, eller om vikaren skal anses for at være lønmodtager direkte i brugervirksomheden, har også været prøvet i dansk ret. I det følgende skal der knyttes nogle kommentarer til nogle af de ledende afgørelser på området.

3.4.2.3.1 Opmandskendelse af 27. august 2003 ”Bravida”

Bravida-sagen angik rækkevidden af Elektrikeroverenskomstens bestemmelser om arbejdstid og betaling for overarbejde. Elektrikeroverenskomsten skulle respekteres, hvis arbejdet var udført af brugervirksomhedens (Bravida) egne ansatte, men spørgsmålet var, om der gjaldt noget andet for det arbejde, der på grund af mandskabsmangel blev udført af vikarer, som Bravida havde lejet af vikarbureauet Your Partner ApS. Om ansættelsesforholdet udtaler opmanden, at *”Det er utvivlsomt, at vikarerne under arbejdet for Bravida – selv om de var ansat hos vikarbureauet – udførte arbejdet under ledelse og instruktion af Bravida-ansatte i modsætning til arbejdere, der er udsendt af en underentreprenør og undergivet dennes ledelsesret, og det må i denne situation (...) være uden betydning, at der ikke bestod noget egentligt ”ansættelsesforhold” mellem vikarerne og Bravida”*.

Opmanden finder, at bl.a. instruktionsbeføjelsen er udslagsgivende for, at brugervirksomhedens overenskomst skal gælde også i forhold til vikarerne. Det bemærkelsesværdige i den forbindelse er, at opmanden konstaterer, at der består et (formelt) ansættelsesforhold mellem vikaren og bureauet, men samtidig tilsidesætter dette, ved at lægge vægt på brugervirksomhedens instruktionsbeføjelse og sætte ansættelsesforhold i anførelsestegn. Dette kunne tolkes sådan, at opmanden finder, at det *reelle* ansættelsesforhold består mellem brugervirksomheden og vikaren.

3.4.2.3.2 Opmandskendelse af 3. august 2005 ”TDC-sagen”

Denne sag angår spørgsmålet, om vikarer tilknyttet og aflønnet af et vikarbureau efter overenskomstgrundlaget for brugervirksomheden (TDC), har krav på nøjagtig de samme vilkår som fastansatte hos TDC, når disse er ansat i samme funktion. I relation til spørgsmålet om vikarers ansættelsesforhold udtales, at *”det er vikarbureauets overenskomstforhold, som styrer vikarbureauvikarers ansættelses-*

forhold. Vikarbureauet er arbejdsgiver (...), og bestemmer over antagelse og afskedigelse samt lønfastsættelse osv. Vikarbureauet har den generelle ledelsesret – brugervirksomheden en underordnet instruktionsbeføjelse”. I denne kendelse fra faglig voldgift anses vikaren for at indgå i et lønmodtagerforhold til vikarbureauet, og instruktionsbeføjelsen er ikke udslagsgivende i den forbindelse. Dette harmonerer i øvrigt med teorien om, at ledelsesretten er et produkt af ansættelseskontrakten og instruktionsbeføjelsen en afledt beføjelse heraf.

3.4.2.3.3 Opmandskendelse af 9. juli 2007 ”Promecon”

Denne sag angik bl.a. spørgsmålet, om virksomheden Promecon, der var omfattet af en overenskomst, var forpligtet til at efterleve denne og indgåede lokalaftaler også overfor de vikarer, der var indlejet på virksomheden. Om det ansættelsesmæssige tilhørsforhold udtaler opmanden: *”Heroverfor står imidlertid den omstændighed, at indlejede vikarer ikke er ansat i brugervirksomheden, men i vikarbureauvirksomheden, og at brugervirksomheden derfor ikke har ansættelsesretlige forpligtelser eller beføjelser overfor vikarerne. (...) Som udgangspunkt er det mest nærliggende, at en medarbejders løn- og arbejdsvilkår reguleres af ansættelsesaftalen mellem medarbejderen og den virksomhed, han eller hun er ansat i, herunder af den overenskomst som måtte være gældende for ansættelsesforholdet”*. Opmanden fastslår, at udgangspunktet for bedømmelsen af, om vikarerne også bør være omfattet af den for brugervirksomhedens egne ansatte gældende overenskomst, skal tages i, at vikarerne er ansatte i bureauet. Det er dog ikke helt rigtigt, når opmanden udtaler, at brugervirksomheden ikke har ansættelsesretlige forpligtelser eller beføjelser i forhold til vikarerne. Som en følge af den delte ledelsesret har brugervirksomheden instruktionsbeføjelsen i forhold til vikarerne.

De tre ovennævnte kendelser fra faglig voldgift fastslå alle, at vikaren indgår i et lønmodtagerforhold til bureauet. Jeg vil senere komme ind på de overenskomstmæssige problemer, som kendelserne lægger op til en diskussion af. Det afgørende er her, at der i praksis også tegner sig et billede af, at vikaren indgår i et lønmodtagerforhold til vikarbureauet.

3.4.2.4 Sammenfatning

Af ovenstående kan udledes, at vikaren hverken i forhold til vikarbureauet eller i forhold til brugervirksomheden kan siges at være i et lønmodtagerforhold, sådan som begrebet skal forstås efter den traditionelle opfattelse. Momenterne peger i hver sin retning, og vikarbureauforholdet er med sin særegne konstruktion snarere en mellemgruppe på skalaen mellem det traditionelle lønmodtagerforhold og gruppen af selvstændige. Set i et EU perspektiv går udviklingen i retning af en øget beskyttelse af ”den svage part” i arbejdsforholdet, og som det fremgår, tillægger udstationeringsdirektivet og EU direktivet om vikararbejde vikarbureauvikaren lønmodtagerstatus i forhold til bureauet. De omtalte kendelser fra den faglige voldgiftsret fastslog også, at vikaren som udgangspunkt indgår i et lønmodtagerforhold til bureauet. Mest taler for, at vikaren har en ansættelsesretlig relation til vikarbureauet og samlet set, og ikke mindst set i lyset af den EU retlige tendens mod øget lønmodtagerbeskyttelse, vil det under alle omstændigheder være mere nærliggende at placere vikarbureauvikaren tættere på gruppen af lønmodtagere end i gruppen af selvstændige.

I det følgende vil jeg se nærmere på, hvordan vikarbureauvikaren i praksis har været stillet i forhold til den ansættelsesretlige lovgivning. Særligt i relation til funktionærloven og lov om ansættelsesbeviser er der opstået særlige problemer i forhold til vikarbureauvikaren, hvorfor fokus er rettet mod netop disse love. Udgangspunktet på det danske arbejdsmarked er, at overenskomster mv. regulerer ansættelsesfor-

holdet mellem arbejdsgiver og lønmodtager. Funktionærloven er den eneste lov i Danmark, med undtagelse af tjenestemandsløven, som går ind og regulerer ansættelsesvilkårene for lønmodtagere ved lov i stedet for ved aftale.

3.4.3. Ansættelsesretlig beskyttelseslovgivning

3.4.3.1 Funktionærloven

Funktionærloven er en af arbejdsmarkedets hovedlove, der sikrer funktionæren en lang række grundlæggende rettigheder. For eksempel indeholder loven opsigelsesvarsler, der er væsentligt strengere for arbejdsgiveren end for funktionæren samt regler om fuld løn under sygdom.³¹ Udover at stille krav til arbejdets art og en gennemsnitlig ugentlig arbejdstid på over 8 timer, jf. funktionærlovens § 1, stk. 1 og 2, er det også et krav, at vedkommende ”indtager en tjenestestilling således at han er undergivet arbejdsgiverens instruktioner”, for at loven kan bringes i anvendelse. Spørgsmålet om vikarbureauvikarers funktionærstatus har været prøvet ved domstolene ved to principielle afgørelser, og disse vil blive gennemgået i det følgende.³²

3.4.3.1.1 U 1996.946SH

Denne sag omhandlede en vikar, der var tilknyttet vikarbureauet Danvikar A/S i perioden fra den 4. juli 1990 til 9. marts 1994. Fra oktober 1990 til februar 1994 arbejdede hun gennem bureauet som vikar hos DSB, hvor DSB uge for uge skulle meddele bureauet, om man ønskede at forlænge samarbejdet yderligere en uge. Efter en periode blev det aftalt, at DSB blot skulle meddele bureauet, når der ikke længere var behov for vikarens arbejdskraft. Vikarens forbund anlagde herefter sag mod vikarbureauet, idet forbundet påstod, at den vikarbureauansatte var omfattet af funktionærloven, og derfor havde haft krav på et opsigelsesvarsel herunder løn i opsigelsesperioden. Sø- og Handelsretten udtalte, at et sædvanligt vikarbureauansættelsesforhold angår udlejning af arbejdskraft, hvis ansættelse hos udlejeren kun omfatter det enkelte udlejningsforhold, og at der i den foreliggende sag var tale om en sådan ansættelse. Retten lagde endvidere til grund, at vikarerne anses for fritstillede overfor bureauerne, og at de derfor ikke forpligter sig til at påtage tilbudt arbejde, ligesom de uden varsel kan bringe et arbejdsforhold til ophør uanset bureauets aftaler med kunden. Vikarer er ligeledes berettigede til at tage fast ansættelse hos den kunde, hvortil de er udlejet gennem et bureau. På den baggrund fandt retten, at vikarbureauansatte vikarer, hverken i forhold til vikarbureauet eller til den virksomhed, hvor arbejdet udføres, kan anses for at *indtage en tjenestestilling*, således som dette begreb må forstås efter funktionærloven, og at de derfor ikke er omfattet af denne lov. Retten udtalte videre, at såfremt en vikarbureauansats arbejde i en virksomhed har en sådan langvarighed og fasthed, at der reelt foreligger et forhold, der må sidestilles med et sædvanligt ansættelsesforhold med status som funktionær, findes hensyn til omgåelse af de beskyttelseshensyn, som funktionærloven bygger på, at tilsige, at der gøres undtagelse fra hovedreglen om, at vikarbureauvikarer ikke har funktionærstatus. Retten nåede frem til, at vikaren ud fra omgælsesbetragtninger alligevel fik funktionærstatus, efter at have arbejdet i samme virksomhed i en periode på over tre år.

³¹ Arbejdsgiveren kan opsi-ge funktionæren med en måneds varsel i de første seks måneder af ansættelsen, herefter er opsigelsesvarslet tre måneder, dog højst 6 måneder. Funktionærens opsigelsesvarsel er en måned, jf. i det hele FUL § 2.

³² H. G. Carlsen nævner i ”Dansk funktionærret”, s. 54 note 55 en faglig voldgiftskendelse af 31/7 1991, hvori det ligeledes nævnes, at vikarer ikke opfylder kravet om tjenesteforhold i funktionærlovens forstand, uden at dette begrundes yderligere i kendelsen. Det er i kendelsen alene anført, at ”Vikarbureauvikarer indtager hverken en tjenestestilling i forhold til vikarbureauet eller den virksomhed, hvor arbejdet udføres, og vikarbureauvikarer er derfor ikke funktionærer, jf. funktionærlovens § 1, stk. 2”.

Herefter fulgte endnu en sag:

3.4.3.1.2 U 1997.1495H

Denne sag omhandlede en vikar, der blev ansat i et vikarbureau den 9. august 1994 for at blive udsendt som salgskonsulent i en brugervirksomhed, men allerede den 31. august 1994 blev hun opsagt til omgående fratræden. Vikarens forbund påstod, at vikaren var omfattet af funktionærloven, og derfor havde haft krav på en måneds opsigelsesvarsel og løn i opsigelsesperioden. Efter ansættelseskontrakten med bureauet havde vikaren kun status som ansat i den periode, det enkelte vikariat varede, og hun havde ret til at afslå tilbudt arbejde som vikar, ligesom kontrakten gensidigt kunne opsiges uden forudgående varsel. Desuden var hun berettiget til at tage fast ansættelse hos den kunde, hvortil hun var udlejet af vikarbureauet. Højesteret fandt, med samme begrundelse som i U 1996.946 SH, at vikaren ikke indtog en tjenestestilling i funktionærlovens forstand, og derfor ikke var omfattet loven, uanset at det udførte arbejde havde den faglige karakter og den ugentlige arbejdstid, der ellers stilles krav om i funktionærloven.³³ Det blev ikke tillagt betydning, om der var tale om en midlertidig eller en tidsbegrænset ansættelse.

3.4.3.1.3 Kommentarer til afgørelserne

På baggrund af ovenstående retspraksis kan det udledes, at en vikarbureauvikar som klart udgangspunkt ikke har funktionærstatus hverken i forhold til vikarbureauet eller til den virksomhed, hvor arbejdet udføres, da vikarerne ikke indtager en tjenestestilling, sådan som begrebet må forstås efter funktionærloven. Begrundelsen herfor er, som anført i begge domme, at vikarer frit kan afslå tilbudt beskæftigelse, og når som helst kan bringe et arbejdsforhold til ophør, uden at der gælder et opsigelsesvarsel og uden at være bundet af bureauets aftaler med brugervirksomheden.

Udgangspunktet, at vikarbureauansatte ikke har funktionærstatus, modificeres dog af omgængelsesbetragtninger. En langvarig ansættelse i samme virksomhed kan alligevel medføre, at funktionærloven bringes i anvendelse, så vikaren stilles, som var hun ansat direkte i brugervirksomheden på samme vilkår som de øvrige ansatte. Hensynet bygger i U 1996.946SH på et ønske om at modvirke omgåelse af funktionærlovens almindelige opsigelsesregler, men den generelle henvisning til ”de beskyttelseshensyn som funktionærloven bygger på” tilsiger, at også disse andre hensyn vil kunne komme i betragtning, når der i fremtiden vil kunne blive statueret omgåelse. Hvornår arbejdet har en ”sådan langvarighed og fasthed” at omgængelsesbetragtninger vil føre til, at funktionærloven finder anvendelse er dog uklart. I dommen var en ansættelse i samme virksomhed i en periode på over tre år tilstrækkeligt til, at retten sidestillede vikarforholdet med et almindeligt funktionærforhold. Det kan ikke af dommene udledes, fra hvilket tidspunkt et vikarbureauforhold ændrer status fra at være en vikarbureauansættelse uden funktionærstatus til at være en vikarbureauansættelse med samme beskyttelse som ved et sædvanligt funktionærforhold. I en byretsafgørelse fra 2007 var et vikariat på to måneder og syv dage ikke tilstrækkeligt til, at funktionærloven kunne finde anvendelse.³⁴

³³ Det er efter FUL § 1, stk. 2 en betingelse, at den gennemsnitlige ugentlige arbejdstid overstiger 8 timer. Lovens § 1 opregner nærmere, hvilke faggrupper, der er omfattet funktionærloven. Herunder falder handels- og kontorarbejde, lagerekspektion mv., teknisk og klinisk bistandsydelse, arbejdsledelse og arbejde, der overvejende består af funktionærarbejde. Se nærmere om funktionærlovens personkreds i Lars Svenning Andersen: ”Funktionærret”, 3. udgave 2004 s. 21 ff.

³⁴ Jf. Århus Byret af 4. december 2007, BS 3-131/2007.

Som retspraksis foreligger på området, synes der derfor at være en gråzone i intervallet fra to måneder og syv dage (byretsafgørelsen) til tre år og otte måneder (U 1996.946SH), i hvilken vikarens retsstilling endnu er usikker i relation til spørgsmålet om vikarers funktionærstatus. Fra hvilket tidspunkt vikarbureauvikaren kan have en berettiget forventning om at være beskyttet af funktionærlovens regler, kan derfor ikke med sikkerhed fastslås.³⁵

3.4.3.2 Ansættelsesbevisloven:

Den vikarbureauansattes lønmodtagerstatus i forhold til bureauet har også været prøvet i relation til ansættelsesbevisloven.³⁶ Som lønmodtager efter denne lov anses personer, ”der modtager vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold”, jf. lovens § 1, stk. 2.³⁷ Afgørende bliver derfor, om vikaren kan siges at være i et tjenesteforhold, sådan som begrebet forstås efter denne lov.

3.4.3.2.1 U 1999.1870SH

Sagen angik en vikar, der havde indgået en standardaftale med et vikarbureau om udførelse af udenlandsk korrespondentarbejde mv. på en brugervirksomhed. Her var hun beskæftiget over en måned, og anlagde sag mod vikarbureauet for mangelfuldt ansættelsesbevis med krav om godtgørelse herfor. Vikaren ansås kun for ansat i den periode vikariatet varede, og havde ret til at afslå tilbudt arbejde, ligesom kontrakten gensidigt kunne opsiges uden varsel. Hun var derudover berettiget til at tage fast ansættelse hos den kunde, hvortil hun blev udsendt. På spørgsmålet, om vikaren er omfattet af ansættelsesbevislovens lønmodtagerbegreb, udtalte retten, at vikaren opfyldte de tidsmæssige betingelser i lovens § 1, stk. 1, og at det afgørende herefter var, om hun også kunne anses for at være ”i tjenesteforhold” efter § 1, stk. 2. Retten fandt, at formålet med rådets direktiv om ansættelsesbeviser blandt andet var at yde arbejdstagerne en bedre beskyttelse mod eventuel tilsidesættelse af deres rettigheder. Retten udtalte videre, at lønmodtagerbegrebet ikke er entydigt defineret i dansk ret, og at det i lovforarbejderne til ansættelsesbevisloven er tilføjet, at der er tale om en selvstændig definition, hvorfor de retsanvendende myndigheder må tage selvstændigt stilling til, om en person er omfattet af loven eller ikke. Vikaren havde aftalt de væsentligste forhold for ansættelsen med bureauet, der udbetalte løn, indeholdt ATP- og arbejdsmarkedsbidrag, indbetalte feriegodtgørelse, tegnede ansvarsforsikring og havde ansættelses- og afskedigelseskompetencen. Vikaren havde herudover en arbejdsforpligtelse, så længe aftalen var i kraft. Retten fandt ud fra en samlet bedømmelse af vikaransættelsesforholdet, at det indeholdt en lang række af de karakteristika, der er kendetegnene for et tjenesteforhold, ligesom lovens formål og forarbejder tilsigtede, at der blev arbejdet med et vidt lønmodtagerbegreb. På den baggrund fandtes ansættelsesforholdet at være omfattet af lønmodtagerbegrebet i ansættelsesbevisloven.

³⁵ Lars Svenning Andersen nævner i ”Funktionærret”, s. 72, at retsstillingen for vikarer bliver usikker, hvis det enkelte vikariat strækker sig over 3 måneder og tilføjer, at fra de 3 måneder burde vikarens retsstilling være den samme i forhold til bureauet som andre funktionærers. Det er dog usikkert, hvad retten vil nå frem til, men evt. kunne sammenlignes med funktionærlovens egne bestemmelser om funktionærer, der er ansat på prøve, jf. FUL § 2, stk. 5 og 6, hvor der netop opereres med en prøvetid på 3 måneder.

³⁶ Lbkg. nr. 240 af 17/3/2010. Loven gennemfører rådets direktiv 91/533 af 14. oktober 1991.

³⁷ Efter lovens § 1, stk. 1 finder den anvendelse for alle lønmodtagere, hvis ansættelsesforhold har en varighed på mere end 1 måned, og hvis gennemsnitlige ugentlige arbejdstid overstiger 8 timer. Loven indeholder desuden en lang række krav til indholdet af en ansættelseskontrakt, der er opregnet i ansættelsesbevislovens § 2, stk. 2. Det gælder f.eks. oplysning om den normale daglige eller ugentlige arbejdstid, løn, rettigheder mht. ferie mv.

Dommen fastslår, at ansættelsesbevisloven også gælder i forhold til den vikarbureauansatte med vægt på de præmisser, der er nævnt ovenfor. Det kan herefter udledes af retspraksis, at der ikke er sammenfald mellem begrebet ”tjenestestilling” og ”tjenesteforhold”, sådan som begreberne må forstås efter henholdsvis funktionærloven og ansættelsesbevisloven. Retten lægger i dommen afgørende vægt på formålet bag direktivet til ansættelsesbevisloven og forarbejderne til denne lov.

Ansættelsesbevisloven hviler på et bredere og mere *generelt* sigte, idet hensigten med det bagvedliggende direktiv er at yde arbejdstagerne en bedre beskyttelse mod eventuel tilsidesættelse af deres rettigheder ved at indføre et generelt krav om, at enhver arbejdstager skal modtage et dokument indeholdende oplysninger om de væsentlige punkter i ansættelseskontrakten eller ansættelsesforholdet. Omvendt synes lønmodtagerbegrebet efter funktionærloven at have et mere *snævert* sigte. Forklaringen må søges i, at funktionærloven ikke er en generel lønmodtagerlov men en særlov, der adskiller sig fra andre ansættelsesretlige love på området ved at hjemle en række tryghedsordninger for funktionærer, som for eksempel de lange opsigelsesvarsler og fuld løn under sygdom.

I U 1999.1870SH fastslår retten, at vikaren har en ”*arbejdsforpligtelse, så længe aftalen var i kraft*”, mens retten i dommene om vikarers funktionærstatus U 1996.946SH og U 1997.1495H synes at lægge vægt på det modsatte, nemlig at en vikar *ikke* har en pligt til at påtage sig tilbudt arbejde, ligesom de uden varsel kan frigøre sig fra et arbejdsforhold – den manglende arbejdsforpligtelse. Det synes dog mest nærliggende at nå frem til, at der trods alt er samspil mellem dommene og forståelsen af begrebet ”arbejdsforpligtelse”. Tilknytningsaftalen mellem vikar og bureau er underlagt almindelige principper for aftalers indgåelse og overholdelse, og ansættelsesaftalen er derfor lige så bindende som enhver anden aftale. Når en vikar accepterer tilbuddet om arbejde på en brugervirksomhed ved en ”ordrebekræftelse” gælder det i samme omfang, at vikaren har pligt til at opfylde aftalen. Hvis vikaren forlader arbejdet i utide eller vægrer sig ved at efterleve brugervirksomhedens instruktioner, vil der være tale om en misligholdelse af aftaleforholdet. Det synes derfor rigtigt, når retten i U 1999.1870SH fastslår, at arbejdsforpligtelsen er til stede, så længe aftalen er i kraft. At vikaren ikke har pligt til at påtage sig *tilbudt* arbejde (og kan opsiges dette uden varsel) følger af vikarforholdets natur og kan evt. underbygges af aftaleretlige principper om tilbud og accept, jf. AFTL §§ 1 og 5.

3.4.3.3 Sammenfatning

Af retspraksis ses, at der er forskel på begrebet ”i tjenesteforhold” og begrebet ”tjenestestilling”, sådan som begreberne skal forstås efter henholdsvis ansættelsesbevislovens § 1, stk. 2 og funktionærlovens § 1, stk. 2. Den ansættelsesretlige beskyttelseslovgivning kan derfor ikke overføres direkte på vikarbureauvikaren der, bl.a. grundet de delte arbejdsgiverbeføjelser, ikke indtager en tjenestestilling i funktionærlovens forstand. Det er derfor vigtigt at være opmærksom på, at vikarbureaukonstruktionen gør, at vikaren ikke nødvendigvis opnår samme retsstilling som en lønmodtager i et traditionelt arbejdsgiverlønmodtagerforhold, sådan som dansk lovgivning og retspraksis tegner sig i dag. I hvert fald ikke i relation til funktionærloven. Som en parallel hertil ses en EU-retlig tendens, der går i retning af en øget lønmodtagerbeskyttelse. Der er gennem de senere år gennemført en række generelle ansættelsesretlige love, der gælder for alle lønmodtagere. Lovene har det til fælles, at de overvejende er en følge af Danmarks internationale forpligtelser. Ansættelsesbevisloven er et eksempel på en gennemførelse af et EU-direktiv, og den vikarbureauansatte er beskyttet af ansættelsesbevislovens brede lønmodtagerbegreb.

Hertil kan nævnes ligestillingslovene, arbejdsmiljøloven mv., som også gælder for vikaren.³⁸ Kravet om at lønmodtageren skal indgå i et *tjenesteforhold* til arbejdsgiveren anses for at være den traditionelle afgrænsning af lønmodtagerbegrebet i den arbejdsretlige lovgivning herhjemme. Det mest naturlige i vikarbureaukonstruktionen er, at vikaren indgår i et tjenesteforhold til vikarbureauet i ansættelsesretlig forstand. Selv om man skal udvise varsomhed med at overføre de ansættelsesretlige regler til vikarbureauområdet, må udgangspunktet være, at vikaren er omfattet af de generelle ansættelsesretlige beskyttelseslove, medmindre der er konkrete holdepunkter i den enkelte lov for det modsatte.³⁹ Om vikaren herefter opnår samme beskyttelse som lønmodtageren, vil med andre ord afhænge af en konkret vurdering og varierer alt efter, hvilken lov der er tale om, og hvilket hensyn loven er sat til at varetage.

3.5 Det kollektive aftaleforhold – vikarens overenskomstmæssige retsstilling

3.5.1 Den kollektive overenskomst

En kollektiv overenskomst er en aftale, der er indgået mellem en organisation af lønmodtagere som den ene part og en organisation af arbejdsgivere eller en enkelt arbejdsgiver som den anden part.^{40 41}

Det er en privat aftale om løn- og ansættelsesvilkår, og de almindelige aftaleretlige principper finder derfor også anvendelse i relation til de kollektive arbejdsaftaler.⁴² En kollektiv overenskomst indeholder tre hovedtyper af bestemmelser, kaldet normative, obligatoriske og neutrale bestemmelser. De *normative* bestemmelser fastlægger, hvad der skal være gældende i det individuelle arbejdsforhold inden for overenskomstens område. De *obligatoriske* bestemmelser regulerer overenskomstparternes forhold til hinanden, mens de *neutrale* bestemmelser i en overenskomst er bestemmelser, der alene henviser til eller refererer anden relevant lovgivning mv.⁴³ Der er et nært samspil mellem den kollektive og den individuelle arbejdsret på grund af de kollektive overenskomsters normative virkning, men de arbejdsbetingelser om løn, arbejdstid, opsigelse mv., der er fastlagt i den kollektive overenskomst, er

³⁸ Det fremgår af bekendtgørelse om arbejdets udførelse § 21, at det er brugervirksomheden, der har pligt til at sørge for, at arbejdet planlægges, tilrettelægges og udføres sikkerhedsmæssigt og sundhedsmæssigt fuldt forsvarligt i overensstemmelse med arbejdsmiljølovgivningens regler. Bekendtgørelsen gennemfører direktiv 91/383/EØF om supplerende foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden på arbejdsstedet for arbejdstagere, der har et tidsbegrænset ansættelsesforhold eller et vikaransættelsesforhold.

³⁹ F.eks. er det udtrykkeligt nævnt i lov om tidsbegrænset ansættelse, at den ikke finder anvendelse for vikarbureauarbejde jf. § 2 stk.2, nr.1.

⁴⁰ Der er ingen lovmæssig definition af begrebet kollektiv overenskomst. Hverken arbejdsretsloven eller forligsmandsloven definerer begrebet. Men den arbejdsretlige teori og praksis accepterede ovennævnte definition, jf. Per Jacobsen: "Kollektiv arbejdsret" s. 34 og Jens Kristiansen: "Grundlæggende arbejdsret" s. 121 og Ole Hasselbalch: "Arbejdsrettens almindelige del" s. 211.

⁴¹ Overenskomster indgås på forskelligt niveau. Udover de egentlige fagoverenskomster indgås aftaler på hovedaftale- eller lokalplan. Hovedaftaler udgør her den overordnede retlige ramme for indgåelse og administration af de almindelige fagoverenskomster. Et eksempel er hovedaftalen mellem DA og LO. Overenskomster kan ligeledes tiltrædes ved, at en enkelt arbejdsgiver selv indgår aftale med en faglig organisation uden at være tilsluttet nogen arbejdsgiverforening. Tiltrædelsen sker oftest ved et samlet protokollat – en tiltrædelsesoverenskomst. Jf. Ole Hasselbalch: "Kollektivarbejdsretten" 1999, 2. udgave s. 16. Som et eksempel på en overenskomst på det private arbejdsmarked kan nævnes Industriens Overenskomst, der er indgået af arbejdsgiverforeningen Dansk Industri (DI) og organisationen CO industri (centralorganisationen af industrianstatter i Danmark).

⁴² Jf. Jens Kristiansen: "Den kollektive arbejdsret" 2. udg. 2008, s. 68, hvoraf fremgår, at almindelige aftaleretlige principper i et vist omfang finder anvendelse. Desuden stifter den kollektive overenskomst både rettigheder og forpligtelser for både parterne og medlemmerne af overenskomsten, jf. lov om arbejdsretten og faglige voldgiftsretter § 12 om bodsansvar ved overenskomstbrud.

⁴³ Om typer af overenskomstbestemmelser jf. Per Jacobsen: "Kollektiv arbejdsret", s. 36ff og Ole Hasselbalch: "Kollektiv arbejdsretten", s. 126.

mindste vilkår, der ikke kan fraviges til skade for lønmodtageren i den individuelle ansættelseskontrakt mellem lønmodtager og arbejdsgiver.⁴⁴ Til overenskomsterne er knyttet et særligt konfliktløsningssystem, hvor uoverensstemmelser løses ved mægling, voldgift eller i arbejdsretten frem for ved de almindelige domstole. I dansk arbejdsret er der tradition for så vidt muligt at regulere arbejdsmarkedet ved kollektive aftaler frem for lovgivning – ofte kaldet den danske aftalemodel.⁴⁵ Kendetegnende for denne model er, at det som udgangspunkt er arbejdsmarkedsparterne selv, der fastsætter de materielle regler for aftalernes indgåelse frem for en af folkettinget vedtaget lov.⁴⁶ Dette gælder følgelig også vikaransættelser. Det kollektive overenskomsts system er derfor af stor praktisk betydning på det danske arbejdsmarked og gør overenskomsterne til en vigtig arbejdsretlig retskilde.⁴⁷

Udgangspunktet i den kollektive arbejdsret er, at overenskomster kun gælder mellem de parter, der har indgået overenskomsten eller tiltrådt den. Jens Kristiansen og Ole Hasselbalch anfører, at hovedreglen er, at overenskomsten skal finde anvendelse for *alle lønmodtagere*, der udfører arbejde inden for overenskomstens faglige gyldighedsområde.⁴⁸ Per Jacobsen er inde på samme betragtning og anfører, at når et arbejde er dækket af en kollektiv overenskomst, skal arbejdsvilkårene være i overensstemmelse med overenskomsten, uanset hvem der udfører arbejdet.⁴⁹ Den organiserede arbejdsgiver forpligter sig derfor til at overholde overenskomstens mindste vilkår om løn- og arbejdsforhold over for alle ansatte, både organiserede og uorganiserede, der udfører arbejde, der falder ind under overenskomstens faglige område.⁵⁰

Arbejdsgiverens forpligtelse består i forhold til den faglige organisation. Den uorganiserede lønmodtager kan derfor ikke støtte direkte ret på overenskomsten, men må henholde sig til arbejdsaftalen i det individuelle forhold. En tvist, om overenskomstens overholdelse i forhold til den uorganiserede, er her efter henvist til behandling ved domstolene og ikke i det fagretlige system. Baggrunden for, at arbejdsgiveren bør sikre den uorganiserede lønmodtager samme løn- og arbejdsvilkår som den organiserede er, at arbejdsgiveren ellers ville kunne spekulere i at beskæftige uorganiserede arbejdstagere på ringere

⁴⁴ Jf. Per Jacobsen: "Kollektiv arbejdsret", s. 39. En funktionær vil f.eks. også kunne være omfattet af en kollektiv overenskomst. Her vil nogle rettigheder fremgå af overenskomsten, mens andre af funktionærloven og andre igen af de individuelt aftalte ansættelsesvilkår.

⁴⁵ Jf. Jens Kristiansen: "Grundlæggende arbejdsret", s. 26ff. og samme: "Den danske aftalemodel og forholdet til EU" i "Festskrift for 100-året for septemberforliget, 1999 s. 179ff. Det var septemberforliget fra 1899, der dannede grundlaget for den danske aftalemodel, hvor kollektive overenskomster er kommet til at spille en fremtrædende rolle på det danske arbejdsmarked. Om den kollektive aftales historiske gennembrud og septemberforliget se f.eks. Per Jacobsen: "Kollektiv arbejdsret", s. 583ff. og Jens Kristiansen: "Den kollektive arbejdsret", s. 25 ff.

⁴⁶ Staten blander sig derfor ikke i overenskomstforhandlingerne ved lovgivning, så længe arbejdsgiverne og lønmodtagerne selv kan få en aftale på plads om løn og arbejdsvilkårene.

⁴⁷ I dag er overenskomster meget almindelige på både det private og offentlige arbejdsmarked, jf. Jens Kristiansen: "Den kollektive arbejdsret", s. 59.

⁴⁸ Jf. Jens Kristiansen: "Den kollektive arbejdsret", s. 252 og Ole Hasselbalch: "Kollektivarbejdsretten", s. 185

⁴⁹ Jf. Per Jacobsen: "Kollektiv arbejdsret", s. 170.

⁵⁰ Dette stemmer med praksis om, at en overenskomst fortolkes som en områdeoverenskomst, medmindre andet er aftalt, jf. AT 1911/1 der opstillede en formodning for, at overenskomsten forpligter arbejdsgiveren til at anvende dens bestemmelser på alt omfattet arbejde uafhængig af den enkelte medarbejders organisationsmæssige tilhørsforhold.

vilkår end dem overenskomsten foreskriver. Dette vil være overenskomstbrud over for organisationen.⁵¹

3.5.2 Vikarbureauvikarens overenskomstmæssige retsstilling

Ovenfor er skitseret nogle generelle linjer ved det kollektive overenskomsts system.

Det er en forudsætning for overenskomsternes anvendelse på et arbejde, at der består et lønmodtagerforhold til arbejdsgiveren.⁵² I vikarbureauforholdet giver den delte ledelsesret mellem bureau og brugervirksomhed dog anledning til en række spørgsmål om vikarens overenskomstmæssige stilling. Den delte arbejdsgiverrolle gør det f.eks. vanskeligt at gennemskue, hvilke overenskomster der skal finde anvendelse for vikaren. Er det vikarbureauets eller brugervirksomhedens overenskomster, der finder anvendelse? Problemstillingen drejer sig derfor i kollektivarbejdsretlig sammenhæng om, hvorvidt vikarer skal anses for at være omfattet af vikarbureauets aftalegrundlag, eller om vikarerne i overenskomstmæssig sammenhæng, skal anses for at være ”lønmodtagere” i brugervirksomheden og dermed omfattet af deres overenskomster. Med udgangspunkt i denne problemstilling, vil jeg i det følgende forsøge at komme et svar nærmere på, hvordan vikarbureauansattes overenskomstmæssige forhold skal håndteres retligt.

3.5.2.1 Vikarens overenskomstmæssige stilling i forhold til vikarbureauet

I kollektivarbejdsretlig forstand er det som ovenfor nævnt en forudsætning for overenskomsternes anvendelse på et arbejde, at der består et lønmodtagerforhold til arbejdsgiveren. Som gennemgået om vikarens lønmodtagerstatus, følger det af praksis, at bureauet er vikarens arbejdsgiver i ansættelsesretlig forstand. Vikaren indgår ikke i et lønmodtagerforhold til brugervirksomheden, da der ikke er en formel kontrakt mellem vikaren og brugervirksomheden om ansættelse. Det er derfor mest nærliggende, også i kollektivarbejdsretlig forstand, at anse bureauet for at være vikarens arbejdsgiver.

Vikarbureauets status som vikarens arbejdsgiver, kan også underbygges af en dom fra arbejdsretten.⁵³ Sagen vedrørte en konflikt mellem et fagforbund og et vikarbureau om overenskomstindgåelse. Dommen tilkendte vikaren strejkeret i forhold til vikarbureauet men ikke i forhold til brugervirksomheden. Da konfliktretten forudsætter et ansættelsesforhold, taler dette også til fordel for at anse bureauet for at være vikarens arbejdsgiver i kollektivarbejdsretlig forstand.⁵⁴

Vikarbureauet kan, som en hver anden arbejdsgiver, være part i en eller evt. flere kollektive overenskomster med forskelligt fagligt gyldighedsområde. Det sker ved, at bureauet indgår aftale direkte med en lønmodtagerorganisation, eller ved at det melder sig ind i en arbejdsgiverorganisation, der er part i

⁵¹ Jf. Jens Kristiansen: ”Den kollektive arbejdsret”, s. 234. Sag om overenskomstbrud indbringes af den mest omfattende lønmodtagerorganisation for arbejdsretten, jf. lov om arbejdsretten og faglige voldgiftsretter §§ 9, stk. 1 nr. 2 j og 13, stk. 1 og kan sanktioneres med bod jf. § 12, stk. 1.

⁵² Jf. Ole Hasselbalch: ”Kollektivarbejdsretten”, s. 185

⁵³ Jf. AT 1999.66 og Jens Kristiansen: ”Den kollektive arbejdsret”, s. 262. Det hedder i dommen, at ”selv om der er tale om et ansættelsesforhold af en særegen karakter, må vikarerne med henvisning til de angivne ansættelsesvilkår og det fremlagte reglement anses for lønmodtagere, (...) [i forhold til bureauet]. På den således anførte baggrund findes indklagede at have den fornødne faglige interesse i at søge vikarbejdet hos klageren overenskomstdækket. Den over for klageren iværksatte konflikt kan herefter ikke anses for ulovlig.”

⁵⁴ Konfliktretten er et udslag af det almindelige kontraktfrihedsprincip, jf. Jens Kristiansen: ”Grundlæggende arbejdsret”, s. 171. De almindelige kontraktfrihedsprincipper finder også anvendelse for ansættelseskontrakter. Når der konfliktes til støtte for et overenskomstkraft, har det desuden den retsvirkning, at ansættelsesforholdet anses for ophørt. Dette støtter vikarbureauet som vikarens arbejdsgiver.

en organisationsoverenskomst med en lønmodtagerorganisation. Vikarens overenskomstmæssige stilling i forhold til vikarbureauet giver ikke anledning til problemer i de tilfælde, hvor det kun er vikarbureauet, der har indgået en kollektiv overenskomst.

3.5.2.2 Vikarens overenskomstmæssige stilling i forhold til brugervirksomheden

3.5.2.2.1 Udgangspunktet

Det er særligt vikarens overenskomstmæssige stilling i forhold til brugervirksomheden, der er interessant i kollektivarbejdsretlig sammenhæng. Som nævnt forudsætter overenskomstreglernes anvendelse, at der består et lønmodtagerforhold til arbejdsgiveren. Et sådan forhold består ikke mellem vikaren og brugervirksomheden, da der ikke er en formel ansættelsesaftale mellem parterne. Princippet om, at en overenskomst skal finde anvendelse for *alle lønmodtagere*, der udfører arbejde indenfor overenskomstens faglige gyldighedsområde⁵⁵, kan derfor næppe udstrækkes til, at brugervirksomheden forpligtes til at anvende overenskomsten i forhold til vikarerne, idet de ikke er ansatte i brugervirksomheden. Når der *ikke* er taget stilling til arbejdsudleje i brugervirksomhedens overenskomst, eller det eventuelt direkte er *udelukket* i overenskomsten at anvende den i forhold til vikarer, må der på den baggrund kunne opstilles et udgangspunkt om, at vikarerne ikke er omfattet af brugervirksomhedens overenskomst.⁵⁶ Brugervirksomheden har heller ikke noget ansvar for, om vikarbureauet opfylder sine ansættelsesretlige forpligtelser i forhold til den vikarbureauansatte vikar, ligesom den heller ikke hæfter for de overenskomstmæssige forpligtelser, som vikarbureauet måtte have påtaget sig overfor vikaren.⁵⁷

Udgangspunktet om, at brugervirksomhedens overenskomster ikke finder anvendelse i forhold til de af bureauet udsendte vikarer, synes dog ikke uden undtagelser. I det følgende vil jeg se nærmere på, under hvilke omstændigheder brugervirksomhedens overenskomster alligevel kan tænkes at finde anvendelse i forhold til vikarerne, og ikke kun i forhold til brugervirksomhedens egne ansatte.

3.5.2.2.2 Omgåelse af overenskomsten

I dansk ret er det en almindelig retsgrundsætning, at omgåelsesretshandler er ugyldige.⁵⁸ Denne finder følgelig også anvendelse i arbejdsretlig sammenhæng. Omgåelsesbetragtninger kan begrunde, at overenskomstens anvendelse udstrækkes til også at gælde vikaren, selv om vikaren *ikke* er ansat i brugervirksomheden, og selvom brugervirksomhedens overenskomst ikke tager stilling til arbejdsleje. Brugervirksomheden kan f.eks. tænkes at spekulere i at anvende vikarbureauansatte vikarer, frem for fastansat arbejdskraft, for at sno sig uden om overenskomstmæssige forpligtelser i forhold til arbejdstagerne. Det vil alt andet lige være lettere at afskedige en vikar end en fastansat, da brugervirksomheden ikke skal iagttage opsigelsesvarsler i forhold til vikaren, men blot skal meddele bureauet, når aftalen om arbejdsleje skal ophøre. Brugervirksomheden kan muligvis se en fordel i at bruge vikarer til at varetage opgaver under andre overenskomstvilkår, end de som gælder for fastansatte, der arbejder inden for samme faglige gyldighedsområde, fordi visse af brugervirksomhedens overenskomster simpelthen ikke

⁵⁵ Jf. Jens Kristiansen: "Den kollektive arbejdsret", s. 252 og Ole Hasselbalch: "Kollektivarbejdsretten", s. 185 og Per Jacobsen: "Kollektiv arbejdsret", s. 170.

⁵⁶ At en overenskomst alene gælder for det arbejde, der udføres af ansatte støttes bl.a. af Jens Kristiansen: "Den kollektive arbejdsret", s. 258.

⁵⁷ Jf. Jens Kristiansen: "Grundlæggende arbejdsret", s. 311-312.

⁵⁸ På *entrepriseområdet* er det f.eks. af afgørende betydning, om entreprisekontrakten er reel, eller om den i virkeligheden tilsigter en omgåelse af overenskomsten. jf. f.eks. Per Jacobsen: "Kollektiv arbejdsret", s. 117.

dækker vikarerne.⁵⁹ Brugen af vikarer kan dog også være begrundet i et ønske om en fleksibel ordning ved sygefravær eller spidsbelastninger mv.⁶⁰ Det vil derfor naturligvis ikke være et forsøg på omgåelse i sig selv, at brugervirksomheden benytter sig af vikarbureauansatte. Ole Hasselbalch anfører, at det er et almindeligt accepteret udgangspunkt, at *overenskomsten ikke stiller sig i vejen for, at arbejdet overdrages til anden side*, medmindre den *udtrykkeligt forhindrer det eller opstiller særlige betingelser for overdragelsen*. Blot må transaktionen ikke repræsentere et bevidst forsøg på at *modarbejde den modstående organisation* eller have primært henblik på at *omgå de forpligtelser, arbejdsgiveren gennem overenskomsten har påtaget sig* (dvs. savne ”driftsmæssig” grund).⁶¹ I vikarbureausituationen kan arbejdet ikke siges at være overdraget fuldt ud til vikarbureauet, da brugervirksomheden bibeholder kontrolbeføjelsen og den daglige ledelse af vikarens arbejde. På sin vis kan der dog trækkes visse paralleller til entrepriseforhold, da hverken den af entreprenøren udsendte arbejdskraft eller vikarbureauvikaren er ansat direkte i brugervirksomheden. Entrepriseforfølgelsen adskiller sig fra aftalen om leje af arbejdskraft via et vikarbureau ved, at entrepriseforfølgelsen er en almindelig fri kontrakt om arbejdets udførelse (uafhængig arbejdsaftale), hvor entreprenøren bevarer *alle* arbejdsgiverbeføjelserne – herunder også kontrolbeføjelsen – samtidig med, at entreprenøren selv bærer ansvaret for, at arbejdet fører til det forventede resultat. I entrepriseforfølgelsen vil arbejdet derfor være overdraget fuldt ud modsat i vikarsituationen. Den teori og praksis⁶², der har udviklet sig inden for entrepriseforfølgelsen, kan altså ikke overføres direkte på vikarbureausituationen, da forholdene her ikke er identiske med entrepriseforfølgelsen, om end der som nævnt er visse lighedstræk. Med øje for, at de i teorien omtalte principper for overdragelse af et arbejde som nævnt ikke er *fuldt* til stede i vikarbureausituationen, vil jeg i det følgende forsøge at anvende teorien på vikarbureauområdet i den udstrækning, det er lad sig gøre. Dette kan muligvis være med til at illustrere, om brugervirksomheden ved at gøre brug af vikarbureauvikarer forsøger at omgå overenskomstmæssige forpligtelser.

Ole Hasselbalch og Per Jacobsen anfører en række vejledende momenter for, hvornår en overdragelse af arbejde kan begrundes i *driftsmæssige* hensyn, og herved om overdragelsen er *reel*, eller om overdragelsen i virkeligheden tilsigter en omgåelse af overenskomsten.⁶³ Hovedreglen, hvis der foreligger et reelt kontraktforhold, er, at den, der overdrager arbejdet, ikke har pligt til at påse, at entreprenøren overholder overenskomstmæssige forpligtelser. Hvis der derimod er tvivl om det reelle i overdragelsen, må der foretages en konkret vurdering af alle i sagen foreliggende momenter.⁶⁴

⁵⁹ F.eks. Industriens Funktionæroverenskomst.

⁶⁰ Jf. Søren Kaj Andersen: ”Vikarer mellem fleksibilitet og sikkerhed” i tidsskrift for arbejdsliv, 9. årgang nr. 4 2007, s. 66-68.

⁶¹ Jf. Ole Hasselbalch: ”Kollektivarbejdsretten”, s. 229ff.

⁶² Der er en omfattende praksis på området, hvor et entrepriseforhold er blevet anset for en omgåelse af en kollektiv overenskomst jf. eks. arbejdsrettens dom nr. 3412 af 17/6 1992 (AT 1992/55) hvor dommerne bemærkede, at ”(...) overdragelse af kørselsfunktionerne til anpartsselskabet alene har haft til formål at undgå at skulle lønne efter den gældende overenskomst.” I ARD. 2007.642 (AT.2008/105) var spørgsmålet, om der var indgået en reel entrepriseforfølgelse med et polsk firma eller om champignonplukkerne skulle anses for at være indlejede vikarer, og om brugervirksomheden skulle anses for at være de polske champignonplukkeres reelle arbejdsgiver. Retten lagde til grund, at der bestod et reelt entrepriseforhold, hvor det polske firma benyttede sig af egne medarbejdere, og at alle arbejdsgiverbeføjelserne havde været hos det polske firma. Da forholdet var en reel entrepriseforfølgelse, blev der ikke statueret omgåelse af brugervirksomhedens overenskomst. Jf. også Per Jacobsen: ”Kollektiv arbejdsret”, s. 117-122 hvor der henvises til praksis på entrepriseforfølgelsesområdet.

⁶³ Jf. Ole Hasselbalch: ”Kollektivarbejdsretten”, s. 232ff. og Per Jacobsen: ”Kollektiv arbejdsret”, s. 117ff. Momenterne er i det store og hele enslydende, hvorfor jeg har sammen draget momenterne i teksten ovenfor.

⁶⁴ Jf. Per Jacobsen: ”Kollektiv arbejdsret”, s. 118.

Det spiller en væsentlig rolle for vurderingen, om der kan påvises *driftsmæssige grunde* for overdragelsen. Der skal i virksomheden være et reelt behov for en forandring gennem f.eks. en omorganisering af arbejdsgangen, generelle moderniseringer, driftsøkonomiske grunde mv.

En særlig væsentlig betydning har det desuden, om *instruktionsbeføjelsen* fortsat er hos den overdragende arbejdsgiver. Der lægges vægt på, om arbejdet fortsat udføres i den hidtidige arbejdsgivers lokaler, om denne leverer materialer, om den til hvem arbejdet er overdraget normalt virker som selvstændig eller hidtil har været lønmodtager, om han udelukkende arbejder for overdrageren, og om den til hvem arbejdet er overdraget har fri forhandlingsret i organisationsmæssige spørgsmål.

Det kan også tillægges betydning, om der ved overdragelsen af arbejdet er opnået en besparelse ved at få arbejdet udført under betingelser, der fraviger overenskomsten.

Brugt på vikarkonstruktionen er der ingen tvivl om, at kontrolbeføjelsen fortsat er hos brugervirksomheden. Det er her, arbejdet udføres, og det er brugervirksomheden, der leverer materialer. Dette taler for, at overdragelsen ikke er reel. Vikarbureauet virker omvendt som selvstændig og indgår ikke kun aftaler om arbejdsleje med én brugervirksomhed. Bureauet kan ligeledes som en hver anden arbejdsgiver være part i en eller evt. flere kollektive overenskomster med forskelligt fagligt gyldighedsområde. Disse momenter taler for, at overdragelsen er reel. Det økonomiske incitament i at brugervirksomheden lader arbejdet udføre ved brug af vikarbureauansatte frem for at trække på den fastansatte medarbejderstab, må bero på en konkret vurdering. I sig selv er det ikke overenskomststridigt, at en virksomhed forsøger at opnå besparelser. Det kan være begrundet i driftsøkonomiske hensyn pga. ordredgang og nedskæringer mv. Her vil det være lettere for virksomheden efterfølgende at afskedige vikaren end en fastansat grundet reglerne om opsigelsesfrister. Ved spidsbelastninger vil brugervirksomheden evt. kunne opnå en besparelse ved at lade arbejdet udføre af vikarbureauvikarer, idet man herved kan undgå at betale overtidsbetaling til vikaren, som den fastansatte medarbejderstab omvendt ville have krav på. Om brugervirksomheden har opnået en besparelse ved at lade arbejdet udføre under betingelser, der fraviger overenskomsten, må bero på en sammenligning af de samlede omkostninger ved arbejdet udført på overenskomstmæssige vilkår og omkostningerne ved samme arbejde udført af vikarbureauansatte.⁶⁵

Når momenterne for omgåelse i entreprenørsituationen overføres på vikarbureaukonstruktionen, ses, at de momenter, der kan tale for omgåelse her er, at instruktionsbeføjelsen er hos brugervirksomheden, at arbejdet udføres på brugervirksomheden, at brugervirksomheden leverer materialer, samt i konkrete tilfælde om brugervirksomheden har opnået en besparelse. Dette er momenter der, brugt i normalsituationen ved overdragelse af arbejde, kunne tillægges vægt ved en omgåelsesvurdering. Omvendt ligger det i selve vikarforholdets natur, at brugervirksomheden har instruktionsbeføjelsen, er arbejdsstedet for vikaren, og at virksomheden selv leverer materialer. På den baggrund vil det være vanskeligt at statuere

⁶⁵ Det vil f.eks. ikke være tilstrækkeligt at basere vurderingen på, om brugervirksomheden har opnået en besparelse på baggrund af de udgifter, der har været til lønomkostninger alene. Udover at betale en timeløn betaler brugervirksomheden også en takst til vikarbureauet for at leje en vikar. Derudover kan brugervirksomhedens overenskomster indeholde sociale bestemmelser og anciennitetsbestemmelser, der forudsætter en vis forudgående tidsmæssig tilknytning til virksomheden. Det kan f.eks. dreje sig om pension, løn under sygdom, barnets første sygedag, sygedagpenge mv., som vikarerne grundet deres typiske korte tilknytning til brugervirksomheden "snydes for". Dette bør derfor også tages med i betragtning ved vurderingen af, om brugervirksomheden samlet set har opnået en besparelse ved at lade arbejdet udføre af en vikarbureauansat frem for en fastansat.

omgåelse alene af den grund, om end man måske i virkeligheden netop har særlig grund til at være ekstra opmærksom på omgåelse i vikarbureaukonstruktionen af samme årsag, da den vikaransatte reelt er en ekstra arbejdskraft, der udfører samme arbejde som den fastansatte. I sidste ende må det afhænge af en konkret vurdering, om brugen af vikarbureauansatte er *driftsmæssigt* begrundet. Hvis brugervirksomheden får dækket sit behov for arbejdskraft kun gennem brug af vikarbureauvikarer og over længere tid, vil det næppe være driftsmæssigt begrundet, da virksomheden reelt har et længerevarende behov for fast arbejdskraft. I så fald kan det være et argument for, at brugervirksomheden reelt forsøger at omgå overenskomsten, særligt hvis denne også har opnået besparelser ved ikke at skulle efterleve overenskomsten i forhold til vikarerne. Uanset at ”principperne for arbejdets overdragelse og omgåelse” ikke direkte kan overføres på vikarbureaukonstruktionen, giver de alligevel et fingerpeg om, hvornår omgåelsesrisikoen er til stede på vikarbureauområdet.

3.5.2.2.3 Praksis

I det følgende vil jeg undersøge, hvordan vikarbureauansatte vikarer er stillet i det kollektive overenskomssystem med særligt fokus på, hvor langt praksis går i forhold til at lade den vikarbureauansatte være omfattet af brugervirksomhedens overenskomst, når brugervirksomhedens overenskomst ikke tager direkte stilling til arbejdsleje.

3.5.2.2.3.1 Opmandskendelse af 27. august 2003 ”Bravida – afgørelsen” (protokollat)

På grund af mandskabsmangel beskæftigede en virksomhed (Bravida Danmark A/S) ud over egne ansatte også vikarer, der var indlejet via et vikarbureau. Virksomheden var medlem af TEKNIQ, installatørernes organisation, og var derfor forpligtet af elektrikeroverenskomsten, der var en overenskomst indgået mellem TEKNIQ og Dansk El-Forbund. Elektrikeroverenskomsten indeholdt ikke bestemmelser om vikarer. Elektrikeroverenskomsten skulle respekteres, hvis arbejdet var udført af brugervirksomhedens (Bravida) egne ansatte, men spørgsmålet var, om virksomheden var forpligtet til at efterleve elektrikeroverenskomstens bestemmelser om arbejdstid og overarbejde også for vikarer, der var indlejet via vikarbureauet Your Partner ApS. Vikarbureauet var medlem af Dansk Smedemesterforening og dermed ikke omfattet af elektrikeroverenskomsten. Det var i sagen ubestridt, at vikarerne udførte arbejde, der var omfattet af overenskomstens faglige gyldighedsområde. Opmanden lagde til grund, at overenskomsten er en områdeoverenskomst, der som udgangspunkt omfatter alt arbejde, der udføres for en medlemsvirksomhed indenfor overenskomstens faglige gyldighedsområde. Det er opmandens opfattelse, at brugervirksomhedens overenskomst også skal gælde for vikarerne, idet han udtaler: ”Det er utvivlsomt, at vikarerne under arbejdet for Bravida – selv om de var ansat hos vikarbureauet – udførte arbejdet under ledelse og instruktion af Bravida- ansatte (en akkordholder og/eller projektleder) i modsætning til arbejdere, der er udsendt af en underentreprenør og undergivet dennes ledelsesret, og det må i denne situation – også af hensyn til omgåelsesrisikoen - være uden betydning, at der ikke bestod noget egentligt ”ansættelsesforhold” mellem vikarerne og Bravida. Det måtte derfor påhvile Bravida at sikre sig, at vikarbureauet var fuldt bekendt med, at virksomheden var omfattet af elektrikeroverenskomsten, og at de vikarer, der blev anvist til at udføre arbejde for Bravida blev omfattet af reglerne i denne overenskomst om arbejdstid og overarbejde.”

Af kendelsen fremgår, at vikarbureauet er medlem af arbejdsgiverforeningen Dansk Smedemesterforening,⁶⁶ og dermed ikke er omfattet af elektrikeroverenskomsten. Tilsyneladende tillægger opmanden det ikke betydning for afgørelsen, men vikarernes arbejde er allerede overenskomstdækket i forholdet mellem vikarerne og vikarbureauet.⁶⁷

Opmanden lægger til grund, at elektrikeroverenskomsten er en områdeoverenskomst, hvilket betyder, at en omfattet arbejdsgiver er forpligtet overfor den faglige organisation til at overholde overenskomstens løn- og arbejdsvilkår overfor alle ansatte, organiserede såvel som uorganiserede, der udfører arbejde, der falder ind under overenskomstens faglige gyldighedsområde. Vikarernes arbejde faldt fagligt set ind under elektrikeroverenskomstens anvendelsesområde, uanset at vikarbureauet ikke var medlem af installatørernes organisation TEKNIQ. I sin begrundelse for at lade vikarerne være omfattet af brugervirksomhedens overenskomst, tillægges det betydning, at instruktionsbeføjelsen er hos brugervirksomheden. Som beskrevet ovenfor om ”principperne for overdragelse af arbejde og risikoen for omgåelse” ville det i entreprenørsituationen kunne tillægges betydning for omgåelsesbetragtningerne, at den overdragende virksomhed fortsat har instruktionsbeføjelsen. Opmanden sammenholder da også vikarkonstruktionen med entreprenørsituationen, men da det ligger i vikarforholdets natur, at brugervirksomheden har instruktionsbeføjelsen, vil omgåelsesrisikoen af samme årsag altid være til stede i vikarkonstruktionen. En henvisning til instruktionsbeføjelsen alene vil derfor efter min mening ikke være en konkret og holdbar begrundelse for at statuere omgåelse i vikarsituationen. Ikke desto mindre synes risikoen for omgåelse at være et væsentligt hensyn for opmandens afgørelse. I den forbindelse tilsidesætter opmanden betydningen af det (formelle) ansættelsesforhold mellem bureauet og vikarerne og mener det i den forbindelse er uden betydning, at der ikke bestod noget egentligt ”ansættelsesforhold” mellem brugervirksomheden og vikarerne. Sammenfattende kan det af kendelsen udledes, at brugervirksomhedens overenskomst på elektrikerområdet finder anvendelse for vikarerne, uden at det reelt er muligt at se, hvad den konkrete begrundelse for omgåelsen er. Med protokollatet anser opmanden det principielle standpunkt for at være fastslået.

3.5.2.2.3.2 Opmandskendelse af 3. august 2005 ”TDC-sagen”

Hvorvidt brugervirksomhedens overenskomst skal finde anvendelse for indlejede vikarer har siden protokollatet i den faglige voldgiftskendelse af 27/8 2003 været prøvet i TDC sagen. Denne sag vedrørte dog et andet overenskomstråde end i Bravida-sagen.

En vikarbureauansat havde været udsendt til en virksomhed (TDC), hvor hun havde haft vikariater, og i en periode også var ansat direkte af TDC. Grundet ansættelsesstop i TDC blev hun ikke genansat, da den tidsbegrænsede ansættelsesaftale udløb, men blev i stedet igen udsendt til samme virksomhed via vikarbureauet. Uoverensstemmelsen gik på, om vikarer, der er knyttet til og aflønnes af et vikarbureau under udførelse af arbejde hos TDC i henhold til aftale mellem vikarbureauet og TDC, efter overenskomstgrundlaget for TDC har krav på nøjagtigt samme vilkår som fastansatte hos TDC i samme jobfunktion. Vikarbureauet var overenskomstdækket gennem Landsoverenskomsten for Kontor og Lager mellem Dansk Handel & Service⁶⁸ og HK. TDC var gennem sit medlemskab af arbejdsgiverforeningen

⁶⁶ DS Håndværk & Industri er navnet på den nuværende arbejdsgiverforening for metalområdet. Tidligere benævnt Dansk Smedemesterforening.

⁶⁷ Det fremgår bl.a. af ”TDC-afgørelsen” kendelse af 3. august 2005, at vikarbureauet i nærværende ”Bravida-sag” som medlem af Dansk Smedemesterforening var dækket af denne organisations overenskomst med Dansk Metal.

⁶⁸ Nu kaldet Dansk Erhverv Arbejdsgiver.

Dansk Industri bundet af en række sær aftaler til funktionæroverenskomsten mellem DI og CO-Industri. Særligt i den forbindelse var det, om Industriens Funktionæroverenskomst omfatter vikarbureauvikarers arbejde hos virksomheder, som Industriens Funktionæroverenskomst gælder for. Overenskomsten er en områdeoverenskomst, der gælder for alt arbejde, der udføres inden for dens faglige gyldighedsområde. Det blev i sagen ikke bestridt, at vikaren udførte arbejde, der var dækket af overenskomstens faglige gyldighedsområde. Opmanden udtalte i den forbindelse, at der også i den tidligere gældende regulering af vikarbureauvikarers forhold, kunne hentes støtte for den principielle opfattelse, at vikarbureauvikarer aflønnings- og arbejdsvilkårsmæssigt ikke bør være ringere stillet end de medarbejdere i brugervirksomhederne, som de træder i stedet for. Opmanden fastslår dog i kendelsen, at vikarer ikke er omfattet af funktionæroverenskomsten. Han begrundede dette med en henvisning til U 1997.1495H, hvori det er fastslået, at vikarbureauvikarer som klart udgangspunkt ikke er funktionærer, selv om de udfører samme arbejde, som virksomhedens funktionærer. Han udtaler, at *”Det må endvidere anses for en almen overenskomstforudsætning, at en kollektiv overenskomst angår forholdet mellem en virksomhed og dennes lønmodtagere. Mange overenskomster indeholder desuden vilkår, som ikke er udformet med henblik på vikarbureauvikarers særegne ansættelsesforhold (...). Hertil kommer, at det uden nærmere regulering heraf må anses for tvivlsomt, hvilke pligter og sanktionsmuligheder der følger af, at en brugervirksomheds overenskomst, som ikke udelukker virksomhedens anvendelse af vikarbureauvikarer, anses for at omfatte vikarbureauvikarer. Hvorledes en brugervirksomheds overenskomst i givet fald skal anvendes på vikarbureauvikarer rejser således en række spørgsmål, som egner sig til overenskomstmæssig aftaleregulering – område for område.”*

I denne opmandskendelse er begrundelsen, for at brugervirksomhedens overenskomst *ikke* skal finde anvendelse i forhold til vikarbureauvikarer, meget konkret. Vikarerne er ikke omfattet af Funktionæroverenskomstens personelle anvendelsesområde, og en anvendelse af Industriens Funktionæroverenskomst ville have krævet en særskilt aftale herom evt. via et vikarprotokollat. Ud fra en konkret fortolkning af overenskomsten har det derfor ikke været hensigten, at den skulle finde anvendelse for indlejede vikarer. Opmanden synes med denne kendelse at lægge stor vægt på det reelle ansættelsesforholds betydning: *”Det må endvidere anses for en almindelig overenskomstforudsætning, at en kollektiv overenskomst angår forholdet mellem en virksomhed og dennes lønmodtagere”*. Det reelle ansættelsesforhold består mellem vikaren og bureauet, hvilket også understøttes af ”50 % reglen”, hvorefter vikaransatte ikke skal tælles med som ansatte på brugervirksomheden.⁶⁹ Med den tilkendegivelse rejser opmanden tvivl om det realitets- og omgængelsessynspunkt som ”Bravida-afgørelsen” bygger på. Han nævner i den forbindelse, at der ikke efter klagers argumentation foreligger *”konkrete omstændigheder*, som ud fra omgængelsesbetragtninger kan begrunde anvendelse af Industriens Funktionæroverenskomst på hendes ansættelsesforhold.” Her er *risikoen* for omgængelse ikke nok til at tilsidesætte et reelt ansættelsesforhold, som tilfældet synes at være i ”Bravida-afgørelsen”. Dette synspunkt støttes også af Jens Kristiansen: *”Det forekommer efter min opfattelse nærliggende, at der må foretages en konkret vurdering i forhold til den enkelte overenskomst. At udvide overenskomsten til at omfatte vikarer – der formelt ikke har ansættelsesretlige relationer til brugervirksomheden – må forudsætte støtte i den konkrete overenskomsts ordlyd, forudsætninger eller praktisering. Hensynet til at modvirke omgængelse af overenskomstmæssige forpligtelser kan i hvert fald ikke i sig selv bære så langt, at der kan opstilles en ge-*

⁶⁹ Jf. kendelse af 16/8 2004. 50 % reglen indebærer, at mindst halvdelen af alle ansatte skal være medlem af HK, før HK kan kræve af arbejdsgiverne, at de bliver omfattet af en kollektiv overenskomst med HK.

nerel regel om, at brugervirksomheden skal sidestille vikarer med egne ansatte.”⁷⁰ Jeg tilslutter mig disse betragtninger, da risikoen for omgåelse altid er til stede i vikarkonstruktionen, hvorfor der må foreligge konkrete omstændigheder, der taler for at omgåelsesbetragtningerne bør føre til omgåelse.

3.5.2.2.3.3 Opmandskendelse af 9. juli 2007 ”Promecon”

En brugervirksomhed, Promecon, var gennem sit medlemskab af Installatørernes Organisation TEKNIQ/Dansk VVS bundet af ”VVS-overenskomsten”, der var indgået med Dansk Metal. Overenskomsten indeholdt intet om indlejede vikarer. Promecon havde indgået aftaler med to vikarbureauer om leje af vikarer. Vikarbureauerne var begge medlem af Dansk Industri og deraf forpligtet af Industriens Overenskomst, for vikarerne, der udførte arbejde under denne overenskomsts dækningsområde. Spørgsmålene i sagen var, om brugervirksomheden var forpligtet til at efterleve VVS-overenskomsten og indgåede lokalaftaler også for de indlejede vikarer. Opmanden fastslog, at VVS-overenskomsten er en områdeoverenskomst, og at vikarernes arbejde var omfattet af dens faglige gyldighedsområde. Da vikarerne i praksis deler arbejdsvilkår med Promecons egne ansatte og er underlagt brugervirksomhedens instruktion, mens de er udsendt hertil, finder opmanden, at de ”bør være omfattet af de samme overenskomstmæssige løn- og arbejdsvilkår som brugervirksomhedens egne ansatte”. Over for dette hensyn står, at ikke alle overenskomstens bestemmelser har relevans for vikarerne, da brugervirksomheden ikke har ”ansættelsesretlige forpligtelser overfor vikarerne”, der ikke er ansat i virksomheden men i bureauet. Da der ikke til VVS-overenskomsten er knyttet et vikarprotokollat, således at vikarernes stilling er reguleret, finder opmanden, at afgørelsen af, om VVS-overenskomsten skal finde anvendelse for de indlejede vikarer, må ske ud fra en ”afvejning af de nævnte modstående hensyn (...)”. Opmanden fremhæver, at forholdene i denne sag ”i alt væsentligt er fuldt sammenlignelige med forholdene i Bravida-afgørelsen” (elektrikeroverenskomsten), og at der ”ikke er påvist sådanne forskelle mellem de to overenskomstområder, at Bravida-afgørelsen ikke bør tillægges betydning for forståelsen af VVS-overenskomsten for så vidt angår indlejede vikarer”. Afvejningen af hensynet til vikarernes ansættelsesretlige relation til bureauet overfor hensynet til, at vikarerne bør være omfattet af de samme overenskomstmæssige løn- og ansættelsesvilkår som brugervirksomhedens egne ansatte faldt herefter ud til fordel for, at overenskomsten skulle finde anvendelse for vikarerne, for så vidt angår løn- og arbejdsforhold, uanset at der i den konkrete sag ikke var påvist nogen omgåelsesrisiko, og uanset vikarerne gennem ansættelsesforholdet til de to bureauer var omfattet af Industriens Overenskomst. Som følge heraf skulle de for brugervirksomheden indgåede lokalaftaler også finde anvendelse for vikarerne.

I denne kendelse når opmanden frem til, at brugervirksomhedens overenskomst (og tilknyttede lokalaftaler) skal finde anvendelse for de indlejede vikarer. Samme resultat nåede Bravida-afgørelsen til. Begrundelsen er forskellig herfra, idet afgørelsen i Promecon-afgørelsen bygger på andre hensyn. Opmanden slår som udgangspunkt fast, at vikarernes ansættelsesretlige relation ligger i forhold til bureauet, hvilket må anses for at være uomtvisteligt. Hvor opmanden i Bravida-afgørelsen tilsidesætter det formelle ansættelsesforhold – også under hensyn til omgåelsesrisikoen, adskiller Promecon-afgørelsen sig ved at foretage en afvejning af på den ene siden hensynet til det ansættelsesretlige forhold og den almene forudsætning, at en kollektiv overenskomst kun angår forholdet mellem virksomheden og dens lønmodtagere, og på den anden side hensynet til, at vikarerne bør være omfattet af de samme overenskomstmæssige løn- og arbejdsvilkår som brugervirksomhedens egne ansatte. At opmanden tillægger

⁷⁰ Jf. Jens Kristiansen: ”Den kollektive arbejdsret”, s. 264.

dette sidste hensyn betydelig vægt for, at brugervirksomhedens overenskomst skal finde anvendelse for vikarerne, adskiller sig derfor fra TDC-afgørelsen i den forstand, at opmanden i TDC-afgørelsen ikke finder, at det at vikarerne deler løn- og arbejdsvilkår med de fastansatte, er et synspunkt, der i sig selv kan føre til anvendelsen af brugervirksomhedens overenskomst på vikarbureauvikarer. I stedet er han fortaler for, at anvendelsen af vikarbureauvikarer er et område, der egner sig til overenskomstmæssig aftaleregulering område for område, hvorfor en anvendelse af brugervirksomhedens overenskomst må forudsætte støtte i den konkrete overenskomsts ordlyd, forudsætninger eller praktisering.⁷¹ Udover at opmanden i Promecon-afgørelsen foretager en afvejning, fremgår det ikke af kendelsen, hvilke konkrete bevæggrunde der for opmanden har været afgørende for udfaldet til fordel for at lade vikarerne være omfattet af samme løn- og ansættelsesvilkår gennem brugervirksomhedens overenskomst. At omgælsesbetragtninger end ikke har spillet ind ved vurderingen gør også, at Promecon-afgørelsen synes mere vidtgående end Bravida-afgørelsen. Med de omtalte afgørelser tegner der sig derfor ikke et entydigt billede af vikarernes overenskomstmæssige retsstilling.

3.5.2.2.4 Virkninger af, at brugervirksomhedens overenskomst finder anvendelse for vikaren:

Som udgangspunkt har en kendelse fra faglig voldgift kun retskraft for parterne i den konkrete sag, og kan derfor ikke tillægges retskraft for kommende kendelser.⁷² I visse tilfælde kan voldgiftskendelsen dog have retskraft for fremtidige sager, hvis opmanden har tilsigtet en principiel afgørelse om indholdet af en overenskomstbestemmelse.⁷³ Kendelser fra faglig voldgift er dog ikke helt uden betydning for fremtiden, da de kan være vejledende og indgå i det materiale, der kan støtte en afgørelse i en anden voldgiftssag, også selvom sagen vedrører et andet område.⁷⁴

I de tilfælde, hvor det er fastslået, at brugervirksomhedens overenskomst skal finde anvendelse i forhold til vikaren, således at de er underlagt samme løn- og arbejdsvilkår som fastansatte, må det gælde, at også den overordnede *hovedaftale* skal finde anvendelse på vikaren, da den fastlægger den overordnede ramme for overenskomsterne og udfyldende principper for indgåede overenskomster.⁷⁵

De aftaler, der er indgået på lokalt plan i den enkelte virksomhed, anses som et supplement til overenskomsten og kan derfor ikke indgås i strid med disse.⁷⁶ I ”Promecon” fastslog opmanden, at det ligele-

⁷¹ Jf. Jens Kristiansen: ”Den kollektive arbejdsret”, s. 264, der netop også støtter dette synspunkt.

⁷² Jf. f.eks. Per Jacobsen: ”Kollektiv arbejdsret”, s. 367. Med den nye ”Lov om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter” fra 2008 er der nu også et lovgrundlag for de faglige voldgiftsretter, hvor voldgiftsretternes domstolslignende karakter er tydeliggjort. Formålet er ikke at påtvinge overenskomstparterne nye principper og regler for den faglige voldgiftsordning, hvorfor det fremgår af lovens § 33, stk. 1 at reglerne kun finder anvendelse i det omfang overenskomstparterne ikke selv har aftalt betryggende regler om faglig voldgiftsbehandling. Formålet med ændringen er at sikre, ”at de faglige voldgiftsretter opfylder alle krav til retlige instanser, herunder kravene i den europæiske menneskerettighedskonventions art. 6, og at de også fremover vil være et centralt element i den danske model som en attraktiv, retssikkerhedsmæssigt fuldt betryggende tvistløsningsform.” jf. nærmere Jens Kristiansen: ”Den kollektive arbejdsret”, s. 617ff.

⁷³ Jf. Per Jacobsen: ”Kollektiv arbejdsret”, s. 367 og Jens Kristiansen: ”Den kollektive arbejdsret”, s. 634 om muligheden for at opmanden afslutter en voldgiftssag ved et protokollat frem for en formel kendelse. Protokollater har generelt en højere teknisk og juridisk kvalitet, da det ofte indeholder en meget kort sagsfremstilling og opmandens præmisser for resultatet jf. ”lov om arbejdsretten og faglige voldgiftsretter” § 28 stk. 4. I FV af 27/8 2005 ”Bravida” om elektrikeroverenskomsten afsluttede opmanden kendelsen ved et protokollat.

⁷⁴ Jf. Per Jacobsen: ”Kollektiv arbejdsret”, s. 369ff og FV af 9/7 2007 om VVS-området, der tillægger kendelsen af 27/8 2003 vedrørende el-området betydning for resultatet.

⁷⁵ Jf. Ole Hasselbalch: ”Kollektivarbejdsretten”, s. 4 og Jens Kristiansen: ”Den kollektive arbejdsret”, s. 186.

⁷⁶ Jf. Ole Hasselbalch: ”Kollektivarbejdsretten”, s. 6.

des er en konsekvens af overenskomstens anvendelse, at også de indgåede *lokalaftaler* finder anvendelse for vikarerne.

En *kutyme* er en gennem længere tid praktiseret ordning, som har et klart og entydigt indhold, der er fulgt uden nævneværdige afvigelser og ud fra en følelse af at være retlig forpligtet hertil.⁷⁷ Hvis kutymer er bindende, må den også være gældende i forhold til vikaren, uanset om den er opstået lokalt på virksomheden eller opstået på overenskomstniveau, og uanset om den fraviger, supplerer eller udfylder overenskomsten.⁷⁸ Når brugervirksomhedens overenskomst finder anvendelse på vikarbureauvikaren, må følgevirkningen derfor være, at også de hertil knyttede hovedaftaler, lokalaftaler og bindende kutymer gælder som overenskomstgrundlag for vikaren, medmindre andet fremgår af omstændighederne.⁷⁹

Da overenskomstpligten gælder i forhold til brugervirksomheden, vil en anden virkning være, at det forbund, der er part i overenskomsten, kan *påtale* overenskomstbrud overfor brugervirksomheden.⁸⁰

Et andet spørgsmål er, hvem der skal *hæfte* for overenskomstens manglende overholdelse. Er det vikarbureauet, der som arbejdsgiver står for aflønning af vikaren, eller er det brugervirksomheden, der som overenskomstpart er forpligtet i forhold til den faglige organisation?⁸¹ Selv om brugervirksomheden gør vikarbureauet opmærksom på hvilke overenskomster, der gælder på virksomheden, er det brugervirksomheden, der i sidste ende hæfter for det tab, vikarerne måtte lide ved et eventuelt brud på overenskomstens løn- og arbejdsvilkår.⁸² Det gælder, selv om det overenskomststridige alene beror på vikarbureauets forhold, hvorfor brugervirksomheden må sikre sig mod økonomiske tab i aftalegrundlaget med vikarbureauet.⁸³ Brugervirksomhedens hæftelse for overholdelse af overenskomstpligten fremgår også af Arbejdsrettens dom AT 2006/26 samt opmandskendelsen af 9. juli 2007 ”Promecon”.

AT 2006/26 (Vedrørte to identiske sager, sag 2004.229 og sag 2004.865):

Efter ”Bravida afgørelsen” meddelte installatørernes organisation TEKNIQ sine medlemsvirksomheder, at de var forpligtede til at overholde elektrikeroverenskomsten ved anvendelsen af vikarbureauvikarer. Det fulgte dog efter foreningens opfattelse alene af afgørelsen, at medlemsvirksomheden må pålægge vikarbureauet at overholde overenskomsten, som derefter selv hæfter for en eventuel manglende overholdelse heraf. Vikarbureauerne aflønnede ikke vikarerne efter elektrikeroverenskomsten, men derimod efter Industriens Overenskomst, som de selv var forpligtede af. Arbejdsretten fandt herefter

⁷⁷ Jf. Per Jacobsen: ”Kollektiv arbejdsret”, s. 63.

⁷⁸ Jf. Jens Kristiansen: ”Den kollektive arbejdsret”, s. 286 hvor det nævnes, at lokale kutymer nærmest er at sidestille med lokale aftaler og skal derfor også overholde overenskomsten for at være retligt bindende.

⁷⁹ Inden for Industriens Overenskomst fremgår det direkte af vikarprotokollatet i punkt 3, vedrørende de vikarbureauer der ikke er medlem af Dansk Industri, at begrebet Industriens Overenskomst også omfatter ”bestående lokalaftaler og kutymer gældende for de arbejdsfunktioner, vikaren udfører.” I en kendelse fra faglig voldgift FV af 17/12 2008 var det i en lokalaf-tale om loyalitetsbonus aftalt, at vikarbureauvikarer ikke var omfattet. Spørgsmålet var, om der var sket en forskelsbehandling af vikarerne i forhold til LEGOs fastansatte i henhold til vikarprotokollatet og om lokalaf-talen skulle have været gældende også for vikarerne. Opmanden fandt, at lokalaf-talen ikke var i strid med vikarprotokollatets bestemmelser, da aftalen var en loyalitetsbonusordning, der ikke angik selve udførelsen af arbejdet, men belønnede den fortsatte opretholdelse af arbejdsrelationen til LEGO – et forhold som en ansat i LEGO selv er herre over, men som en vikarbureauvikar ikke selv er herre over.

⁸⁰ Jf. Jens Kristiansen: ”Den kollektive arbejdsret”, s. 265.

⁸¹ Jf. Jens Kristiansen: ”Virksomheders hæftelse for vikarbureauers manglende overholdelse af overenskomstmæssige forpligtelser” i Arbejdsretligt Tidsskrift 2006 s. 225.

⁸² Jf. Jens Kristiansen: ”Den kollektive arbejdsret”, s. 265.

⁸³ Jf. Jens Kristiansen: ”Virksomheders hæftelse for vikarbureauers manglende overholdelse af overenskomstmæssige forpligtelser” i Arbejdsretligt Tidsskrift 2006 s. 225.

ter, at brugervirksomhederne skulle anerkende, at de over for Dansk El-Forbund hæfter for det tab, vikarerne er blevet påført ved, at deres faktiske ansættelsesvilkår og aflønning ikke havde været i overensstemmelse med elektrikeroverenskomsten. Da virksomhederne havde handlet i overensstemmelse med TEKNIQs rådgivning, blev de ikke idømt bod. TEKNIQ blev derimod idømt bod for ikke at have efterlevet den ved Bravida-afgørelsen fastslåede principielle overenskomstpligt.

I forhold til vikarbureauvikarens overenskomstmæssige stilling er det dog særligt interessant, hvilken umiddelbar virkning det har, at brugervirksomheden skal overholde overenskomstens *"løn- og arbejds-vilkår"* i forhold til indlejede vikarer. De kollektive overenskomster indeholder i almindelighed en grundig regulering af løn- og arbejdsforholdene og er mindste vilkår, der ikke lovligt kan tilsidesættes i den individuelle aftale. I kendelsen "Promecon" fastslår opmanden, at brugervirksomheden ingen forpligtelse har overfor vikarerne på det individuelle plan, hvorfor VVS-overenskomstens bestemmelser om de ansættelsesretlige forpligtelser og en række andre bestemmelser i overenskomsten *"derfor ikke eller kun i beskedent omfang"* vil være relevante for vikarerne. Ole Hasselbalch nævner det problematiske heri, da løn- og arbejdsvilkår omfatter stort set alting, lige fra timelønnen til søgnehelligdagsopsparring, pensionsbidrag, sundhedsforsikring osv., hvorfor det også i tilfælde af et retsbrudsansvar er nødvendigt at vide mere præcist, hvilke bestemmelser i brugervirksomhedens overenskomst, der vil være relevante for vikaren.⁸⁴ At vikarenes forhold er reguleret af brugervirksomhedens overenskomst betyder derfor ikke nødvendigvis, at de er ansat på samme vilkår, som virksomhedens fastansatte medarbejdere. Grundet de særegne forhold, der karakteriserer vikarbureauansættelsen, kan der tænkes at opstå særlige problemer i forhold til nogle af de løn- og arbejdsvilkår, der fremgår af overenskomsten. Det ligger i vikarforholdets natur, at vikaren ofte vil være udsendt i korterevarende vikariater, hvor ansættelsesforholdet til bureauet følger det enkelte vikariat, og dermed ophører, når vikariatet ophører. I de tilfælde, hvor overenskomstbestemmelsen forudsætter tilknytning til virksomheden af en vis varighed (*faglig- eller ansættelsesanciennitet*), før der kan opnås ret til sociale goder som f.eks. løn under sygdom og barsel, pension, betalt ferie mv. vil det være vanskeligere for vikaren at udstå denne karensperiode, da der ofte kræves en langvarig tilknytning.⁸⁵ Hvis brugervirksomhedens overenskomst omvendt ikke betinger en vis anciennitet for at anvende opsigelsesfristerne, kan det i sidste ende få stor betydning for vikarbureauvikarers overenskomstmæssige stilling. Fra at have ingen eller en meget kort opsigelsesfrist, vil de sandsynligvis være bedre sikret med de opsigelsesfrister, der følger af brugervirksomhedens overenskomst. Spørgsmålet er dog, om bestemmelser vedrørende opsigelse i brugervirksomhedens overenskomst overhovedet vil finde anvendelse for vikarerne, eller om det er et forhold, som opmanden med henvisning til FV 9/7 2007 vil betegne som et forhold, der *"ikke eller kun i beskedent omfang finder anvendelse"*. Fakta er, at det følger af den delte arbejdsgiverbeføjelse mellem vikarbureau og brugervirksomhed, at det er bureauet, der har afskedigelseskompetencen, og at aftalen om leje af vikaren følger af aftalen mellem bureau og brugervirksomhed. Det ligger så at sige i selve vikarbureauforholdets natur, og reglerne om opsigelse følger på den baggrund snarere af den individuelle ansættelsesaftale mellem bureau og vikar, end den følger af bestemmelser i brugervirksomhedens over-

⁸⁴ Jf. Ole Hasselbalch: "Vikarers overenskomstmæssige stilling" i Arbejdsretligt Tidsskrift AT 2007, s.258.

⁸⁵ Om anciennitetsprincippet se f.eks. Ole Hasselbalch: "Ansættelsesretten", s. 174ff. Som eksempler på overenskomstbestemmelser, der tillægger ansættelsestiden en særlig betydning kan f.eks. nævnes Industriens Overenskomst § 34, der har en anciennitet på 9 måneders ansættelse før ret til pensionsbidrag, § 35 om løn under barsel; 9 måneders anciennitet. Det følger dog samtidig af vikarprotokollatet til Industriens Overenskomst, at en vikar, der udfører job for et vikarbureau på en medlemsvirksomhed, ikke i alle henseender skal have de samme overenskomstmæssige rettigheder, som en medlemsvirksomheds egne ansatte. Det ses af protokollatets bestemmelser om anciennitet og pension.

enskomst. Det kan derfor diskuteres, om opsigelsesvarslerne i brugervirksomhedens overenskomst er en del af de "løn- og arbejdsvilkår", der skal finde anvendelse for indlejede vikarer. Opsigelsesregler vedrører som sådan hverken løn- eller arbejdsvilkår, da disse udmærker sig ved at vedrøre forhold *under* ansættelsen, mens opsigelse skal regulere vilkårene *efter* ansættelsesophør.

Et spørgsmål af særlig relevans i forhold til beregningen af ancienniteten er, hvorvidt afbrydelsen af vikarens ansættelsesforhold reelt virker afbrydende på den optjente anciennitet, eller om vikaren kan kumulere anciennitet fra flere optjente perioder. Den faglige anciennitet giver ikke anledning til særlige problemer. Derimod virker afbrydelsen af ansættelsen som udgangspunkt også afbrydende på ansættelsesancienniteten, således at kun den seneste periode medregnes.⁸⁶ Hvis vikaren er udsendt til samme brugervirksomhed ved flere på hinanden selvstændige vikariater, finder der reelt en fortsættelse sted i samme job.⁸⁷ Dette taler umiddelbart for, at vikaren bør kunne kumulere den optjente ansættelsesanciennitet. I praksis må det afgørende dog være, om overenskomstbestemmelsen udtrykkeligt kræver en uafbrudt beskæftigelse, førend en vis ret opnås.⁸⁸ Er dette tilfældet, vil vikaren ikke kunne kumulere ancienniteten.

I sidste ende må det forventes at bero på en konkret vurdering af aftalegrundlaget, både på det individuelle og det kollektivarbejdsretlige plan, om de ordninger vikaren har i det individuelle forhold til bureauet stiller vikaren ringere end den ordning, der følger af brugervirksomhedens overenskomst. Finder brugervirksomhedens overenskomst anvendelse også i forhold til vikaren, er det op til brugervirksomheden at sikre sig, at bureauet er bekendt med overenskomstforholdene på brugervirksomheden og aflønner vikaren i overensstemmelse hermed, da virksomheden ellers vil hæfte for bureauets manglende overholdelse. Jens Kristiansen påpeger, at virksomheden herudover selv må drage omsorg for, at overenskomstens øvrige regler om arbejdsforholdene også kommer til at finde anvendelse for de vikarbureauansatte, f.eks. reglerne om arbejdstid. Undtagelser fra overenskomsten kan alene foretages i det omfang, det er begrundet i de særlige forhold, som gør sig gældende for vikarbureauansattes forhold.⁸⁹

3.5.2.3 Vikarprotokollater og selvstændige overenskomster om vikarbureauarbejde

For at skabe klarhed og ordnede forhold for anvendelsen af vikarer og for de organisatoriske spørgsmål, er der på nogle områder indgået selvstændige vikaroverenskomster eller vikarprotokollater i tilknytning til eksisterende overenskomster. På den måde bliver vikarbureauarbejde reguleret som en selvstændig ansættelsesform i en række organisationsoverenskomster og kan tage højde for de særlige problemer, der kan opstå i relation til vikarbureauarbejde, f.eks. beregning af anciennitet ved flere korte ansættelser. I det følgende gives eksempler på sådanne reguleringer.

⁸⁶ Jf. Ole Hasselbalch: "Ansættelsesretten", s. 181.

⁸⁷ Jf. Ole Hasselbalch: "Ansættelsesretten", s. 176, hvor det afgørende ved beregningen af ansættelsesanciennitet er, hvorvidt der reelt finder en fortsættelse sted i samme job.

⁸⁸ Jf. Ole Hasselbalch: "Ansættelsesretten", s. 181. På industriens område fremgår det særskilt af det til overenskomstens knyttede vikarprotokollat, at vikarer kan overføre deres anciennitet fra vikarbureau til brugervirksomhed, såfremt vikaren har arbejdet der i mindst 6 måneder uden afbrydelse og ansættes på brugervirksomheden i direkte forlængelse af vikariatet. Dette gør det lettere for vikarerne at opnå ret til sociale goder som er anciennitetsbaserede inden for industriens område modsat områder, der ikke har tilsvarende regler (HK).

⁸⁹ Jf. Jens Kristiansen: "Den kollektive arbejdsret", s. 263.

3.5.2.3.1 Industriens vikarprotokollat:⁹⁰

Inden for industriens område er der indgået et særskilt vikarprotokollat mellem Dansk Industri og CO-industri. Tanken er, at vikarbureauvikarer, der sendes ud på en medlemsvirksomhed for at udføre en arbejdsfunktion indenfor overenskomstens faglige gyldighedsområde, skal omfattes af Industriens Overenskomst. Det samme gælder også for lokalaftaler og kutymer forbundet med arbejdsfunktionen, uanset om vikarbureauet er medlem af Dansk Industri eller andre arbejdsgiverorganisationer.⁹¹ Er vikarbureauet *ikke* medlem af Dansk Industri, må medlemsvirksomheden i sin aftale med bureauet sikre sig, at det har det nødvendige kendskab til de gældende overenskomst- og aftaleforhold.⁹² Hvis vikarbureauet f.eks. ikke betaler vikaren den løn, som vikaren efter brugervirksomhedens overenskomst- og aftaleforhold er berettiget til, fremgår det af protokollatet, at fagretlige sager om vikarer anlægges af forbundet mod medlemsvirksomheden, dvs. i dette tilfælde brugervirksomheden.⁹³ Herefter er det brugervirksomheden og ikke vikarbureauet, der kommer til at hæfte for vikarbureauets manglende overholdelse af overenskomsten. Dette på trods af, at brugervirksomheden ikke er vikarens reelle arbejdsgiver og derfor ikke har indsigt i, hvilke aftaler om lønforhold bureauet har med vikaren. Er vikarbureauet omvendt medlem af Dansk Industri vil det også være omfattet af Industriens Overenskomst og skal overholde reglerne heri. I dette tilfælde rejses fagretlige sager mod vikarbureauet.⁹⁴ Derudover indeholder protokollatet særlige bestemmelser om akkumulering af anciennitet.⁹⁵

3.5.2.3.2 Eksempel på vikaroverenskomst: Dansk Erhverv/3F-Vikaroverenskomsten:⁹⁶

Mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og 3F er indgået en overenskomst, der omfatter alle vikarbureauer, der er medlem af Dansk Erhverv Arbejdsgiver og arbejder inden for 3F's faglige arbejdsområder.⁹⁷ Overenskomsten indeholder en grundig regulering af løn- og arbejdsvilkårene for vikarbureauvikarer, f.eks. løn, arbejdstid, ferie, barsel, løn under sygdom, opsigelse, pension mv. Den fastslår, at det er vikarbureauet, der som ansættende myndighed, er ansvarlig for f.eks. løn, ferie- og søgnehelligdagsbetaling og sygedagpenge jf. Vikaroverenskomstens § 2. Overenskomsten skelner mellem brugervirksomheder med og uden overenskomst. Hvis brugervirksomheden har overenskomst for det pågældende arbejde, anvendes bestemmelserne om løn og arbejdstid deri som et supplement til vikaroverenskomsten, der ellers som udgangspunkt regulerer ansættelsesforholdet jf. Vikaroverenskomstens § 3. Hvis

⁹⁰ Industriens vikarprotokollat af 20. februar 1995, med senere ændringer under overenskomstforhandlinger, indgår som bilag 17 til Industriens Overenskomst og kan findes på www.co-industri.dk under overenskomster.

⁹¹ Det er ifølge protokollatet en betingelse, at arbejdet er undergivet brugervirksomhedens ledelsesret i modsætning til en der er udsendt af en underentreprenør og undergivet dennes ledelsesret. Med ledelsesret må formentlig menes instruktionsbeføjelsen, da det følger af vikarbureauforholdet at bureauet har ansættelses- og afskedigelseskompetencen som følge af de delte arbejdsgiverbeføjelser. Mht. lokalaftalers anvendelse på vikarbureauvikarerne fremgik det af en kendelse af 17/12 2008 fra faglig voldgift, at bestemmelsernes lige anvendelse sigter på "arbejdsfunktionen". Lokalaftaler, der favoriserer loyalitet og ikke finder anvendelse på vikarbureauvikarer er derfor ikke i strid med protokollatet.

⁹² Jf. vikarprotokollatets del 1, afsnit 4.

⁹³ Jf. vikarprotokollatets del 1, afsnit 6.

⁹⁴ Jf. vikarprotokollatets del 2, afsnit 3. Herved vil der også være sammenhæng mellem, at det i praksis både er vikarbureauet der som vikarens arbejdsgiver skal efterleve og hæfte for manglende overholdelse af overenskomsten.

⁹⁵ Jf. vikarprotokollatets bemærkninger herom.

⁹⁶ Vikaroverenskomsten gældende 2010-2012 kan findes på Dansk Erhvervs hjemmeside www.danskerhverv.dk

⁹⁷ Pr. 1.februar 2010 er ca. 150 vikarbureauer medlem af Dansk Erhverv. Disse repræsenterer en samlet omsætning indenfor vikarbranchen på omkring 60 %, jf. Dansk Erhvervs hjemmeside www.danskerhverv.dk . Herudover indgår også Vikarbranchens tre uafhængige brancheforeninger (VICE, FVD og FASID) i et samarbejde med Dansk Erhverv.

brugervirksomheden ikke har overenskomst for det arbejde, vikaren udfører, er der i Vikaroverenskomsten udpeget en toneangivende overenskomst på hvert af 3F's seks hovedområder, hvorfra bestemmelserne om løn og arbejdstid skal lånes, jf. § 4 i Vikaroverenskomsten. I Vikaroverenskomsten er det centrale, at det er vikarbureauet, der er forpligtet og vil hæfte for en manglende efterlevelse af overenskomsten i forhold til vikaren.

3.5.2.3.3 Sammenfattende vurdering

De nævnte eksempler illustrerer forskellige måder at regulere vikarbureauarbejde på. Vikaroverenskomsten er kendetegnet ved, at den som en egentlig overenskomst positivt regulerer vikarbureauvikarers løn- og arbejdsforhold i detaljer, såsom løn, arbejdstid, ferie, barsel, løn under sygdom, opsigelse, pension osv. På den måde skabes der klarhed om vikarers overenskomstmæssige retsstilling. Det er samtidig fastslået, at det er bureauet, der som ansættende myndighed er forpligtet til at overholde Vikaroverenskomsten i forhold til vikaren. Herved er der sammenhæng mellem, at det er bureauet, der i praksis både er vikarens arbejdsgiver og samtidig er forpligtet af overenskomsten i forhold til vikaren og ansvarlig for eventuelle overenskomstbrud.⁹⁸

Industriens Vikarprotokollat adskiller sig fra ovennævnte overenskomstmodel ved at regulere både den situation, at det er vikarbureauet, der via medlemskab er forpligtet og den situation, at det er brugervirksomheden, der er forpligtet. Som nævnt giver det sidste anledning til problemer i hæftelsesmæssig sammenhæng, da brugervirksomheden ikke er vikarens reelle arbejdsgiver. Denne reguleringsmodel taler for, at lade brugervirksomhedens overenskomst finde anvendelse for indlejede vikarer, da det er uden betydning, om bureauet er medlem af en anden arbejdsgiverforening og har en anden overenskomstdækning. En ligebehandlingstanke kan siges at ligge bag dette område.

3.5.3 Sammenfatning om vikarbureauvikarers overenskomstmæssige retsstilling

Gennemgangen viser, at der ikke tegner sig et entydigt billede af vikarernes overenskomstmæssige stilling på det danske arbejdsmarked. De delte arbejdsgiverbeføjelser mellem bureauet og brugervirksomheden gør det vanskeligt at indpasse vikaren i det traditionelle kollektivarbejdsretlige system, da vikaren ikke indgår i et lønmodtagerforhold til brugervirksomheden, hvorfor forudsætningen for at anvende brugervirksomhedens overenskomst i forhold til vikaren ikke er til stede. Det teoretiske udgangspunkt må være, at når der *ikke* er taget stilling til arbejdsleje i brugervirksomhedens overenskomst, eller det direkte er *udelukket* at anvende overenskomsten i forhold til vikarerne, så finder overenskomsten ikke anvendelse. En gennemgang af praksis på området tegner dog et andet billede. Her er man på nogle områder gået langt i forhold til at statuere, at indlejede vikarer er omfattet af brugervirksomhedens overenskomst. Dette særligt på områder, hvor vikarbureauvikarer hidtil har været meget lidt benyttede.⁹⁹ "Bravida-afgørelsen" på elektrikerområdet og "Promecon-afgørelsen" på VVS-området er eksempler herpå. Denne praksis bygger på omgængelsesbetragtninger og et ikke-diskriminationsprincip mellem vikaren og den faste medarbejder, mens "TDC-afgørelsen" er en konkret begrundet afgørelse, der støtter op om det almindelige kollektivarbejdsretlige udgangspunkt om, at overenskomstdækningen knytter sig til ansættelsesforholdet. Gennemgangen af vikarernes retsstilling viser også, at man på nogle områder har taget konsekvenserne af den usikre retsstilling ved at tage stilling til vikarbureauarbejde som en selvstændig ansættelsesform i vikarprotokollater og vikaroverenskomster. På trods af usikkerhed om,

⁹⁸ Jf. Per Jacobsen: "Kollektiv arbejdsret", s. 490 og Ole Hasselbalch: "Kollektivarbejdsretten", s. 185.

⁹⁹ Jf. Jens Kristiansen: "Den kollektive arbejdsret", s. 263. Dette gælder f.eks. faglært og ufaglært arbejde indenfor industriens og byggeriets område.

hvilken overenskomst, der skal finde anvendelse for vikarerne, er der med kendelserne, vikaroverenskomster og protokollater alligevel skabt en form for regulering af vikarernes løn- og ansættelsesvilkår. Sammenfattende kan det udledes, at vikarernes overenskomstmæssige stilling på det danske arbejdsmarked falder i tre kategorier. *I den første* er det vikarbureauets overenskomst, der dækker vikarens arbejde. Dette f.eks. hvor der er indgået egentlige vikaroverenskomster. *I den anden* er det brugervirk-somhedens overenskomst, der dækker indlejede vikarer. Dette kan være fastslået gennem praksis, eller fordi det fremgår af et til overenskomsten tilknyttet vikarprotokollat. Endelig falder arbejde, der udføres af vikarer, og som ikke er dækket af nogen overenskomst i *den tredje* kategori. Her vil der være aftalefrihed.

4. Den EU-retlige regulering af vikarbureauvikarers retsstilling

4.1 Danmarks forpligtelser i forhold til EU

4.1.1 EU og den danske model

EU spiller en stadig større rolle på det arbejdsmarkedsmæssige område, hvor udviklingen primært er sket gennem ansættelses- og arbejdsmiljøretlige direktiver.¹⁰⁰ Princippet om EU-rettens forrang og traktatens umiddelbare anvendelighed har den betydning, at Danmark ved sit medlemskab har påtaget sig en række forpligtelser, herunder særligt pligten til at implementere direktiver og give forordninger "almen bindende virkning" jf. art. 249 EF.¹⁰¹ Den danske model er kendetegnet ved en høj grad af regulering via kollektive overenskomster frem for lovgivning. Modellen er i stil med flexicurity¹⁰² og udmærker sig ved at sikre arbejdsgiveren fleksibilitet, idet det er forholdsvis let at "hyre og fyre" medarbejdere. Samtidig opnår den fyrede medarbejder sikkerhed ved dagpengesystemet, der udgør en økonomisk tryghed. Endelig bygger modellen på en aktiv arbejdsmarkedspolitik, hvor det ved uddannelse og jobtræning af ledige er målet at få dem hurtigt tilbage på arbejdsmarkedet.

EU har tidligere været mere inspireret af Den kontinentale Lovmodel, der er baseret på en høj grad af lovregulering af de arbejdsretlige systemer. Med stadig flere medlemmer af EU, bliver det vanskeligere at tilgodese de vidt forskellige arbejdsretlige traditioner. Dog er der fra EU side kommet større fokus på at gøre de nationale arbejdsretlige systemer mere fleksible for at styrke landenes konkurrenceevne og beskæftigelsesmæssige situation.¹⁰³

4.1.2 Implementering af EU- direktiver

Der er tre måder at indarbejde arbejdsretlige EU direktiver på i national ret. Ved lov, ved en kombination af lov og kollektive overenskomster hvor lovgivningen er subsidiær, og endelig ved en ren over-

¹⁰⁰ Jf. Jens Kristiansen: "Den kollektive arbejdsret", s. 55. Arbejdstidsdirektivet (2003/88/EF), Arbejdsmiljø, rammedirektivet (89/391/EØF), Deltidsdirektivet (97/81/EF), Tidsbegrænset ansættelse (1999/70/EF), Udstationeringsdirektivet (96/71/EF), Ligelønsdirektivet (75/117/EØF), Ligebehandlingsdirektivet (76/207/EØF med senere ændringer) er eksempler på vigtige direktiver på det arbejdsretlige område.

¹⁰¹ Art 249 EF indeholder fem typer af retsakter fra EU. Det drejer sig om forordninger, direktiver, beslutninger (alle bindende retsakter) samt henstillinger og udtalelser (ikke bindende retsakter).

¹⁰² Om flexicurity se f.eks. KOM(2007)359 i en meddelelse fra Kommissionen "Mod fælles principper for flexicurity: Flere og bedre job ved fleksibilitet og sikkerhed" s. 5 der beskriver flexicurity som en integreret strategi, der har til formål at forbedre fleksibiliteten og sikkerheden på arbejdsmarkedet samtidigt.

¹⁰³ Jf. Jens Kristiansen: "Den kollektive arbejdsret", s. 56.

enskomstmodel med almengyldige kollektive overenskomster.¹⁰⁴ Det er ikke uden betydning, hvordan arbejdsretlige direktiver bliver implementeret. Bliver de gennemført ved lov, vil en tvist skulle foregå ved de almindelige domstole. I Danmark har man som hovedregel gennemført arbejdsretlige direktiver ved en kombination af lovgivning og kollektive overenskomster.¹⁰⁵ Her får arbejdsmarkedets parter mulighed for først at gennemføre direktivet ved overenskomst eller typisk som et protokollat til en overenskomst, hvorefter der vedtages en lovgivning for restgruppen af de lønmodtagere, der ikke er omfattet af overenskomsten.¹⁰⁶ Loven er subsidiær i forhold til overenskomsten og finder kun anvendelse, når EU direktivet ikke er gennemført ved overenskomst.¹⁰⁷ Da overenskomsten er implementeringsmidlet, betyder det, at retshåndhævelsen flyttes fra de almindelige domstole til det fagretlige system.¹⁰⁸ Ved implementering ved kollektiv overenskomst tilgodeses den danske model samtidig med, at Danmark lever op til de EU-retlige forpligtelser.¹⁰⁹ Gennemføres direktivet ved en almengyldig kollektiv overenskomst, er ideen, at overenskomsten gennem lov eller bekendtgørelse udstrækkes til at gælde for alle arbejdsgivere og lønmodtagere uden for overenskomstens eget direkte anvendelsesområde.¹¹⁰

4.2 Udstationering af vikarbureauansatte vikarer til Danmark

4.2.1 Introduktion - fri bevægelighed i EU og social dumping

Anvendelse af udenlandske vikarbureauansatte vikarer i Danmark kan ske på to måder. Enten kan den udenlandske vikar være ansat direkte i et dansk vikarbureau. Her indtræder vikaren i et sædvanligt dansk reguleret ansættelsesforhold.¹¹¹ Eller også er udlændingen (vikaren) ansat i et udenlandsk vikarbureau, der stiller vikaren til rådighed for en dansk brugervirksomhed, med henblik på at udføre arbejde her.¹¹² Denne situation vil blive gennemgået i det følgende.

¹⁰⁴ Jf. Ruth Nielsen: "EU arbejdsret", s. 65. Hun nævner også en ren overenskomstmodel med ikke almengyldige kollektive overenskomster som en fjerde model, men at den formentlig ikke vil blive accepteret af EU-Domstolen. Se ligeledes Jens Kristiansen: "Den danske aftalemodel og forholdet til EU" i "100 året for septemberforliget - et festskrift", s.187.

¹⁰⁵ Jf. Jens Kristiansen: "Den danske aftalemodel og forholdet til EU" i "100 året for septemberforliget - et festskrift", s. 186 og Ruth Nielsen: "EU arbejdsret", s. 66.

¹⁰⁶ DA og LO indgik den 1. juli 1996 en generel aftale om implementeringsprocedure med det formål at bevare det fagretlige system og respekten for de aftaler, der indgås decentralt af overenskomstparterne. Beslutningen om at implementere ved aftale blev bakket op af flertallet af folketingets partier og er med til at vægte den traditionelle danske aftalemodel højt. Aftalen findes på: <http://www.da.dk/bilag/IMP-DALO.0107.doc>.

¹⁰⁷ Jf. Jens Kristiansen: "Grundlæggende arbejdsret", s. 109ff.

¹⁰⁸ Jf. Ruth Nielsen: "EU arbejdsret", s. 66.

¹⁰⁹ Direktiver kan ikke udelukkende gennemføres ved overenskomst. En uorganiseret lønmodtager vil f.eks. ikke kunne støtte ret på en kollektiv overenskomst, hvorfor den kollektive overenskomst alene ikke lever op til EU rettens sigte, om at give alle lønmodtagere en vis mindstebeskyttelse. Med art 137 EF har man dog sikret arbejdsmarkedets parter en rolle i implementeringen. EF Domstolen accepterede tidligt overenskomster som implementeringskilde, så længe de lever op til mindstekravene i direktivet. Spørgsmålet blev behandlet i en dom fra EU domstolen af 30.1.1985 C-143/83 om gennemførelsen af ligelønsdirektivet i dansk ret.

¹¹⁰ Jf. Jens Kristiansen: "Den danske aftalemodel og forholdet til EU" i "100 året for septemberforliget - et festskrift" 1999, s. 187.

¹¹¹ Der henvises til specialets gennemgang af vikarbureauvikarers stilling i dansk ret. Da vikaren er ansat direkte i det danske bureau er der ikke tilknytning mellem flere lande, som ved udstationering. Vikaren anses som individuelt vandrende arbejdstager.

¹¹² ARD 2007.642 angik sondringen mellem arbejdsleje og entreprise. Der bestod et reelt entrepriseforhold mellem den danske gartnerivirksomhed og det polske firma, da det polske firma selv skulle tilrettelægge, lede og fordele arbejdet. Den danske virksomhed skulle derfor ikke overholde overenskomsten for de indlejede polske champignonplukkere. I ARD af 31/8 2006 i sag 2005.22 blev en indgået entreprisefortale, mellem en dansk og litauisk virksomhed, anset for reelt at være en

EF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for arbejdskraft og tjenesteydelser bevirker, at virksomheder inden for EU uhindret skal kunne medbringe deres eget personale til udførelse af opgaver i et andet medlemsland.¹¹³ Pga. adgangen til billigere arbejdskraft fra lavtlønslande i EU, er der også på det danske arbejdsmarked sket en stigning i anvendelsen af udenlandsk arbejdskraft, herunder vikarbureauvikarer.¹¹⁴ Som en overgangsordning for gennemførelse af princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed, havde en række politiske partier i folketinget indgået Østaf-talen¹¹⁵ den 2. december 2003, hvor man etablerede et regelsæt for meddelelse af opholds- og arbejdstilladelse til arbejdstagere fra de nye EU-lande. For at forebygge social dumping¹¹⁶ og sikre balancen på arbejdsmarkedet, blev der stillet en række krav til løn- og ansættelsesvilkårene for personer fra de nye østeuropæiske medlemslande.¹¹⁷ Det skulle vise sig at være blandt de udstationerede og dernæst udenlandske vikarer, at der først og fremmest kunne påvises løn- og ansættelsesvilkår, der lå væsentligt under niveauet i de danske overenskomster.¹¹⁸ Vikarer fra udenlandske vikarbureauer blev efter Østaf-talen betragtet som individuelle arbejdstagere, selvom udstationeringsdirektivet lægger op til at behandle vikarer som udstationerede.¹¹⁹ Det betød, at de østeuropæiske vikarer skulle have opholdstilladelse for at arbejde i Danmark.¹²⁰ Østaf-talen blev ophævet 1. maj 2009. Herefter skal borgere fra de nye EU-lande omfattes af de samme regler, der gælder for borgere fra de gamle EU-lande.

I det følgende vil jeg med afsæt i udstationeringsdirektivet og udstationeringsloven undersøge, hvordan vikarbureauvikarer er stillet ved udstationering i Danmark, samt belyse et udvalg af de problemer, direktivet kan tænkes at medføre i dansk arbejdsret.

4.2.2 Udstationeringsdirektivet¹²¹

4.2.2.1 Formål og anvendelsesområde

Formålet med direktivet er på den ene side, at fremme levering af tjenesteydelser over grænserne ved at tilgodese hensynet til en fair og fri konkurrence, og på den anden side at sikre, at de udstationerede

kontrakt om arbejdsudleje. Det blev tillagt betydning, at der skulle ske betaling for arbejdstimer og ikke et bestemt resultat, hvorfor vikarerne skulle betales overenskomstmæssig løn.

¹¹³ De fri bevægelighedsregler i art. 39, 45 og 49EF indebærer et forbud mod forskelsbehandling pga. nationalitet, der også fremgår mere generelt af art. 12EF.

¹¹⁴ Jf. LO's ugebrev A4, nr. 11, af 17. marts 2008, s. 17ff.

¹¹⁵ Jf. herom Birgitte Egelund Olsen mfl.: "Europæiseringen af dansk ret" 2008, kap.25 om "Enkeltmandsvirksomheder fra de nye østeuropæiske medlemsstater" s. 605ff.

¹¹⁶ Betegnelsen *social dumping* anvendes her som et udtryk for det forhold, at virksomheder, der udfører tjenesteydelser i et andet land, medbringer eget personale, hvis løn- og ansættelsesvilkår er på et lavere niveau end i det land, hvor arbejdet midlertidigt udføres, jf. bemærkningerne til lov om udstationering af lønmodtagere i FT 1999-2000, tillæg A, s. 1218 og Lone Hansen: "Udstationerede lønmodtagere – er det hjemlandets eller værtslandets regler, der gælder?" i UfR, nr. 20, 21. maj 2005 s. 189 note 2.

¹¹⁷ Senest optaget i 2004 og pr. 1/1 2007 med Rumænien og Bulgarien.

¹¹⁸ Søren Kaj Andersen og Klaus Pedersen, Forskningscenter for arbejdsmarkeds- og organisationsstudier, Sociologisk Institut, Københavns Universitet, Forskningsnotat 110, juni 2010: "Social dumping, Overenskomster og lovregulering - baggrund og perspektiver" s. 4

¹¹⁹ Der er tre former for hovedopholdsgrundlag for østarbejdere og østvirksomheder: individuelt vandrende arbejdstagere, østeuropæiske tjenesteydere med udstationerede østarbejdere og selvstændige erhvervsdrivende. (enkeltmandsvirksomheder). Registreringen af de individuelle arbejdstagere er mest detaljeret, mens udstationerede medarbejdere normalt ikke er underlagt de midlertidige restriktioner vedr. særlige regler om opholds- og arbejdstilladelse.

¹²⁰ Jf. Ruth Nielsen: "EU arbejdsret", s. 97 og 150 og sag C-113/89 *Rush Portuguesa*.

¹²¹ Direktiv 96/71/EF.

arbejdstageres rettigheder respekteres, jf. direktivets præambel 5. Lønmodtagere, der udstationeres i et andet EU-medlemsland eller EØS-land¹²² skal sikres en generel minimumbeskyttelse, bl.a. mht. arbejdstid, arbejdsmiljø, betalt ferie og mindsteløn, efter de regler, der er gældende i værtslandet.¹²³ Ved at anvende værtslandets regler frem for hjemlandets regler har man samtidig forsøgt at modvirke social dumping, så der ikke sker en underminering af arbejdsvilkårene pga. adgangen til billigere arbejdskraft fra lavtlønslande.

Direktivet finder anvendelse, når udenlandske arbejdsgivere for en bestemt periode udstationerer arbejdstagere til at udføre arbejde i et andet EU-land, jf. i det hele art. 1 og art. 2, stk.1.¹²⁴ Direktivets anvendelse forudsætter, at leveringen af tjenesteydelsen har et grænseoverskridende element, således at modtageren har et andet domicil end den virksomhed, der udstationerer arbejdskraft. Efter art. 1, nr. 1 litra c finder det også anvendelse, når en virksomhed ”i sin egenskab af vikarbureau (...), udstationerer en arbejdstager i en brugervirksomhed, der er etableret eller har et forretningssted i en medlemsstat, dersom der inden udstationeringsperioden er indgået en ansættelseskontrakt mellem vikarbureauet (...) og arbejdstageren.”

Direktivet skal sikre en *generel* beskyttelse af alle lønmodtagere, og *lønmodtagerbegrebet* fortolkes efter lovgivningen i den medlemsstat, hvor arbejdstageren er udstationeret jf. art. 2.¹²⁵ Herefter må vikarer fra vikarbureauer også anses at være omfattet af udstationeringsdirektivets anvendelsesområde.

Direktivet er gennemført i dansk ret med udstationeringsloven,¹²⁶ der finder anvendelse i de situationer, hvor virksomheder i forbindelse med levering af tjenesteydelser midlertidigt udstationerer lønmodtagere til Danmark, jf. lovens § 1, stk.1.

4.2.2.2 Hovedindhold og særlige indvirkninger på dansk arbejdsret¹²⁷

4.2.2.2.1 Minimumsbeskyttelse

Finder udstationeringsloven anvendelse, skal den virksomhed, der udstationerer en vikarbureauvikar til Danmark, sikre at vikaren mindst opnår de arbejds- og ansættelsesvilkår på de områder, der er fastlagt i direktivets art. 3. Udstationeringslovens § 5 henviser til arbejdsmiljøloven, ligelønsloven, dele af ligebehandlingsloven, forskelsbehandlingsloven, lov om gennemførelse af dele af arbejdstidsdirektivet, funktionærlovens § 7 om ret til betaling under barselsorlov, for så vidt den pågældende er funktionær efter loven.¹²⁸ Disse love er internationalt præceptive og skal som minimum finde anvendelse på udsta-

¹²² ”Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde”. Norge, Island og Liechtenstein har indgået en samarbejdsaftale med EU, EØS-aftalen, hvorefter EU’s bestemmelser om det indre marked også finder anvendelse for disse lande.

¹²³ Jf. Direktivets præambel 13. Rom-I forordningen nr. 593/2008 EF fastsætter reglerne for lovvalg, når et ansættelsesforhold har tilknytning til flere lande. Udgangspunktet er, at medarbejderen er omfattet i lovgivningen i det land, hvor vedkommende sædvanligvis udfører sit arbejde (typisk i hjemlandet). På de i udstationeringsdirektivets nærmere opregnede områder er det imidlertid værtslandets regler, der gælder. Romforordningen har erstattet Romkonventionen, men Danmark står som udgangspunkt uden for samarbejdet med forordningen pga. det retlige forbehold. Da Danmark havde tiltrådt Romkonventionen, er der en berettiget forventning om, at Danmark ved en parallelaftale kan blive underlagt samme regler som de øvrige medlemslande.

¹²⁴ Udstationeringslovens § 3 anvender betegnelsen ”midlertidigt”, da ”en bestemt periode” kan misforstås jf. lovforslag nr. 47, Forslag til lov om udstationering af lønmodtagere af den 13. oktober 1999. Se nærmere om nuanceforskellene mellem ”en bestemt periode” og ”midlertidigt” i Lone L. Hansen: ”Udstationerede lønmodtagere - er det hjemlandets eller værtslandets regler, der gælder?” i UfR, nr. 20, 21. maj 2005 s. 190ff.

¹²⁵ Der henvises til specialets gennemgang af det danske lønmodtagerbegreb.

¹²⁶ Det skete i 2004. Den gældende regulering fremgår af Lbkg. nr. 849 af 21/7 2006 med senere ændringer i 2008 og 2010.

¹²⁷ Direktivets og udstationeringslovens indhold og særlige betydninger for dansk arbejdsret gennemgås samlet.

¹²⁸ Det er vikarbureauvikarer ikke, jf. praksis og det i specialet gennemgåede afsnit om Funktionærloven.

tionerede arbejdstagere i Danmark, uanset hvilket lands ret, der i øvrigt regulerer ansættelsesforholdet, jf. direktivets art. 3, stk. 1.¹²⁹

4.2.2.2.2 Særligt om mindsteløn

Bestemmelser om mindsteløn skal også finde anvendelse overfor udstationerede arbejdstagere, herunder vikarer. Mindsteløn defineres efter national ret, jf. direktivets art. 3, stk. 1, sidste led.

Danmark har hverken lovgivning eller almenlydige kollektive overenskomster om mindsteløn. Den fastsættes i stedet ved kollektiv overenskomst, som kun gælder for de parter, der har tiltrådt den. Det betyder, at en udstationeret vikar i Danmark reelt ikke er sikret en vis mindsteløn. Da langt fra alle kollektive overenskomster indeholder regler om mindsteløn, vil den eneste måde, hvorpå man kan sikre vikaren en vis mindsteløn være, at den danske fagforening opnår overenskomst herom med den udenlandske arbejdsgiver. Da direktivet kun er præceptivt i forhold til *lovbestemt* mindsteløn og visse *almengyldige* overenskomster, jf. art 3, stk.1, jf. stk. 8, medfører det ikke nogen egentlig pligt for Danmark til at lovgive om mindsteløn. Her kan man fortsat overlade det til arbejdsmarkedets parter at håndhæve mindstelønkravet, så længe reglerne er tilstrækkeligt præcise og tilgængelige. Set i et EU-perspektiv regulerer 20 ud af 27 EU-medlemslande mindstelønnen ved lovgivning, mens kun tre lande, herunder Danmark, udelukkende regulerer mindstelønnen ved kollektiv overenskomst.¹³⁰ I forbindelse med den stigende brug af udenlandsk arbejdskraft, herunder vikarer, har der været en del debat om, hvorvidt Danmark skulle indføre lovbestemt mindsteløn som et middel mod social dumping.¹³¹ Hidtil har man afholdt sig herfra, da det er i strid med den danske aftalemodel.¹³²

4.2.2.2.3 Forholdet til konfliktretten

Som anført ovenfor forhindrer direktivet ikke, at Danmark gør brug af kollektive overenskomster. Det er også fastslået af EU domstolen.¹³³ Flere danske organisationer har indgået aftaler om udstationering til Danmark, som eksempel kan nævnes aftalen mellem DA og LO, der opfordrer organisationerne til at sikre, at danske overenskomstmæssige vilkår respekteres af udenlandske arbejdsgivere, der udstationerer arbejdskraft i Danmark, ved at disse melder sig ind i en dansk arbejdsgiverorganisation.¹³⁴ DI og CO-

¹²⁹ Medmindre en fravigelse kan begrundes i grundlæggende retsprincipper - "ordre public" jf. C-319/06 "Kommissionen mod Luxembourg".

¹³⁰ Jf. Bjørn Hansen og Søren Kaj Andersen, Forskningscenter for arbejdsmarkeds- og organisationsstudier, Sociologisk Institut, Københavns Universitet, Forskningsnotat 088: "Mindsteløn i Europa. Lovregulering og almenlydige kollektive overenskomster – hvorfor og hvad er erfaringerne?", oktober 2007 s. 5 og 32. Sverige og Cypern regulerer også ved lovgivning, mens andre lande gør brug af almenlydige overenskomster evt. i kombination med lovgivning.

¹³¹ Jf. bl.a. bemærkningerne til Forslag til lov om udstationering af lønmodtagere, L 47 1999-2000 af 13. oktober 1999. Der er i udstationeringslovens § 11 indsat en revisionsbestemmelse, så spørgsmålet om mindsteløn løbende kan tages op.

¹³² Forebyggelsen af social dumping var et af de helt store temaer under de kollektive overenskomstforhandlinger i 2010, særligt på bygge- og transportområdet. Se herom Søren Kaj Andersen og Klaus Pedersen, Forskningscenter for arbejdsmarkeds- og organisationsstudier, Sociologisk Institut, Københavns Universitet, Forskningsnotat 110, juni 2010: "Social dumping, Overenskomster og lovregulering - baggrund og perspektiver". Se også protokollat til Bygge- og Anlægsoverenskomsten om social dumping af 5. marts 2010.

¹³³ C-113/89 Rush Portuguesa. Dommen fastslog, at ethvert medlemsland kan kræve, at de udenlandske arbejdsgivere opfylder samme regler, f.eks. regler i arbejdsmiljølovgivningen, *kollektive overenskomster*, mv. som man kræver af sit eget lands arbejdsgivere.

¹³⁴ DA/LO aftalen om udenlandske arbejdsgivers udstationering af arbejdstagere i Danmark af 20. november 1992 findes på <http://www.da.dk/bilag/Udstationering.htm>.

Industri har indgået en yderligere aftale på industriens område.¹³⁵ Arbejdstagerorganisationernes konfliktret, for at opnå kollektiv overenskomst, er her af afgørende betydning for udviklingen af lønfastsættelsen og opnåelsen af andre centrale arbejdsvilkår i Danmark. Det er konfliktretten, der skal sikre interessen i, at alt arbejde her i landet udføres for en minimumsløn mv., som efter danske forhold anses for rimelig.¹³⁶ Det gælder også i forhold til udenlandske virksomheder, hvor Arbejdsretten forudsætter, at der kan iværksættes konflikt til støtte for tiltrædelse af den fulde danske brancheoverenskomst. 137 Udgangspunktet er, at der er fredspligt i overenskomstperioden, men konfliktret med brug af lovlige kampskridt ved overenskomstindgåelse.¹³⁸ Faglige organisationer kan således indlede arbejdskonflikt med det formål at få en uorganiseret arbejdsgiver til at tiltræde en brancheoverenskomst eller til fornyelse af eksisterende overenskomster.

I international sammenhæng anerkendes konfliktretten også som en grundlæggende rettighed. ILO konventionerne nr. 87 og 98 berører emner som foreningsfrihed, beskyttelse af retten til at organisere sig og føre kollektive forhandlinger og indfortolker på den måde konfliktretten som en folkeret.¹³⁹ Også i EU sammenhæng er der, med EMRK art. 11 og EU's charter om grundlæggende rettigheder¹⁴⁰ i art. 28, en anerkendelse af konfliktretten som en grundrettighed.

EU domstolen har i sagerne Viking¹⁴¹ og Laval¹⁴² fastslået, at konfliktretten skal afvejes over for de fri bevægelighedsregler i art. 43 og 49 EF.

4.2.2.2.3.1 Laval sagen:¹⁴³

Sagen omhandlede en svensk konflikt over for et lettisk byggefirma, der havde udstationeret arbejdskraft i forbindelse med et arbejde i Sverige. Sagens kerne var, om det var i strid med EU-rettens regler om fri bevægelighed for tjenesteydelser i art. 49 EF og udstationeringsdirektivets art. 3, at fagforeninger ved brug af blokade og sympatikonflikt ville tvinge det lettiske firma til overenskomstforhandlinger om bl.a. mindsteløn, så lønniveauet svarede til det normale i Sverige. EU-Domstolen fastslog, at konfliktretten ikke kan udnyttes til at tvinge et udenlandsk firma til at forhandle løn og indgå overenskomst på vilkår, der er *mere* fordelagtige end dem, der gælder i værtslandet. Konfliktretten, og dermed forebyggelsen af social dumping, består derfor kun indenfor rammerne af de (mindste) løn- og arbejdsvil-

¹³⁵ Industriens protokollat af 22.marts 1998, vedrørende udenlandske medarbejderes løn- og arbejdsvilkår ved udførelse af arbejde i Danmark, indgår som bilag 8 til Industriens Overenskomst, som kan findes på www.co-industri.dk under overenskomster.

¹³⁶ Jf. AT 2007/178 (2007.831) "Nørrebro bryghus".

¹³⁷ AT 2005/159.

¹³⁸ Jf. Jens Kristiansen: "Grundlæggende arbejdsret", s.171 Arbejdsretten anerkender strejke og blokade (ikke fysisk) på lønmodtagerside, lockout og boykot på arbejdsgiverside som lovlige kampskridt. Der kan iværksættes sympatikonflikt til støtte for lovlige overenskomstkraav, når hovedkonflikten er lovlig, og sympatikonflikten er egnet til at påvirke hovedkonflikten, og samtidig står i et rimeligt forhold til målet, jf. AT 2007/178 "Nørrebro bryghus".

¹³⁹ Ruth Nielsen: "EU arbejdsret", s. 159.

¹⁴⁰ Charteret er en "højtidelig proklamation" og ikke retligt bindende. Se f.eks. herom Jens Kristiansen: "Den kollektive arbejdsret", s. 445.

¹⁴¹ Sag C-438/05 Viking-Line. Konflikten skal være begrundet i *tvingende almene hensyn*, og ikke gå videre, end hvad der er *nødvendigt* for at nå målet. Dommen får ikke umiddelbare konsekvenser for dansk kollektiv arbejdsret, som også bygger på proportionalitetsbetragtninger, Jf. AT 2007/178 "Nørrebro Bryghus". Viking-Line dommen gennemgås ikke yderligere her.

¹⁴² Sag C-341/05 Laval.

¹⁴³ De danske og svenske regler om kollektive kampskridt er nogenlunde ens, jf. dog den svenske Medbestämmandelagens § 42, hvorefter det er forbudt at konflikte mod en allerede overenskomstdækket (svensk) arbejdsgiver. Se Ruth Nielsen: "EU Arbejdsret", s. 154.

kår, der fremgår af udstationeringsdirektivets art. 3, stk. 1. Mindstelønskravet skal være *gennemsigtigt og klart*, så virksomhederne har mulighed for på forhånd at indrette sig herpå. Konflikten skal være *nødvendig* for at opnå mindsteløn, og den udenlandske virksomhed må ikke pålægges *unødvendige byrder*, der hindrer den fri bevægelighed.

EU reglerne om fri bevægelighed sætter grænser for konfliktrettens anvendelse, når der konfliktes overfor udenlandske virksomheder. Laval dommen indsnævrer det lovlige faglige formål¹⁴⁴ en konflikt må have, og som en konsekvens af dommen, blev der vedtaget en ændring af udstationeringsloven med indsættelse af § 6a.¹⁴⁵ Målet var, at fastholde den danske model, herunder at sikre muligheden for at anvende kollektive kampskridt, for at opnå overenskomst, overfor udenlandske tjenesteydere.¹⁴⁶ Danmark benyttede sig derfor af muligheden for, at udvide kredsen af de kollektive aftaler, der kan lægges til grund, for at skabe den fornødne *gennemsigtighed* og præcisere kravet om klarhed, så en udenlandsk tjenesteyder ved, hvad der i henhold til bestemmelserne skal betales i (mindste)løn.¹⁴⁷ Herefter er det en betingelse for iværksættelse af kollektive kampskridt, at der forinden er henvist til bestemmelserne i de kollektive overenskomster, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område. Ifølge lovforslaget indebærer det, at ikke alle kollektive overenskomster og aftaler kan anvendes, som retvisende grundlag, til støtte for kollektive kampskridt i relation til den udenlandske tjenesteyder, f.eks. ikke lokalaftaler.¹⁴⁸

Det interessante er, at man med § 6a, som noget nyt i dansk kollektiv arbejdsret, sikrer *dele* af konflikten ved lov, når virksomheder i forbindelse med levering af tjenesteydelser udstationerer lønmodtagere i Danmark. Det er dog kun i forhold til lønkrav, at arbejdsorganisationerne er sikret adgang til iværksættelse af kollektive kampskridt, jf. lovens § 6a, stk. 1: ”Med henblik på at sikre udstationerede lønmodtagere *løn* (...)”. Organisationerne er derfor ikke inden for udstationeringsloven sikret en ret til at iværksætte konflikt for at opnå kollektiv overenskomst om ”arbejdsvilkår” som ellers må betragtes som et lovligt mål i den traditionelle danske konfliktret. Det kan derfor være nødvendigt, at der bliver skabt klarhed over, om også andre overenskomstkraav og i givet fald hvilke, der i EU-sammenhæng kan støttes ved brug af kollektive kampskridt, særligt for at undgå en Laval sag i Danmark.¹⁴⁹

4.2.2.2.4 Kontrolforanstaltninger

Det har betydning for beskyttelsen af de udstationerede vikarer i Danmark, at der sikres en effektiv håndhævelse af reglerne om udstationering, så vikarerne sikres den grad af minimumsbeskyttelse, som direktivet lægger op til. Det gør spørgsmålet om iværksættelse af kontrolforanstaltninger relevant. I dansk arbejdsret antages arbejdsgiverens kontrolret at udspringe af ledelsesretten.¹⁵⁰ Denne kontrolret er begrænset af nogle grundregler om, at den skal være driftsmæssigt begrundet, ikke må være krænkende og ikke må forvolde lønmodtageren tab eller unødige ulemper.¹⁵¹ På samme måde er det et gene-

¹⁴⁴ Om konflikters lovlige faglige formål se f.eks. Per Jacobsen: ”Kollektiv arbejdsret”, s. 277ff.

¹⁴⁵ Lov nr. 1394 af 27/12 2008 om ændring af lov om udstationering af lønmodtagere.

¹⁴⁶ LFS nr. 36/2008, pkt. 4.

¹⁴⁷ Jf. udstationeringsdirektivets art. 3, stk. 8, 2. led 2. mulighed og Betænkning over LFS nr. 36/2008 af 19/6 2008 (udredningsarbejdet om Laval afgørelsen).

¹⁴⁸ LFS nr. 36/2008, pkt. 4.2.

¹⁴⁹ Jf. Jens Kristiansen: ”Den kollektive arbejdsret”, s.461.

¹⁵⁰ Jens Kristiansen: ”Den kollektive arbejdsret”, s. 381.

¹⁵¹ Jens Kristiansen: ”Den kollektive arbejdsret”, s. 383ff.

relt princip, at fagforeningerne har en kontrolret vedrørende overenskomsters overholdelse.¹⁵² Også fagforeningernes kontrolret er underlagt visse begrænsninger.¹⁵³ Et praktisk relevant spørgsmål er, i hvilket omfang der kan indføres kontrolforanstaltninger, for på den måde at sikre, at de *udenlandske virksomheder* overholder løn- og arbejdsvilkårene for de udstationerede vikarer i Danmark? Der findes ikke i Danmark generelle regler om fagforeningers ret til indsigt i løn- og arbejdsvilkår vedrørende udenlandske arbejdstagere.¹⁵⁴ Principper om fagforeningens kontrol af virksomheden, kan i stedet være aftalt i overenskomsten, hvis en sådan er tiltrådt af den udenlandske arbejdsgiver.¹⁵⁵ Det er givet, at kontrolforanstaltningerne i EU sammenhæng ikke må være en hindring eller en restriktion af den fri bevægelighed for tjenesteydelser i art. 49 EF, ligesom de skal ligge indenfor området i udstationeringsdirektivets art. 3, stk.1 eller kan begrundes i tvingende almene hensyn¹⁵⁶, hensynet til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed jf. TEF art. 39, stk. 3 1. led. Den 1. juni 2010 trådte en ændring af udstationeringsloven i kraft.¹⁵⁷ Lovændringen indebærer en udvidelse af de oplysninger, der skal anmeldes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for udenlandske tjenesteydere, og en pligt for den danske hvervgiver til at medvirke til at sikre, at den udenlandske tjenesteyder sender oplysningerne til Registret for Udenlandske Tjenesteydere (RUT), hvis tjenesteydelsen f.eks. vedrører Bygge- og Anlægsvirksomhed. Baggrunden med registret er et ønske om at gøre kontrollen med håndhævelsen af f.eks. arbejdsmiljølovgivningen og skattelovgivning mere effektiv ved at få et bedre overblik over de udstationerede virksomheder og lønmodtagere i Danmark.¹⁵⁸ Ifølge lovens § 7c, kan visse af oplysningerne gøres offentlige. Det gælder virksomhedens navn og kontaktperson, sted for levering af tjenesteydelsen og branchekode. Kommissionen har udstedt en meddelelse, hvor det anføres hvilke retningslinjer, der kan kræves overholdt med henblik på at kontrollere, at udstationeringsdirektivets bestemmelser om arbejdsvilkår overholdes under udstationeringen. Det konkluderes bl.a., at en systematisk forudgående kontrol gennem registrering og forhåndstilladelse i forbindelse med udstationeringen er for vidtgående, men at det bør kunne kræves, at tjenesteyderen senest ved påbegyndelsen af de pågældende aktiviteter, indgiver en erklæring med oplysninger om de udstationerede arbejdstagere, ydelsens varighed og art.¹⁵⁹ Da oplysningerne efter lovens § 7a, stk. 4 kun må anvendes til statistik og af myndighederne, for at sikre, at virksomhederne overholder lovgivningen i forbindelse med arbejde i Danmark, indebærer bestemmelsen ikke en lovmæssig kontrolret for fagforeningerne. Lovændringen vil dog uden tvivl gøre det lettere for arbejdsmarkedets parter, at komme i kontakt med de udenlandske arbejdsgivere, og dermed lette

¹⁵² Martin Gräs Lind: "Fagforeningers kontrol af virksomheders løn- og arbejdsvilkår" i UfR online U.2010 B.1, s. 1

¹⁵³ Martin Gräs Lind: "Fagforeningers kontrol af virksomheders løn- og arbejdsvilkår" s. 5, hvor det som eksempel fremhæves at en fagforenings kontrolret ikke kan antages at være så vidtrækkende, at der består en forpligtelse for arbejdsgiveren til at dokumentere arbejds- og opholdstilladelse for udenlandske arbejdstagere, da disse spørgsmål som udgangspunkt hverken er normativt eller obligatorisk relevante overenskomstsspørgsmål.

¹⁵⁴ Martin Gräs Lind: "Fagforeningers kontrol af virksomheders løn- og arbejdsvilkår" s. 4.

¹⁵⁵ I C-319/06 "Kommissionen mod Luxembourg" fastslog Domstolen, at de fastsatte kontroloplysninger, der kunne kræves af virksomheden ikke var tilstrækkeligt *klare*, hvilket er i strid med den fri bevægelighed for tjenesteydelser.

¹⁵⁶ Sag C 113/89 "Rush Portuguesa" præmis 18.

¹⁵⁷ Lov nr. 509 af 19/05/2010 om ændring af lov om udstationering af lønmodtagere.

¹⁵⁸ LFS nr. 157 af 17/3/2010 til Lov om ændring af lov om udstationering af lønmodtagere.

¹⁵⁹ KOM(2006)159 "Retningslinjer for udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser" s. 3. Der er også indført anmeldelsespligt for selvstændige udenlandske virksomheder jf. § 7a, stk. 2. De såkaldte "arme-ben-virksomheder" har givet anledning til spekulation i omgåelse af overenskomstregler og regler for arbejdstilladelse mv. hvor virksomheden reelt ikke var enkeltmandsvirksomhed, men udførte lønmodtagerarbejde. Se herom f.eks. Birgitte Egelund Olsen mfl.: "Europæiseringen af dansk ret" 2008, kap.25 om "Enkeltmandsvirksomheder fra de nye østeuropæiske medlemsstater" s. 605ff.

fagforeningens arbejde med at overenskomstdække disse, med henblik på at sikre de udstationerede lønmodtagere, herunder vikarer, løn- og arbejdsvilkår svarende til niveauet i Danmark.

4.2.3 Sammenfatning

Er en vikarbureauvikar udstationeret i Danmark, fastlægger EU reglerne om udstationering, at vikaren skal sikres en minimumsbeskyttelse for så vidt angår en række løn- og arbejdsvilkår. Direktivet gælder kun udstationerede lønmodtagere og hjemler derfor ikke den individuelt vandrende arbejdstager nogen beskyttelse, ligesom det heller ikke beskytter udstationerede tredjelandborgere uden for EU regi. Målet med at forebygge social dumping er derfor kun delvist opnået. Under Østaf-talen blev vikarbureauvikarer i Danmark stillet som individuelt vandrende arbejdstagere, selv om direktivet lægger op til at behandle dem som udstationerede. Efter Østaf-talens udløb i maj 2009 er kravet om arbejdstilladelse faldet bort og vikarerne skal nu behandles efter de mere fordelagtige regler om udstationering. Vikarer, der er udstationeret fra lavtlønslande som f.eks. Polen, skaber en del udfordringer for det danske overenskomstsyste-m, hvor tjenesteydernes fri bevægelighed sætter grænser for, hvordan og i hvilken udstrækning det kan sikres, at de udstationerede arbejder på danske vilkår. Det kan for det første være et problem overhovedet at få overenskomstdækket den udenlandske arbejdsgiver, da EU afvejer konfliktretten overfor hensynet til den fri bevægelighed, jf. Laval. For det andet kan der ikke ubetinget iværksættes kontrolforanstaltninger og registrering for at sikre mod omgåelse og brud på overenskomster. Ændringerne af udstationeringsloven, hvorefter der kan iværksættes konflikt for lønkrav, og opret-telsen af RUT- registret, er tiltag i retning af beskyttelse af de udstationerede i Danmark.

4.3 EU's direktiv om vikararbejde

4.3.1 Baggrund

Fra EU side har man gennem flere år forsøgt at regulere vikarers retsstilling. I 1991 blev der vedtaget et direktiv, hvis formål er at sikre, at arbejdsmiljøregler anvendes på samme måde over for vikarer som overfor andre ansatte.¹⁶⁰ I 2002 udarbejdede Kommissionen et forslag til direktiv om vikararbejde på baggrund af tidligere forslag og forhandlinger med arbejdsmarkedets parter på europæisk plan.¹⁶¹ Der blev efter behandlingen af forslaget i Europa-Parlamentet fremsat et ændringsforslag,¹⁶² men først i 2008 opnåede man politisk enighed, og vikardirektivet blev vedtaget.¹⁶³ Direktivet finder anvendelse for ansættelseskontrakter eller ansættelsesforhold mellem et vikarbureau (arbejdsgiver) og en arbejdstager, der placeres hos en brugervirksomhed og arbejder under dennes overvågning/instruktion.¹⁶⁴ Udbredelsen af de fleksible ansættelsesformer er stærkt stigende på det europæiske arbejdsmarked. Således arbejdede 40 % af arbejdsstyrken i 2005 under ansættelsesformer som tidsbegrænset ansættelse, deltidsansættelse, vikararbejde og sæsonarbejde mv.¹⁶⁵ De fleksible ansættelsesformer er derfor ikke

¹⁶⁰ Rådets direktiv 91/383/EØF, om supplerende foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden på arbejdsstedet for arbejdstagere, der har et tidsbegrænset ansættelsesforhold eller et vikaransættelsesforhold. Direktivet er gennemført ved bekendtgørelse nr. 559 af 17/6 2004 om arbejdets udførelse.

¹⁶¹ KOM(2002)149 med senere ændringer. Arbejdsmarkedets parter på europæisk plan er ETUC på arbejdsgiversiden, mens UNICE og CEEP repræsenterer arbejdstagersiden.

¹⁶² KOM(2002)701.

¹⁶³ Direktiv 2008/104 EF, vedtaget d. 19. november 2008.

¹⁶⁴ Jf. art. 1, stk. 1. Begreberne er defineret i art. 3 og gennemgået ovenfor i afsnit 3.2

¹⁶⁵ Jf. ”Grøn bog om moderniseringen af EU-landenes arbejdsmarkedsregler” i KOM(2007) 0708 af 22. november 2006 s. 7. Denne findes i engelsk udgave på <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0708:FIN:EN:PDF> .

længere atypiske, og EU kan med rimelighed sætte fokus på, om sikkerheden for arbejdstagere i disse ansættelsesformer følger med fleksibiliteten.¹⁶⁶

4.3.2 Formål

Af direktivets art. 2 fremgår, at der er tre hovedformål med vikardirektivet. For det første er det præciseret, at princippet om ligebehandling også skal overholdes over for vikarer. For det andet er det fastslået, at det er vikarbureauet, der er vikarens arbejdsgiver. For det tredje har man tilsigtet at etablere en passende ramme for anvendelsen af vikararbejde, og samtidig anerkende branchen som operatør på arbejdsmarkedet, som et led i udviklingen af fleksible ansættelsesformer.

Med direktivet er der således gjort et forsøg på at skabe balance mellem virksomhedernes ønske om fleksibilitet i arbejdsstyrken, for bl.a. at styrke konkurrenceevnen, og hensynet til arbejdstagernes sikkerhed og tryghed.

4.3.3 Indhold

I det følgende vil jeg se nærmere på hovedindholdet af direktivet, hvorfor gennemgangen ikke er en udtømmende opregning af samtlige bestemmelser.

4.3.3.1 Ligebehandlingsprincippet¹⁶⁷

Hovedbestemmelsen er direktivets art. 5, der fastslår, at vikarer skal have mindst samme vilkår som brugervirksomhedens ansatte, for så vidt angår ”væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår”, under deres arbejde i virksomheden. Dette er i art. 3, stk. 1 litra f defineret som vilkår, der relaterer sig til ”arbejdstidens længde, overarbejde, pauser, hvileperioder, natarbejde, ferie og helligdage samt aflønning”. Det drejer sig altså om vilkår, der relaterer sig til forhold under ansættelsen, hvorfor opsigelsesvilkår ikke er omfattet. Det er værd at bemærke, at art. 5, stk. 1 litra a og b tager positivt stilling til, at det er *brugervirksomhedens* regler, der skal finde anvendelse for vikaren, når arbejdet er udført af gravide og ammende kvinder, børn og unge. Det samme gælder mht. ligebehandling af mænd og kvinder og foranstaltninger med henblik på at bekæmpe diskrimination pga. køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering som fastsat ved lov, kollektiv overenskomst mv. Direktivet fastslår herudover ikke, om det er vikarbureauets eller brugervirksomhedens overenskomst- og øvrige regelgrundlag, der skal finde anvendelse. De øvrige ”væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår” kan derfor være reguleret af vikarens aftale eller overenskomstgrundlag med vikarbureauet *eller* af brugervirksomhedens regler. Det kræves, at ordningerne er ”tilstrækkelig præcise og tilgængelige”, så både vikarbureau og brugervirksomhed kan identificere og overholde deres forpligtelser, ligesom det er overladt til disse selv at præcisere, om sociale sikringsordninger, herunder pensionsordninger mv. er et ”væsentligt arbejds- og ansættelsesvilkår”, jf. art. 5, stk. 4, 2. led.

4.3.3.2 Adgang til permanent beskæftigelse, efteruddannelse mv.

Direktivets art. 6 bestemmer, at vikarer skal have samme adgang til at opnå fast beskæftigelse i virksomheden som andre arbejdstagere. Klausuler, der forbyder eller forhindrer en vikar i at opnå ansættelse i brugervirksomheden, er ugyldige, eller kan erklæres ugyldige, jf. art. 6 stk. 2.

¹⁶⁶ Andre EU tiltag i retning af udviklingen af de fleksible ansættelsesformer er f.eks. direktiv 97/81/EF om deltidsarbejde, direktiv 99/79 EF om tidsbegrænset ansættelse, hvor grundlæggende principper om ikke-diskrimination også er bærende.

¹⁶⁷ Også benævnt ikke-diskriminationsprincippet

4.3.3.3 Nærheds- og proportionalitetsprincippet¹⁶⁸

Direktivet fastslår en minimumsbeskyttelse. Medlemslandene kan fastsætte bestemmelser, der giver vikarerne gunstigere vilkår, end hvad der følger af direktivet, jf. art. 9, stk. 1. Med mindstebeskyttelsen er der således fastlagt en fleksibel ramme, hvorefter det er overladt til medlemsstaterne og arbejdsmarkedets parter at lave en tilpasning til de nationale forhold. Det er op til medlemsstaterne at sikre retshåndhævelsen af direktivet. Sanktionerne skal være effektive, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have en afskrækkende virkning, jf. i det hele art. 10.

4.3.4 Implementeringen af direktivet – samt mulige indvirkninger i dansk ret

Vikardirektivet skal senest være implementeret i dansk ret den 5. december 2011, jf. art. 11.

Direktivet fastslår, at vikarbureauet er vikarens arbejdsgiver. Dette stemmer også overens med den nuværende opfattelse og praksis i Danmark.¹⁶⁹

Direktivet fastslår et ligebehandlingsprincip, men giver ret frie rammer med hensyn til, hvordan princippet kan overholdes for vikarerne. Der gives således ikke en endelig løsning på, om det skal ske ved en anvendelse af bureauets eller brugervirksomhedens overenskomst/regler, udover hvad der fremgår af art. 5, stk. 1, litra a og b om beskyttelse af gravide, ligebehandling af køn mv., hvor brugervirksomhedens regler er gældende. I de situationer, hvor brugervirksomheden ikke har en overenskomst, der regulerer arbejdet, vil en vikar, som praksis er i dag, kun kunne henholde sig til sit aftalegrundlag med vikarbureauet. Her vil direktivet kunne tænkes at ændre afgørende på vikarens retsstilling, da ikke-diskriminationsprincippet forbyder forskelsbehandling af vikarer og brugervirksomhedens fastansatte mht. ”væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår”. Direktivet har fastlagt en ramme herfor, men overladt det til arbejdsmarkedets parter/national lovgivning at præcisere, om f.eks. sociale sikringsordninger indgår som et ”væsentligt arbejds- og ansættelsesvilkår”, jf. art. 5, stk. 4, 2. led. Hvad der nærmere skal forstås ved ”væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår” må ventes at blive fastsat i forbindelse med implementeringen.

Direktivet fastsætter grænser for brugen af jobklausuler på vikarområdet, jf. art. 6, stk. 2, 1. pkt., men er ikke til hinder for, at vikarbureauer kan aftale en ”rimelig betaling” for, at en brugervirksomhed ansætter en udsendt vikar, jf. art. 6, stk. 2, 2. pkt. Den danske Jobklausullov sætter ikke grænser for brugen af klausuler på vikarområdet.¹⁷⁰ Formålet med loven er at begrænse brugen af jobklausuler og sikre, at nødvendige klausuler indgås på en loyal måde over for lønmodtagerne, jf. jobklausullovens § 1. Er der indgået en skriftlig aftale herom med lønmodtageren, vil klausulen være gyldig efter loven, jf. dennes § 3. Det må derfor ventes, at der sker en ændring på dette område i forhold til vikarer. Hvad der nærmere ligger i ”rimelig betaling” må være overladt til domstolene at vurdere.

¹⁶⁸ Nærhedsprincippet/subsidiaritetsprincippet bestemmer, at de politiske beslutninger i EU altid skal træffes på lavest mulige politiske og administrative niveau så tæt på borgerne som muligt, jf. art. 5 EF, hvoraf proportionalitetsprincippet også kan udledes af sidste led, da fællesskabet kun handler i det omfang, det er nødvendigt for at nå traktatens mål.

¹⁶⁹ Jf. f.eks. FV. Af 3/8 2005 og gennemgangen af lønmodtagerbegrebet i specialet.

¹⁷⁰ Jf. Lov. nr. 460 af 17/6 2008 om arbejdsgivers brug af jobklausuler § 3, hvorefter en klausul, der begrænser vikarens erhvervs muligheder typisk vil være gyldig, når der er indgået en oplysningsaftale herom mellem vikaren og bureauet. En sådan erhvervsbegrænsende aftale vil herefter formentlig kunne erklæres ugyldig. Inden for DA/LO Hovedaftalens område kendte Arbejdsretten ved sag nr. A2005.721 af 7. september 2007 et vilkår i en aftale mellem et bureau og en brugervirksomhed om, at brugervirksomhederne ikke måtte ansætte vikarerne i en periode på op til 12 måneder efter aftalens ophør, for stridende mod DA/LO Hovedaftalens § 9 stk. 2, ved at være en illoyal og urimelig begrænsning af arbejdstagernes arbejdsmuligheder. Der blev ikke pålagt bod, da bestemmelsen frembød fortolkningstvív.

Det kan endvidere diskuteres, om vikarbureauansatte vikarers retsstilling i forhold til funktionærloven bør ændres som følge af direktivet. Udgangspunktet er, at vikarer ikke har funktionærstatus, da de ikke "indtager en tjenestestilling" i lovens forstand.¹⁷¹ Direktivet fastsætter et ligebehandlingsprincip, der vedrører vilkår *under* ansættelsen og aflønning, men f.eks. ikke vilkår i forbindelse med opsigelse. Udover de lange opsigelsesvarsler regulerer funktionærloven en række andre forhold, som heller ikke er søgt reguleret ved direktivet f.eks. fratrædelsesgodtgørelse, jf. lovens § 2a. Funktionærlovens regler om løn under sygdom, jf. § 5, er dog et vilkår, der kan tænkes at blive berørt ved en gennemførelse af direktivet, da aflønning er et væsentligt ansættelsesvilkår. Direktivet fastslår en minimumsbeskyttelse, hvorfor det ikke hindrer, at beskyttelsen af vikarerne udvides, så de opnår ret til f.eks. løn under sygdom, jf. art. 9. Hensynet til at modvirke omgåelse, er også et argument, der kan støtte vikarerne i retning af funktionærstatus, jf. art. 5, stk. 5. Omvendt er det kun en lille del af funktionærlovens beskyttelses hensyn, som vikardirektivet vedrører. Desuden åbner direktivet op for, at ligebehandlingsprincippet kan fraviges, jf. art. 5, stk. 3 og 4, så længe der sikres en passende beskyttelse af vikaransatte. Dette kan tale imod at give vikarerne funktionærstatus. Der kan således argumenteres både for og imod at udvide funktionærloven til at gælde vikarer. Det er min vurdering, at direktivets minimumsvilkår ikke i sig selv støtter, at vikarerne får funktionærstatus. Hensynet til at modvirke omgåelse bør næppe være et argument, der i sig selv kan ændre retsstillingen for vikarer. Under alle omstændigheder ligger det i vikarbureauforholdets natur, at vikarens tilknytning til bureauet typisk er mere løs/fleksibel, end den er mellem en funktionær og dennes arbejdsgiver, hvorfor det hensyn der ligger bag funktionærlovens lange opsigelsesvarsler, som udgangspunkt ikke er til stede i vikarbureaukonstruktionen. At give vikarerne funktionærstatus med heraf ret til lange opsigelsesvarsler vil være en "overimplementering" af direktivet.

Det er givetvis et område, der vil blive drøftet mellem arbejdsmarkedets parter i forbindelse med direktivets gennemførelse, men mit bud er, at praksis, om at vikarer ikke er funktionærer, vil blive fastholdt. Implementeringen af EU-direktivet om vikararbejde har været drøftet ved de kollektive overenskomstforhandlinger i 2010. Status er, at overenskomstparterne endnu ikke har implementeret direktivet, men vil fortsætte drøftelserne i perioden, mens man på flere områder afventer, at lovforslaget om implementering af vikardirektivet fremsættes.¹⁷² Det må derfor ventes, at der bliver vedtaget en (opsamlings)lovgivning om vikarbureauansatte vikarers ansættelsesforhold, herunder fastsættelse af et ikke-diskriminationsprincip.

5. Konklusion

Formålet med dette speciale var at undersøge vikarbureauvikarers retsstilling i dansk arbejdsret.

Som analysen viser, rejser vikarbureauansættelsen en del arbejdsretlige problemstillinger, da den adskiller sig fra det traditionelle arbejdsgiver-lønmodtagerforhold ved, at vikaren indgår i et trepartsfor-

¹⁷¹ U 1997.1495H.

¹⁷² Jf. Protokollat om implementering af EU-vikardirektivet til Bygge- og Anlægsoverenskomsten, hvor overenskomstparterne er enige om at "søge vikardirektivet implementeret ved aftale mellem organisationerne, så implementeringen ligger så tæt som muligt til direktivteksten. Senest den 1. marts 2011". Findes på:

<http://mediacontent.sd.publicus.com/pdf/SD356090618.PDF>.

Se også Landsoverenskomsten for kontor og lager 2010 mellem Dansk Erhverv og HK i en aftale om implementering af direktiv 2008/104 EF af 19/11 om vikararbejde, hvor "der er enighed om at fortsætte drøftelserne om implementeringen (...)" Findes på: <http://www.danskerhverv.dk/Raadgivning/Overenskomst/Documents/HK-Kontor-og%20Lager-2010-2012-Foreloebig.pdf>.

hold med henholdsvis vikarbureauet og brugervirksomheden. Arbejdsgiverbeføjelserne er delt mellem vikarbureauet, der har ansættelses- og afskedigelseskompetencen, og brugervirksomheden, der har kontrol- og tilsynsbeføjelsen. Da der endnu ikke i dansk ret findes en direkte lovregulering om vikarbureauforhold og de arbejdsretlige regler traditionelt regulerer topartsforholdet mellem arbejdsgiver og lønmodtager, har det været særligt interessant at kvalificere vikarbureauansættelsen nærmere.

Analysen viser, at vikaren hverken i forhold til vikarbureauet eller brugervirksomheden kan siges at være i et lønmodtagerforhold, sådan som begrebet skal forstås efter den traditionelle opfattelse. Momenterne peger på den ene side i retning af at anse brugervirksomheden som vikarens arbejdsgiver, mens andre momenter taler for, at det er vikarbureauet, der er arbejdsgiver. Vikarbureauforholdet må derfor snarere indplaceres i en mellemgruppe på skalaen mellem det traditionelle lønmodtagerforhold og gruppen af selvstændige.

Ledelsesretten har sin oprindelse i selve aftaleforholdet mellem vikaren og bureauet, uanset om man anskuer den delte ledelsesret som en delegation af arbejdsgiverbeføjelser eller som en del af vikarbureauansættelsens natur. Det mest naturlige er derfor at anse vikarbureauet som vikarens arbejdsgiver, både i ansættelsesretlig og kollektivarbejdsretlig forstand. De tre kendelser fra faglig voldgiftsret, ”Bravida”, ”TDC” og ”Promecon” fastslår alle, at vikaren som udgangspunkt indgår i et lønmodtagerforhold til vikarbureauet.

Den ansættelsesretlige beskyttelseslovgivning kan ikke overføres direkte på vikarbureauvikaren der, bl.a. grundet de delte arbejdsgiverbeføjelser, ikke indtager en tjenestestilling i funktionærlovens forstand, og derfor ikke opnår rettigheder efter denne lov.

Som retspraksis foreligger på området, synes der at være en gråzone i intervallet fra to måneder og syv dage (vedlagte byretsafgørelse) til tre år og otte måneder (U 1996.946SH), i hvilken vikarens retsstilling endnu er usikker i relation til spørgsmålet om vikarers funktionærstatus. Fra hvilket tidspunkt vikaren kan have en berettiget forventning om, at være beskyttet af funktionærlovens regler, kan derfor ikke med sikkerhed fastslås. Vikarbureauansatte vikarer er derimod omfattet af ansættelsesbevisloven, der med sit generelle sigte har et bredere lønmodtagerbegreb end funktionærloven jf. U 1999.1870SH. Udgangspunktet må herefter være, at vikaren er omfattet af de generelle ansættelsesretlige beskyttelseslove, medmindre der er konkrete holdepunkter i den enkelte lov for det modsatte.

Kollektivarbejdsretligt tegner der sig heller ikke et entydigt billede af vikarernes stilling på det danske arbejdsmarked. Vikaren indgår ikke i et lønmodtagerforhold til brugervirksomheden, hvorfor forudsætningen for at anvende brugervirksomhedens overenskomst i forhold til vikaren, som udgangspunkt ikke er til stede. Når der ikke er taget stilling til arbejdsleje i brugervirksomhedens overenskomst, eller det direkte er udelukket at anvende overenskomsten i forhold til vikarerne, må udgangspunktet være, at overenskomsten ikke finder anvendelse. Omgåelsesbetragtninger og ikke-diskriminationsprincipper mellem vikaren og den faste medarbejder kan i praksis føre til, at brugervirksomhedens overenskomst alligevel finder anvendelse for vikaren. Særligt på områder, hvor vikarbureauansatte hidtil har været meget lidt benyttede, hvilket ”Bravida-afgørelsen” på elektrikerområdet og ”Promecon-afgørelsen” på VVS-området illustrerer. Her har hensynet til, at vikarbureauansatte bør være omfattet af de samme overenskomstmæssige løn- og arbejdsvilkår, som brugervirksomhedens egne ansatte været mere tungtvejende, end hensynet til at en kollektiv overenskomst kun angår forholdet mellem arbejdsgiveren og dennes lønmodtagerne. ”TDC-afgørelsen” er omvendt en konkret begrundet afgørelse, der støtter op om det traditionelle kollektivarbejdsretlige udgangspunkt om, at overenskomstdækningen knytter sig til ansættelsesforholdet. På flere områder er der taget positivt stilling til vikarbureauarbejde som en selv-

stændig ansættelsesform i vikarprotokollater og vikaroverenskomster. Det viser, at arbejdsmarkedets parter er klar over problematikken omkring vikarbureauvikarers overenskomstmæssige stilling, når der ikke er taget stilling til arbejdsleje i overenskomsten. På trods af usikkerhed om, hvilken overenskomst, der skal finde anvendelse for vikarerne, er der med kendelserne, vikaroverenskomster og protokollater alligevel skabt en form for regulering af vikarernes løn- og ansættelsesvilkår på det danske arbejdsmarked, hvorfor det danske aftalesystem varetager vikarernes retsstilling på betryggende vis. Det kan konkluderes, at vikarernes overenskomstmæssige stilling på det danske arbejdsmarked falder i tre kategorier. I den første er det vikarbureauets overenskomst, der dækker vikarens arbejde. Dette f.eks. hvor der er indgået vikaroverenskomster. I den anden er det brugervirksomhedens overenskomst, der dækker indlejede vikarer. Dette kan følge af praksis eller et til overenskomsten tilknyttet vikarprotokollat. Endelig falder vikararbejde, der ikke er dækket af nogen overenskomst i den tredje kategori. Her falder man tilbage på de almindelige regler om aftalefrihed.

Den EU retlige regulering af vikarbureauforhold har også betydning for vikarernes retsstilling i dansk arbejdsret. For det første skal vikarbureauansatte vikarer, der udstationeres til Danmark fra et andet EU eller EØS land, sikres en generel minimumsbeskyttelse, bl.a. mht. arbejdstid, arbejdsmiljø og mindsteløn, efter de regler der gælder i Danmark. Direktivet beskytter kun vikarer, der udstationeres, og hjemler derfor ingen beskyttelse for den udenlandske vikar, der er ansat direkte i et dansk vikarbureau, ligesom direktivet heller ikke beskytter udstationerede vikarer fra bureauer med domicil i et tredjeland. Målet med at forebygge social dumping er derfor kun delvist opnået med udstationeringsdirektivet. Vikarer, der er udstationeret fra lavtlønslande skaber en del udfordringer for det danske overenskomstsystem, da risikoen for omgåelse af overenskomster og social dumping er særlig nærliggende her. Art. 49 EF om tjenesteydelseernes fri bevægelighed sætter grænser for, hvordan og i hvilken udstrækning det kan sikres, at de udstationerede vikarer arbejder på danske vilkår. For det første kan det være et problem overhovedet at få overenskomstdækket den udenlandske arbejdsgiver, da EU indskrænker konfliktretten. For det andet kan der ikke ubetinget iværksættes kontrolforanstaltninger og registrering for at sikre mod omgåelse og brud på overenskomster, da det også kan være i strid med de fri bevægelighedsregler. Ændringerne af udstationeringsloven, hvorefter der kan iværksættes konflikt for lønkrav og oprettelsen af RUT-registret, er tiltag i retning af at beskytte den danske model. Samtidig vil det lette fagforeningens arbejde med at få de udenlandske arbejdsgivere overenskomstdækket, for at kontrollere at vikarerne opnår den grad af mindstebeskyttelse, som udstationeringsdirektivet foreskriver. Også her skal man være opmærksom på, om der reelt foreligger et indgreb i EU's regler om fri bevægelighed.

Vikardirektivet fastslår, at vikarer skal have mindst samme væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår, som brugervirksomhedens ansatte. Det drejer sig om vilkår, der relaterer sig til løn, arbejdstidens længde, overarbejde, pauser, hvileperioder, natarbejde, ferie og helligdage. Direktivet fastslår, at vikarbureauet er vikarens arbejdsgiver. Dette stemmer også overens med den gennemgæede danske praksis, men er med til at manifestere, at vikarbureauvikarer ligger tættere på gruppen af lønmodtagere end gruppen af selvstændige. I de situationer hvor brugervirksomheden ikke har en overenskomst, der regulerer arbejdet, vil en vikar, som dansk praksis er i dag, kun kunne henholde sig til sit aftalegrundlag med vikarbureauet. Her vil direktivet kunne tænkes at ændre afgørende på vikarens retsstilling, da ligebehandlingsprincippet forbyder forskelsbehandling af vikarer i forhold til brugervirksomhedens ansatte mht. ”væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår”. Direktivet fastsætter grænser for brugen af jobklausuler på vikarområdet, men da Jobklausulloven ikke gør dette, må det ventes, at der sker en ændring på dette område. Spørgsmålet om vikarbureauvikarers funktionærstatus vil formentlig også blive drøftet i

forbindelse med implementeringen af direktivet. Da direktivet kun vedrører en lille del af funktionærlovens beskyttelseshensyn, er det tvivlsomt, om direktivet ændrer dansk praksis om, at vikarbureauansatte vikarer som klart udgangspunkt ikke har funktionærstatus. Da vikardirektivet endnu ikke er implementeret i dansk ret, er det uafklaret, hvad det præcise indhold i den kommende regulering bliver. Status er, at overenskomstparterne vil fortsætte drøftelserne omkring implementeringen i nuværende overenskomstperiode, mens man på flere områder afventer, at lovforslaget om implementering af vikardirektivet fremsættes. Det må derfor ventes, at der bliver vedtaget en (opsamlings)lovgivning om vikarbureauvikarers retsstilling, herunder fastsættelse af et ikke-diskriminationsprincip gennem en nærmere afgrænsning af hvilke vilkår, der må betegnes som ”væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår”. Når direktivet er implementeret, vil det under alle omstændigheder være med til at kvalificere vikarbureauansættelsen som selvstændig ansættelsesform og skabe mere klarhed på et område, der hidtil har været præget af en del arbejdsretlige problemer, både i ansættelsesretlig- og kollektivarbejdsretlig sammenhæng.

Litteraturliste

Bøger:

Andersen, Lars Svenning: ”Funktionærret”, 3. udgave 2004

Carlsen, H.G: ”Dansk funktionærret”, 7. udgave 2003

Finansministeriet: ”100-året for septemberforliget. Det offentlige arbejdsmarked på vej ind i et nyt århundrede – et festskrift.” 1999

Gomard, Bernhard: ”Obligationsretten 1. del”, 3. udgave 1998

Hasselbalch, Ole: ”Arbejdsret”, 10. udgave 2009

Hasselbalch, Ole: ”Arbejdsretlige funktioner”, 1979

Hasselbalch, Ole: ”Arbejdsrettens almindelige del” bind 1, 2. udgave 2000

Hasselbalch, Ole: ”Ansættelsesbevisloven med kommentarer”, 2. udgave 2002

Hasselbalch, Ole: ”Ansættelsesretten”, 3. udgave 2002

Hasselbalch, Ole: ”Kollektivarbejdsretten”, 2. udgave 1999

Jacobsen, Per: ”Kollektiv arbejdsret”, 5. udgave 1994

Jens Kristiansen: ”Grundlæggende arbejdsret”, 2. udgave 2009

Jens Kristiansen: "Den kollektive arbejdsret", 2. udgave 2008

Nielsen, Ruth: "EU arbejdsret", 4. udgave 2006

Olsen, Birgitte Egelund m.fl.: "Europæiseringen af dansk ret", 2008

Artikler, analyser, forskningsnotater mv.:

Analyse fra Arbejderbevægelsens Erhvervsråd: "Historisk højt antal vikarer", 28. december 2006

Analyse fra Arbejderbevægelsens Erhvervsråd: "Vikarbranchen er i dyb krise", 3. december 2009

Søren Kaj Andersen: "Vikarer mellem fleksibilitet og sikkerhed", i Tidsskrift for arbejdsliv, 9. årg. Nr. 4, 2007

Søren Kaj Andersen og Klaus Pedersen, Forskningscenter for arbejdsmarkeds- og organisationsstudier, Sociologisk Institut, Københavns Universitet, Forskningsnotat 110: "Social dumping, Overenskomster og lovregulering – baggrund og perspektiver", Juni 2010

Søren Kaj Andersen og Bjørn Hansen, Forskningscenter for arbejdsmarkeds- og organisationsstudier, Sociologisk Institut, Københavns Universitet, Forskningsnotat 088: "Mindsteløn i Europa. Lovregulering og almengyldige kollektive overenskomster – hvorfor og hvad er erfaringerne?", Oktober 2007.

Lone Hansen: "Udstationerede lønmodtagere – er det hjemlandets eller værtslandets regler, der gælder?" i UfR, nr. 20, 21. maj 2005

Ole Hasselbalch: "Vikarers overenskomstmæssige stilling", Arbejdsretligt tidsskrift 2007, s. 255-259.

Jens Kristiansen: "Virksomheders hæftelse for vikarbureauers manglende overholdelse af overenskomstmæssige forpligtelser", Arbejdsretligt tidsskrift 2006, s. 224-226

Martin Gräs Lind: "Fagforeningers kontrol af virksomheders løn- og arbejdsvilkår", UfR online U.2010 B.1

Nyt fra Danmarks Statistik: "Produktstatistik for vikarbureauer og anden arbejdsformidling 2008", nr. 442 af 5. oktober 2009

LO's ugebrev A4, nr. 11 af 17. marts 2008

Donald Storrie: "Temporary agency work in the European Union" Rapport fra 2006

Love , bekendtgørelser, cirkulærer mv.:

Lov nr. 114 af 24. marts 1970 om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring

Lov nr. 840 af 20. december 1989 om ændring af lov om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring mv.

Lov nr. 451 af 22. maj 2006 om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed.

Lovbekendtgørelse nr. 108 af 19. februar 2003 (Godskørselsloven).

Lovforslag nr. 172 1992/93 om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet (vedr. forslag til ansættelsesbevisloven)

Bemærkningerne til L 172 Folketingstidende 1992/93.

Lovbekendtgørelse nr. 81 af 3. februar 2009 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (Funktionærloven).

Lovbekendtgørelse nr. 240 af 17. marts 2010 (Ansættelsesbevisloven)

Lovbekendtgørelse nr. 907 af 11. september 2008 om tidsbegrænset ansættelse.

Lov nr. 106 af 26. februar 2008 om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter.

Lovforslag nr. 47 af 13. oktober 1999 om udstationering af lønmodtagere.

Lovbekendtgørelse nr. 849 af 21. juli 2006 (Udstationeringsloven, med senere ændringer).

Lov nr. 1394 af 27. december 2008 om ændring af lov om udstationering af lønmodtagere.

Lovforslag nr. 36, fremsat 22. oktober 2008. Forslag til lov om ændring af lov om udstationering af lønmodtagere.

Lov nr. 509 af 19. maj 2010 om ændring af lov om udstationering af lønmodtagere.

Lovforslag nr. 157 af 17. marts 2010 til lov om ændring af lov om udstationering af lønmodtagere.

Lov nr. 460 af 17. juni 2008 (Jobklausulloven).

Lovbekendtgørelse nr. 1072 af 7. september 2010 af lov om arbejdsmiljø.

Bekendtgørelse nr. 163 af 17. april 1970 om vikarbureauer inden for handels- og kontorområdet.

Bekendtgørelse nr. 559 af 17. juni 2004 om arbejdets udførelse.

Bekendtgørelse nr. 407 af 28. maj 2004 af ferieloven (med senere ændringer).

Cirkulære nr. 3385 af 18. juni 1986 vedrørende forsøgsordning for tekniske tegnere mv.

Betænkninger

Ferielovudvalgets Betænkning nr. 1207, Arbejdsministeriet, august 1990

Domme:

U 1996.946SH

U 1997.1495H

U 1999.1870SH

ARD.2007.293

AT 1911/1

AT 1999. 66

AT 1992/55 (Arbejdsrettens dom nr. 3412 af 17. juni 1992)

ARD 2007.642 (AT.2008/105)

ARD af 31. august 2006 i sag 2005. 22

AT 2007/178 (2007.831) "Nørrebro bryghus"

AT 2005/159

A 2005.721 af 17. september 2007 "Om jobklausuler -DA/LO"

Århus byret af 4. december 2007, BS 3-131/2007

Faglig Voldgift:

FV af 27. august 2003 "Bravida"

FV af 3. august 2005 "TDC"

FV af 9. juli 2007 "Promecon"

FV af 31. juli 1991

FV af 17. december 2008 "LEGO"

Kendelse af 16. august 2004 "50 % reglen"

EF-Domstolen:

Sag 66/85 "Lawrie Blum-sagen"

Dom af 30.1.1985 i C-143/83 om gennemførelsen af ligelønsdirektivet i dansk ret

Sag C-113/89 "Société Rush Portuguesa mod Office National d'Immigration"

Sag C-319/06 "Kommissionen mod Luxembourg"

Dom af 11.12.2007 i C-438/05 "Viking-Line"

Dom af 18.12.2007 i Sag C-341/05 "Laval sagen"

EU Direktiver mv:

Direktiv 2008/104 om vikararbejde

Direktiv 91/383/EØF af 25/6 1991 om supplerung af foranstaltningerne til forbedring af sikkerheden og sundheden på arbejdsstedet for arbejdstagere, der har et tidsbegrænset ansættelsesforhold eller et vikaransættelsesforhold.

Direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser. (Udstationeringsdirektivet)

Direktiv 91/533 af 14. oktober 1991 (Ansættelsesbevis)

Direktiv 2003/881 EF (Arbejdstidsdirektivet)

Direktiv 89/391/EØF af 12. juni 1989 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed under arbejdet. (Rammedirektivet, Arbejds miljø)

Direktiv 97/81/EF (Deltidsdirektivet)

Direktiv 99/70/EF (Tidsbegrænset ansættelse)

Direktiv 75/117/EØF (Ligelønsdirektivet)

Direktiv 76/207/EØF (Ligebehandlingsdirektivet, med senere ændringer)

KOM(2007)359 Meddelelse fra Kommissionen: "Mod fælles principper for flexicurity: Flere og bedre job ved fleksibilitet og sikkerhed."

KOM(2006)159 "Retningslinjer for udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser".

KOM(2002)149 Forslag til direktiv om vikararbejde

KOM(2002)701 Ændringsforslag til direktiv om vikararbejde

KOM(2007)0708 "Grønbog om moderniseringen af EU landenes arbejdsmarkedsregler", engelsk udgave.

EF traktaten

Rom-I-forordningen nr. 593/2008EF

Internetsider:

www.manpower.dk

- Link til indholdet i en ansættelsesaftale mellem vikarbureauet Manpower og vikaren:
- http://manpower.dk/MPNet3/Content.asp?Ref=DENMARK_NORDIC&NodeID=24943&JobID=&ActionQS=JOB.

www.co-industri.dk

- Industriens Overenskomst
- Industriens Funktionæroverenskomst
- Industriens vikarprotokollat af 20. februar 1995, med senere ændringer, bilag 17 til Industriens Overenskomst.
- Industriens protokollat af 22. marts 1998 vedrørende udenlandske medarbejderes løn- og arbejdsvilkår ved udførelse af arbejde i Danmark, bilag 8 til Industriens Overenskomst.

www.danskerhverv.dk

- Vikaroverenskomsten mellem Dansk Erhverv og 3F gældende 2010-2010
- Landsoverenskomsten for Kontor og Lager 2010 mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK, aftale om implementering af Vikardirektivet.
- <http://www.danskerhverv.dk/Raadgivning/Overenskomst/Documents/HK-Kontor-og%20Lager-2010-2012-Foreloebig.pdf>.

www.danskbyggeri.dk

- Bygge- og Anlægsoverenskomsten
- Protokollat til Bygge- og Anlægsoverenskomsten om social dumping af 5. marts 2010
- Protokollat til Bygge- og Anlægsoverenskomsten om implementering af EU Vikardirektivet, mellem Dansk Byggeri og 3F.
- <http://mediacontent.sd.publicus.com/pdf/SD356090618.PDF>.

www.da.dk

- Hovedaftalen mellem DA og LO

- DA/LO aftale om implementeringsprocedure af 1. juli 1996
- <http://www.da.dk/bilag/IMP-DALO.0107.doc>
- DA/LO aftalen af 20. november 1992 om udenlandske arbejdsgiveres udstationering af arbejdstagere i Danmark