

# **Udenforstående arbejdstageres negative foreningsfrihed ifølge Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11 med fokus på bod for underbetaling**

Unorganized workers' right to negative freedom of association according to Article 11 of the European Convention on Human Rights with focus on penalty for breach of agreement

af ANN-SOFIE AASTRUP SØGAARD

*Nærværende afhandling har til formål at undersøge og analysere, hvorvidt det danske bodssystem er i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK) artikel 11 med fokus på ejendomsretten til boden for underbetaling.*

*Det danske arbejdsmarkedssystem indeholder ingen lovbestemt mindsteløn. I stedet aftales løn- og arbejdsvilkår mellem arbejdsgivere og arbejdstagere gennem de forskellige arbejdsgiverforeninger og fagforeninger.*

*Når en arbejdstager underbetales i henhold til en overenskomst, kan den overenskomstbærende fagforening påtale et overenskomstbrud og dermed et bodskrav over for arbejdsgiveren. Bodden tilfalder herefter fagforeningen.*

*Afhandling undersøger, hvorvidt boden burde tilfalde arbejdstageren – selv hvis denne er udenforstående – da arbejdstageren teknisk set er blevet underbetalt i henhold til overenskomsten og derfor har lidt et tab. Men da overenskomsten er en aftale mellem arbejdsgiveren og fagforeningen, er den udenforstående arbejdstager ikke part i aftalen. Bodden, som kan udgøre arbejdsgiverens økonomiske besparelse i forbindelse med underbetalingen, tilfalder derfor fagforeningen. Afhandlingen undersøger herefter, hvorvidt dette kan betragtes som at blive tvunget ved lov til at betale økonomiske bidrag til en privat forening, som man ikke er eller ønsker at være medlem af, og derfor et indgreb i artikel 11, da en pligt til at bidrage økonomisk til en forening kan udgøre et pres for også at blive medlem af foreningen. Ved at blive medlem af en fagforening kan en udenforstående arbejdstager opnå en mulighed for at få del i noget af boden, hvilket rejser spørgsmålet om, hvorvidt kravet om medlemskab er i strid med EMRK artikel 11.*

*For at kunne besvare disse spørgsmål analyseres udviklingen af den negativ foreningsfrihed ved brug af domme og afgørelser fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Analysen konkluderer, at en trussel om afskedigelse og derved en trussel mod eksistensgrundlaget er en alvorlig form for tvang og berører selve kernen i foreningsfriheden, som beskyttes af EMRK artikel 11.*

*Konklusionen er, at den danske retstilling på området ikke er i strid med EMRK artikel 11, da en bodssanktion ikke er sammenlignelig med et individuelt krav om underbetaling. Det kan derfor ikke betragtes som tvungen økonomisk støtte af fagforeningerne, da ejendomsretten til boden aldrig har tilhørt de udenforstående arbejdstagere. Ligeledes udgør kravet om medlemskab ikke en krænkelse af EMRK artikel 11, idet der ikke foreligger nogen trussel mod eksistensgrundlaget.*

# Indholdsfortegnelse

<b>Abstract</b> .....	<b>3</b>
<b>Forkortelser</b> .....	<b>4</b>
<b>1. Indledning</b> .....	<b>5</b>
1.1. <i>Problemformulering</i> .....	5
1.2. <i>Problemafgrænsning</i> .....	5
1.3. <i>Metode</i> .....	6
1.3.1. <i>Internationale retskilder</i> .....	6
1.4. <i>Anvendte begreber</i> .....	6
1.4.1. <i>Udenforstående arbejdstager</i> .....	6
1.4.2. <i>Foreningsbegrebet</i> .....	7
<b>2. Det danske bodssystem</b> .....	<b>7</b>
2.1. <i>Bodssanktionens indførelse og formål</i> .....	7
2.1.1. <i>Bodssanktion</i> .....	7
2.1.2. <i>Augustudvalget af 1908</i> .....	7
2.1.3. <i>1970-udvalget</i> .....	8
2.2. <i>Bodsbestemmelserne i ARL § 12</i> .....	8
2.2.1. <i>Ejendomsretten til boden, ARL § 12, stk. 1</i> .....	9
2.2.2. <i>Efterbetalingskrav, ARL § 12, stk. 3</i> .....	9
2.2.3. <i>Bodsudmåling, ARL § 12, stk. 5</i> .....	9
2.3. <i>Bod for underbetaling</i> .....	10
2.4. <i>Ejendomsretten til boden</i> .....	11
2.4.1. <i>Den danske private ejendomsret, grundlovens § 73, stk. 1</i> .....	12
2.4.1.1. <i>Sondring mellem tilgodehavende løn og bod for underbetaling</i> .....	12
2.4.1.2. <i>Ejendomsretten til boden i det danske kollektive overenskomstsysteem</i> .....	12
2.4.2. <i>Den europæiske private ejendomsret, artikel 1 i tillægsprotokol nr. 1 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention</i> .....	12
2.4.3. <i>Delkonklusion</i> .....	13
<b>3. Organiserede arbejdstageres retsstilling</b> .....	<b>14</b>
<b>4. Udenforstående arbejdstageres retsstilling</b> .....	<b>14</b>
4.1. <i>Udenforstående arbejdstageres berettigede forventning</i> .....	16
<b>5. Foreningsfrihed</b> .....	<b>17</b>
5.1. <i>Den positive foreningsfrihed</i> .....	17
5.1.1. <i>Det danske retsgrundlag</i> .....	17
5.1.2. <i>De internationale regelsæt</i> .....	18
5.2. <i>Den negative foreningsfrihed</i> .....	18
5.2.1. <i>Det danske retsgrundlag</i> .....	18
5.2.2. <i>Analyse af dansk fagretlig praksis</i> .....	19
5.2.2.1. <i>Kendelse i faglig voldgiftssag FV 2014.0171, afsagt den 10. marts 2015 (Cipa-sagen)</i> .....	19
5.2.2.2. <i>Arbejdsrettens dom af 8. december 2017 i sag AR 2015.0254 (Solesi-sagen)</i> .....	20
5.2.3. <i>Dansk kollektiv arbejdsret contra EU-arbejdsret og øvrige konventionsstaters nationale arbejdsret</i> .....	25
5.2.4. <i>Delkonklusion</i> .....	25
5.3. <i>Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11, stk. 1</i> .....	26

5.3.1. <i>Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol</i> .....	27
5.3.1.1. Fortolkningsprincipper .....	28
5.3.2. <i>Analyse af retspraksis</i> .....	29
5.3.2.1. Young, James og Webster mod Storbritannien, dom af 13.08.81 (British Rail- dommen) .....	29
5.3.2.2. Sigurður A. Sigurjónsson mod Island, dom af 30.06.93 .....	30
5.3.2.3. Gustafsson mod Sverige, dom af 25.04.96 .....	31
5.3.2.4. Klagesag 36401/97, Kajanen og Tuomaala mod Finland, afgørelse af 18.10.00 ....	31
5.3.2.5. Sørensen og Rasmussen mod Danmark, dom af 11.01.06 .....	32
5.3.2.5.1. <i>Eksklusivklausuler</i> .....	32
5.3.2.5.2. <i>U 1999.1496 H</i> .....	32
5.3.2.5.3. <i>Klagesag ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol</i> .....	33
5.3.2.6. Vördur Ólafsson mod Island, dom af 27.04.10 (Pligt til økonomiske bidrag) .....	34
5.3.3. <i>Delkonklusion</i> .....	35
5.4. <i>Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11, stk. 2</i> .....	36
<b>6. Diskussion</b> .....	<b>37</b>
6.1. <i>Eventuel klagesag</i> .....	38
<b>7. Konklusion</b> .....	<b>38</b>
<b>8. Litteraturfortegnelse</b> .....	<b>39</b>
8.1. <i>Litteratur</i> .....	39
8.2. <i>Afgørelsesregister</i> .....	40
8.3. <i>Lovgivning</i> .....	43
8.4. <i>Lovforslag, betænkninger m.v.</i> .....	43
8.5. <i>Konventioner, tillægsprotokoller og erklæringer</i> .....	44
8.6. <i>Andet</i> .....	44
<b>9. Bilag</b> .....	<b>44</b>
9.1. <i>Bilag I: Solesis stævning (74 sider)</i> .....	44
9.2. <i>Bilag II: Den ordinære ret i Siracusas dom i sagen 577/2018 (12 sider)</i> .....	44

## Abstract

The subject of this Master's thesis is to determine unorganized workers' right to negative freedom of association under Article 11 of The European Convention on Human Rights (ECHR) with focus on penalty for breach of agreement.

The labour law system in Denmark doesn't contain a statutory minimum wage. Instead the wage and work conditions are agreed freely between employers and workers through the industry's various employers' organizations and trade unions.

When a worker is getting underpaid in accordance with the collective agreement, the trade union can sue the employer for breach of agreement. As a consequence thereof, the employer is bound to pay a penalty to the trade union.

This thesis examines whether the penalty should be given to the workers – even if they are unorganized – since they technical have been underpaid in accordance with the collective agreement and therefore suffered damages. But since the collective agreement is between the employers and the trade unions, the unorganized worker is not a part of the agreement. Therefore

the penalty, which can contain the employer's financial saving due to the underpayment, belongs to the trade union. The thesis examines whether this can be considered as a statutory financial support of the trade union by the unorganized workers. By becoming a member of the trade union the unorganized worker can obtain a right to some of the penalty. This raises the question of whether the requirement of membership violates the negative freedom of association under Article 11 of ECHR.

In order to determine this, the thesis analyses the evolution of the right to negative freedom of association through the judgments and decisions from the Court's practice. The analysis concludes that a threat of dismissal involving loss of livelihood is a most serious form of compulsion and a struck at the very substance of the negative right to freedom of association guaranteed by Article 11 of ECHR.

The conclusion is that the Danish legal position on this field does not violate Article 11 of ECHR, as the penalty for breach of agreement is not equivalent to an worker's individual claim for underpayment of wages claim. Therefore, it cannot be considered as a statutory financial support of the trade union by the unorganized workers, since the penalty does not belong to the workers. Furthermore, the requirement of membership does not violate the negative freedom of association, as there is no threat of dismissal involving loss of livelihood.

## Forkortelser

Nedenstående henvisninger og begreber anvendes for overskuelighedens skyld i følgende forkortelser:

AR	Sag ved Den faste Voldgiftsret eller Arbejdsretten
ARL	Lov nr. 1369 af 16. december 2014 om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter ( <i>Arbejdsretsloven</i> )
AT	Arbejdsretligt Tidsskrift
DA	Dansk Arbejdsgiverforening
EMD	Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol
EMRK	Konvention til beskyttelse af Menneskerettigheder og grundlæggende Frihedsrettigheder ( <i>Den Europæiske Menneskerettighedskonvention</i> )
FV	Faglig voldgiftskendelse
GRL	Danmarks Riges Grundlov, lov nr. 169 af 5. juni 1953 ( <i>Grundloven</i> )
H	Højesteretsdom/kendelse (efter domscitater)
K	Kendelse afsagt af Den faste Voldgiftsret (Det vedføjede tal betegner sagens nummer. Samtlige kendelser er offentliggjort ved rettens foranstaltning) <sup>1</sup>
L	Lovforslag
LBK	Lovbekendtgørelse
LO	Landsorganisationen i Danmark
P1	Tillægsprotokol nr. 1 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention
RT	Rigsdagstidende
U	Ugeskrift for Retsvæsen
V	Vestre Landsretsdom/kendelse (efter domscitater)
Ø	Østre Landsretsdom/kendelse (efter domscitater)

---

<sup>1</sup> Forkortelsen K anvendes typisk i ældre litteratur, herunder *Jacobsen*, Per: Kollektiv arbejdsret og *Illum*, Knud: Den kollektive arbejdsret.

## 1. Indledning

Ved indretningen af det fagretlige processystem i 1910 spillede fremmed ret ikke nogen praktisk rolle, da organiseringen af arbejdsmarkedet med Septemberforliget af 1899 var langt mere fremskreden i Danmark end i andre lande.<sup>2</sup> Det danske arbejdsmarked, også kaldt »den danske model«, kan karakteriseres ved hovedsagligt at være overladt til arbejdsmarkedets parter, som gennem kollektive aftaler fastlægger løn- og arbejdsvilkår.

Men den danske model udfordres og påvirkes af fremmed ret – både i form af ratificeringen af EMRK og EU-direktiver. Disse adskiller sig nemlig ved at være lovreguleret fremfor aftalebaseret mellem arbejdsmarkedets parter. Den danske kollektive arbejdsrets særpræg kan således være svær for udefrakommende at forstå. Det er derfor nødvendigt at klarlægge udviklingen samt overvejelserne bag indretningen af det fagretlige processystem herunder bodssanktionen for forståelsen.

Foreningsfriheden er ligeledes et afgørende element i den kollektive aftaleordning med grundlovsmæssig beskyttelse. Kernen heri er, at arbejdstagere og arbejdsgivere har adgang til frit at etablere og melde sig ind i foreninger. Den såkaldte positive foreningsfrihed. Men hvorvidt den enkeltes ret til at stå uden for en forening – den negative foreningsfrihed – er forenelig med det danske bodssystem, er grundlaget for nærværende afhandling. Dette undersøges ud fra en analyse af relevant dansk praksis fra henholdsvis Arbejdsretten og Højesteret, men også EMD's indfortolkning af den negative foreningsfrihed i EMRK artikel 11 herunder fortolkningsprincipperne.

Sammenholdt med ovenstående søges en konklusion på, hvorvidt bodsbeløbet i underbetalingsager bør tilfalde den enkelte arbejdstager fremfor fagforeningen, og hvorvidt den nuværende retstilstand indebærer en krænkelse af artikel 11.

### 1.1. Problemformulering

Nærværende afhandling har til formål at undersøge og analysere, hvorvidt det danske bodssystem er i strid med EMRK artikel 11 med fokus på ejendomsretten til boden for underbetaling.

Indledningsvist redegøres for det danske bodssystem, de organiserede og udenforstående arbejdstageres retsstilling, herunder adkomst til boden, samt retsgrundlaget for den negative foreningsfrihed. Som led i denne redegørelse vil afhandlingen analysere relevant retspraksis med henblik på en vurdering af, om den danske retstilstand på området konflikter med EMRK artikel 11.

Endvidere vil afhandlingen indeholde en vurdering af, hvorvidt en eventuel klagesag mod Danmark vil resultere i en konstatering af, at det danske bodssystem indebærer en krænkelse af EMRK artikel 11.

### 1.2. Problemafgrænsning

Grundet afhandlingens begrænsede omfang analyseres den danske retstilstand på området kun ud fra EMRK artikel 11 og med inddragelse af EMRK artikel 1 i P1, hvorfor problemstillingen ikke behandles ud fra andre internationale regelsæt. Ligeledes afgrænses afhandlingen til kun at omhandle problemstillinger, der hidrører bod ved underbetaling. Af denne grund behandles udvalgt indhold af ARL § 12, som findes relevant for afhandlingen. Øvrige trufne valg om afgrænsning nævnes løbende i afhandlingen.

---

<sup>2</sup> Kristiansen, Jens: Den kollektive arbejdsret, s. 85.

### 1.3. Metode

Til formål for besvarelse af ovenstående problemformulering anvendes den retsdogmatiske metode, hvilket indebærer beskrivelse, fortolkning og systematisering af gældende ret (de lege lata).<sup>3</sup> Til brug herfor analyseres relevante danske og EU-retlige retskilder, herunder love, EMRK, betænkninger, praksis fra Højesteret, Arbejdsretten og EMD ud fra et retspositivistisk udgangspunkt ved anvendelse af juridisk metode.<sup>4</sup> Der henvises til litteraturfortegnelsen vedrørende brug af anerkendt juridisk litteratur, der ikke tillægges lige så stor retskildeværdi som ovenstående retskilder<sup>5</sup>. Kilderne inddrages i det omfang, de findes relevante for besvarelsen af problemformuleringen.

#### 1.3.1. Internationale retskilder

I nærværende speciale anvendes både danske og internationale retskilder. De danske arbejdsretlige kilder adskiller sig særligt fra øvrig lovgivning ved at være reguleret gennem arbejdsmarkedets parter. Derudover anses arbejdsretlige grundprincipper og kollektive overenskomster som centrale retskilder.<sup>6</sup> Arbejdsretten influeres i høj grad også af internationale retskilder – særligt europæiske som følge af den fri bevægelighed og konventioner.

EMRK er som konvention en aftale mellem nationer indbyrdes og skaber ikke i sig selv forpligtelser nationalt. Dog er konventionen ratificeret ved dansk lov<sup>7</sup>, hvorfor danske domstole kan dømme direkte efter den. EMD's fortolkningsprincipper gennemgås i afsnit 5.3.1.1., hvor det bl.a. fremgår, at forarbejderne til EMRK ikke tillægges stor betydning. EMD's fortolkning af EMRK påvirker ligeledes den danske retstilstand, da den danske stat er forpligtet til at sikre at konventionens rettigheder overholdes fremadrettet.

### 1.4. Anvendte begreber

#### 1.4.1. Udenforstående arbejdstager

Begrebet »udenforstående arbejdstager« anvendes om arbejdstagere, der ikke er medlem af den overenskomstbærende fagforening, som derfor enten er medlem af fagforeninger udenfor hovedorganisationerne (alternativt organiserede) eller holder sig helt fri af et organisationsapparat (reelt udenforstående). Der sondres ikke mellem de reelt udenforstående og alternativt organiserede arbejdstagere i nærværende afhandling. Om udenforstående anvendes også begrebet »uorganiserede arbejdstager«.

Arbejdstagerbegrebet er bredere end lønmodtagerbegrebet, da f.eks. vikarer ikke altid betragtes som lønmodtagere. Anvendelse af begrebet »lønmodtager« ville derfor kræve en fastlæggelse herom, hvilket ikke er relevant for besvarelsen af nærværende afhandlings problemformulering, hvorfor begrebet »arbejdstager« anvendes i stedet.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> Evald, Jens: Juridisk teori, metode og videnskab, s. 13.

<sup>4</sup> Blume, Peter: Juridisk metodelære, s. 161.

<sup>5</sup> Evald, Jens: Juridisk teori, metode og videnskab, s. 30 om Torstein Eckhoffs retskildefaktorer.

<sup>6</sup> Hasselbalch, Ole: Arbejdsretten – online version, afsnit VI, 3. (Tilgået 27. december 2018).

<sup>7</sup> Lov nr. 285 af 29/04/1992 (Gældende: LBK nr. 750 af 19/10/1998.)

<sup>8</sup> For yderligere afgrænsning mellem arbejdstager- og lønmodtagerbegrebet henvises til Hasselbalch, Ole: Arbejdsretlige funktioner, s. 91 ff.

### 1.4.2. Foreningsbegrebet

Et overordnet foreningsbegreb er ikke defineret i dansk ret, dog forstås en forening i almindelig som en varigere sammenslutning med vekslende medlemskreds etableret med henblik på opnåelse af fælles formål.<sup>9</sup>

Definitionen af »en forening« i EMRK's forstand er beskrevet i afsnit 5.3.

## 2. Det danske bodssystem

Sammen med hovedaftalen mellem DA og LO<sup>10</sup>, Lov om mægling arbejdsstridigheder (forligsmandsloven)<sup>11</sup> og Norm for behandling af faglig strid (Normen)<sup>12</sup> udgør arbejdsretsloven<sup>13</sup> (ARL) fundamentet for den kollektive arbejdsret.

### 2.1. Bodssanktionens indførelse og formål

#### 2.1.1. Bodssanktion

ARL § 12 indeholder hjemmel for en særlig sanktionering af overenskomstbrud. Bodssanktionen blev indført i 1908 og ændret i 1973 på baggrund af betænkninger fra henholdsvis Augustudvalget af 1908 og 1970-udvalget i 1973. Bestemmelsen i § 12 giver selvstændig kompetence for Arbejdsretten til at idømme bod ved brud på reglerne inden for det kollektive arbejdsretlige område. Bodsansvaret er efter ARL § 12 af privatretlig karakter, hvorfor det er op til parterne selv at påtale overenskomstbrud, ligesom boden tilfalder klageren, jf. ARL § 12, stk. 1. En overenskomstaftale betragtes som en kollektiv kontrakt, hvori parterne bl.a. accepterer sanktionerne i § 12, hvorfor bodssanktionen er en aftalt sanktion for kontraktbrud. Da bestemmelsen er deklaratorisk, kan parterne fravige bodssanktionen. Ligeledes kan en bodssanktion have hjemmel i en aftale mellem overenskomstparterne.<sup>14</sup>

Hvorvidt bodssanktionen er af strafferetlig karakter diskuteres i afsnit 5.2.2.2. med udgangspunkt i den italienske stævning i Solesi-sagen.

#### 2.1.2. Augustudvalget af 1908

Trods Septemberforliget i 1899<sup>15</sup> og etableringen af Den Permanente Voldgiftsret i 1900 i forlængelse heraf ansås strejker fortsat som den eneste mulighed for at fremtvinge arbejdsgivernes overholdelse af overenskomsten, da den Permanente Voldgiftsret ikke havde den fornødne kompetence til at sanktionere over for brud på de kollektive overenskomster.<sup>16</sup>

Efter arbejdskonflikten i 1908 nedsatte Dansk Arbejdsgiver- og Mesterforening (nu DA) og De Samvirkende Fagforbund Augustudvalget (nu LO), der fremkom med forslag til forligsmandsloven og udarbejdede standardvedtægten Normen. Endvidere fremkom Augustudvalget

---

<sup>9</sup> Hasselbalch, Ole: Foreningsretten – online version, afsnit I, 1. (Tilgået 27. december 2018).

<sup>10</sup> Aftale af 31. oktober 1973 med ændringer pr. 1. januar 1993.

<sup>11</sup> LBK nr. 709 af 20/08/2002.

<sup>12</sup> Norm for regler for behandling af faglig strid aftalt mellem DA og LO 27. oktober 2006. Tidligere Norm for regler for behandling af faglig strid af 1908.

<sup>13</sup> Lov nr. 1369 af 16. december 2014.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Overenskomst mellem Dansk Arbejdsgiver- og Mesterforening og De Samvirkende Fagforbund, den 5. september 1899.

<sup>16</sup> Beretning fra Fællesudvalget af 17. august 1908 angående arbejdsstridigheder, s. 10.

med forslag om en fast voldgiftsret, som skulle have flere beføjelser, end Den Permanente Voldgiftsret havde haft herunder sanktionsbeføjelser.<sup>17</sup> Forslaget om Den faste Voldgiftsret, som senere blev til Arbejdsretten, blev vedtaget af Rigsdagen med få ændringer og gennemført som lov i 1910.<sup>18</sup>

Af Augustudvalgets beretning fremgår det, at bodssanktionen blev indført som et alternativ til det almindelige erstatningsansvar, hvor et bødesynspunkt også kunne inddrages, da der ikke ved alle overenskomstmæssige krænkelser kunne påvises økonomisk skade. Selvom det almindelige erstatningsansvar blev afvist i beretningen fra udvalget, som forberedte den oprindelige lovgivning om Den faste Voldgiftsret og dens bodssanktion<sup>19</sup>, spillede erstatningssynspunkter en markant rolle i udformningen af bodsansvaret – særligt for bodsudmålingen. Således fulgte det af lovgivningen, at boden skulle tilfalde skadelidte i det omfang, den kompenserede skaden.<sup>20</sup> Erstatningssystemet blev formelt opgivet i forbindelse med revisionen af ARL i 1973.

### 2.1.3. 1970-udvalget

Bodsbestemmelserne fra 1908 bestod uændrede frem til 1973, hvor ARL gennemgik en større ændring på baggrund af en betænkning afgivet af 1970-udvalget. Udvalget vurderede, at bodsbestemmelserne ikke var tidssvarende. Vedrørende bodsudmålingen valgte udvalget at opgive erstatningssynspunktet bl.a. med følgende begrundelse:<sup>21</sup>

»Efter den gældende lovtæst indgår et egentligt erstatningssynspunkt ved fastsættelsen af bodens størrelse. Dette synspunkt, der i øvrigt ikke ses at have spillet nogen større rolle i arbejdsrettens praksis, foreslås opgivet.«

I stedet blev det besluttet, at boden skulle fastsættes efter Arbejdsrettens skøn under hensyn til sagens samtlige omstændigheder samt i hvilken grad, at overtrædelsen var undskyldelig. Dette følger af ARL § 12, stk. 5, der er nærmere omtalt i afsnit 2.2.3. Der er dog intet til hinder for, at et eventuelt dokumenteret tab vil kunne indgå i skønnet om bodens størrelse.<sup>22</sup> Derudover skulle boden tilfalde klageren (det overenskomstbærende forbund) i stedet for skadelidte, som det ellers fulgte af § 5, A, 1.<sup>23</sup>

## 2.2. Bodsbestemmelserne i ARL § 12

Som nævnt i afsnit 2.1.1. indeholder ARL § 12 hjemmel for en særlig sanktionering af overenskomstbrud. Udover de almene regler for bod indeholder bestemmelsen også specifikke regler om bod ved overenskomststridige arbejdsnedlæggelse, samt muligheden for at pålægge en arbejdsgiver at foretage efterbetaling.

Sondringen mellem bodsansvaret for den enkelte arbejdsgiver og arbejdstager på den ene side og det særlige ansvar for organisationerne på den anden side behandles ikke.

Nedenfor præsenteres et udsnit af de regler, som er relevante for nærværende afhandling.

<sup>17</sup> Waage, Niels: Arbejdsretten gennem 100 år, bind I, s. 13.

<sup>18</sup> Waage, Niels: Arbejdsretsloven med kommentarer, s. 41, ved lov nr. 81 af 12/04/1910.

<sup>19</sup> RT 1909-10, tillæg A, sp. 2947 ff.

<sup>20</sup> Beretning fra Fællesudvalget af 17. august 1908 angående arbejdsstridigheder, s. 12.

<sup>21</sup> Betænkning 685/1973, s. 28.

<sup>22</sup> Kristiansen, Jens: Den kollektive arbejdsret, s. 617.

<sup>23</sup> Lov nr. 81 af 12/04/1910.



### 2.2.1. Ejendomsretten til boden, ARL § 12, stk. 1

Som nævnt i afsnit 2.1.3. overgik ejendomsretten til boden fra skadelidte til klageren i arbejdsretssagen i forbindelse med revisionen af ARL i 1973, hvilket har hjemmel i ARL § 12, stk. 1, 1. pkt., som siger, at Arbejdsretten kan »idømme deltageren i det overenskomststridige forhold en bod, der skal tilfalde klageren«. I henhold til ARL § 13 tilfalder boden derfor den (hoved)organisation, som er part (klager) i sagen.<sup>24</sup>

Problemstillingen om, hvorvidt ejendomsretten burde tilfalde arbejdstagerens (skadelidte), behandles i afsnit 2.4.

### 2.2.2. Efterbetalingskrav, ARL § 12, stk. 3

I modsætning til det almindelige erstatningsretlige princip om, at erstatning skal kompensere skadelidtes tab, tilfalder boden den procesførende hovedorganisation, der normalt ikke vil have lidt nogen skade, da det hverken er den, som lider et konkret økonomisk tab ved f.eks. et overenskomstbrud. I stedet kan organisationen være forpligtet til at videregive efterbetalingsbeløb til medlemmerne, særligt hvis det er markeret som en del af bodsbeløbet af Arbejdsretten.

Kravet om efterbetaling er hjemlet i ARL § 12, stk. 3, der siger, at hvis overenskomstkrænkelsen består »i undladelse af at betale et skyldigt pengebeløb, kan dommen i stedet for bod gå ud på betaling af beløbet.« I modsætning til boden tilfalder efterbetalingsbeløbet de enkelte arbejdstagere, medmindre der er nedlagt påstand om andet.<sup>25</sup> Dette gælder dog kun medlemmerne af organisationen, dermed de organiserede medarbejdere. Ifølge Jens Kristiansen har en forening ikke pligt til at videregive en del af bodsbeløbet til arbejdstagere, der ikke er medlemmer – de udenforstående – da den ikke repræsenterer dem under sagen, medmindre den har støtte i afgørelsen, hvoraf arbejdsgiveren direkte pålægges at efterbetale beløb til specifikke arbejdstagere.<sup>26</sup> Denne problemstilling behandles i afsnit 2.3 og 5.2.2.1.

### 2.2.3. Bodsudmåling, ARL § 12, stk. 5

Udmålingen af boden »fastsættes under hensyntagen til samtlige sagens omstændigheder, herunder i hvilken grad overtrædelsen har været undskyldelig fra overtræderens side,« jf. ARL § 12, stk. 5, 1. pkt. Bodsudmålingen er derfor en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde. Relevant for nærværende afhandling er kun ARL § 12, stk. 5, 1. pkt. om arbejdsgiveres og organisationers overenskomstbrud, hvorfor stk. 2 vedrørende bodsudmålingen ved overenskomststridige arbejdsnedlæggelser blandt arbejdstagere ikke behandles yderligere.

Arbejdsretten lægger generelt vægt på den pågældende arbejdsgivers økonomiske styrke ved fastsættelsen af boden.<sup>27</sup>

Der skelnes mellem medlemsoverenskomst, som kun er gældende for den faglige organisations medlemmer, og områdeoverenskomst, der gælder for alle arbejdstagere, der udfører arbejde omfattet af overenskomstens anvendelsesområde. Medmindre andet udtrykkeligt fremgår af bestemmelser i overenskomsten, fortolkes en overenskomst som en områdeoverenskomst, jf. fast, langvarig retspraksis.<sup>28</sup> At overenskomstens lige anvendelse på alt arbejde er en almen over-

<sup>24</sup> Søgsmålskompetencen behandles i afsnit 3 og 4.

<sup>25</sup> Kristiansen, Jens: Den kollektive arbejdsret, s. 619.

<sup>26</sup> Ibid., s. 620.

<sup>27</sup> Waage, Niels: Arbejdsretsloven med kommentarer, s. 300.

<sup>28</sup> Ibid., s. 212.

enskomstmæssig forudsætning, som bl.a. kommer til udtryk i AT 1991/58 (90.193), hvor Arbejdsretten anførte, at det er »en almindeligt antaget regel, at en eksisterende overenskomst finder anvendelse på alt arbejde, der er omfattet af overenskomsten«.

I modsætning til en områdeoverenskomst kan arbejdsgiveren ved medlemsoverenskomster antage en udenforstående arbejdstager til ringere løn- og arbejdsvilkår end overenskomstvilkår. En områdeoverenskomst er ikke bundet af medlemskab, hvorfor arbejdsgiveren er forpligtet til at overholde overenskomstens minimumsbestemmelser om f.eks. løn inden for det faglige anvendelsesområde. Denne praksis blev af Arbejdsretten sammenfattet i AT 1963/104 (5696) efter Den faste Voldgift allerede i AT 1911/1 (32) opstillede en formodning om, at arbejdsgiverens forpligtelser over for overenskomstens bestemmelser er uafhængig af den enkelte arbejdstagers organisationsmæssige forhold, og at den overenskomtbærende faglige organisation selvstændigt kan påtale brud på overenskomsten, som angår arbejdstagere, der ikke er medlemmer.<sup>29</sup> Arbejdsgiverens pligt til at overholde overenskomstens løn- og arbejdsvilkår gælder dog kun i forhold til den faglige organisation.<sup>30</sup>

### 2.3. Bod for underbetaling

I sager om underbetaling kan der opstå visse problemer vedrørende boden, som tilkendes af Arbejdsretten. I disse sager er der typisk lidt et økonomisk tab hos arbejdstageren i form af manglende betaling, der ønskes oprejst af. Det er vigtigt at forstå forskellen mellem tilgodehavende løn og bod for underbetaling. Denne sondring foretages i afsnit 2.4.1.1. Det er ligeledes vigtigt at have for øje, at såfremt andet ikke er angivet, tilkommer beløbet formelt organisationen, jf. ARL § 12, stk. 1, som herefter kan tage en beslutning om eventuel viderebetaling.

Det overordnede spørgsmål må være, hvorvidt arbejdstageren kan opnå oprejsning. Som løsning på dette problem kan Arbejdsretten ex officio angive, om den manglende betaling i henhold til overenskomstens betalingsregler er inkluderet som en del af boden eller tildeles den eller de implicerede arbejdstagere særskilt ved efterbetaling.<sup>31</sup> I flere sager har Arbejdsretten suppleret afgørelser om efterbetaling til arbejdstageren med en bod til organisationen.<sup>32</sup>

Når Arbejdsretten derimod ikke tydeliggør det tilkendtes retlige karakter, er det tvivlsomt, om de implicerede arbejdstagere kan støtte ret til adkomsten til beløbet på selve dommen – særligt i sager, hvor forbundet tilkendes en konkretiseret efterbetaling eller en bod, der i en eller anden grad vedrører efterbetaling.<sup>33</sup> I AR 2610 fastsatte Arbejdsretten boden til organisationen under hensyn til underbetaling, hvorfor det heraf ikke direkte kunne udledes, hvor meget af det tilkendte bodsbeløb burde tilfalde arbejdstageren.

Selvom det fremgår af afgørelser, at Arbejdsretten forestiller sig, at viderebetaling i forhold til medlemmer finder sted, har det ikke udviklet en domstolsskabt pligt herom i underbetalings-sager, da spørgsmålet i højere grad er foreningsretligt end arbejdsretligt. En såkaldt viderebetalingspligt skal i stedet findes i bodsreglernes historiske forudsætning at antage, at organisationen har en foreningsretlig pligt til at viderebetale til sit medlem.<sup>34</sup> Andet ville stille et medlem af en fagforening ringere end en udenforstående arbejdstager, da medlemmet således ikke har adgang til at opnå oprejsning herom ligesom de udenforstående, idet den enkeltes ad-

---

<sup>29</sup> Dette følger også af K 1120.

<sup>30</sup> Uddybes i afsnit 4 om udenforstående arbejdstageres retstilling.

<sup>31</sup> *Hasselbalch, Ole: Arbejdsretten – online version, afsnit XXVII, 2.5. (Tilgået 27. december 2018).*

<sup>32</sup> Som eksempel: AR 1689, hvor arbejdsgiveren blev pålagt at efterbetale løndifferencen og organisationen blev tilkendt en bod, samt AR 2070, hvor Arbejdsretten tilkendte de implicerede arbejdstagere erstatning og en bod til fagforeningen.

<sup>33</sup> *Hasselbalch, Ole: Arbejdsretten – online version, afsnit XXVII, 2.5. (Tilgået 27. december 2018).*

<sup>34</sup> *Ibid.*

gang til at opnå oprejsning i vid udstrækning vil være udtømt i og med den fagretlige behandling.<sup>35</sup> En udenforstående arbejdstager vil kunne indtale sit krav ved de almindelige domstole, såfremt det udgør den kontraktmæssige ydelse. Som beskrevet i afsnit 3 vedrørende organiserede arbejdstagere overdrages adgangen til at håndhæve de materielle rettigheder, som organisationen skaber ved indgåelse af kollektiv overenskomst, til organisationen ved at lade sig organisere. Et medlem må således affinde sig med, at organisationen eventuelt bevidst disponerer på en for ham negativ måde og indgår forlig ud fra hensynet til en bredere medlemsinteresse. Også kaldt solidaritetens pris. Men ifølge Ole Hasselbalch bør et medlem af en fagforening ikke affinde sig med, at organisationen egenmægtigt og uden nogen som helst grund beholder et beløb, som retten måske oven i løbet har forudsat ville tilflyde ham.<sup>36</sup>

Dog taler flere forhold også imod eksistensen af en foreningsretligt hjemlet viderebetalingspligt. For det første vil antagelsen af en ret for organisationen til at råde over sagen, herunder boden, ud fra andre motiver end dem, som begrundes i det enkelte medlems forhold, tale herimod. For det andet tilfalder bodens retlige karakter organisationen, hvorefter den kun har en løsere forbindelse til den grundlæggende kontraktkrænkelse. For det tredje er den udmålte sanktion ikke nøje afhængig af det faktisk lidte tab, da boden fastsættes under hensyntagen til samtlige sagens omstændigheder i henhold til artikel 12, stk. 5. For det fjerde ville en arbejdstagers indforståelse med den stedfundne underbetaling ikke forhindre organisationen i tilkendt en bod, der står i forhold til samme. Og for det femte tilfalder en bod svarende til underbetalingen af udenforstående også organisationen, uden dette resulterer i en viderebetalingspligt.<sup>37</sup>

Dog vil det i almindelighed nok være naturligt at antage eksistensen af et foreningsretligt begrundet retskrav for den organiserede arbejdstager på andel i bodsbeløbet, også i de tilfælde, hvor viderebetalingspligten ikke fremgår umiddelbart af den fagretlige afgørelse.<sup>38</sup> Dog med undtagelse af, at medlemmet bevidst og uundskyldeligt har handlet på tværs af organisationen.

Organisationen kan således undlade at viderebetale bodsbeløbet, såfremt det antages, at medlemmerne har været medskyldige i overenskomstbruddet, hvilket var tilfældet i U 1984.321 V.<sup>39</sup> I henhold til ARL § 11, stk. 2 har organisationen således ret til at fratage den enkelte arbejdstagers ret til at indtale personlige lønkrav ved de almindelige domstole, hvis arbejdstageren bevidst har krænket organisationens overenskomstmæssige rettigheder, f.eks. ved at lade sig underbetale. Det understreger dermed, at det er organisationen, der råder over sagen – herunder boden.

I situationer hvor der ikke har været tale om en bevidst krænkelse af overenskomstaftalen, kan medlemmet rejse krav over for organisationen om udbetaling af efterbetalingsbeløbet.<sup>40</sup>

## 2.4. Ejendomsretten til boden

Selvom ejendomsretten til boden er hjemlet i ARL § 12, stk. 1, er det interessant at undersøge, om denne retstilstand er i overensstemmelse med den private europæiske ejendomsret., der har hjemmel i artikel 1 i tillægsprotokol nr. 1 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (P1).

<sup>35</sup> Se mere herom i afsnit 3 og 4 om søgsmålskompetence.

<sup>36</sup> Hasselbalch, Ole: Arbejdsretten – online version, afsnit XXVII, 2.5. (Tilgået 27. december 2018).

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Jacobsen, Per: Kollektiv arbejdsret, s. 447.

<sup>40</sup> Ibid., s. 523.

#### 2.4.1. *Den danske private ejendomsret, grundlovens § 73, stk. 1*

Det følger af GRL § 73, stk. 1<sup>41</sup>, at »ejendomsretten er ukrænkelig«, og at »ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det« ved lov og mod fuldstændig erstatning. Begrebet »ejendom« forstås i vid betydning ud fra en formålsfortolkning, således det også omfatter begrænsede rettigheder og løsøre. Kort sagt – Alle formuerettigheder, herunder fordringsrettigheder, nyder grundlovsmæssig beskyttelse.<sup>42</sup>

Et krav på løn er også beskyttet som ejendom, hvilket udtrykkeligt fremgår i U 1987.1 H:

»Den ved landsoverenskomsten om almen lægegerning hjemlede og allerede ikrafttrådte honorarstigning måtte for den periode, i hvilken overenskomsten ikke ved opsigelse kunne bringes til ophør, anses for et af grundlovens § 73 omfattet formuegode.«<sup>43</sup>

Men dette er kun i forhold til lønnen som en kontraktmæssig ydelse mellem arbejdsgiver og arbejdstager.

##### 2.4.1.1. *Sondring mellem tilgodehavende løn og bod for underbetaling*

Det er vigtigt at skelne mellem tilgodehavende løn og bod for underbetaling. Selvom der i begge tilfælde er tale om manglende betaling, har de forskellige retsgrundlag. Kravet på tilgodehavende løn udspringer af det individuelle ansættelsesforhold, hvori den aftalte løn mellem arbejdsgiver og arbejdstager ikke er blevet leveret. Den kontraktmæssige ydelse kan indtales ved de almindelige domstole. Manglende betaling i henhold til en overenskomst er af kollektiv karakter, hvor de aftalte lønbestemmelser mellem parterne – arbejdsgiveren og organisationen – ikke overholdes. Som sanktion for overenskomstbrud idømmes arbejdsgiveren en bod, som bl.a. er udmålt ud fra hensynet om underbetaling. Kontraktretligt tilfalder ejendomsretten til boden derfor organisationen.

Som fastslået i U 1987.1 H er ejendomsretten til løn beskyttet af GRL § 73. Dette gælder tilgodehavende løn som en kontraktmæssig ydelse i henhold til en individuel ansættelsesaftale, hvorfor kravet tilhører arbejdstageren.

##### 2.4.1.2. *Ejendomsretten til boden i det danske kollektive overenskomstsistem*

Som beskrevet i afsnit 2.2.1. er ejendomsretten til boden hjemlet i ARL § 12, stk. 1. Hvorvidt foreningen herefter har en viderebetalingspligt, kan have indflydelse på adkomsten til boden. Spørgsmålet herom har foreningsretligt karakter med arbejdsretlige undertoner. Se diskussion i afsnit 2.3.

#### 2.4.2. *Den europæiske private ejendomsret, artikel 1 i tillægsprotokol nr. 1 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*

Da ejendomsbegrebet i konventionssammenhæng har autonom betydning, beror beskyttelsen efter artikel 1 i P1 ikke på, om det aktuelle gode udgør en ejendomsrettighed i henhold til den pågældende stats nationale retssystem.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Danmarks Riges Grundlov, lov nr. 169 af 05/06/1953.

<sup>42</sup> Zahle, Henrik: Danmarks Riges Grundlov med kommentarer, s. 465-466.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Lorenzen, Peer m.fl.: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art. 10-59 samt Tillægsprotokollerne), s. 1251.

Artikel 1 i P1 til EMRK har følgende ordlyd:<sup>45</sup>

»Enhver fysisk eller juridisk person har ret til respekt for sin ejendom. Ingen må berøves sin ejendom undtagen i samfundets interesse og i overensstemmelse med de betingelser, der er fastsat ved lov og følger af folkerettens almindelige principper.

Foranstående bestemmelse skal imidlertid ikke på nogen måde begrænse statens ret til at håndhæve sådanne love, som den anser for nødvendige for at overvåge, at ejendomsretten udøves i overensstemmelse med almenhedens interesse, eller for at sikre betaling af skatter, andre afgifter og bøder.«

Bestemmelsen består af tre regler efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis.<sup>46</sup>

1) Om beskyttelse af retten til ejendom, 2) om fratagelse af ejendom og 3) om statens ret til at fastsætte regler om brugen af ejendom. Problemstillingen i nærværende afhandling behandles ud fra den første regel.

Den europæiske ejendomsret omfatter i et vist omfang også krav om en berettiget forventning om at opnå en effektiv beskyttelse af en ejendomsret.<sup>47</sup> En berettiget forventning kan have et rimeligt grundlag i gældende lovgivning og praksis.<sup>48</sup> Dog vil der ikke ligge en berettiget forventning i EMRK's forstand, hvis der er tvist om fortolkning og lovgivning af national lovgivning, og klagers krav og argumenter afvises af de nationale domstole.<sup>49</sup> Ligeledes foreligger der ikke en berettiget forventning i EMRK's forstand, hvis grundlaget for en forventning er forbundet med usikkerhed.<sup>50</sup> Der skal således være tale om aktuelle rettigheder.

I forhold til om en arbejdstager kan have en berettiget forventning og derved ejendomsret til bodsbeløbet afhænger særligt af praksis, da ARL § 12 tildeler ejendomsretten til fagforeningen som klager. Som nævnt i afsnit 2.3. har domstolene ikke udviklet en såkaldt viderebetalingspligt, som arbejdstagerne kan støtte ret på. Men hvis det antages, at der foreligger en foreningsretlig hjemlet viderebetalingspligt, kan det ikke afvises, at ejendomsret til bodsbeløbet bør tilfalde arbejdstageren.<sup>51</sup>

#### 2.4.3. Delkonklusion

Ud fra ovenstående må det konkluderes, at ejendomsretten som udgangspunkt tilfalder den (hoved)organisation, som er part (klager) i sagen med hjemmel i ARL § 12. Bodsbeløbet har således aldrig tilhørt den skadelidte arbejdstager, da boden er en sanktion for overtrædelse af overenskomstaftalen mellem parterne – arbejdsgiver og organisationen. En overenskomstaftale kan defineres som et kontraktforhold mellem arbejdsgiveren og organisationen, hvor et brud på aftalen medfører en aftalt sanktion i form af bod, som enten har hjemmel i ARL § 12 eller en aftale mellem parterne. Derfor tilfalder boden organisationen. Da ARL § 12 er deklaratorisk,

---

<sup>45</sup> Tillægsprotokol af 20. marts 1952 til Konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, artikel 1.

<sup>46</sup> Se bl.a. Lithgow mod Storbritannien, dom af 08.07.86, præmis 106 herom.

<sup>47</sup> *Kjølbros*, Jon Fridrik: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, s. 1198.

<sup>48</sup> *Kopecký* mod Slovakiet, dom af 28.09.04, præmis 45-52.

<sup>49</sup> *Kjølbros*, Jon Fridrik: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere”, s. 1199.

<sup>50</sup> *Ibid.*, s. 1120.

<sup>51</sup> Dette afsnit omhandler kun organiserede arbejdstagere. Hvorvidt udenforstående arbejdstagere kan have en berettiget forventning diskuteres i afsnit 4.1. og 5.2.2.1.

kan parterne således også vælge at se bort for boden eller forhøje beløbet – afhængig af, hvad der er aftales. At bodsudmålingen tager udgangspunkt i den manglende betaling skyldes, at boden fastsættes under hensyntagen til samtlige sagens omstændigheder, jf. ARL § 12, stk. 5, og at arbejdsgiveren ikke må kunne opnå en økonomisk fordel ved at bryde overenskomstsens. Arbejdstageren er ikke part i overenskomstaftalen, men har gennem sit medlemskab hos den pågældende organisation et indbyrdes forhold med organisationen og eventuelle krav om f.eks. viderebetaling. Dette forhold har i højere grad foreningsretligt karakter end arbejdsretligt. Da arbejdstageren ikke er part i overenskomstaftalen, har bodsbeløbet således aldrig tilhørt arbejdstageren, hvorfor GRL § 73 ikke finder anvendelse. Såfremt der eksisterer en viderebetalingspligt, kan det ikke udelukkes, at ejendomsretten til bodsbeløbet overgår til arbejdstageren, da denne i så fald kan have en berettiget forventning i henhold til artikel 1 i P1.

### 3. Organiserede arbejdstageres retsstilling

Ved at organisere sig overdrager arbejdstageren samtidig adgangen til at håndhæve de materielle rettigheder, som organisationen skaber ved indgåelse af kollektiv overenskomst, til organisationen.<sup>52</sup> Som part i overenskomsten har organisationen påtaleret om alle forhold vedrørende overenskomsten, og dermed en selvstændig interesse i overenskomstens overholdelse.<sup>53</sup> Derudover fungerer organisationen som procespart på vegne af sine medlemmer i Arbejdsretten, hvorfor de som klager tilfaldes boden, jf. ARL § 12, stk. 1. Søgsmålskompetencen over for Arbejdsretten tilfalder derfor organisationen. Hvorvidt denne retshåndhævelse er forenelig med kravet om en retfærdig rettergang i EMRK artikel 6 behandles ikke i nærværende afhandling.<sup>54</sup>

Den organiserede arbejdstager kan kun indlede selvstændigt søgsmål ved domstolene om krav i henhold til overenskomstens regler, såfremt organisationen undlader at forfølge kravet, eller hvis der er tale om en individuel aftale, som ikke bygger på kollektiv overenskomst.<sup>55</sup>

Såfremt en organisation undlader at forfølge det materielle krav fagretligt, kan en arbejdstager anlægge sag ved de almindelige domstole om påståede løntilgodehavender m.v., jf. almindelige retssikkerhedshensyn og ARL § 11, stk. 2. Ejendomsretten til det tilgodehavende tilfalder da arbejdstageren. Bodssanktionen er uanvendelig i disse sager ved de almindelige domstole, da der er tale om en særlig sanktion som alene kan anvendes af Arbejdsretten i overensstemmelse med bestemmelserne i ARL eller i henhold til udtrykkelig aftale mellem parterne.<sup>56</sup>

### 4. Udenforstående arbejdstageres retsstilling

En arbejdstager, der ikke er organiseret, kan ikke – i modsætning til den organiserede arbejdstager – støtte krav på den kollektive overenskomsts lønbestemmelser ved underbetaling, men

---

<sup>52</sup> *Hasselbalch*, Ole: Arbejdsprocesret, s. 303.

<sup>53</sup> *Kristiansen*, Jens: Den kollektive arbejdsret, s. 576.

<sup>54</sup> Se generelt herom *Kristiansen*, Jens: Den kollektive arbejdsret, s. 576 ff.

<sup>55</sup> Knud Illum skriver herom, »at det i det praktiske Retsliv er meget vanskeligt at adskille Krav, der beror paa den kollektive Overenskomst, fra Krav, der alene beror paa den enkelte Arbejdsaftale«, jf. *Illum*, Knud: Den kollektive arbejdsret, s. 279. For at sikre sig en adgang til individuelt søgsmål bør aftalen derfor være udformet med et utvetydigt individuelt indhold for ikke at have fagretlig karakter.

<sup>56</sup> *Kristiansen*, Jens: Den kollektive arbejdsret, s. 577.

har kun krav på den aftalte løn, som fremgår af den gyldige aftale mellem den udenforstående og arbejdsgiveren.<sup>57</sup> Det følger af K 1120, at den modstående overenskomstparts rettigheder krænkes i stedet.<sup>58</sup>

»[...] Der må herefter gives klageren medhold i, at bagemester Schiang har gjort sig skyldig i overenskomstbrud. Dette overenskomstbrud er begået over for forbundet, ikke over for Lerup, der står uden for forbundet og ikke har krav på større betaling end den med bagemester Schiang aftalte.«

Arbejdsgiveren kan således ikke udnytte, at en arbejdstager ikke er organiseret, da overenskomstaftalen er gældende på alle medarbejdere – også selvom de udenforstående ikke kan støtte krav på selve overenskomsten. Dette understreger igen, at det er organisationens rettigheder, der krænkes, frem for arbejderens personlige rettigheder, hvorfor ejendomsretten til boden tilhører organisationen. Denne problemstilling gør sig også gældende i den nyere sag mod Cipa<sup>59</sup>, der analyseres i afsnit 5.2.2.1.

I praksis sidestilles de udenforstående arbejdstager ofte med organisationens egne medlemmer, da arbejdsgiveren er forpligtet til at overholde overenskomstens regler for ikke at begå overenskomstbrud over for den overenskomstmæssige organisation. Som nævnt er der retspraksis opstillet en formodning for, at alt arbejde hos overenskomstforpligtede arbejdsgivere udføres på overenskomstens løn- og arbejdsvilkår. Formodningen er ligeledes opstillet i U 1980.4 H og U 2005.3332 H, hvor Højesteret i begge tilfælde fastslog, at overenskomstens løn- og arbejdsvilkår automatisk flyder ind i ansættelsesforholdet, såfremt andet ikke er aftalt.<sup>60</sup>

Selvom Højesteret kun tager stilling til arbejdsgivers forpligtelser over for organisationen, er det relevant at undersøge, om udenforstående arbejdstagere derfor må kunne forvente en overenskomstmæssig løn, selvom de ikke kan påberåbe brud på selve overenskomsten. Både Ole Hasselbalch og Jens Kristiansen konkluderer, at en udenforstående arbejdstager kan indtale den kontraktmæssige ydelse – den aftalte løn – ved de almindelige domstole, men til gengæld ikke vil kunne opnå videregående betaling til sig af eventuelle bodsbeløb, der måtte blive tilkendt den faglige organisation.<sup>61</sup> Dog vil en udenforstående arbejdstager kunne indtale den overenskomstmæssige løn, såfremt formodningen – særligt præciseret i U 2005.3332 H – også gør sig gældende her. Det ville således ikke være selve overenskomsten, der støttes ret på, men derimod en konstatering af, at overenskomstens regler automatisk flyder ind i ansættelsesforholdet, hvorfor overenskomstens lønbestemmelser indgår i de individuelle ansættelsesforhold inden for overenskomstrådet og dermed udgør den kontraktmæssige ydelse.

Udenforstående arbejdstageres frie søgsmålsret kan dog give anledning til problemer i underbetalingssager, da organisationen kan rejse en bodssag ved Arbejdsretten for brud på overenskomsten, samtidig med at den udenforstående arbejdstager rejser et krav ved de almindelige domstole for tilgodehavende løn. Organisationens og arbejdstagerens afleder formelt deres krav af to forskellige retsgrundlag, men i realiteten er der tale om to sager om samme forhold, idet samme overenskomstregele er overtrådt. Dog støtter den udenforstående ret på sin individuelle kontrakt, hvori overenskomstens lønbestemmelser er blevet en del af i henhold til formodnings-

<sup>57</sup> Som udgangspunkt har en udenforstående arbejdstager intet andet grundlag for et krav end ansættelseslovgivningen, den personlige kontrakt og almindelige retsregler.

<sup>58</sup> *Jacobsen, Per*: Kollektiv arbejdsret, s. 521.

<sup>59</sup> Kendelse i faglig voldgiftssag FV 2014.0171, afsagt den 10. marts 2015.

<sup>60</sup> *Kristiansen, Jens*: Den kollektive arbejdsret, s. 214-215.

<sup>61</sup> *Hasselbalch, Ole*: Arbejdsret, s. 274, *Kristiansen, Jens*: Den kollektive arbejdsret, s. 213.

reglen, som derfor kan forfølges selvstændigt, da den udenforstående arbejdstager ikke er underlagt samme begrænsninger som medlemmer af organisationen i medfør af ARL § 12, stk. 2. Organisationen har derimod en selvstændig interesse i at rejse en bodssag, idet sanktionen står som værn for arbejdsgivers efterlevelse af overenskomstens bestemmelser. I praksis risikerer arbejdsgiveren da at skulle betale det samme beløb to gange.<sup>62</sup>

Kollisionsproblematikken kan dog løses på flere måder med en pragmatisk tilgang. For eksempel kan de to retsinstanter tage hensyn til, at der verserer to sager med udspring i samme forhold. Fagforeningen er jo blot interesseret i, at arbejdsgiveren ikke har opnået nogen økonomisk besparelse ved at bryde overenskomsten. Bodden fastsættes derfor kun i forhold til brud på overenskomst. En anden mulighed er, at arbejdsgiveren under sagen frivilligt efterbetaler de skyldige beløb til de implicerede arbejdstagere – forudsat at kravene ikke er bestridt – således at det eneste udestående herefter er spørgsmålet om bodsudmålingen. Derudover kan den udenforstående arbejdstager også aftale med den overenskomstbærende fagforening, at det individuelle søgsmåls frafaldes, således begge retskrav behandles under én sag ved Arbejdsretten, som fagforeningen råder over. Alt efter hvad der er aftalt, udbetaler fagforeningen herefter en del bodsbeløbet til den udenforstående.

#### 4.1. Udenforstående arbejdstageres berettigede forventning

Det er dog interessant at undersøge, hvorvidt en udenforstående arbejdstager kan have en berettiget forventning om at opnå adgang til selve bodsbeløbet i underbetalingsager direkte hos fagforeningen. Hertil udtaler Knud Illum følgende:<sup>63</sup>

»Her i Landet viser Den faste Voldgiftsrets Praksis, at Retten ikke anser det for stemmende med Organisationernes Interesser at tillægge uorganiserede Arbejdere Oprejsning for Underbetaling, naar Fagforeningen tager Sagen i sin Haand. Det synes herefter uantageligt, at man ansaa det for stemmende med Parternes Interesser, om den uorganiserede Arbejder skulde kunne indtale Kravet i Henhold til Overenskomsten ved de ordinære Domstole.«

Som allerede fastslået kan en udenforstående arbejdstager ikke støtte ret på selve overenskomsten. Men for at have en berettiget forventning til selve bodsbeløbet direkte hos fagforeningen kræves et specifikt hjemmelsgrundlag – enten gennem et løfte eller en sædvane. På nuværende tidspunkt foreligger der ingen sædvane på området. Som nævnt ovenfor kan fagforeningen afgive et løfte til den udenforstående om, at den pågældende vil få del i sin andel af bodsbeløbet, såfremt det individuelle søgsmål frafaldes, således begge krav behandles under én sag ved Arbejdsretten. Det løfte er dog ikke nok til at danne sædvane på området.

Som allerede udeledt af artikel 1 P1, kan en berettiget forventning være nok til at opnå ejendomsret. Dette ville dog kræve et rimeligt grundlag i gældende lovgivning og praksis, hvilket ikke er til stede på nuværende tidspunkt i henhold til udenforstående.

Det må derfor antages, at en udenforstående arbejdstager ikke kan have en berettiget forventning om at opnå adgang til selve bodsbeløbet i underbetalingsager direkte hos fagforeningen.

<sup>62</sup> Kristiansen, Jens: Den kollektive arbejdsret, s. 578.

<sup>63</sup> Illum, Knud: Den kollektive arbejdsret, s. 148.



## 5. Foreningsfrihed

Det retlige grundlag for foreningsfrihed (organisationsfriheden) har i nogen grad oprindelse i eller er tæt sammenknyttet med en række internationale konventioner, herunder særligt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), der er implementeret i dansk ret. Derudover er retten til at organisere sig ved at danne og tilslutte sig en forening sikret dels af visse forskrifter i Grundloven og den øvrige lovgivning, dels via en retspraksis, der er udviklet af domstolene, samt almindelige retsgrundsætninger.

I dette afsnit inddrages både lovgrundlaget og retspraksis med henblik på analyse af retstilstanden, hvor den danske retstilling sammenholdes med den europæiske. Hvorvidt det danske bodsystem er i strid med EMRK artikel 11, diskuteres i afsnit 6.

Nedenfor skelnes mellem den positive og den negative foreningsfrihed.

### 5.1. Den positive foreningsfrihed

For at forstå den negative foreningsfrihed giver det mening først at redegøre kort for den positive foreningsfrihed nedenfor.<sup>64</sup>

#### 5.1.1. Det danske retsgrundlag

Retten til at virke organisationsmæssigt, den positive (fag)foreningsfrihed, er hjemlet i GRL § 78, som beskytter mod statsmagten i form af indgreb fra tilfældige folketingsflertal og den aktuelt siddende regering. Ifølge bestemmelsen har borgerne ret til uden forudgående tilladelse at danne foreninger i ethvert lovligt øjemed. Derudover sikres borgernes ret til at oprette og tilslutte sig foreninger for at beskytte deres interesser gennem EMRK artikel 11, jf. loven om implementering af konventionen i dansk ret<sup>65</sup>, hvor staten er forpligtet til aktivt at beskytte lovlige foreninger imod private, der forsøger at hindre deres virksomhed. Konventionen er i forholdet mellem arbejdsgivere og arbejdstagere implementeret via almindelige retsgrundsætninger og foreningsfrihedsloven.<sup>66</sup>

Arbejdsgivere eller konkurrerende lønmodtagerorganisationer kan også have interesse i at gøre indgreb i en fagforenings virke. Almindelige retsgrundsætninger beskytter imod disse indgreb. Foreninger, hvis virksomhed er afgørende for erhvervsfriheden, er derudover også i en vis udstrækning tvunget af domstolene til at optage ansøgere, der har en væsentlig interesse i medlemskab. Endvidere må offentlige arbejdsgivere ikke forskelsbehandle organiserede og udenforstående arbejdstagere, jf. den offentlige rets grundsætninger. Denne beskyttelse minder til dels om § 1 i foreningsfrihedsloven, der specifikt beskytter mod ansættelsesnægtelse og afskedigelse på grund af foreningsforhold.

Af andre lovregler kan nævnes funktionærlovens § 10<sup>67</sup>, der hjemler adgangen til at organisere sig for funktionærer, som er omfattet af denne lov, samt visse forhandlingsrettigheder over for deres arbejdsgiver. Endvidere beskyttes foreningers virke af de almindelige ordensregler, f.eks. straffelovens § 137 om forsøg på at hindre lovlige, offentlige sammenkomster og § 118, stk. 2, om hindring af foreningers lovlige virksomheder.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> Se generelt om foreningsfrihed *Hasselbalch*, Ole: Foreningsfrihedsloven i kontekst, s. 13 ff.

<sup>65</sup> LBK nr. 750 af 19/10/1998.

<sup>66</sup> LBK nr. 424 af 08/05/2006.

<sup>67</sup> LBK nr. 1002 af 24/08/2017.

<sup>68</sup> LBK nr. 1156 af 20/09/2018.

### 5.1.2. *De internationale regelsæt*

Der findes en række internationale konventioner i FN- og EU-regi, som er relevante på det internationale område. Ikke udtømmende kan nævnes FN's Verdenserklæring<sup>69</sup> og ILO-konventionerne, samt EMRK.<sup>70</sup> Da nærværende afhandling er afgrænset til kun at omhandle EMRK artikel 11, henvises til afsnit 5.3.

## 5.2. Den negative foreningsfrihed

I modsætning til den positive foreningsfrihed, som utvivlsomt er beskyttet af GRL § 78, er det den almindelige forfatningsretlige opfattelse, at bestemmelsen ikke beskytter den negative foreningsfrihed, der indebærer retten til at stå uden for en forening.<sup>71</sup>

### 5.2.1. *Det danske retsgrundlag*

Selvom der ikke er nogetsteds hjemlet en almindelig grundlovsmæssig beskyttelse af den negative foreningsfrihed, sikrer flere bestemmelser retten til at stå uden for.

»Det må dog antages, at lovgivningsmagten ikke kan stille krav om, at borgerne skal være medlem af et bestemt politisk parti, idet dette ville være uforeneligt med kravet om frie valg i grundlovens § 31 [...] Det må også være udelukket gennem lovgivning at kræve, at borgerne skal være medlem af en bestemt religiøs forening, jf. bestemmelserne i grundlovens kapitel VII om religionsfriheden, herunder især princippet i grundlovens § 68.«<sup>72</sup>

Forslag om at indføre en bestemmelse vedrørende en direkte grundlovsmæssig beskyttelse af den negative foreningsfrihed i relation til medlemskab af fagforeninger og interesseorganisationer blev rejst under forhandlingerne om den nye grundlov af 1953 – dog uden at blive vedtaget.<sup>73</sup> Det er således fortsat kun den positive foreningsfrihed, der nyder en grundlovsmæssig beskyttelse, hvilket også fastholdes i Betænkning 1419/2002 fra Udvalget om eksklusivbestemmelser:<sup>74</sup>

»Grundloven beskytter ikke i sig selv borgerne mod medlemskab af foreninger, de ikke ønsker at tilslutte sig [...]«

Imidlertid er der etableret en beskyttelse af den negative foreningsfrihed på lovniveau gennem foreningsfrihedsloven. Dette fremgår bl.a. af U 1986.898 H (HT-sagen), hvor nogle buschauffører var blevet afskediget, fordi de havde meldt sig ud af den fagforening, der havde indgået overenskomsten på området, hvor der ikke eksisterede en egentlig eksklusivaftale.<sup>75</sup> Herefter anlagde chaufførerne sag om uberettiget afskedigelse, hvor de bl.a. henviste til, at GRL § 78 også skulle omfatte den negative foreningsfrihed. Højesteret afviste dette i overensstemmelse

<sup>69</sup> FN's Verdenserklæring om menneskerettigheder, 1948.

<sup>70</sup> Se generelt om de internationale regelsæt *Hasselbalch*, Ole: Foreningsfrihedsloven i kontekst, s. 15 ff.

<sup>71</sup> *Albæk Jensen*, Jørgen: De politiske partier i retlig belysning, s. 222.

<sup>72</sup> *Christensen*, Jens Peter m.fl.: Grundloven med kommentarer, s. 522.

<sup>73</sup> *Andersen*, Poul: Dansk Statsforfatningsret, s. 678.

<sup>74</sup> Betænkning 1419/2002, s. 22.

<sup>75</sup> En eksklusivaftale (eksklusivklausuler) er en aftale, som tidligere var almindelig på det danske arbejdsmarked. Aftalen sikrer, at de tilsluttede arbejdsgivere kun beskæftiger medlemmer af den faglige organisation, som har indgået aftalen. De er ikke lovlige inden for det offentlige, da de strider mod det forvaltningsretlige lighedsprincip, jf. *Christensen*, Jens Peter m.fl.: Grundloven med kommentarer, s. 522. Se *Sørensen og Rasmussen mod Danmark*, dom af 11.01.06 i afsnit 5.3.2.5.

med den almindelige forfatningsretlige opfattelse af GRL § 78. I en kommentar fra en af de deltagende dommere fremgår det, at Højesteret tillagde forarbejderne i forbindelse med 1953-revisionen betydelig vægt ved fortolkningen af GRL § 78.<sup>76</sup> I stedet fandt foreningsfrihedsloven anvendelse for godtgørelse for uberettiget afskedigelse på grund af foreningsforhold.

### 5.2.2. *Analyse af dansk fagretlig praksis*

To nyere afgørelser, som begge beskæftiger sig med underbetaling af udenforstående arbejdstagere, er særligt interessante for spørgsmålet om, hvorvidt den danske retstilstand på området er i strid med negative foreningsfrihed, hvor den seneste, Solesi-sagen<sup>77</sup>, forsøger at tage direkte stilling hertil.

#### 5.2.2.1. *Kendelse i faglig voldgiftssag FV 2014.0171, afsagt den 10. marts 2015 (Cipa-sagen)*

I 2015 blev den italienske underentreprenør på Københavns metro-byggeri, Cipa Denmark ApS<sup>78</sup>, herefter Cipa, idømt en bod på 22 millioner kroner for overenskomstbrud i form af underbetaling af særligt udenlandske arbejdstagere. Bodens tilfaldt klager i sagen, Bygge-, Jord- og Miljøarbejdernes Fagforening (BMJF) under 3F, hvoraf ca. 4,9 millioner kroner udgjorde et efterbetalingskrav til de i alt 38 arbejdstagere, der var medlem af 3F. De resterende ca. 412 arbejdstagere var udenforstående, hvorfor BMJF ikke var forpligtet til at viderebetale resten af bodsbeløbet for underbetaling. I stedet blev de berørte udenforstående arbejdstagere tilbudt at melde sig ind i fagforeningen med tilbagevirkende kraft og derved opnå del i beløbet.<sup>79</sup> Ca. 7 millioner kroner blev herefter viderebetalt til de nye medlemmer, mens BMJF beholdte de resterende 10 millioner.

Opmanden begrundede, at »i overensstemmelse med almindelig fagretlig praksis inden for dette overenskomstområde har klager opgjort sin påstand mod virksomheden udregnet som dels et efterbetalingskrav for sine medlemmer svarende til forskellen mellem den faktisk udbetalte løn og den løn, der tilkommer dem efter overenskomsten, dels som den besparelse, virksomheden i øvrigt har opnået ved heller ikke at have aflønnet de øvrige medarbejdere efter overenskomsten. Hverken i forhold til medlemmerne eller i øvrigt er klagers krav under sagen således tillagt noget ”pønalt” element.«<sup>80</sup> Da der er tale om områdeoverenskomst, gælder overenskomstens lønbestemmelser for både organiserede og udenforstående arbejdstagere, og Cipa er som arbejdsgiver forpligtet til at overholde overenskomsten over for fagforeningen, BMJF. Hovedformålet for udmålingen er, at Cipa ikke skal kunne opnå nogen økonomisk fordel ved underbetaling af udenforstående, hvorfor BMJF som klager retter et krav på overenskomstbrud på hele overenskomstområdet – og ikke blot sine medlemmers manglende betaling. Bodens skal derfor anses, som en sanktion for overenskomstbrud over for BMJF frem for underbetaling over for arbejdstagerne. Bodens fastsættes blot ud fra dette hensyn. Det er således ikke forkert, at boden tilfalder BMJF ud fra denne betragtning, uden at de udenforstående arbejdstagere kan gøre krav på en del af beløbet.<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> Se Erik Riis i U1987.B53.

<sup>77</sup> Se afsnit 5.2.2.2.

<sup>78</sup> Moderselskab CIPA S.a.P., Italien.

<sup>79</sup> »Kun 12 af 22 millioner er udbetalt til metroarbejdere«, 22. september 2016, dr.dk, Ritzau – Lokaliseret den 9. december 2018 på [www.dr.dk/nyheder/penge/kun-12-af-22-millioner-er-udbetalt-til-metroarbejdere](http://www.dr.dk/nyheder/penge/kun-12-af-22-millioner-er-udbetalt-til-metroarbejdere).

<sup>80</sup> Kendelse i faglig voldgiftssag FV 2014.0171, afsagt den 10. marts 2015.

<sup>81</sup> Allerede fastslået i K 1120.

Det er i stedet BMJF's håndtering af bodsløbet efterfølgende, som åbner op for et interessant spørgsmål, om udenforstående arbejdstagere fremadrettet kan have en berettiget forventning om at få del i bodsbeløbet med tilbagevirkende kraft ved at melde sig ind i en fagforening. Og i så fald om dette er i strid med den negative foreningsfrihed.

Som allerede fastslået i afsnit 4.1. kan udenforstående ikke have en berettiget forventning om at opnå adgang til selve bodsbeløbet i underbetalingsager direkte hos fagforeningen. I Cipa-sagen er der tale om en ekstraordinær adgang til bodsbeløbet gennem medlemskab med tilbagevirkende kraft, som ikke danner praksis fremadrettet.

Hertil rejses spørgsmålet, om BMJFs krav om indmeldelse er i strid med den negative foreningsfrihed.

Den negative foreningsfrihed er i dansk ret beskyttet gennem foreningsfrihedsloven. Det er dog fastslået i retspraksis, bl.a. i U 2015.3210 H<sup>82</sup>, at loven kun sikrer arbejdstageres foreningsfrihed på arbejdsmarkedet i forbindelse med ansættelse og afskedigelse. I dommen anfører Højesteret, »at foreningsfrihedslovens § 4 c, sammenholdt med § 1 og § 2, alene tager sigte på at beskytte foreningsfriheden i forbindelse med ansættelse og afskedigelse, og at loven ikke indeholder et forbud mod forskelsbehandling under ansættelsen,« og at forskelsbehandlingen ikke er »i strid med foreningsfrihedsloven, således som loven må fortolkes i lyset af EMRK artikel 11 om foreningsfrihed.« Foreningsfrihedsloven finder derfor ikke anvendelse, da metroarbejderne i Cipa-sagen "blot" blev tilbudt at melde sig ind i fagforeningen for at få del i bodsbeløbet. Indmeldelsen havde således ikke indflydelse på deres ansættelsesforhold og dermed eksistensgrundlag. Denne fortolkning stemmer overens med EMD's dom af 13. august 1981 i sagen Young, James og Webster mod Storbritannien<sup>83</sup>. Domstolen fastslog, at det forhold, at en arbejdstager for at blive ansat eller for at kunne opretholde sin ansættelse tvinges til at være medlem af en bestemt fagforening, er en krænkelse af selve kernen i foreningsfriheden, der beskyttes af artikel 11. Metroarbejderne i Cipa-sagen blev ikke tvunget til at melde sig ind for at opretholde deres ansættelse. Ud fra denne opfattelse må det antages, at EMRK artikel 11 ikke krænkes af BMJF's krav om indmeldelse for adgang til bodsbeløbet.<sup>84</sup>

Desuden er der heller ikke tale om organisationsfjendtlig adfærd fra BMJFs side, da de udenforstående metroarbejdere ikke var medlem af en fagforening. Såfremt de var alternativt organiserede ville de have været nødsaget til at skifte til BMJF for at få del i bodsbeløbet, hvilket ville blive betragtet som organisationsfjendtlig adfærd.

#### 5.2.2.2. *Arbejdsrettens dom af 8. december 2017 i sag AR 2015.0254 (Solesi-sagen)*<sup>85</sup>

Fagforeningen Fagligt Fælles Forbund (3F) startede ligeledes en faglig voldgiftssag i 2014 mod den italienske virksomhed Solesi S.p.A., herefter Solesi, som omhandlede underbetaling af udenlandske arbejdstagere, der var udstationerede i forbindelse med et byggeri for DONG (nu

---

<sup>82</sup> I sagen blev to arbejdstagere behandlet forskelligt i forhold til medlemmer af den overenskomtbærende organisation, fordi de ikke havde en aftalebaseret/overenskomstmæssig rettighed til sygeløn. Dommen er udtryk for, at overenskomstmæssigt forhandlede goder og rettigheder ikke uden videre kan udstrækkes til at omfatte andre end aftalens parter, hvorfor udenforstående ikke kan kræve at få samme rettigheder som aftalensparterne. Dommen understreger, at arbejdstagerrettigheder i høj grad beror på aftaler mellem parterne, både kollektive og individuelle aftaler.

<sup>83</sup> Se Young, James og Webster, dom af 13.08.81 i afsnit 5.3.2.1.

<sup>84</sup> Denne diskussion uddybes i afsnit 6.

<sup>85</sup> Dommen analyseres ud fra den del af sagen, der hidrører den negative foreningsfrihed og det danske bodssystem.

Ørsted) i Fredericia.<sup>86</sup> 3F nedlagde påstand om manglende overtidstillæg til 80 italienske arbejdstagere indtil den 31. marts 2014 og 130 arbejdstagere indtil den 1. september 2014, hvorfor kravet var opgjort til ca. 11 millioner kroner.<sup>87</sup> Dog var kun 8 arbejdstagere heraf medlem af 3F. Den faglige voldgiftsret begrænsede påstanden om efterbetalingskravet til kun at angå de otte medlemmer. 3F nedlagde herefter påstand om efterbetaling for overtid på ca. 500.000 kroner, samtidig med at de erklærede, at sagen i det hele ville blive søgt videreført for Arbejdsretten med påstand om bod. Opmanden udmålte en bod på 400.000 kroner.

Landsorganisationen i Danmark (LO) førte sagen i Arbejdsretten på vegne af 3F.<sup>88</sup> I denne sag blev der taget direkte stilling til, om Arbejdsrettens faste praksis for udmåling af bod er i strid med EMRK artikel 11. Solesi anførte, at »en bodsbetaling til 3F, der baserer sig på uorganiserede medarbejderes løn, vil være i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11,« da midlerne fra udenforstående ikke må gå til finansieringen af fagforeningens virksomhed, medmindre disse midler udelukkende går til de faktiske udgifter, som ydelsen skal dække, f.eks. administrationsudgifter.<sup>89</sup> Hvis en udenforstående arbejdstager pålægges en pligt til at betale bidrag til en fagforening til finansiering af fagforeningens aktiviteter, betragtes dette desuden som en krænkelse af artikel 1 i P1 eller EMRK artikel 11.<sup>90</sup>

LO bestred, at »3F enten direkte eller indirekte modtager midler fra uorganiserede medarbejdere«, da udmålingen af en bod sker i henhold til ARL § 12, hvorfor Solesi blev pålagt at betale bod begrundet i, at de ikke havde iagttaget overenskomstens begrundelser.<sup>91</sup>

Arbejdsretten anså ikke, at det ville være i strid med EMRK artikel 11, at boden, der er udmålt efter det såkaldte differenceprincip (virksomhedens besparelse) med tillæg af et pønalt element, skulle tilfalde den faglige organisation med følgende bemærkning:<sup>92</sup>

»[...] det er den udenlandske tjenesteydelser, der i situationer som den foreliggende pålægges til fagforbundet at betale en bod, der indeholder den besparelse, som virksomheden har haft i kraft af underbetalingen, med tillæg af et pønalt element. Et af de grundlæggende hensyn bag regler – at undgå social dumping – vil ellers ikke kunne opnås.«

Arbejdsretten henviste herefter til Cipa-sagen, hvor boden også var udmålt ud fra et stort antal udenlandske udenforstående arbejdstagere og tilfaldt den faglige organisation. Derudover fandt Arbejdsretten ikke grundlag for at forelægge spørgsmålet for EU-Domstolen.

Det er forkert antaget, at de udenforstående arbejdstagere bidrager med midler til finansieringen af fagforeningens virksomhed, da boden er en sanktion for overtrædelse af overenskomsten. Bodden er derfor en sanktion, der udspringer af en kollektiv aftale mellem organisationen og arbejdsgiveren. Det er således ikke en ydelse, der kommer direkte eller indirekte fra de udenforstående, da boden blot udmåles efter Solesis samlede økonomiske besparelse ved underbetalingen med tillæg af et pønalt element.

---

<sup>86</sup> Kendelse i faglig voldgiftssag FV 2014.0090, afsagt den 31. oktober 2014.

<sup>87</sup> Klagers påstand 1 i AR 2015.0254.

<sup>88</sup> AR 2015.0254.

<sup>89</sup> Ibid., s. 36-37.

<sup>90</sup> Evaldsson m.fl. mod Sverige, dom af 13.02.07, præmis 56-64, Vördur Ólafsson mod Island, dom af 27.04.10, afsnit 5.3.2.6.

<sup>91</sup> AR 2015.0254, s. 32-33.

<sup>92</sup> Ibid., s. 45.

I 2018 anlægger Solesi herefter en sag mod 3F ved den italienske ordinære ret i Siracusa, Sicilien med påstand om afslag om anerkendelse og fuldbyrdelse i Italien af Arbejdsrettens dom, da dommen ifølge Solesi strider mod de grundlæggende retsprincipper i italiensk ret, de EU-retlige regler og EMRK.<sup>93</sup> I stævningen anfører Solesi bl.a. følgende:<sup>94</sup>

»I betragtning af det meget store beløb, som Solesi er blevet dømt til at betale, (på næsten 2 millioner Euro), og især under hensyntagen til at dette beløb ikke er tilkendt de arbejdstagere (som i øvrigt ikke er medlem af det danske fagforbund), men selve forbundet, er det indlysende, at den idømte sanktion er af overvejende strafferetlig karakter [...].«

Men en bod er netop ikke en straf, men en sanktion for overtrædelse af en aftale – overenskomsten – mellem parterne, hvor ARL § 12 finder anvendelse, medmindre andet er aftalt. Den idømte sanktion har derfor aftaleretlig karakter fremfor strafferetlig karakter, hvor begge parter accepterer vilkårene i overenskomsten, samt konsekvenserne ved tilsidesættelse af aftalen.

I stævningen henvises til betydningen af EMD's retspraksis, herunder Engel-dommen<sup>95</sup>, når man skal konstatere en sanktions reelt strafferetlige beskaffenhed. Her refereres til den nylige dom nr. 43 fra 2017 ved den italienske Forfatningsdomstol<sup>96</sup> (Corte Costituzionale, sentenza n. 43 del 2017):<sup>97</sup>

»Den juridiske egenskab der formelt tildeles en sanktion af det nationale retssystem er for den europæiske domstol kun én af indikatorer, man skal tage hensyn til for at fastslå det strafferetlige omfang og afgrænsning. Det som ifølge den nationale ret ikke er en straf, kan derimod godt være det ifølge den overnationale retspraksis. Med henblik på anvendelsen af garantiene, som er omhandlet i Konventionen, kan således (ifølge indholdet af Menneskerettighedsdomstolen, Storkammerets dom af 8. juni 1976, Engel m.fl. mod Holland, præmis 82) henføre alle de sanktioner til det strafferetlige område, som skønt de ikke kvalificeres som strafferetlige af de nationale retssystemer, henvender sig generelt til medlemmerne ("consociati), og tjener et ikke rent erstatningsmæssigt, men et repressivt og præventivt formål, har en afflikktiv konnotation og kan nå en betydelig grad af alvor. [...] kriterier, som finder alternativ og ikke kumulativ anvendelse (som det for nyligt er fastslået i Menneskerettighedsdomstolens dom af 4. marts 2014, Grande Stevens m.fl. mod Italien, præmis 94).«

I Solesi-sagen bestemmes dette ud fra følgende kriterier: a) et repressivt og præventivt formål fremfor rent erstatningsmæssigt, samt b) sanktionens affliktive og alvorlige karakter.

Solesi anfægter, at det pønale element, der tillægges, udelukker det erstatningsmæssige formål. Men da en overenskomst har reelt karakter af »privat« lovgivning, bør man i stedet anse boden som en privatretlig sanktion med pønale elementer for misligholdelse af den særegne aftaletype, som overenskomsten er. Den udspringer således af et aftaleforhold mellem parterne, hvor den ene part har brudt denne aftale. Sanktionen er deklaratorisk, hvilket ikke ville være tilfældet, hvis den havde strafferetlig karakter. ARL § 12 finder således kun anvendelse, hvis

<sup>93</sup> Bilag I: Solesis stævning.

<sup>94</sup> Bilag I: Solesis stævning, s. 66 (Oversat fra italiensk, s. 98).

<sup>95</sup> Engel m.fl. mod. Holland, dom af 08.06.76.

<sup>96</sup> Sentenza 43/2017 (ECLI:IT:COST:2017:43).

<sup>97</sup> Bilag I: Solesis stævning, s. 75-76 (Oversat fra italiensk, s. 107-108).

andet ikke er aftalt, og kan af samme grund fraviges. Derudover finder bestemmelsen kun anvendelse, fordi parterne har indgået en aftale, som er omfattet af ARL. Solesi kunne således have aftalt med LO, at udmålingen af boden skulle ske på et andet grundlag end ARL § 12, herunder bortfalde fuldstændig. Arbejdsretten er en specialdomstol (faglig voldgift), som kun behandler privatretskonflikter inden for sit kompetenceområde, og er dermed ikke en del af de almindelige domstole.<sup>98</sup> Det er således parterne selv, der råder over sagen.

I stævningen anfægtes desuden, at det at boden på 14 millioner danske kroner, som Solesi er dømt til at betale, ikke tilkendes medarbejderne, der skulle være modtagere af den påståede beskyttelse, men forbliver til fuld rådighed for det danske fagforbund, udelukker et erstatningsmæssigt formål. Men dette er en misforståelse af hele bodsystemet. Erstatningssynspunktet blev netop afskaffet i forbindelse med revisionen af ARL, hvilket også fremgår af 1970-udvalgets betænkning.<sup>99</sup> I stedet skal boden ses som en aftalt sanktion, som det også nævnes ovenfor.

Solesi anfører i stævningen, at idet boden tilkendes til en part, som står uden for arbejdsforholdet mellem Solesi og Solesis medarbejdere, som ikke er medlemmer i det danske fagforbund, da antager boden karakter af straf. Men i henhold til det danske arbejdsretlige system tilfalder boden fagforeningen, da boden er en sanktion for overtrædelse af overenskomsten, som er indgået mellem parterne – arbejdsgiveren (Solesi) og fagforeningen. Der er således etableret et aftaleforhold, hvor medarbejderne ikke er part. Denne omstændighed er derfor ikke i sig selv nok til, at den omhandlede bod antager karakter af straf.

Endvidere anfører Solesi i sin stævning, at de straffes, fordi de bevirker social dumping, og det skal undgås med henvisning til følgende præmis i Arbejdsrettens dom:<sup>100</sup>

»[...] i situationer som den foreliggende pålægges til fagforbundet at betale en bod, der indeholder den besparelse, som virksomheden har haft i kraft af underbetalingen, med tillæg af et pønalt element. Et af de grundlæggende hensyn bag reglerne – at undgå social dumping – vil ellers ikke kunne opnås.«<sup>101</sup>

Derved skulle boden, ifølge Solesi, have et repressivt og præventivt formål, hvilket ud fra kriterierne i Engel-dommen, kan være med til at konstatere, at boden er af reel strafferetlige beskaffenhed. Solesi henviser til Menarini-dommen<sup>102</sup>, hvori EMD fastslog, at »en sanktion idømt af AGCM (den italienske Antritrust-institution), som havde til formål ”at straffe og derved undgå gentagelse af kriminelle handlinger”,« var af strafferetlig beskaffenhed.<sup>103</sup> Menarini-dommens omstændigheder er dog ikke sammenlignelig med Arbejdsrettens bodssanktion. At begå overenskomstbrud betragtes ikke som en kriminel handling, men ”blot” et kontraktbrud, for hvilket der er aftalt en bodssanktion. At der ønskes en sanktion med præventiv virkning i form af tillæg af et pønalt element, er således ikke for at undgå gentagelse af kriminelle handlinger, men derimod en måde at sikre sig, at ingen af partnerne bryder overenskomstaftalen uden dette vil have økonomiske konsekvenser. Det vil således være forbundet med flere udgifter for en arbejdsgiver at bryde en overenskomstaftale end at overholde den, hvorfor spekulation ikke kan betale sig. Det er aftalen, der brydes, og ikke loven.

<sup>98</sup> Kristiansen, Jens: Den kollektive arbejdsret, s. 553.

<sup>99</sup> Betænkning 685/1973, s. 28.

<sup>100</sup> Bilag I: Solesis stævning, s. 77 (Oversat fra italiensk, s. 109).

<sup>101</sup> AR 2015.0254, s. 45.

<sup>102</sup> A. Menarini Diagnostics S.r.l. mod Italien, dom af 27.9.11.

<sup>103</sup> Ibid., præmis 40.

Endvidere skal hensynet om minimering af social dumping ses i lyset af udstationerings- og håndhævelsesdirektiverne, herunder Laval- og Viking-sagerne<sup>104</sup>, vedrørende arbejdskraftens fri bevægelighed. Formålet er, udover at skabe klare regler for, hvilket lands lov, der gælder, at sikre en vis minimumsbeskyttelse af udstationerede arbejdstagere og derved forhindre social dumping ved at tjenesteydere fra lavtlønslande påtager sig tjenesteydelser i højt lønslande, som de opfylder ved hjælp af udstationeret, billig arbejdskraft, der får løn og arbejdsvilkår svarende til forholdene i udsendelseslandet, men ringere end de normale i værtslandet, hvor arbejdet udføres.<sup>105</sup> Arbejdsrettens hensyn må derfor være i overensstemmelse med EU-rettens sociale dimension, jf. rapport fra udvalget om modvirkning af social dumping, København, 2012, s. 78, hvoraf det fremgår, at håndhævelsesdirektivet har til formål at sikre efterlevelse af udstationeringsdirektivet i form af hindring af omgåelse og mere effektiv sanktionering.<sup>106</sup>

Det andet kriterium, bodssanktionens afflikitive og alvorlige karakter, er ifølge Solesi til stede, da boden beløber sig til 14 millioner kroner. Solesi mener, at »der er tale om et højt beløb, som i forhold til selskabets størrelse har meget alvorlige formuemæssige følger for Solesi, som ligefrem er i risiko for ikke at kunne fortsætte sin virksomhed.« Men som nævnt i afsnit 2.2.3. vedrørende bodsudmålingen efter ARL § 12, stk. 5 lægger Arbejdsretten generelt vægt på den pågældende arbejdsgivers økonomiske styrke ved fastsættelsen af boden. Derudover er bodsudmålingen en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde, hvor der i underbetalingsager udmåles ud fra differenceprincippet med tillæg af et pønalt element. Størstedelen af boden i Solesi-sagen udgør beløbet for underbetaling, som virksomheden i første omgang havde sparet. Det kan således ikke være et argument, at boden er for høj i forhold til selskabets solvente situation, da Solesi ikke kan frasisge sig at betale sine ansatte korrekt.

Derudover anfører Solesi i sin stævning, at bodssanktionen er i strid med legalitetsprincippet. Men dette gælder kun for strafferetlige sanktioner, hvorfor det ikke finder anvendelse i sagen, da bodssanktionen ikke er af strafferetlig karakter, jf. ovenfor. Ligeledes anfægtes det, at Arbejdsretten i Danmark som en enkelt retsinstans er i strid med princippet om to retsinstanser med henvisning til artikel 2 i tillægsprotokol nr. 7 til EMRK (P7)<sup>107</sup>. Princippet om dobbelt retsinstanser i bestemmelsen finder dog kun anvendelse i straffesager, hvor Danmark i øvrigt har taget forbehold til. Endvidere bemærkes det, at Arbejdsretten er en specialdomstol, og dermed ikke hører under de almindelige domstole<sup>108</sup>. Det danske bodssystem er således hverken i strid med legalitetsprincippet eller princippet om to retsinstanser i henhold til EMRK artikel 6 og 7 samt P7.

Såfremt Solesi får medhold i sine påstande, kan det få konsekvenser for det danske arbejdsretlige system – herunder muligheden for fuldbyrdelse af Arbejdsrettens fremtidige domme i udlandet.<sup>109</sup>

<sup>104</sup> C-341/05 (Laval) og C-438/05 (Viking).

<sup>105</sup> Nielsen, Ruth: Dansk Arbejdsret, s. 341. Nielsen anfører desuden, at »udstationeringsdirektivet er generelt et uklart direktiv, hvis rækkevide er omdiskuteret. Det hænger sammen med, at direktivet har delvis modstridende formål. På den ene side skal det fremme fri bevægelighed for tjenesteydelser over grænserne, på den anden side skal det sikre fair konkurrence og forholdsregler, der garanterer, at arbejdstagernes rettigheder respekteres.« Grundet afhandlingens begrænsede omfang er det ikke muligt at gå yderligere i dybden med denne problemstilling.

<sup>106</sup> Ibid., s. 343.

<sup>107</sup> Tillægsprotokol af 22. november 1984 til Konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.

<sup>108</sup> Grundet afhandlingens begrænsede omfang er det ikke muligt at gå yderligere i dybden med denne problemstilling.

<sup>109</sup> December 2018 faldt der afgørelse i sagen, hvor Solesi bl.a. fik medhold i, at Arbejdsrettens bodssanktion er af strafferetlig beskaffenhed, jf. den ordinære ret i Siracusas dom i sagen 577/2018 (Bilag II). Det er endnu uvist, om LO/3F har anket dommen.



### 5.2.3. Dansk kollektiv arbejdsret contra EU-arbejdsret og øvrige konventionsstaters nationale arbejdsret

Ovenstående kan virke som en selvfølge for en person med kendskab til den danske kollektive arbejdsret. Men den danske arbejdsret, navnlig den kollektive arbejdsret, fungerer i betydelig grad som en speciel semi-autonom disciplin med særegne træk forankret i en særlig dansk arbejdsretlig tradition med egne retskilder, herunder kollektive overenskomster, og specielle tvistløsningsorganer i form af Arbejdsretten og faglig voldgift, hvor arbejdsmarkedets parter sammen med en mindre kreds af juridiske dommere udgør den afgørende rolle.<sup>110</sup> Den adskiller sig derfor markant fra både EU-arbejdsretten og andre konventionsstaters nationale arbejdsret.

Hovedparten af retskildematerialet i EU-arbejdsretten er baseret på almindelige EU-retlige kilder.<sup>111</sup> Ligeledes er EU-domstolen en almen domstol, der generelt har mere indsigt i grundlæggende EU-retlige regler og almindelig retsprincipper end i specifikt arbejdsretlige forhold, hvorimod den danske arbejdsret præges af lægfolk og praktikere og mindre af juridisk forskning end mange andre retsområder.<sup>112</sup>

Andre konventionsstaters nationale arbejdsret adskiller sig ved primært at være reguleret gennem lovgivning, mens den danske arbejdsret hovedsagligt er reguleret gennem aftaler. Som eksempel kan nævnes lov om mindsteløn. I januar 2018 havde 22 af de 28 EU-medlemsstater en national mindsteløn.<sup>113</sup> I Danmark er en eventuel mindsteløn reguleret gennem overenskomster, hvorfor der ikke eksisterer en national lovreguleret mindsteløn. Såfremt Danmark indførte lovreguleret mindsteløn ville retsstillingen, herunder adkomsten til beløbet, også se anderledes ud i sager om underbetaling af udenforstående.

Det kan således være svært at forstå for udefrakommende, hvorfor en bod for underbetaling tilfalder organisationen og ikke den skadelidte arbejdstager. Eller hvorfor boden ikke er en strafferetlig sanktion, når den indeholder et pønalt element, der netop ofte betragtes som en straf.

Dette kan forklares ud fra betragtningen om, at størstedelen af det danske arbejdsretlige system er baseret på aftaler mellem arbejdsmarkedets parter, hvorfor reglerne skal fortolkes ud fra dette. Bodssanktionen i disse arbejdsretlige aftaler kan sammenlignes med større entrepris-kontrakter, hvor bygherre og entreprenør ofte aftaler en konventionalbod ved f.eks. forsinkelse, der fremstår som en ren pønalt foranstaltning. Det er således blot en misligholdelsesbeføjelse, hvor bodssanktionen alene er en motivation for at efterleve aftalen. Hvis ikke har den anden part krav på en godtgørelse. På samme måde kan overenskomstsyste- met forstås.

Desuden er det i princippet frivilligt at være en del af det danske overenskomstsyste- m, da den negative foreningsfrihed også gælder for arbejdsgivere.<sup>114</sup>

### 5.2.4. Delkonklusion

I begge sager anfægtes det, at boden tilfalder fagorganisationen. Særligt med det element at størstedelen af den udmålte bod beregnes af udenforstående arbejdstagere. Men som fastslået i afsnittet om underbetaling af bod udmåles boden efter differenceprincippet – virksomhedens besparelse – samtidig med at overenskomsten gælder på området for både organiserede og

<sup>110</sup> Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, s. 24.

<sup>111</sup> Ibid.

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> Statistikker over mindsteløn fra februar 2018 af Eurostat. Lokaliseret den 21. december 2018 på [ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/14465.pdf](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/14465.pdf).

<sup>114</sup> Om arbejdsgivere i Danmark reelt er beskyttet efter EMRK artikel 11 set i lyset af konfliktretten er fortsat til debat. Se bl.a. Kristiansen, Jens: Den kollektive arbejdsret, s. 123-124.

udenforstående, da arbejdsgiveren er forpligtet over for organisationen. Dette kan ikke betragtes som et tvunget økonomisk bidrag til fagforeningen, som ellers påstået i Solesi-sagen, da bodsbeløbet aldrig har tilhørt de udenforstående arbejdstagere.

At noget af bodsbeløbet herefter videregives til medlemmerne følger af medlemskabet af foreningen, men i Cipa-sagen valgte BMJF at tildele de udenforstående noget af bodsbeløbet, såfremt de meldte sig ind i foreningen. Herved opstår diskussionen. Men da de udenforstående arbejdstagere eksistensgrundlag ikke er truet, da der ikke foreligger reel tvang, er det ikke i strid med den negative foreningsfrihed. Ligeledes er det fastslået i praksis, at det ikke er strid med foreningsfriheden at forskelsbehandle i det løbende ansættelsesforhold.<sup>115</sup>

### 5.3. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11, stk. 1

EMRK artikel 11 beskytter forsamlings- og foreningsfriheden<sup>116</sup>, der anses som centrale og grundlæggende rettigheder i et demokratisk samfund, og fortolkes derfor ikke indskrænkende.<sup>117</sup> Stk. 1 i bestemmelsen har følgende ordlyd:<sup>118</sup>

»Stk. 1. Enhver har ret til frit at deltage i fredelige forsamlinger og til foreningsfrihed, herunder ret til at oprette og slutte sig til fagforeninger for at beskytte sine interesser.«

Fagforeningsfriheden fremgår udtrykkeligt af 2. led i artikel 11, stk. 1, hvorfor denne anses som en særlig form for eller et særligt aspekt af retten til foreningsfrihed.<sup>119</sup>

I modsætning til GRL § 78 beskytter EMRK artikel 11 også den negative foreningsfrihed, jf. praksis,<sup>120</sup> dog uden at ligestille den negative med den positive foreningsfrihed.<sup>121</sup> Den negative foreningsfrihed er ikke beskyttet gennem ordlyden af bestemmelsen, men er indfortolket gennem praksis.<sup>122</sup>

I nogle tilfælde kan det forekomme, at arbejdstagere inden for bestemte erhverv efter national ret pålægges en pligt til at være medlem af bestemte foreninger eller sammenslutninger uden at være i strid med artikel 11.<sup>123</sup> Dette afhænger af en vurdering af, om en forening er omfattet af begrebet ”forening” i artikel 11’s forstand.

Jon Fridrik Kjølbro har defineret begrebet ”en forening” som et selvstændigt konventionsbegreb, hvorfor den retlige klassificering efter national ret kun har relativ betydning ved vurderingen af, om noget er en forening i EMRK’s forstand.<sup>124</sup> Chassagnou-dommen<sup>125</sup> fastslår her, at en konventionsstat ikke kan bringe kravet om medlemskab uden for artikel 11’s anvendelsesområde ved at betegne en forening som ”offentlig” eller ”halv-offentlig”. I stedet anlægges en konkret vurdering ud fra samtlige følgende momenter: 1) Om foreningen er oprettet ved lov,

<sup>115</sup> Problemstillingerne inddrages i diskussionen i afsnit 6.

<sup>116</sup> Nærværende afhandling behandler kun foreningsfriheden.

<sup>117</sup> Adali mod Tyrkiet, dom af 31.03.05, præmis 266.

<sup>118</sup> Konvention af 4. november 1950 til Beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder, artikel 11, stk. 1.

<sup>119</sup> *Kjølbro*, Jon Fridrik: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, s. 1106-1107.

<sup>120</sup> *Ibid.*, s. 1096.

<sup>121</sup> Sørensen og Rasmussen mod Danmark, dom af 11.01.06, præmis 55.

<sup>122</sup> Se afsnit 5.3.2. om udviklingen af praksis gennem fortolkningen af den negative foreningsfrihed.

<sup>123</sup> *Kjølbro*, Jon Fridrik: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, s. 1101.

<sup>124</sup> *Ibid.*, s. 1096.

<sup>125</sup> Chassagnou m.fl. mod Frankrig, dom af 29.04.99, præmis 100-101.

2) hvilke regler, der gælder for foreningen, herunder om den er underlagt de regler, der gælder for almindelige foreninger, 3) hvem der er medlem af foreningen, 4) om foreningen er underlagt offentlig kontrol og tilsyn, 5) om foreningen indgår som et integreret led i det offentlige system, og 6) om foreningen har fået tillagt særlige offentlige beføjelser såsom administrative, regeludstedende eller disciplinære, eller udøver offentlig myndighed.<sup>126</sup> Som eksempel kan nævnes advokaters tvungne medlemskab af et advokatsamfund, hvor artikel 11 ikke finder anvendelse ud fra nævnte kriterier ifølge Kommissionen.<sup>127</sup> I Sigurjónsson-dommen<sup>128</sup> fandt man, at en sammenslutning var en privatretlig organisation og omfattet af begrebet ”forening” i EMRK’s forstand, hvorfor et krav om medlemskab var i strid med artikel 11.<sup>129</sup>

### 5.3.1. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

For at sikre en effektiv håndhævelse af EMRK oprettede Europarådet Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD).<sup>130</sup> Indtil 1. november 1998 skulle sager indbringes for Menneskerettighedskommissionen, der – hvis den fandt EMRK overtrådt af staten – kunne indbringe sagen for EMD.<sup>131</sup> Tillægsprotokol nr. 11 til EMRK (P11)<sup>132</sup> indførte EMD i sin nuværende form. Sager afgøres herefter alene af EMD, der nu er organiseret i komitéer, kamre og et Storkammer med visse muligheder for intern appel og henvisning, jf. nærmere EMRK art. 27-31 som udformet ved P11.<sup>133</sup>

Der er to klageadgange til EMD. ”Den mellemstatslige klageadgang”, jf. EMRK artikel 33 og ”den individuelle klageadgang”, jf. artikel 34. Relevant for nærværende afhandling er den individuelle klageadgang, der giver enkeltpersoner, grupper af personer og organisationer, som har været udsat for en krænkelse af EMRK, mulighed for at klage til EMD over en konventionsbrud på konventionen.<sup>134</sup> Før EMD kan antage en klage til realitetsbehandling, skal en række almindelige betingelser som udgangspunkt være opfyldt, jf. EMRK artikel 35. Blandt andet skal de nationale retsmidler være udtømt, hvilket følger af det folkeretlige princip, local remedies, ud fra hensynet om, at en stat skal have lejlighed til at genoprette den skete skade gennem sit eget administrative eller retslige apparat og derved eventuelt undgå, at sagen bringes op på det mellemstatslige plan.<sup>135</sup> For dansk rets vedkommende lægges derfor til grund, at kravet om udtømmelse af effektive retsmidler først og fremmest gælder adgangen til domstolsprøvelse i to eller tre instanser skal være udnyttet, herunder adgangen til at søge tredjeinstansbevilling, jf. konventionsorganernes praksis.<sup>136</sup>

<sup>126</sup> *Kjølbros*, Jon Fridrik: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, s. 1101-1102.

<sup>127</sup> Se bl.a. klagesag 13750/88, M.A m.fl. mod Spanien, afgørelse af 02.07.90 klagesag 44319/88, O.V.R. mod Rusland, afgørelse af 03.04.01 og klagesag 24057/03, Bota mod Rumænien, afgørelse af 12.10.04.

<sup>128</sup> Sigurður A. Sigurjónsson mod Island, dom af 30.06.93.

<sup>129</sup> Dommen uddybes i afsnit 5.3.2.2.

<sup>130</sup> *Lorenzen*, Peer m.fl.: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art. 1-9), s. 5.

<sup>131</sup> *Werlauff*, Erik: Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring, s. 38.

<sup>132</sup> Tillægsprotokol af 1. november 1998 til Konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.

<sup>133</sup> *Werlauff*, Erik: Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring, s. 38-39.

<sup>134</sup> *Lorenzen*, Peer m.fl.: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art. 10-59 samt Tillægsprotokollerne), s. 1068-1092 om artikel 34.

<sup>135</sup> *Lorenzen*, Peer m.fl.: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art. 10-59 samt Tillægsprotokollerne), s. 1095-1096. Denne betingelse blev fraveget i klagesag 52620/99. Se afsnit 5.3.2.5.2.

<sup>136</sup> *Ibid.*, s. 1100.

### 5.3.1.1. Fortolkningsprincipper

EMRK og EMD har været genstand for meget kritik – særligt i Danmark – hvor bl.a. fortolkningsstilgangen, der anvendes af EMD ved fortolkning af EMRK, har været et kritikpunkt. Det har således været kritiseret, at EMD i for høj grad blander sig i anliggender, der burde overlades til behandling i de enkelte konventionsstater.<sup>137</sup>

EMD er ikke formelt bundet af tidligere praksis, men den har gentagne gange givet udtryk for, at den i almindelighed følger og anvender tidligere praksis af hensyn til retssikkerhed og en velordnet udvikling af konventionspraksis.<sup>138</sup> Der skal foreligge tungtvejende grund, hvis EMD skal fravige tidligere praksis.<sup>139</sup>

Ved fortolkning og anvendelse af konventionen samt tillægsprotokollerne er det vigtigt at være opmærksom på EMD's fortolkningsprincipper og –stil, navnlig når der ikke forefindes praksis, der afklarer en aktuel fortolkningstvív.

Konventionens bestemmelser fortolkes i overensstemmelse med Wienerkonventionen af 23. maj 1969 om traktatretten<sup>140</sup>, herunder artikel 31, stk. 1, som har følgende ordlyd:<sup>141</sup>

»En traktat skal fortolkes loyalt og i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål.«

EMD tager derfor ved fortolkning udgangspunkt i 1) en naturlig sproglig forståelse af den relevante bestemmelse, 2) bestemmelsens sammenhæng samt 3) bestemmelsens genstand og formål.<sup>142</sup>

Konventionens rettigheder fortolkes i lyset af og i sammenhæng med konventionens øvrige rettigheder, da flere af disse er tæt forbundet, f.eks. artikel 10 (ytringsfrihed) og artikel 11 (forenings- og forsamlingsfrihed).<sup>143</sup>

En subjektiv fortolkning af bestemmelserne ud fra konventionens forarbejder spiller en begrænset rolle i praksis, da EMD ikke tillægger det betydning, om konventionens skabere havde en given situation for øje, da de forfattede en bestemmelse.<sup>144</sup> Forarbejderne inddrages derfor kun for at bekræfte en bestemt fortolkning, eller for at fastslå en bestemmelse betydning i tilfælde, hvor denne er tvetydig eller uklar.<sup>145</sup> Dette stemmer overens med, at EMD karakteriseres som dynamisk, idet den udvikler sig med tiden. Af den årsag har det derfor ikke altid været muligt at vurdere udfaldet af en klagesag blot ud fra tidligere praksis.<sup>146</sup>

<sup>137</sup> Se bl.a. *Bryde Andersen, Mads*: Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem, *Juristen* nr. 3, 2017, s. 81-97.

<sup>138</sup> *Kjølbros*, Jon Fridrik: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, s. 18.

<sup>139</sup> *Ibid.*, s. 19.

<sup>140</sup> United Nations Treaty Series, bind 1155.

<sup>141</sup> *Ibid.*, artikel 31, stk. 1.

<sup>142</sup> *Kjølbros*, Jon Fridrik: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, s. 21. Se bl.a. *Loizidou mod Tyrkiet*, dom af 23.03.95, præmis 73.

<sup>143</sup> *Kjølbros*, Jon Fridrik: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, s. 22.

<sup>144</sup> *Ibid.*, s. 23.

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> Af samme årsag dømte Højesteret ud fra, hvordan artikel 11 hidtil var blevet fortolket af EMD i U 1999.1496, hvorfor Højesterets afgørelse ikke nødvendigvis var forkert. Se mere herom i afsnit 5.3.2.5.2. For yderligere redegørelse af EMD's fortolkningsprincipper henvises til *Kjølbros*, Jon Fridrik: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, s. 17 ff.

### 5.3.2. Analyse af retspraksis

Fortolkningen af EMRK artikel 11 har gennem tiden udviklet sig særligt vedrørende den negative foreningsfrihed. Nedenfor analyseres domme og afgørelser, der har central betydning for fortolkningen af den negative foreningsfrihed, samt er relevante i forhold til nærværende afhandlings problemformulering.

#### 5.3.2.1. *Young, James og Webster mod Storbritannien, dom af 13.08.81 (British Rail-dommen)*

Sagen fra 1981 om de britiske jernbaner, British Rail, deraf også kaldenavnet British Rail-dommen, og de tre jernbanefunktionærer, Young, James og Webster, var første gang at spørgsmålet om, hvorvidt EMRK artikel 11 beskytter retten til uhindret at stå uden for fagforeninger og til uhindret at melde sig ud af fagforeninger, blev behandlet af EMD.<sup>147</sup>

British Rail afskedigede Young, James og Webster, da de nægtede at melde sig ind i bestemte fagforeninger, som British Rail havde indgået eksklusivaftaler med efter deres ansættelse. Herefter klagede de tre implicerede jernbanefunktionærer til EMD med påstand om, at den britiske stat havde krænket EMRK artikel 11, idet de ikke havde beskyttet dem mod afskedigelse for ikke at melde sig ind i en bestemt fagforening.

Ved sin fortolkning tillagde EMD ikke forarbejderne til artikel 11 vægt, men fandt med dissens, at der forelå et indgreb i foreningsfriheden efter artikel 11, idet afskedigelse med tab af eksistensgrundlag til følge var en særlig form for tvang.<sup>148</sup> Der var reelt tale om tvang, da de tre klagere kun havde valget mellem at melde sig ind i fagforeningen mod deres vilje eller at blive afskediget. EMD udelukker ikke, at tvungen medlemskab af en fagforening ikke nødvendigvis vil udgøre en krænkelse af artikel 11.<sup>149</sup> Det afgørende element er derfor truslen om afskedigelse, hvilket viser, at den negative foreningsfrihed som udgangspunkt kun gør sig gældende ved ansættelse og afskedigelse.

EMD understregede desuden, at den ikke foretog en generel vurdering af eksklusivaftalers forenelighed med konvention.<sup>150</sup>

Dommen illustrerer endvidere, hvordan EMD træffer afgørelser. Det fremgår af forarbejderne til artikel 11, at man ved udformningen af bestemmelsen bevidst afstod fra at indføre en bestemmelse svarende til artikel 20 i FN's Verdenserklæring, hvor den negative foreningsfrihed er beskyttet gennem ordlyden af bestemmelsen.<sup>151</sup> Baggrunden herfor var blandt andet, at der i visse af konventionsstaterne eksisterede netop eksklusivaftaler på arbejdsmarkedet.<sup>152</sup> Men i stedet for at anlægge en subjektiv fortolkning, valgte EMD at fortolke formålsorienteret og i lyset af de aktuelle forhold. Såfremt man havde fortolket ud fra forarbejderne, havde resultatet været uhensigtsmæssigt, da det ikke ville stemme overens med formålet om at sikre en reel og effektiv beskyttelse. Tanken bag ikke at inkludere den negative foreningsfrihed i bestemmelsens ordlyd, kan forstås ud fra hensynet om, at man ved vedtagelsen af EMRK ikke ville udarbejde lovtekster, der ville stride mod national lovgivning, men i stedet overlod dette til EMD, som herefter kunne fortolke, hvorvidt en national lov krænkede foreningsfriheden. EMD ville således fastlægge en fortolkning af bestemmelsen ud fra de reelle hensyn om at sikre rettigheder.

---

<sup>147</sup> Young, James og Webster mod Storbritannien, dom af 13.08.81.

<sup>148</sup> Ibid., præmis 55.

<sup>149</sup> Ibid.

<sup>150</sup> Ibid., præmis 53. EMD gjorde først endeligt op med spørgsmålet om, hvorvidt eksklusivaftaler på arbejdsmarkedet er foreneligt med artikel 11 i Sørensen og Rasmussen mod Danmark.

<sup>151</sup> Lorenzen, Peer m.fl.: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art. 10-59 samt Tillægsprotokollerne), s. 899.

<sup>152</sup> Ibid.

### 5.3.2.2. *Sigurður A. Sigurjónsson mod Island, dom af 30.06.93*

Sigurjónsson-dommen skal ses i lyset af Sibson-dommen<sup>153</sup>, hvori EMD kort forinden havde taget stilling til pligtmæssigt medlemskab af en faglig forening som betingelse for at kunne udøve et bestemt erhverv.

I Sigurjónsson-dommen var klager indehaver af en hyrevognsbevilling, hvorfor han ved lov havde pligt til at være medlem af en bestemt fagforening (Frami Automobile Association) – en sammenslutning af hyrevognschauffører, som blev betragtet som en forening i konventionens forstand. Medlemskab af foreningen var ligeledes en betingelse efter en bekendtgørelse for at opnå bevillingen. Da klager undlod at betale kontingent efter at have opnået bevillingen, blev han truet med eksklusion af Frami og inddragelse af hyrevognsbevilling.<sup>154</sup>

Sagen blev fremlagt for de islandske domstole, herunder den islandske højesteret, der fandt, at kravet om obligatorisk medlemskab og inddragelse ikke stred mod artikel 73 i den islandske grundlov vedrørende foreningsfrihed.<sup>155</sup> Bekendtgørelsen om foreningskravet havde dog ikke den fornødne lovhjemmel, hvorfor Islands parlament, Altinget, vedtog en lov om pligtmæssig medlemskab af Frami.<sup>156</sup> Klageren meldte sig herefter ind på ny og var fortsat medlem, da han klagede med påstand om, at foreningstvungen var i strid med artikel 11. Han understregede ved indmeldelsen, at det tvungne fagforeningsmedlemskab var i strid med hans interesser og politiske overbevisning.<sup>157</sup>

EMD fandt, at det pligtmæssige medlemskab udgjorde en krænkelse af artikel 11. Det pligtmæssige medlemskab ansås ikke som en nødvendig forudsætning for, at sammenslutningen kunne udføre sine funktioner, hvorfor EMRK artikel 11, stk. 2 ikke finder anvendelse.<sup>158</sup> I modsætning til eksklusivaftalen i British Rail-dommen, som var en privat aftale mellem British Rail som arbejdsgiver og de pågældende fagforeninger, var foreningstvungen i Sigurjónsson-dommen statueret ved lov.

Ligeledes påpegede EMD endnu engang, at EMRK er et levende instrument og derfor fortolkes dynamisk.<sup>159</sup>

EMD bemærkede i øvrigt, at forarbejderne til artikel 11 ikke tillagdes afgørende betydning for fortolkningen af bestemmelsen, hvilket de også fastslog i British Rail-dommen. I stedet lagde de ved deres fortolkning vægt på, at der ikke fandtes tilsvarende lovbaseret foreningstvung i de øvrige konventionsstater.<sup>160</sup>

---

<sup>153</sup> Sibson mod Storbritannien, dom af 20.04.93. Sagen vedrørte en arbejdstager, der efter uoverensstemmelse med sin oprindelige fagforening, havde søgt om medlemskab i en ny fagforening, hvorefter han blev pålagt at flytte arbejdsplads til en anden del af virksomheden, da klagers kollegaer truede med arbejdsnedlæggelse, såfremt han ikke genoptog medlemskabet i den oprindelige forening. Der forelå ingen eksklusivaftale. Arbejdstageren nægtede både at genoptage medlemskabet og at acceptere tilbuddet om at blive forflyttet. EMD statuerede, at der ikke forelå en krænkelse af artikel 11, da sagen ikke berørte kernen i retten til foreningsfrihed, og lagde samtidig vægt på, at arbejdstageren ikke stod uden for på grund af overbevisning, at der ingen eksklusivaftale forelå, at arbejdstagerens eksistensgrundlag ikke var truet, at forflyttelsen ikke var betinget af medlemskab af en bestemt fagforening, samtidig med at der ikke var en mærkbar forringelse af ansættelsesvilkårene. Særligt aspektet at arbejdstagerens eksistensgrundlag ikke var truet gennem det pligtmæssige medlemskab, idet han ikke blev afskediget men blot forflyttet, synes at have været udslagsgivende i EMD's beslutning.

<sup>154</sup> Sigurður A. Sigurjónsson mod Island, dom af 30.06.93, præmis 9.

<sup>155</sup> Ibid., præmis 15.

<sup>156</sup> Ibid., præmis 15-16.

<sup>157</sup> Ibid., præmis 17.

<sup>158</sup> Betingelserne for EMRK artikel 11, stk. 2 gennemgås i afsnit 5.4.

<sup>159</sup> Ibid., præmis 35.

<sup>160</sup> Ibid.

Selvom både nærværende dom og Sibson-dommen begge omhandler spørgsmålet om pligt-mæssig medlemskab, adskiller de sig alligevel fra hinanden, hvorfor udfaldet af sagerne også er forskellige. I Sibson-dommen forelå der ingen reel eksklusiv aftale, som derigennem udgjorde en foreningstvang. Derudover var arbejdstagerens eksistensgrundlag ikke truet, idet han blev tilbudt at blive forflyttet. I modsætning til dette var foreningstvungen i Sigurjónsson-dommen lovbestemt og udgjorde en trussel mod hans eksistensgrundlag, da han ikke kunne udøve sit erhverv, medmindre han var medlem af en bestemt forening.

#### 5.3.2.3. *Gustafsson mod Sverige, dom af 25.04.96*

En stat har positive forpligtelser til at beskytte private mod foreningstvang fra andre privat ved at træffe rimelige og passende foranstaltninger. I Gustafsson-dommen fastslog EMD, at den svenske stat ikke havde tilsidesat disse forpligtelser.

Den svenske restaurantejer, Torgny Gustafsson, nægtede at melde sig ind i en arbejdsgiverforening, som indgik kollektive overenskomster med de ansatte.<sup>161</sup> Da han nægtede at indgå en tiltrædelsesoverenskomst – hvor han ikke ville være forpligtet til at være en del af en arbejdsgiverforening – iværksatte fagforeningerne en blokade af restauranten.<sup>162</sup> Gustafsson mente, at denne tvang krænkede den negative foreningsfrihed. Dette afviste EMD med begrundelsen, at Gustafsson kunne undgå at blive tvunget medlem af en arbejdsgiverforening ved at indgå en tiltrædelsesoverenskomst.

Særligt interessant er afvejningen af grundlæggende interesser i henhold til artikel 11, hvor formuleringen »for at beskytte sine interesser« fremgår. I præmis 45 bemærker EMD, at den negative foreningsfrihed således må afvejes over for den positive foreningsfrihed, idet fagforeningens interesse i at kunne varetage sine medlemmers interesse, herunder retten til at indgå kollektive overenskomster med arbejdsgiveren, også beskyttes herigennem. Et vigtigt element i denne afvejning er den enkelte stats regulering af arbejdsmarkedet. EMD understregede derfor, at kollektive overenskomster har en særlig rolle og vigtighed ved reguleringen af det svenske arbejdsmarkedet, hvorfor konventionsstaterne af hensyn til dette har en vid skønsmargin.<sup>163</sup>

I Gustafsson-dommen var der ikke tale om reel foreningstvang, da han havde et alternativ hertil, hvorigennem han sagtens kunne stå uden for forening. Ligeledes var hans eksistensgrundlag ikke truet som følge heraf. Selvom tvungen til at indgå overenskomst medførte en økonomisk byrde for arbejdsgiveren, havde den svenske stat ikke tilsidesat sine positive forpligtelser, da overenskomstvungen ikke påvirkede den negative foreningsfrihed.<sup>164</sup>

Ligesom i Sibson-dommen fremkom EMD med udsagnet, at »compulsion to join a particular trade union may not always be contrary to the Convention.«<sup>165</sup> I begge sager havde klager et alternativ – Sibson at blive forflyttet og Gustafsson at indgå en tiltrædelsesoverenskomst – hvorfor deres eksistensgrundlag ikke var truet. Dette understreger endnu engang, at artikel 11 fortrinsvis finder anvendelse ved ansættelse og afskedigelse.

#### 5.3.2.4. *Klagesag 36401/97, Kajanan og Tuomaala mod Finland, afgørelse af 18.10.00*

Den negative foreningsfrihed er dog ikke absolut, hvilket kan udledes af Kajanan og Tuomaala-klagesagen. Sagen omhandlede, hvorvidt de to finske klagere, Pertti Kajanan and Pekka

---

<sup>161</sup> Gustafsson mod Sverige, dom af 25.04.96, præmis 18-20.

<sup>162</sup> Ibid., præmis 25.

<sup>163</sup> Ibid., præmis 45 og 53.

<sup>164</sup> Ibid., præmis 52.

<sup>165</sup> Ibid., præmis 45.

Toumaala, der ikke var medlem af en fagforening, kunne indbringe en tvist om deres løn for en arbejdsret. EMD fandt, at der ikke forelå en krænkelse af artikel 11 i sagen.

Således er det ikke i strid med artikel 11 at negativ forskelsbehandle arbejdstagere som følge af manglende medlemskab af en bestemt forening. EMD anså det dermed foreneligt med artikel 11, at nogle arbejdstagere, som ikke medlem af den overenskomstbærende fagforening, i en vis periode var afskåret fra at indbringe en tvist om deres løn for en arbejdsret.<sup>166</sup>

Denne fortolkning understreger, at beskyttelsen af den negative foreningsfrihed primært gør sig gældende, når eksistensgrundlaget er truet.

De danske domstole har anlagt samme fortolkning i forbindelse med foreningsfrihedslovens rækkevidde, som blandt andet kommer til udtryk i kommer til udtryk i U 2015.3120 H.

#### 5.3.2.5. *Sørensen og Rasmussen mod Danmark, dom af 11.01.06*

I 2006 førte en principiel dom ved EMD til en ændring af den danske lovgivning vedrørende brugen af eksklusivklausuler<sup>167</sup>, da disse ansås for værende i strid med EMRK.<sup>168</sup>

Dommen understreger desuden, at en praksis, der ikke anses for værende i strid med den nationale lovgivning, sagtens kan krænke EMRK.

##### 5.3.2.5.1. *Eksklusivklausuler*

Den frie antagelsesret, som indebærer, at en arbejdsgiver har ret til selv at bestemme, om og med hvem han vil indgå kontrakt med, var begrænset af bl.a. eksklusiv- eller fortrinsklausuler i kollektive overenskomster. Heri pålagdes arbejdsgiveren en pligt til udelukkende eller fortrinvis at beskæftige arbejdstagere organiseret i den overenskomstbærende faglige organisation.<sup>169</sup> Dette var på trods af, at forståelsen af antagelsesfriheden, der blev indlagt i Septemberforliget, bl.a. indebærer, at arbejdsgiveren har ret til at antage udenforstående på linje med organiserede.<sup>170</sup>

##### 5.3.2.5.2. *U 1999.1496 H*

Morten Sørensen blev i begyndelsen af juni 1996 ansat som ferieafløser i virksomheden, FDB Distributionen (FDB). Denne havde i 1990 indgået en eksklusivaftale med LO til kun at beskæftige arbejdstagere, der var medlem af et fagforbund under LO. Sørensen var ved ansættelsen bekendt med eksklusivaftalen. Han afviste imidlertid at indmelde sig i SiD og blev som følge heraf afskediget i slutningen af juni 1996. Sørensen anlagde herefter sag mod FDB ved Vestre Landsret med påstand om uretmæssig afskedigelse og anførte, at foreningsfrihedslovens § 2, stk. 2, var i strid med EMRK artikel 11. Vestre Landsret afviste dette med henvisning til, at Sørensen ved ansættelsen var bekendt med eksklusivaftalen, hvorfor FDB blev frifundet, da afskedigelsen var lovlig efter foreningsfrihedslovens § 2, stk. 2. Højesteret stadfæstede herefter Vestre Landsrets dom. Af Højesterets bemærkninger, fremgår det, at foreningsfrihedsloven »blev gennemført navnlig med henblik på at sikre den negative foreningsfrihed i det omfang,

---

<sup>166</sup> Klagesag 36401/97, Kajanan og Tuomaala mod Finland, afgørelse af 18.10.00, præmis 2.

<sup>167</sup> LBK nr. 424 af 08/05/2006

<sup>168</sup> Trods iværksættelse af en betænkning i 2002 (Betænkning 1419/2002 fra Udvalget om eksklusivklausuler) og et lovforslag (se L 120, folketingsåret 2002-03, Folketingstidende 2002-03, forhandlingerne s. 4245 og 10073 og tillæg A s. 2747 og 2756 samt tillæg B s. 1512 og 1892) blev en ændring ikke gennemført. I folketingsåret 2004-05 blev forslaget fremsat som L 48, men bortfaldt igen, jf. *Hasselbalch, Ole: Foreningsfrihedsloven i kontekst*, s. 155.

<sup>169</sup> *Hasselbalch, Ole: Foreningsfrihedsloven i kontekst*, s. 151.

<sup>170</sup> *Ibid.*, s. 149.



en forpligtelse hertil kunne anses at følge af artikel 11 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, således som denne bestemmelse var blevet fortolket i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 13. august 1981 i sag nr. 44, Young, James og Webster (British Rail).« Afgørelsen var derfor ikke forkert, da Højesteret blot tog udgangspunkt i EMD's daværende fortolkningspraksis af artikel 11. Da EMRK er dynamisk, fortolkes og udvikles den løbende af EMD.

#### 5.3.2.5.3. Klagesag ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

Klagesag 52562/99 (Sørensen) blev behandlet sammen med en anden klagesag vedrørende eksklusivklausuler, klagesag 52620/99 (Rasmussen)<sup>171</sup>. EMD valgte ekstraordinært at behandle Rasmussen-sagen, selv om denne ikke havde været prøvet ved de danske domstole.

I modsætning til arbejdstagerne i British Rail-dommen var Sørensen og Rasmussen bekendte med eksklusivaftalerne ved arbejdsgiverne. EMD fandt, at det forhold, at klagerne havde accepteret medlemskab af foreningen som et af ansættelsesvilkårene ikke ændrede det væsentlige element af tvang, som de var underlagt til at tilslutte sig imod deres vilje.<sup>172</sup> Accepten udgjorde derfor ikke en fraskrivelse af retten til at stå uden for en fagforening. Foreningstvungen udgjorde dermed en krænkelse af selve kernen i foreningsfriheden, herunder den negative foreningsfrihed i henhold til artikel 11, uanset om kravet om fagforeningsmedlemskab blev stillet før eller under ansættelsen.

EMD fastslog derudover, at Danmark som stat havde tilsidesat sine positive forpligtelser, da staten ikke havde gjort tilstrækkeligt for at beskytte klagerens negative foreningsfrihed.<sup>173</sup> Betænkning 1419/2002 fra Udvalget om eksklusivaftaler og de fremsatte lovforslag (omtalt i fodnote 170) indgik også i EMD's bemærkninger.<sup>174</sup> EMD fremhævede, at udvalget i sine betænkninger havde udtalt, at eksklusivaftaler allerede var forbudt i den offentlige sektor, og at de berørte mindre end 10 procent af arbejdsmarkedet.<sup>175</sup> Ligeledes kunne den generelle udvikling i samfundet og på arbejdsmarkedet ikke længere retfærdiggøre behovet for eksklusivaftaler.<sup>176</sup> Sammenholdt med ovenstående og det forhold, at der var ringe støtte i konventionsstaterne for at bevare eksklusivaftaler, og at en række europæiske retsakter klart indikerede, at anvendelsen af disse aftaler på arbejdsmarkedet ikke var et nødvendigt middel for en effektiv nydelse af fagforeningsfrihed, vurderede EMD, at et forbud mod eksklusivaftaler ikke ville have store konsekvenser på det danske arbejdsmarked.<sup>177</sup>

Endvidere bemærker EMD, at stater som udgangspunkt indrømmes en bred skønsmargin i sager om fagforeningsfrihed, da arbejdsmarkedssystemerne er forskellige blandt konventionsstaterne. Men i dette tilfælde, hvor national lovgivning tillod eksklusivaftaler, der er uforeneligt med individets valgfrihed – en fast bestanddel af artikel 11 – er skønsmarginen begrænset.<sup>178</sup> Som anført i Gustafsson-dommen må den negative foreningsfrihed afvejes over for den positive

---

<sup>171</sup> Klageren, Ove Rasmussen, var ligesom Sørensen dansk statsborger. Han havde tidligere været medlem af SiD, men meldte sig efter nogle år ud igen, da han ikke kunne støtte forbundets politiske tilhørsforhold. I stedet blev han medlem af Kristelig Fagforening. Efter en periode med arbejdsløshed blev han tilbudt arbejde på en planteskole på den betingelse, at han meldte sig ind i SiD, da arbejdsgiveren havde indgået en eksklusivaftale med forbundet. For at kunne tiltræde stillingen genindmeldte han sig i SiD, selv om han stadig ikke kunne støtte op om forbundets politiske holdninger, jf. Sørensen og Rasmussen mod Danmark, dom af 11.01.06, præmis 16-17.

<sup>172</sup> Sørensen og Rasmussen mod Danmark, dom af 11.01.06, præmis 56 og 59.

<sup>173</sup> Ibid., præmis 65.

<sup>174</sup> Ibid., præmis 67-70.

<sup>175</sup> Ibid., præmis 66.

<sup>176</sup> Ibid., præmis 70.

<sup>177</sup> Ibid., præmis 70-75.

<sup>178</sup> Ibid., præmis 58.

foreningsfrihed i henhold til artikel 11s formulering »for at beskytte sine interesser«. EMD fremhævede, at selv om individuelle interesser til tider må vige flertallets interesser, betyder demokrati ikke, at flertallets interesser altid skal have forrang. I stedet skal en balance opnås, som derved skal sikre en retfærdig og ordentlig behandling af mindretal samt undgå misbrug af dominerende stilling.<sup>179</sup> EMD anså i nærværende sag, at eksklusivaftaler ikke var en nødvendigt middel til at sikre fagforeningernes virke, hvorfor de udgjorde en krænkelse af artikel 11.

#### 5.3.2.6. *Vördur Ólafsson mod Island, dom af 27.04.10 (Pligt til økonomiske bidrag)*

At blive tvunget ved lov til at betale økonomiske bidrag til en privat forening, som man ikke er eller ønsker at være medlem af, kan udgøre et indgreb i artikel 11, da en pligt til at bidrage økonomisk til en forening kan udgøre et pres for også at blive medlem af foreningen.<sup>180</sup> Denne problemstilling gjorde sig gældende i Ólafsson-dommen, hvor en selvstændig tømrer, der var medlem af en tømrerforening, var forpligtet til at betale en afgift på 0,08 procent af sin omsætning til en national sammenslutning af industrier, som hverken han eller tømrerforeningen var medlem af. Sammenslutningen var en privat forening og havde til formål at fremme og udvikle landets industri. Udover dette førte sammenslutningen også en politik, som klager ikke var enig i. EMD fastslog, at indgrebet ikke var proportionelt i henhold til artikel 11, stk. 2<sup>181</sup>, hvorfor det udgjorde et indgreb i den negative foreningsfrihed.<sup>182</sup> I øvrigt var sammenslutningen ikke forpligtet til at holde bidragene adskilt fra de øvrige midler, hvorfor gennemsigtigheden over for særligt ikke-medlemmer var utilstrækkelig.<sup>183</sup>

Omend fandt EMD i Geotech-dommen,<sup>184</sup> at det ikke udgjorde en krænkelse af artikel 11, at pålægge en udenforstående arbejdsgiver inden for byggebranchen en betalingspligt til en social fond inden for branchen, som var oprettet ved kollektiv overenskomst mellem arbejdsgiver- og arbejdstagerforeninger. Alle arbejdsgivere i branchen var underlagt pligten.<sup>185</sup> EMD lagde bl.a. vægt på »social welfare entitlements in the interest of all employees working in the building industry, based on the principle of solidarity.«<sup>186</sup> Det økonomiske bidrag var derfor til gavn for alle ansatte i branchen, hvorfor det ikke ansås som et bidrag til selve foreningen,<sup>187</sup> da fonden ikke skelnede mellem organiserede og udenforstående arbejdstagere.<sup>188</sup> Ligeledes modtog samtlige bidragende arbejdsgivere fuld information om midlernes anvendelse, samtidig med at fonden var undergivet betydelig offentlig kontrol.<sup>189</sup> Dette styrkede gennemsigtigheden over for særligt ikke-medlemmer. Særligt de to sidste aspekter var fraværende i Ólafsson-dommen, og må derfor sammen med formålet anses som værende vigtig i vurderingen af, hvorvidt et økonomisk bidrag er i strid med den negative foreningsfrihed.

Tre år forinden Ólafsson-dommen havde EMD i en lignende sag vedrørende betalingspligt i stedet truffet afgørelse ud fra artikel 1 i P1. I Evaldsson m.fl. mod Sverige<sup>190</sup> var arbejdsgiveren

---

<sup>179</sup> Ibid.

<sup>180</sup> *Kjølbros*, Jon Fridrik: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, s. 1105.

<sup>181</sup> *Vördur Ólafsson mod Island*, dom af 27.04.10, præmis 45-54.

<sup>182</sup> Ibid., præmis 77-84.

<sup>183</sup> *Kjølbros*, Jon Fridrik: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, s. 1105.

<sup>184</sup> *Geotech Kancev GmbH mod Tyskland*, dom af 02.06.16.

<sup>185</sup> Ibid., præmis 8.

<sup>186</sup> Ibid., præmis 54.

<sup>187</sup> Ibid.

<sup>188</sup> Ibid., præmis 55.

<sup>189</sup> Ibid., præmis 55-56.

<sup>190</sup> *Evaldsson m.fl. mod Sverige*, dom af 13.02.07.

pålagt at trække 1,5 % i de uorganiserede lønmodtageres løn, som herefter skulle videregives til fagforeningen i henhold til overenskomsten.<sup>191</sup> Beløbet skulle dække den overenskomstbærende fagforenings udgifter for lønkontrol. I en kommentar fra dommer Fura-Sandström redogøres for, hvorfor artikel 1 i P1 fandt anvendelse fremfor artikel 11 i EMRK.<sup>192</sup> Ifølge Fura-Sandström synes retten til negativ foreningsfrihed svagere end den positive foreningsret, hvilket Arbetsdomstolen i Sverige var kommet frem til. Arbetsdomstolen havde ligeledes lagt vægt på, at klagerne aldrig var under pres eller tvunget til at blive medlem af foreningen. I Sverige var den negative foreningsfrihed udelukkende baseret på en ratificering af EMRK, og med udgangspunkt i retspraksis fra EMD fandt Arbetsdomstolen, at kun kernen af den negative foreningsfrihed var beskyttet af artikel 11. De implicerede skulle således have været udsat før et større pres, før artikel 11 ville finde anvendelse.<sup>193</sup> Det var i stedet den manglende gennemsigtighed, der medførte at løntrækket var i strid med artikel 1 i P1. Arbejdstagerne kunne således ikke sikre gennem regnskaber og andre rapporter, at beløbet, der blev opkrævet af deres løn, ikke havde bidraget til de generelle aktiviteter af en organisation med en politisk dagsorden, som de ikke støttede.<sup>194</sup> Fura-Sandström mener dog fortsat, at sagen ikke burde have hidrørt artikel 1 i P1 men i stedet artikel 11 i EMRK:

»Having regard to the financial information made available concerning the Union's monitoring work, I find that the applicants' suspicions in this respect were justified. Using the same reasoning as the national court, I find that the complaint falls within the ambit of Article 11 and, contrary to the national court, that there was a violation, since the Government failed in their positive obligation to protect the interests of the applicants (see paragraph 63 of the judgment). Taking this approach it would not have been necessary to examine the complaint under Article 1 of Protocol No. 1, which in my opinion would have been a more satisfactory line of reasoning [...]«

Det er derfor ikke sikkert, at EMD vil dømme på tilsvarende måde i en lignende sag i fremtiden.<sup>195</sup>

### 5.3.3. Delkonklusion

Ovenstående analyse af relevant retspraksis fra EMD viser, at det kan være svært at fastlægge hvilke forhold, der er beskyttet af artikel 11, da EMRK flere gange er blevet beskrevet som et levende instrument, hvor de aktuelle samfundsforhold vægtes højere end forarbejderne. I British Rail-dommen undlod man således at tage højde for, at man ved udformningen af bestemmelsen bevidst afstod fra at lade den negative foreningsfrihed være en del af ordlyden. I stedet fokuserede EMD på, at foreningstvungen, der udgjorde en trussel af de implicerede arbejdstageres eksistensgrundlag, berørte kernen i retten til foreningsfrihed, som derfor var en krænkelse af artikel 11.

Artikel 11 finder først og fremmest anvendelse, når der foreligger tvang, og denne tvang ikke er proportionelt med formålet. I sager om økonomiske bidrag, hvor tvangen ikke har udgjort en

---

<sup>191</sup> Ibid., præmis 22.

<sup>192</sup> Concurring opinion of Judge Fura-Sandström.

<sup>193</sup> Evaldsson m.fl. mod Sverige, dom af 13.02.07, præmis 15.

<sup>194</sup> Ibid., præmis 62.

<sup>195</sup> Dommen har dog allerede dannet præcedens i danske afgørelser, herunder Arbejdsrettens dom AT 2007/82 (2006.445), afsagt den 4. april 2007.

trussel af de udenforståendes eksistensgrundlag, har det i stedet været den manglende gennemsigthed, samt en eventuel politisk dagsorden, som de udenforstående ikke er enige i, der har medført, at forholdet er i strid med artikel 11. Samtidig kan en pligt til at bidrage økonomisk til en forening udgøre et pres for også at blive medlem af foreningen.

Som nævnt konflikter forskelsbehandling under ansættelsesforholdet ikke nødvendigvis med artikel 11, hvilket kommer til udtryk i Kajanen og Tuomaala-klagesagen. Dette synes også at være den praksis, som Højesteret har lagt til grund i U 2015.3210 H, hvor foreningsfrihedsloven kun kan påberåbes med henvisning til artikel 11 under det løbende ansættelsesforhold, hvis forskelsbehandlingen har den virkning, at den reelt tvinger arbejdstageren til enten at melde sig ind eller ud af den pågældende forening.

Generelt nyder de enkelte konventionsstater en vis skønsmargin med hensyn til, hvordan rettighederne i EMRK sikres og tilpasses i national ret, hvilket bl.a. kom til udtryk i Gustafsson-dommen. Særligt når det omhandler sociale og politiske spørgsmål af følsom karakter i henhold til, hvordan der opnås en passende balance mellem de konkurrerende interesser blandt arbejdsmarkedets parterne. Ligeledes reguleres arbejdsmarkedets forholdene også forskelligt i konventionsstaterne – særligt i Danmark i form af kollektive aftalesystemer fremfor statslig regulering.

Det er vigtigt, at den negative foreningsfrihed afvejes over for den positive frihed, da retten til at virke i forening også er beskyttet af artikel 11. I Danmark er fagforeningskulturen stærk, da den positive foreningsfrihed nyder grundlovsmæssig beskyttelse. Den fagretlige praksis viser også, at det først og fremmest er organisations rettigheder, der ønskes beskyttet. Det ses bl.a. i forhold til underbetalingssager, hvor det ikke er individets rettigheder men organisations rettigheder gennem overenskomsten, der krænkes. Ligeledes forsøgte LO at bevare eksklusiv-aftalerne, selvom disse udgjorde et indgreb i artikel 11 men beskyttede den positive foreningsfrihed.<sup>196</sup> At kollektivets rettigheder nyder stor beskyttelse skyldes først og fremmest indretning af det danske arbejdsmarkedssystem gennem overenskomster.

Den danske stats forpligtelser i henhold til EMRK er dog ikke begrænset som følge af en vid skønsmargin, hvilket kan udledes af Sørensen og Rasmussen-dommen, hvor den danske stat netop havde tilsidesat sine positive forpligtelser. EMD er blot påpasselig med at træffe afgørelser, når det omhandler sociale og politiske spørgsmål af følsom karakter i henhold til, hvordan der opnås en passende balance mellem de konkurrerende interesser blandt arbejdsmarkedets parterne, jf. præmis 45 i Gustafsson-dommen.

#### **5.4. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11, stk. 2**

Som allerede nævnt er foreningsfriheden ikke absolut. Adgangen til at foretage indskrænkninger i foreningsfriheden har hjemmel i EMRK artikel 11, stk. 2, som har følgende ordlyd:

»Der må ikke gøres andre indskrænkninger i udøvelsen af disse rettigheder end sådanne, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed eller den offentlige tryghed, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder. Denne artikel skal ikke forhindre, at der pålægges medlemmer af de væbnede styrker, politiet eller statsadministrationen lovlige begrænsninger i udøvelsen af disse rettigheder.«

---

<sup>196</sup> Sørensen og Rasmussen mod Danmark, dom af 11.01.06, præmis 71.

Relevant for nærværende afhandling er artikel 11, stk. 2, 1. pkt. Denne del af bestemmelsen indeholder således tre betingelser, som kan legitimere et indgreb, der ellers ville have udgjort en krænkelse af artikel 11, stk. 1; 1) et legalitetskrav, 2) et legitimt hensyn og 3) et proportionalitetskrav. Indgrebet skal således være foreskrevet ved lov, have et anerkendelsesværdigt formål og være nødvendigt i et demokratisk samfund.<sup>197</sup> Som eksempel kan nævnes de danske eksklusivaftaler, som foruden at være i strid med artikel 11, ikke opfyldte proportionalitetskravet, da der ikke forelå et presserende socialt behov i forhold til det forfulgte anerkendelsesværdige formål – at sikre den positive foreningsfrihed. Indgrebet kunne således ikke godtgøres, da de anvendte foranstaltninger ikke var rimelige og egnede, idet de i stedet udgjorde en krænkelse af den negative foreningsfrihed.

## 6. Diskussion

For at kunne konkludere hvorvidt den danske bodssystem udgør en krænkelse af EMRK artikel 11, er det nødvendigt at sammenholde og diskutere den danske retstilstand på området med den negative foreningsfrihed i medfør af artikel 11, som disse er sammenfattet i afsnit 5.

Som tidligere konkluderet er boden en privatretlig sanktion på overenskomsten. Den er således ikke af strafferetlig karakter trods et pønalt element, da den bundes i en aftale mellem arbejdsmarkedets parter, hvorfor den også kan fraviges. I Solesi-sagen påstod man, at det var i strid med den negative foreningsfrihed, at fagforeninger kunne indkassere en bod, som er baseret på underbetaling af udenforstående arbejdstagere uden at udbetale en del af bodsbeløbet til de udenforstående. En bod for underbetaling er først og fremmest en sanktion på brud på en områdeoverenskomst, der indgås mellem parterne. Af den grund tilfalder boden fagforeningen. En eventuel viderebetalingspligt til medlemmer af fagforeningen har derimod foreningsretlig karakter, og er derfor ikke op til Arbejdsretten. Ved udmåling af boden tages ofte højde for arbejdsgiverens samlede besparelse – differenceprincippet – men dette kan ikke ligestilles med tilgodehavende løn.<sup>198</sup> Det er således ikke de udenforståendes arbejdstageres tilgodehavende løn, der tilfalder fagforeningen. De udenforstående har aldrig haft ejendomsretten hertil. Af den grund kan det ikke være i strid med EMRK artikel 11 eller P1 artikel 1, da det ikke kan anses som en pligt til økonomisk bidrag som beskrevet i henholdsvis Ólafsson-, Geotech- og Evaldsson-dommene. I disse sager blev det økonomiske bidrag trukket af lønnen.

Analysen af EMD's praksis viser, at et indgreb ofte skal udgøre en trussel mod eksistensgrundlaget for at stride i mod artikel 11. Dette stemmer overens med foreningsfrihedsloven praksis, som antyder, at loven først og fremmest finder anvendelse ved ansættelse og afskedigelse. I de danske sager om underbetaling foreligger der ikke en trussel mod eksistensgrundlaget. Selvom BMJF opstillede et tilbud om udbetaling af bod mod medlemskab kan dette ikke karakteriseres som reel tvang, da de udenforstående ikke risikerede at blive afskediget.<sup>199</sup> Samtidig slår Kajanen og Tuomaala-klagesagen fast, at det ikke udgør en krænkelse af artikel 11 at forskelsbehandle udenforstående i det løbende ansættelsesforhold. At udenforstående derfor som udgangspunkt er udelukket fra at kunne få del i bodsbeløbet, er således ikke et indgreb i den negative foreningsfrihed. Øvrig bemærkning hertil må være, at de udenforstående kan opnå

---

<sup>197</sup> Hvorvidt det danske bodssystem overholder disse betingelser i henhold til en eventuel klagesag diskuteres i afsnit 6.1.

<sup>198</sup> Se sontringen i afsnit 2.4.1.1.

<sup>199</sup> Bl.a. lagt til grund i Sibson- og Gustafsson-dommene.

oprejsning for manglende betaling ved at indtale et selvstændigt krav for de almindelige domstole, såfremt det formodes, at overenskomstens lønvilkår indgår i den individuelle ansættelseskontrakt.<sup>200</sup>

### 6.1. Eventuel klagesag

Ud fra EMD's nuværende praksis ville Danmark ikke kunne risikere en klagesag, jf. ovenstående. Den største trussel mod den danske retstilstand på området må imidlertid være den dynamisk fortolkning af EMRK.

Med udgangspunkt i analysen af EMD's retspraksis kan det udledes, at de negative aspekter af foreningsfriheden beskyttes i et større omfang end hidtil, således den beskyttes på lige fod med den positive foreningsfrihed. Som tidligere nævnt nyder den positive foreningsfrihed i Danmark stadig størst beskyttelse bl.a. i henhold til GRL § 73. Særligt med Ólafsson-dommen har EMD ændret praksis, da der før skulle foreligge en trussel af eksistensgrundlaget. I Ólafsson-dommen fandt EMD, at en pligt til at bidrage økonomisk til en forening kan udgøre et pres for også at blive medlem af foreningen. Her synes det i stedet at berøre kernen i retten til valgfrihed og personlig autonomi i henhold til foreningsfriheden.

Et andet aspekt, der bl.a. gjorde sig gældende i både Sørensen og Rasmussen- og Sigursson-dommene, er, at EMD indimellem tager udgangspunkt i andre konventionsstater, såfremt en retstilstand anses som værende i strid med foreningsfriheden i andre stater. Selvom staterne indrømmes en vid skønsmargin, viser Sørensen og Rasmussen-dommen, at de positive forpligtelser vejer tungt i forhold til at sikre den negative foreningsfrihed. Den danske retstilstand i form af indretningen af den danske model adskiller sig markant fra andre staters regulering af arbejdsmarkedet. Dette kan bl.a. udledes af Solesis stævning samt dommen i Siracusa, der statuerede, at Arbejdsrettens bodssanktion er af strafferetlig beskaffenhed, og derfor ikke kan fuldbyrdes i Italien. En stadig større beskyttelse af den negative foreningsfrihed vil have til følge, at den nationale skønsmargin begrænses yderligere.

Såfremt at EMD finder, at det danske bodssystem er i strid med artikel 11, skal indgrebet kunne retfærdiggøres i henhold til betingelserne i artikel 11, stk. 2.<sup>201</sup> Legalitetskravet er opfyldt med hjemmelsgrundlaget i ARL og fast praksis. Dernæst er det legitime og anerkendelsesværdige formål til stede, da bodssystemet bruges til at sikre, at overenskomstaftalen overholdes, hvorigennem parternes rettigheder sikres. Derudover er bodssystemet nødvendigt for at kunne opnå det anerkendelsesværdige formål, hvorfor proportionalitetskravet også er opfyldt.

## 7. Konklusion

Med udgangspunkt i ovenstående analyse og diskussion må det konkluderes, at det danske bodssystem på nuværende tidspunkt ikke udgør en krænkelse af EMRK artikel 11.<sup>202</sup> Det udslagsgivende er, at bodssanktionen udspringer af et aftaleforhold mellem henholdsvis arbejdsgiveren og fagforeningen i form af en overenskomst. Ejendomsretten har således aldrig tilhørt de udenforstående arbejdstagere, og som konkluderet i afsnit 4.1., har de ej heller en berettiget forventning til at få del i bodsbeløbet i henhold til artikel 1 i P1. I stedet kan der eksisterer et individuelt krav mod arbejdsgiveren – men ikke i forhold til fagforeningen.

---

<sup>200</sup> Se afsnit 4.

<sup>201</sup> Omtalt i afsnit 5.4.

<sup>202</sup> Der henvises i øvrigt til følgende afsnit: 2.4.3., 4., 4.1., 5.2.4. og 5.3.3.

Ligeledes ville en eventuel klagesag næppe resultere i en konstatering af, at det danske bods-system indebærer en krænkelse af EMRK artikel 11, jf. ovenstående diskussion, medmindre at EMD ændrer praksis, således de negative aspekter af foreningsfriheden beskyttes i endnu større omfang end hidtil. Det kan anslås, at såfremt EMD ligestillede bod for underbetaling med tilgodehavende løn, ville en klagesag resultere i, at den danske retstilstand krænker EMRK artikel 11.

## 8. Litteraturfortegnelse

### 8.1. Litteratur

- Albæk Jensen, Jørgen*: De politiske partier i retlig belysning, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2009
- Andersen, Poul*: Dansk Statsforfatningsret, 3. udgave, Gyldendal, København, 1954
- Blume, Peter*: Juridisk metodelære, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2009
- Bryde Andersen, Mads*: Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem, Juristen nr. 3, 2017, s. 81-97
- Christensen, Jens Peter, Albæk Jensen, Jørgen og Hansen Jensen, Michael*: Grundloven med kommentarer, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2015
- Evald, Jens*: Juridisk teori, metode og videnskab, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2016
- Hasselbalch, Ole*: Arbejdsprocesret, 1. udgave, Thomson Reuters, København, 2008
- Hasselbalch, Ole*: Arbejdsret, 11. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2014
- Hasselbalch, Ole*: Arbejdsretlige funktioner, 1. udgave, Juristforbundets Forlag, København, 1979
- Hasselbalch, Ole*: Den danske arbejdsret I-III, Schultz Arbejdsretsportal, <http://arbejdsrets.lovportaler.dk/>
- Hasselbalch, Ole*: Foreningsfrihedsloven i kontekst, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2006
- Hasselbalch, Ole*: Foreningsret, Schultz Arbejdsretsportal, <http://arbejdsrets.lovportaler.dk/>
- Illum, Knud*: Den kollektive arbejdsret, 3. udgave, Nyt Nordisk Forlag, Arnold Busck, København, 1964

- Jacobsen, Per*: Kollektiv arbejdsret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1994
- Kjølbrot, Jon Fridrik*: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2017
- Kristiansen, Jens*: Den kollektive arbejdsret, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2014
- Lorenzen, Peer, Christoffersen, Jonas, Holst-Christensen, Nina, Vedel Kessing, Peter, Schaumburg-Müller, Sten og Vedsted-Hansen, Jens*: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art. 1-9), 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2011
- Lorenzen, Peer, Christoffersen, Jonas, Holst-Christensen, Nina, Vedel Kessing, Peter, Schaumburg-Müller, Sten og Vedsted-Hansen, Jens*: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art. 10-59 samt Tillægsprotokollerne), 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2011
- Nielsen, Ruth*: Dansk Arbejdsret, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2016
- Nielsen, Ruth*: EU-arbejdsret, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2006
- Riis, Erik*: Kommentar til U 1987.1 H, Ugeskrift for Retsvæsen, 1987, afdeling B, s. 281-286, U1987.B53
- Waage, Niels*: Arbejdsretten gennem 100 år, bind I, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2010
- Waage, Niels*: Arbejdsretsloven med kommentarer, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2015
- Werlauff, Erik*: Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring, 2. udgave, Gjellerup, København 2010
- Zahle, Henrik*: Danmarks Riges Grundlov med kommentarer, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2006

## 8.2. Afgørelsesregister

### Arbejdsretlige instanser

**Arbejdsretten/Den Faste Voldgiftsret**  
K 1120  
AR 1689

**Faglig Voldgift**  
FV 2014.0090 af 31. oktober 2014  
FV 2014.0171 af 10. marts 2015



AR 2070  
AR 2610  
AR 2006.445  
AR 2015.0254

**Trykt i Arbejdsretligt Tidsskrift**  
AT 1911/1 (32)  
AT 1963/104 (5696)

## **Ordinære domstole**

**Højesteret**  
U 1980.4 H  
U 1986.898 H  
U 1987.1 H  
U 1999.1496 H  
U 2005.3332 H  
U 2015.3210 H

**Vestre Landsret**  
U 1984.321 V

## **Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol**

*Engel m.fl. mod. Holland*, dom af 08.06.76 (Case of Engel and Others v. The Netherlands, application nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72, European Court of Human Rights judgment of 8 June 1997)

*Young, James og Webster mod Storbritannien*, dom af 13.08.81 (Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom, application nos. 7601/76 and 7806/77, European Court of Human Rights judgment of 13 August 1981)

*Lithgow mod Storbritannien*, dom af 08.07.86 (Case of Lithgow v. The United Kingdom, application no. 9006/80, European Court of Human Rights judgment of 8 July 1986)

Klagesag 13750/88, *M.A m.fl. mod Spanien*, afgørelse af 02.07.90 (Case of M.A. and Others v. Spain, application no. 13750/88, European Court of Human Rights decision of 2 July 1990)

*Sibson mod Storbritannien*, dom af 20.04.93 (Case of Sibson v The United Kingdom, application no. 14327/88, European Court of Human Rights judgment of 20 April 1993)

*Sigurður A. Sigurjónsson mod Island*, dom af 30.06.93 (Case of Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland, application no. 16130/90, European Court of Human Rights judgment of 30 June 1993)

*Loizidou mod Tyrkiet*, dom af 23.03.95 (Case of Loizidou v. Turkey, application no. 15318/89, European Court of Human Rights judgment of 23 March 1995)

*Gustafsson mod Sverige*, dom af 25.04.96 (Case of Gustafsson v. Sweden, application no. 15573/89, European Court of Human Rights judgment of 25 April 1996)

*Chassagnou m.fl. mod Frankrig*, dom af 29.04.99 (Case of Chassagnou and Others v. France, application nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, European Court of Human Rights judgment of 29 April 1999)

Klagesag 36401/97, *Kajanen og Tuomaala mod Finland*, afgørelse af 18.10.00 (Case of Kajanen and Tuomaala v. Finland, application no. 36401/97, European Court of Human Rights decision of 18 October 2000)

Klagesag 44319/88, *O.V.R. mod Rusland*, afgørelse af 03.04.01 (Case of O.V.R. v. Russia, application no. 44319/88, European Court of Human Rights decision of 3 April 2001)

*Kopecký mod Slovakiet*, dom af 28.09.04 (Case of Kopecký v. Slovakia, application no. 44912/98, European Court of Human Rights judgment of 28 September 2004)

Klagesag 24057/03, *Bota mod Rumænien*, afgørelse af 12.10.04 (Case of Bota v. Romania, application no. 24057/03, European Court of Human Rights decision of 12 October 2004)

*Adali mod Tyrkiet*, dom af 31.03.05 (Case of Adali v. Turkey, application no. 38187/97, European Court of Human Rights judgment of 31 March 2005)

*Sørensen og Rasmussen mod Danmark*, dom af 11.01.06 (Case of Sørensen and Rasmussen v. Denmark, application nos. 52562/99 and 52620/99, European Court of Human Rights judgment of 11 January 2006)

*Evaldsson m.fl. mod Sverige*, dom af 13.02.07 (Case of Evaldsson and Others v. Sweden, application no. 75252/01, European Court of Human Rights judgment of 13 February 2007)

*Vörður Ólafsson mod Island*, dom af 27.04.10 (case of Vörður Ólafsson v. Iceland, application no. 20161/06, European Court of Human Rights judgment of 27 April 2010)

*A. Menarini Diagnostics S.r.l. mod Italien*, dom af 27.9.11 (Case of A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy, application no. 43509/08, European Court of Human Rights judgment of 27 September 2011)

### **Den Europæiske Unions Domstol (EU-domstolen)**

C-341/05: Domstolens dom (Store Afdeling) af 18. december 2007 – Laval un Partneri Ltd mod Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet

C-438/05: Domstolens dom (Store Afdeling) af 11. december 2007 – International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union mod Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti

### **Den italienske Forfatningsdomstol (Corte Costituzionale)**

Sentenza 43/2017 (ECLI:IT:COST:2017:43)

### **Den italiensk byret i Siracusa, Sicilien**

Den ordinære ret i Siracusas dom i sagen 577/2018 (Bilag II)

### 8.3. Lovgivning

Lov nr. 81 af 12. april 1910 om oprettelse af Den faste Voldgiftsret

Danmarks Riges Grundlov, lov nr. 169 af 5. juni 1953 (*Grundloven*)

Lov nr. 285 af 29. april 1992 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (*Inkorporeringsloven*) – Historisk

Lovbekendtgørelse nr. 750 af 19/10/1998 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (*Inkorporeringsloven*) – Gældende

Lovbekendtgørelse nr. 709 af 20. august 2002 om mægling i arbejdsstridigheder (*Forligsmandsloven*)

Lovbekendtgørelse nr. 424 af 08/05/2006 om foreningsfrihed på arbejdsmarkedet (*Foreningsfrihedsloven*)

Lov nr. 1369 af 16. december 2014 om ændring af lov om vikarers retsstilling ved udsendelse af et vikarbureau m.v. og lov om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter (*Arbejdsretsloven*)

Lovbekendtgørelse nr. 1002 af 24. august 2017 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (*Funktionærloven*)

Lovbekendtgørelse nr. 1156 af 20. september 2018 (*Straffeloven*)

### 8.4. Lovforslag, betænkninger m.v.

#### Lovforslag

L 120 - Forslag til lov om ændring af lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold (*Udvidet beskyttelse af den negative foreningsfrihed*)  
(Folketingsåret 2002-03, Folketingstidende 2002-03, forhandlingerne s. 4245 og 10073 og tillæg A s. 2747 og 2756 samt tillæg B s. 1512 og 1892)

L 48 - Forslag til lov om ændring af lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold (*Udvidet beskyttelse af den negative foreningsfrihed*)  
(Folketingsåret 2004-05)

#### Betænkninger

Beretning fra Fællesudvalget af 17. august 1908 angaaende Arbejdsstridigheder (trykt i Rigsdagstidende 1909/10, tillæg A, sp. 2927 ff)

Betænkning 685/1973 afgivet af det af arbejdsministeriet i oktober 1970 nedsatte udvalg om arbejdsretten

Betænkning 1419/2002 fra Udvalget om eksklusivbestemmelser

## Rapporter

Rapport fra Udvalget om modvirkning af social dumping, København, 2012

### 8.5. Konventioner, tillægsprotokoller og erklæringer

FN's Verdenserklæring om menneskerettigheder (*Universal Declaration of Human Rights*), United Nations General Assembly Resolution 217

Konvention af 4. november 1950 til Beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder (*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*)

Tillægsprotokol af 20. marts 1952 til Konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (*Tillægsprotokol nr. 1*)

Tillægsprotokol af 22. november 1984 til Konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (*Tillægsprotokol nr. 7*)

Tillægsprotokol af 1. november 1998 til Konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (*Tillægsprotokol nr. 11*)

Wienerkonventionen af 23. maj 1969 om traktatretten (*United Nations Treaty Series, bind 1155*)

### 8.6. Andet

»Kun 12 af 22 millioner er udbetalt til metroarbejdere«, 22. september 2016, dr.dk, Ritzau – Lokaliseret den 9. december 2018 på <https://www.dr.dk/nyheder/penge/kun-12-af-22-millioner-er-udbetalt-til-metroarbejdere>

Statistikker over mindsteløn fra februar 2018 af *Eurostat* – Lokaliseret den 21. december 2018 på <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/14465.pdf>

## 9. Bilag

### 9.1. Bilag I: Solesis stævning (74 sider)

Vedlagt på original sprog (italiensk) og som dansk oversættelse (fra side 95).

Oversættelsen fra italiensk til dansk er foretaget af de officielle myndigheder ved den ordinære ret i Siracusa, Sicilien og er derfor ikke afhandlingens forfatters egen oversættelse.

(NB: Bilag I: Solesis stævning er ikke vedlagt denne publicering)

### 9.2. Bilag II: Den ordinære ret i Siracusas dom i sagen 577/2018 (12 sider)

Vedlagt på original sprog (italiensk).

Da afgørelsen er forholdsvis ny, har det ikke været muligt at indhente en kvalificeret oversættelse af dommen. Dog kan følgende udledes af en overordnet oversættelse af en del af dommens

konklusion (conclusioni) på side 11 (pagina 11) (side 146 i nærværende afhandling) i dommen foretaget af afhandlingens forfatter:

»Retten finder derfor, at den økonomiske straf, der er indeholdt i Arbejdsrettens dom, er i modstrid med de grundlæggende principper om lovlighed, typeegenskaber, bestemmelse og forudsigelighed, der er fastlagt på nationalt og overnationale niveau, med den konsekvens, at anerkendelsen i italiensk lov integrerer en åbenbar krænkelse af ordre public i det ovenfor beskrevne begreb, der skal nægte dens fuldbyrdelse [...].«

*(NB: Bilag II: Den ordinære ret i Siracusas dom i sagen 577/2018 er ikke vedlagt denne publicering)*